

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

**MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
HUMANOS**

TESIS:

**LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Y LA REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DEL
DERECHO PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS

Asesora:

Dra. MARINA VIOLETA ESTRADA PÉREZ

Cajamarca – Perú

2019

COPYRIGHT © 2019 by
JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

**MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
HUMANOS**

**TESIS APROBADA:
LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Y LA REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DEL
DERECHO PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS

JURADO EVALUADOR

Dra. Marina Violeta Estrada Pérez
Asesora

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado evaluador

M. Cs. Sandra Manrique Urteaga
Jurado evaluador

Cajamarca – Perú

2019



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



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

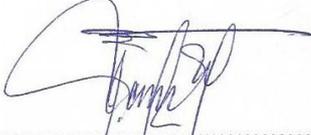
Siendo las 17:30 horas, del día 26 de setiembre de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, **M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, y en calidad de Asesora la **Dra. MARINA VIOLETA ESTRADA PÉREZ** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “**LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO PERUANO**”, presentada por el **Bach. en Derecho JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS**.

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) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**

Siendo las 19:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dra. Marina Violeta Estrada Pérez
Asesora


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador


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


.....
M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

A:

Julio César y Elma: mis padres; por *haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor.*

Flor y Betsy: mis hermanas, con eterna gratitud, por sus enseñanzas y apoyo en mi formación personal y profesional.

AGRADECIMIENTOS

A mi asesora, por su ayuda y colaboración en el desarrollo de la presente tesis, quien, con sus conocimientos y experiencia, su paciencia y motivación me han permitido terminar la presente investigación con éxito.

Todo esto nunca hubiera sido posible sin el apoyo incondicional que me otorgaron y el cariño que me inspiraron mis padres, que, entendieron mis ausencias y mis malos momentos. Que a pesar de la distancia siempre estuvieron a mi lado para saber cómo iba mi proceso de formación. Las palabras nunca serán suficientes para testimoniar mi aprecio y agradecimiento.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	vii
LISTA DE ABREVIACIONES	xi
GLOSARIO	xii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT.....	xvi
INTRODUCCIÓN	xviii
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA	4
1.3.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	5
1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	5
1.4.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE	5
1.4.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	5
1.4.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZA.....	6
1.5. HIPÓTESIS	7
1.6. OBJETIVOS.....	7
1.6.1. OBJETIVO GENERAL	7
1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	7
1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	8

1.7.1. MÉTODOS GENÉRICOS	8
1.7.2. MÉTODOS PROPIOS DEL DERECHO	10
1.8. ESTADO DE LA CUESTIÓN	10
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	14
1.9.1. TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS	14
1.9.2. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	14
CAPÍTULO II	16
MARCO TEÓRICO	16
2.1. PRECEDENTE VINCULANTE.....	16
2.1.1. UNA APROXIMACIÓN AL COMMON LAW	22
2.2. A MANERA DE SÍNTESIS	78
2.3. DERECHO EUROPEO CONTINENTAL	80
2.4. FUENTES DEL DERECHO.....	82
2.4.1. Sobre las fuentes del derecho.....	82
2.4.2. Las fuentes del derecho desde la perspectiva de Hans Kelsen- teoría clásica de las fuentes del derecho	84
2.4.3. La gradación del orden jurídico según la teoría positivista Kelseniana.....	88
2.4.4. Fuentes del derecho – propuesta del Tribunal Constitucional Peruano plasmado en la STC N° 047-2004-AI/TC	92
2.5. A MANERA DE SÍNTESIS.....	107
2.6. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	110
2.6.1. Algunas generalidades de la doctrina del precedente constitucional en el Perú	110
2.6.2. El Precedente vinculante en el sistema jurídico peruano, análisis de la STC. N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín....	114

2.6.3. Análisis de la STC. N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín	120
2.6.4. Los precedentes vinculantes como una manifestación de los casos difíciles o de penumbra.....	124
2.6.5. A manera de síntesis.....	127
2.7. EL CONCEPTO DE DERECHO ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE HERBERT HART.....	127
2.7.1. Hart y el positivismo jurídico.....	127
2.7.2. El positivismo jurídico como enfoque metodológico.....	128
2.7.3. El positivismo jurídico como ideología	128
2.7.4. El positivismo jurídico como teoría	129
2.7.5. Hart un autor positivista.....	130
2.7.6. Elementos básicos de la teoría del derecho de H.L.A. Hart..	131
1. Consideración del derecho como un sistema de reglas: crítica a la teoría del derecho como hábito de obediencia de John Austin	131
2. El derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias	135
3. Punto de vista interno y punto de vista externo de las reglas.....	135
4. Reglas primarias y reglas secundarias.....	137
5. Reglas secundarias	138
a. Regla de reconocimiento	138
b. Hart y Kelsen: Regla de reconocimiento y norma básica	143
c. Las reglas de cambio	147
d. Las reglas de adjudicación	148
6. La inevitable discrecionalidad judicial debido a la textura abierta del derecho	149
7. La irremediable vaguedad del derecho a causa de su textura abierta, respuesta de H.L.A. Hart a la crítica de Ronald Dworkin.....	155
2.7.7. En qué sentido la tesis de Herbert Hart justifica la creación judicial del derecho a través de precedentes vinculantes	161

CAPÍTULO III	167
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	167
3.1. DISCUSIÓN CRÍTICA DEL CONCEPTO PRECEDENTE VINCULANTE	167
3.2. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS	172
3.3. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DE DERECHO	177
3.4. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA TESIS DE H.A.L. HART	180
3.4.1. La regla de reconocimiento como un criterio factico de identificación de las fuentes del derecho	182
3.4.2. La discrecionalidad judicial como respuesta a la solución de los casos difíciles o de penumbra	184
3.4.3. Critica de Ronald Dworkin a la tesis de la textura abierta de H.L.A. Hart	185
3.5. LOS PRECEDENTES VINCULANTES COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LOS CASOS DIFÍCILES O DE PENUMBRA	189
3.6. RESULTADO FINAL	190
CAPITULO V	196
PROPUESTA TEÓRICA	196
CONCLUSIONES	210
RECOMENDACIONES	211
LISTA DE REFERENCIAS	212

LISTA DE ABREVIACIONES

CPC: Código Procesal Constitucional

EE. UU: Estados Unidos de América

Exp: Expediente

PC: Precedente Constitucional

PV: Precedente vinculante

TC: Tribunal Constitucional

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

GLOSARIO

Regla de reconocimiento. Desde una perspectiva fáctica, establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas de un sistema jurídico, existe como práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios sociológicos.

Textura abierta del derecho. Implica la indeterminación del derecho al momento de resolver los casos difíciles.

Reglas de textura abierta. Son aquellas en las que existe una indeterminación de propósitos para que el operador jurídico encargado de resolver las dudas realice una elección entre alternativas abiertas. La existencia de este tipo de reglas se debe a que existe una inmensa variedad de casos posibles que no es factible prever su solución debido a la combinación de circunstancias que podrían presentarse.

Casos Fáciles. Cuando el caso a resolver cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar.

Casos difíciles. Son aquellos en los que la decisión no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera y, por ende, no puede ser fundamentados concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, es entonces cuando al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente, creando incluso la regla para solucionar el caso.

Discrecionalidad judicial. Definida como la discrecionalidad, en la elección entre múltiples alternativas, que tiene el juez al momento de resolver un caso difícil.

RESUMEN

El Tribunal Constitucional Peruano al emitir sentencias de carácter vinculante con efecto erga omnes; actúa como legislador positivo, ubicando a sus precedentes como fuente primaria del derecho; en el mismo sentido que la ley creada por el Parlamento, sin tener en cuenta que en un sistema jurídico como el peruano de fuerte raigambre positivista; la jurisprudencia únicamente ocupa un papel secundario, concebida como fuente auxiliar del derecho, que solo opera en ausencia de fuente primaria. Configurándose de esta manera, el problema respecto a la justificación de las potestades normativas del Tribunal Constitucional para crear normas de rango de ley a través de sus precedentes. En esa perspectiva, la presente tesis tiene como objetivo proponer una definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

Para lograr nuestro objetivo, se analizó la relación entre la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano y la tesis positivista de Hans Kelsen. Se comparó los sistemas jurídicos de common law y civil law; y, en base al principio *stare decisis* se descifró la naturaleza del precedente vinculante en ambos sistemas jurídicos; arribando a importantes conclusiones respecto a la forma de concebir y crear normas de obligatorio cumplimiento por intermedio de precedentes.

Se explicó que la definición de precedente vinculante, como una facultad normativa del Tribunal Constitucional para crear normas con rango de ley, *prima facie*, no se ajusta a los cánones de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano. Pues dicha teoría, no es partidaria de la tesis de

la creación judicial del derecho con carácter *erga omnes* a través de sentencias judiciales, sin una norma superior que lo valide como tal. Resultando, por tanto, insuficiente para justificar la naturaleza de fuente primaria de las reglas creadas por precedentes constitucionales.

En esa perspectiva, se plantea como alternativa de solución, una nueva concepción del derecho; sustentada en la tesis del jurista inglés H. L. A. Hart, considerando aspectos claves de su teoría: reglas primarias y secundarias, fuentes del derecho, regla de reconocimiento, indeterminación, discrecionalidad judicial, textura abierta del derecho, casos de penumbra y creación judicial del derecho.

Palabras clave. Precedente vinculante, fuentes del derecho, textura abierta del derecho, regla de reconocimiento, creación judicial del derecho.

ABSTRACT

The Peruvian Constitutional Court when issuing sentences of a binding nature with effect erga omnes; acts as a positive legislator, placing its precedents as the primary source of law; in the same sense as the law created by the Parliament, without taking into account that in a legal system like the Peruvian of strong positivist roots; jurisprudence only occupies a secondary role, conceived as an auxiliary source of law, which only operates in the absence of a primary source. Configuring in this way, the problem regarding the justification of the normative powers of the Constitutional Court to create norms of rank of law through its precedents.

In this perspective, the present thesis aims to propose a definition of constitutional precedent that allows to justify the modification of the classical theory of the sources of law in Peru, without distorting its iuspositivist nature.

To achieve our objective, the relationship between the classical theory of the sources of law in the Peruvian legal system and the positivist thesis of Hans Kelsen was analyzed. The common law and civil law legal systems were compared; and, based on the stare decisis principle, the nature of the binding precedent in both legal systems was deciphered; arriving at important conclusions regarding the way of conceiving and creating norms of obligatory compliance through precedents.

It was explained that the definition of binding precedent, as a normative power of the Constitutional Court to create norms with the rank of law, prima facie, does not conform to the canons of the classical theory of the sources of law in the Peruvian legal system. Well, this theory is not in favor of the thesis of the judicial creation of law with an erga omnes character through judicial sentences, without

a higher standard that validates it as such. Therefore, insufficient to justify the nature of the primary source of the rules created by constitutional precedents.

In this perspective, a new conception of law is proposed as an alternative solution; based on the thesis of the English jurist H. L. A. Hart, considering key aspects of his theory: primary and secondary rules, sources of law, rule of recognition, indeterminacy, judicial discretion, open texture of law, cases of gloom and judicial creation of law.

Keywords. Binding precedent, sources of law, open texture of the law, recognition rule, judicial creation of law

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico peruano heredero de la tradición romano germánica, no desarrolló el concepto de precedente vinculante según el estilo anglosajón, es decir, como un sub producto de su historia, arraigada como una práctica consuetudinaria durante siglos, creado y respetado por jueces y abogados al momento de resolver controversias judiciales. Sino que, trasladó una idea vaga de dicho concepto al Código Procesal Constitucional y lo definió como:

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. (Artículo VII del título preliminar del CPC)

Esta definición legalista de precedente vinculante, ha generado problemas respecto a su comprensión y aplicación; los mismos que pueden resumirse en dos aspectos fundamentales:

Primero, en la escasa elaboración teórica por parte del legislador. Es fundamental conocer cómo funcionan determinadas instituciones jurídicas en sus países de origen antes de tratar de implantarlas en cualquier sistema constitucional. En los países anglosajones, Estados Unidos de América, específicamente, fue la práctica judicial lo que determinó la creación del precedente vinculante; y, no el legislador o el poder constituyente. En concreto, el precedente vinculante anglosajón, no constituye una obligación derivada de norma escrita.

Segundo, en la interpretación forzada del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; realizada por el TC en las sentencias: STC N°

0024-2003-AI/TC¹ (caso Municipalidad Distrital de Lurín) y STC N° 3741-2004-AA/TC² (caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque).

En dichas sentencias, el Tribunal Constitucional, argumentó que donde el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dice “precisando el extremo de su efecto normativo”, debe entenderse como: “el precedente vinculante expone el poder normativo del Tribunal Constitucional para crear reglas de carácter general en el mismo sentido que la ley creada por el legislador”.

De esta manera, la justificación de la facultad normativa del Tribunal Constitucional para crear normas con efecto erga omnes, a través, de precedentes vinculantes exige una nueva forma de entender y definir las fuentes del derecho, diferente, a la tesis de la teoría clásica, que se caracteriza por definir las fuentes del derecho como un sistema jerarquizado en cuya cúspide se encuentra una norma superior que dota de validez a todo el sistema.

Siendo ello así, en el presente trabajo de investigación se propone una nueva conceptualización de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano,

¹ “(...), el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tales efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

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.”

² “(...), 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. (STC N° 3741-2004-AA/TC, fundamento 49).

sustentada en tres aspectos de la tesis de H.A.L Hart: La identificación de las fuentes del derecho a través de la regla de reconocimiento, la definición de casos difíciles o de penumbra y la discrecionalidad judicial; que nos permita redefinir la teoría clásica, e incluir a los precedentes constitucionales como fuente creadora de normas de carácter general, sin necesidad de una reforma constitucional.

Bajo esa premisa, para demostrar nuestra hipótesis, se revisará conceptos importantes de la tesis de Herbert Hart tales como: reglas primarias y secundarias, regla de reconocimiento, indeterminación, discrecionalidad judicial, casos difíciles, textura abierta del derecho y creación judicial del derecho.

La tesis de Hart, resumida en tres ejes: 1). La definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, 2). La identificación de las fuentes del derecho a través de la regla de reconocimiento, como una cuestión de hecho, 3). La discrecionalidad judicial para crear la regla aplicable al caso al momento de resolver los casos difíciles, debido a la textura abierta del derecho. Constituye la base para establecer el valor vinculante de los precedentes constitucionales como fuente creadora de normas de carácter general.

Con este fin, en el capítulo I, del presente trabajo a efectos de dotar de rigurosidad científica a la investigación, se destaca los aspectos metodológicos del mismo; en el capítulo II, para explicar la naturaleza de los precedentes vinculantes se realiza un estudio comparado entre los sistemas de common law y civil law, esto, a través del análisis de casos concretos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional Peruano; asimismo, siguiendo la concepción positivista del derecho de Hans Kelsen, se identifica las principales características de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano; se desarrolla el concepto de precedente vinculante

adoptado por el Tribunal Constitucional, y a partir del parangón entre los sistemas jurídicos, peruano y ecuatoriano, se explicita el valor normativo *erga omnes* de la jurisprudencia constitucional en dichos ordenamientos; de otro lado, en base a la tesis de la textura abierta, la definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, la indeterminación del derecho, la discrecionalidad judicial al momento de resolver casos difíciles y la regla de reconocimiento formulado por Herbert Hart, se especifica el valor de fuente primaria de los precedentes vinculantes creados por el Tribunal Constitucional; todo ello contrastado con la tesis de la respuesta correcta de Ronald Dworkin; en el capítulo III, contrastamos la hipótesis formulada en la presente tesis; en el Capítulo IV, se anotarán las propuestas, seguidamente las recomendaciones y conclusiones del trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Tribunal Constitucional Peruano al emitir sentencias de carácter vinculante con efecto *erga omnes*; actúa como legislador positivo, posicionando a sus precedentes como fuente principal del derecho en el mismo sentido que la ley creada por el Parlamento, sin tener en cuenta que en un sistema jurídico como el peruano de fuerte raigambre positivista³; la jurisprudencia únicamente ocupa un rol secundario, concebida como fuente auxiliar del derecho, que solo opera en ausencia de fuente primaria. Configurándose de esta manera, el problema respecto a la justificación de sus potestades normativas para crear normas con rango de ley.

La contrariedad radica en que; en nuestra tradición jurídica romano germánico, existe una rígida separación entre el órgano que hace las leyes (el Congreso) y el que las aplica (el Poder Judicial). El

³ Genaro R. Carrió llama la atención sobre lo ambiguo de la expresión positivismo jurídico. Siguiendo el trabajo de Norberto Bobbio, "Sobre el Positivismo Jurídico". Carrió identifica tres significados distintos de positivismo jurídico:

El positivismo jurídico como enfoque metodológico, expresa que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral.

El Positivismo jurídico como ideología, hace mención a una actitud valorativa frente al derecho positivo, según la cual, existe un deber moral de obedecer los requerimientos de las reglas y demás estándares del derecho positivo, sea cual sea el contenido de ellos.

El positivismo jurídico como teoría, comprende los siguientes argumentos: a). El derecho positivo es la voluntad del Estado o del Soberano, b). La fuente genuina del derecho es la legislación, la costumbre y la jurisprudencia son fuentes secundarias, c). Todo ordenamiento jurídico es un todo coherente, unitario y pleno, d). Los jueces no tienen otra función que decidir a parir de las reglas de derecho positivo, la solución de los casos concretos. Para tales fines los jueces no necesitan recurrir a pautas o reglas que no formen parte del ordenamiento jurídico, pues todo caso puede y debe resolverse mediante pautas y reglas del ordenamiento jurídico (Carrió, 1981).

De acuerdo a lo expuesto por Genaro. R. Carrió, para los efectos de la presente tesis, cada vez que se haga mención al sistema jurídico peruano como expresión de la tradición romano germánica, se entenderá referido al positivismo jurídico como teoría.

Parlamento, a diferencia del Tribunal Constitucional, posee legitimidad democrática para crear disposiciones de carácter general; esto significa que al haber sido elegido por el pueblo ostenta la condición de titular de la representación nacional. Ergo; está facultado para legislar. En cambio, el Tribunal Constitucional; no ha sido elegido por el pueblo. Si bien es elegido por el Congreso, se trata de un órgano que no fue creado para legislar. Sostener lo contrario implicaría una violación del principio de separación de poderes invadiendo y usurpando facultades legislativas del Congreso.

No obstante; un proceso que viene desarrollándose en nuestro país, es la incorporación de instituciones jurídicas del derecho anglosajón, entre las que destacan: la creación judicial del derecho y el reconocimiento del precedente constitucional (principio *stare decisis*) como fuente principal del derecho, lo que no es privativo ni del Tribunal Constitucional ni de la justicia constitucional.

Así las cosas, a pesar de las críticas, la figura del precedente constitucional; no solo ya está presente en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se ha integrado en nuestro sistema de fuentes, pese a que; la Constitución Política en ningún acápite hace referencia al vocablo “precedente vinculante”; ni mucho menos a la expresión “jurisprudencia”; oh, que el Tribunal Constitucional tenga facultades para crear normas de carácter general.

En tal sentido, consideramos que la introducción de una jurisdicción constitucional, con la facultad para crear normas de rango legal

vinculante para todos los poderes públicos y privados, en sistemas jurídicos de tradición romano germánica como el peruano; modifica la teoría clásica de sus fuentes de derecho, así como, la forma de crear y entender el derecho. Por lo que, en la presente tesis, se propone un nuevo modelo jurídico, sustentado en la tesis de Herbert Hart, que nos permita establecer el valor *erga omnes* de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo debe ser la definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Lo que se propone realizar con la presente investigación, es significativamente relevante, no solo desde un aspecto académico; sino también, desde una perspectiva práctica de la administración de justicia; pues, contribuirá a resolver el dilema que gira en torno a las atribuciones del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento. Y el cambio de paradigma que ello ha implicado en la concepción de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano.

En ese sentido, el aporte teórico de nuestra investigación permitirá cerrar una brecha interpretativa respecto a la definición de precedente constitucional que dotará al sistema jurídico peruano de mayor coherencia y previsibilidad en resolución de los fallos judiciales.

En esa perspectiva, a efectos de justificar el carácter *erga omnes* de los precedentes constitucionales; se propone una nueva forma de identificar las fuentes del derecho, totalmente desvinculada de la tesis positivista de Hans Kelsen. Cerrando así una brecha interpretativa, que dotará al sistema jurídico de mayor coherencia y previsibilidad de los fallos judiciales.

1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La presente investigación se enmarca temáticamente en el derecho constitucional, la filosofía del derecho y el derecho comparado.

Desde el enfoque constitucional, se estudió el concepto de fuente del derecho; y, el de precedente vinculante, así como la teoría positivista de Hans Kelsen y su relación con la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano.

La filosofía del derecho, nos ayudó a comprender la naturaleza del principio "*stare decisis*", propio de la tradición jurídica anglosajona, evaluando la posibilidad de su inclusión en un sistema positivista como el peruano.

El estudio comparado de casos concretos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional Peruano, desempeñó un rol preponderante en la explicación de la creación judicial del derecho a través de precedentes vinculantes en ambos sistemas jurídicos. De igual forma, el parangón de la definición formal de precedente constitucional en el sistema jurídico peruano y

ecuatoriano, nos ayudó a explicar las principales semejanzas y diferencias con la teoría positivista de Hans Kelsen.

De otro lado, se efectuó un examen minucioso del modelo teórico propuesto por el jurista inglés Herbert. L. Hart., con el objeto de demostrar el rol del Tribunal Constitucional como creador de normas de carácter *erga omnes*, lo cual fue contrastado con la tesis principalista de Ronald Dworkin.

1.3.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Se encuentra implícito en la formulación del problema.

1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.4.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE

La presente investigación es básica, busca incrementar el conocimiento de la función de los precedentes constitucionales como fuente creadora de normas de carácter general en sistemas jurídicos de raigambre positivista como el peruano, y la reformulación de la teoría clásica de las fuentes del derecho que ello ha implicado.

1.4.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es propositiva. Se elabora una propuesta doctrinal argumentativa iufilosófica de la definición de precedente constitucional, que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, con la capacidad de explicar el origen social de las fuentes del derecho sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

De esta manera, luego de describir, explicar y comparar la teoría del precedente vinculante anglosajón, analizar la teoría clásica de las

fuentes del derecho peruano y determinar su desnaturalización, debido a la incorporación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional como fuente primaria del derecho. Se propone como alternativa de solución, la adopción de un nuevo paradigma jurídico con la capacidad de identificar las fuentes del derecho ya no desde aspectos meramente formales, sino más bien fácticos, a través de la regla de reconocimiento, diseñada por el jurista H.A.L Hart, en sus obras “El Concepto de Derecho” y “Post scriptum al concepto de derecho”

La regla de reconocimiento, enmarcada en la textura abierta, la indeterminación del derecho, la discrecionalidad judicial y la definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, nos permitirá justificar el valor *erga omnes* de las normas creadas por el Tribunal Constitucional a nivel de sus precedentes vinculantes.

1.4.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZA

El enfoque de la investigación es cualitativo. Pues, la identificación, formulación y solución del problema, se sustentan en la argumentación e interpretación jurídica. A través del análisis interpretativo de la jurisprudencia y doctrina comparada, se propone una reconstrucción crítica de la definición de precedente constitucional y de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano.

1.5. HIPÓTESIS

La definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, debe ser excluyente de criterios de validez formal para su identificación, con la capacidad de explicar el origen social de las fuentes del derecho sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. OBJETIVO GENERAL

Proponer una definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a. Explicar la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano como un concepto vinculado al positivismo jurídico de Hans Kelsen.
- b. Explicar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano como un hecho originado en la ausencia de fuente constitucional que justifique la creación de precedentes constitucionales con carácter general.
- c. Analizar las facultades normativas del Tribunal Constitucional desde la perspectiva de la teoría de la textura abierta del derecho, la indeterminación del derecho, la discrecionalidad judicial y la regla de reconocimiento.
- d. Construir una definición teórica iufilosófica de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría

clásica de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. MÉTODOS GENÉRICOS

1. Método de análisis – síntesis

Es aquel que posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y destacar el sistema de relaciones existentes entre las partes y el todo.

En esa perspectiva, a fin de entender la naturaleza de los precedentes vinculantes, se estudió su elemento básico, el principio *stare decisis*, propio del derecho anglosajón. De igual forma se dividió el concepto de precedente constitucional en sus elementos constitutivos como fuente del derecho, para ello se analizó el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el artículo 51º de la Constitución Política y jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional que explica la creación del derecho a través de precedentes. En ese sentido se identificaron conceptos claves como: jerarquía normativa, cosa juzgada, fuentes del derecho, fuerza normativa, carácter *erga omnes* del precedente constitucional.

El concepto de teoría clásica de las fuentes del derecho, fue explicado en base a la perspectiva teórica de Hans Kelsen, para lo cual se individualizó elementos importantes de su tesis: sistema normativo, norma jurídica, norma fundamental, validez del derecho, fuentes normativas jerarquizadas, y validez de las fuentes normativas. Todos estos conceptos, fueron relaciones con la naturaleza positivista del sistema jurídico peruano, y reconstruidos a partir de la discrecionalidad judicial y la definición de derecho como la unión de reglas primarias y secundarias.

2. Método inductivo – deductivo

El proceso de inducción fue empleado en el estudio de casos concretos resueltos por la Corte Suprema de Estados y el Tribunal Constitucional, lo cual contribuyó a establecer el concepto de precedente vinculante.

El proceso de deducción, contribuyó en la sistematización del concepto de teoría clásica de las fuentes del derecho; definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, regla de reconocimiento, indeterminación del derecho, discrecionalidad judicial y fuentes sociales del derecho. Todo ello, por intermedio del

análisis de las posturas doctrinales de Hans Kelsen y Herbert Hart.

1.7.2. MÉTODOS PROPIOS DEL DERECHO

1. Hermenéutica jurídica

La hermenéutica jurídica, desempeñó un rol importante en la interpretación lógica, gramatical, sistemática y teleológica de los conceptos de fuente del derecho, precedente constitucional, teoría clásica de las fuentes del derecho, regla de reconocimiento, el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, indeterminación del derecho y discrecionalidad judicial, tanto a nivel normativo, doctrinal, como a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

2. Argumentación jurídica

Este método, nos ayudó a construir una definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú. Esto, previa identificación de los vacíos y contradicciones en el razonamiento del Tribunal Constitucional para identificar, definir y categorizar a sus precedentes vinculantes como fuente creadora de derecho.

1.8. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como antecedente del trabajo de investigación, tenemos la tesis de Sánchez Sánchez, Wilson, titulada “La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional: Problema y soluciones”, para optar el grado

académico de Magister en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú (Sánchez Sánchez, 2013, págs. 157-158), en el que se anotan las siguientes conclusiones:

En cuanto el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, las interpretaciones que haga de ella en las sentencias, son vinculantes para todos los órganos del Estado y para la sociedad en su conjunto. En otras palabras, las sentencias constitucionales vinculan erga omnes (pág. 157).

La inexecución (total o parcial, e incluso tardía) de las sentencias del Tribunal Constitucional, constituye no sólo una vulneración al derecho constitucional que ha sido objeto de pronunciamiento en la sentencia, sino que también es una vulneración al derecho fundamental a la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales y, en última instancia se trata de una violación al derecho a la tutela procesal efectiva (pág.158).

Los medios para ejecutar las sentencias del Tribunal Constitucional, ellos no son suficientes. Por tal razón, somos de la idea de que se debería crear un órgano supervisor de la ejecución de las sentencias constitucionales, e incluso se debería tipificar el retraso de ellas por parte de la judicatura; con lo cual no creemos se solucionará el problema, pero sí disminuirá considerablemente (pág.158).

En la tesis titulada “Una historia de desconfianza: el precedente constitucional a través del análisis cultural del Derecho”, para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Cruzado Edward, Alexander Dyer, concluye:

Contrariamente a lo que algunos sostienen como hipótesis, esta investigación ha determinado que, si bien la emergencia del precedente constitucional responde a factores específicos de nuestra cultura jurídica, esta no fue consecuencia de la influencia del formalismo legal, sino de una creencia compartida negativa: la desconfianza en el juez ordinario (Cruzado, 2014, pág. 314).

En la tesis titulada “El overruling en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano y su incidencia en los derechos

fundamentales”, para optar el título profesional de Abogado. Universidad Privada del Norte, Morocco Colque, Edwin Adolfo, concluye.

La aplicación de la técnica del *overruling* en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional ha incidido negativamente en el derecho fundamental a la Debida Motivación, establecido en la Constitución Política del Estado Peruano, debido que, no se advierte en el contenido de los nuevos precedentes vinculantes: i) los argumentos de la eficacia temporal del precedente; ii) la debida justificación de los presupuestos habilitantes de aplicación del precedente; y, iii) los argumentos que justifican los nuevos criterios vinculantes establecidos; lo que implica su inconstitucionalidad, por ende, su actual vigencia genera un estado de inseguridad jurídica (Colque, 2016, pág. 134).

Finalmente, Rivera Delgado, José Carlos, en la tesis titulada “Posibilidad de apartamiento de precedentes vinculantes, por parte de los jueces del Poder Judicial, Arequipa 2017”, para optar el título de abogado. Universidad Católica de Santa María (Delgado, 2017, págs. 129-131), concluye:

En cuanto al criterio doctrinario respecto del apartamiento de precedentes vinculantes, podemos concluir que la figura del precedente es una herramienta útil para crear mayor seguridad jurídica, uniformidad y previsibilidad, sin embargo, el precedente no puede constituir un dogma absoluto, pues dependerá del juez, al valorar los hechos de cada caso, si su aplicación resulta necesaria o no. Esto en razón de que el precedente no puede en ningún caso restar funciones jurisdiccionales; siendo que la figura del apartamiento debe responder a una causa justificada que deberá ser adecuadamente fundamentada por el magistrado (pág. 129).

En cuanto al criterio jurisprudencial respecto del apartamiento de precedentes vinculantes, podemos llegar a la conclusión que, en un principio los jueces estaban impedidos de apartarse de un precedente, es decir que bajo ninguna circunstancia podían desviarse del criterio jurisprudencial del tribunal. Sin embargo, con el paso del tiempo, se les ha dado la potestad a los magistrados, de valorar en cada caso sus hechos relevantes, a fin de contrastarlos con los hechos relevantes del caso que dio origen al precedente con el propósito que determinen si corresponde o no su aplicación (pág. 129,130).

Podemos concluir que la aplicación de precedentes vinculantes que cuentan criterios equivocados o desfasados constituye un serio problema, pues se estarían expidiendo fallos que no son justos. Por lo tanto, es necesario que en aquellos casos donde el criterio no sea el correcto para resolver la causa o que por el contrario el precedente ya no sea útil por las circunstancias del contexto social, el magistrado debe apartarse de tal precedente, pues no se puede esperar a que el tribunal decida cambiar de criterio. La justicia no puede esperar y siempre debe estar presente en cada decisión jurisdiccional (pág. 130).

Permitir que un magistrado se aparte de un precedente vinculante constituye las siguientes ventajas: la elaboración de sentencias y autos con decisiones más justas; permite al Tribunal Constitucional que pueda corregir los errores que pueda contener sus precedentes; permite llenar vacíos jurídicos donde el precedente no lo haya regulado o lo haya hecho de manera parcial; funciona como una herramienta de presión para que el Tribunal elimine o varíe su criterio jurisprudencial; y contribuye a hacer un control del poder que cuenta el Tribunal Constitucional (pág. 130).

Un juez de primera y segunda instancia en un proceso constitucional está en la facultad de apartarse de un precedente vinculante, en primer lugar porque el T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial le faculta a apartarse motivando adecuadamente su decisión; en segundo lugar porque el Perú sigue siendo un país regido por el Civil Law; tercero, porque la misma Constitución garantiza la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional; cuarto, porque el juez en todo momento debe observar el debido proceso y tutela jurisdiccional; quinto, porque debe motivar sus resoluciones con criterios que vayan de acorde con el derecho y el contexto social; sexto, porque no pueden dejar de administrar justicia por defecto o vacío de la ley y finalmente porque en todo momento deben seguir un criterio de justicia (pág. 130,131).

Un juez de cualquier instancia judicial, podrá apartarse de un precedente vinculante siempre y cuando se encuentra en alguna de las siguientes causales: 1. Cuando el magistrado advierta que por la aplicación de un determinado precedente su decisión va a devenir en injusta; 2. Cuando la aplicación de una precedente causa indefensión en alguna de las partes del proceso; 3. Cuando el juez advierta que la aplicación del precedente vinculante resulta contener un criterio desfasado para resolver el conflicto de

intereses; 4. Cuando los hechos que motivaron el precedente son distintos a los hechos del caso concreto; 5. Cuando el magistrado llega a un criterio más adecuado que permita una mejor protección del derecho fundamental discutido. Para lo cual estará obligado a fundamentar adecuadamente su decisión de apartamiento mediante una motivación doctrinaria y principista, comprobando la circunstancia de apartamiento y su necesidad para resolver el proceso, bajo sanción de nulidad (pág. 131).

Las investigaciones precitadas, no consideran en su análisis la problemática de los precedentes constitucionales como fuente del derecho y la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú. La misma que se aborda en el presente trabajo de investigación.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se empleó la técnica de fichaje o recopilación documental para captar la información existente del problema de estudio. Esta técnica sirvió para seleccionar, sistematizar y analizar los argumentos contenidos en las posturas normativas, doctrinales y jurisprudenciales sobre las fuentes del derecho, los precedentes vinculantes, la teoría clásica de las fuentes del derecho, la definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial.

1.9.2. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se utilizó las fichas en sus diversas modalidades, preferentemente las bibliográficas y de contenido: textuales y de resumen; las mismas que nos sirvieron para elaborar la bibliografía final, las citas

correspondientes y anotar las ideas extraídas de los trabajos relacionados con la definición de fuentes del derecho, fuentes del derecho, los precedentes vinculantes, la teoría clásica de las fuentes del derecho, la definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. PRECEDENTE VINCULANTE

La definición de precedente vinculante, expuesta en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como:

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 la cuales se aparta del precedente.

Suscita problemas y cuestionamientos que se relacionan directamente con la forma de concebir y entender el derecho. El judicial, propio del common law; y el legal, propio del civil law. En el sistema jurídico peruano el precedente constitucional es rígido y más se parece a un tipo de legislación general que a la técnica del precedente de casos específicos anglosajón.

El Tribunal Constitucional, ha interpretado el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como una facultad normativa propia para crear normas de carácter general de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos y particulares con características similares a la ley establecida por el Parlamento. En la STC N° 0024-2003-AI/TC (caso Municipalidad Distrital de Lurín), el Tribunal Constitucional estableció que:

(...), el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, 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.

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.

Asimismo, en la STC N° 3741-2004-AA/TC (caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque), fundamento 49, el Tribunal Constitucional precisó:

(...), 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.

Esta forma de entender y definir el precedente vinculante, resalta la marcada herencia positivista del Tribunal Constitucional, propio de sistemas jurídicos de civil law, en el que el alcance y significado de un concepto depende de su positivización previa.

A diferencia del derecho anglosajón, que no requirió de un mandato legal para institucionalizar el precedente vinculante. En el Perú, fue necesario la intervención del Parlamento para crearlo. Sin embargo, al no ser clara la definición de precedente. El Tribunal Constitucional, en las sentencias: STC N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín, y STC N° 3741-2004-AA/TC, caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque, formuló su propia concepción de precedente constitucional; definiéndolo como una facultad normativa propia para crear normas de carácter general de obligatorio

cumplimiento para todos los poderes públicos y particulares, con características similares a la ley establecida por el Parlamento. Concluyó que donde el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dice “precisando el extremo de su efecto normativo”, debe entenderse como; “el precedente vinculante expone el poder normativo del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general, con efectos de ley, vinculante frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares”.

El Tribunal Constitucional al dotar a sus precedentes de efectos de ley, con la capacidad de crear normas de alcance general, creó para sí facultades legislativas, que, en el contexto de la teoría clásica de las fuentes del derecho, carece de fuente de validez constitucional.

Y es que, la tesis de la teoría pura del derecho, propuesta por Hans Kelsen, constituye la base de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú. El paradigma kelseniano, conceptualiza las fuentes del derecho como un sistema jerarquizado de normas, en el que la validez de una norma inferior depende de la validez de otra norma (norma superior), y está a la vez de otra, hasta llegar a la Constitución. Según Hans Kelsen, “la más alta grada jurídico positiva representala la Constitución, tomándola en el sentido material del vocablo, cuya función esencial consiste en regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica general, es decir, de la legislación” (Kelsen, 2003, pág. 109). Según esta tesis, la validez de la Constitución depende de una norma presupuesta, hipotética (norma fundamental). “Ella es solo expresión del supuesto necesario de toda concepción positivista del material jurídico. No vale como norma jurídica

positiva, ya que no es producida en el procedimiento jurídico, no es instituida sino presupuesta, en tanto instauración jurídica de todo procedimiento jurídico” (Kelsen, 2003, págs. 109-110)

Resumiendo, de acuerdo a la tesis de Has Kelsen, toda fuente de creación normativa debe encontrar sustento de validez en la Constitución como norma jurídica positiva superior, en tanto y en cuanto, la norma fundamental no es una norma jurídica, sino una norma presupuesta.

En ese orden de ideas, si el Tribunal Constitucional pretende ser coherente con la teoría kelseniana, debe sustentar la validez de sus facultades normativas para crear normas generales a través de precedentes, en la Constitución, al constituir la norma jurídica positiva superior del ordenamiento jurídico peruano.

Esto implica que, la validez de las facultades normativas del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general vía precedentes constitucionales, necesariamente tendría que tener un sustento en la Constitución. De no ser así, se desnaturalizaría la teoría clásica de las fuentes del derecho.

Mutatis mutandis, podemos señalar que el concepto de precedente vinculante rediseñado por el Tribunal Constitucional, constituye un precedente autoritario, que se asemeja a la función legislativa del Congreso, en el sentido de que es el propio Tribunal, a través de potestades auto impuestas, quien fija los alcances y límites de sus precedentes, dejando poco margen de actuación al segundo juez quien es el llamado a aplicarlo en un caso concreto.

El precedente constitucional construido por el TC, representa para el caso sustancialmente similar, la imposición de una solución concreta de acuerdo a las condiciones de forma y fondo preestablecidas por el propio precedente, sin posibilidad de apartamiento del juez bajo responsabilidad de un procedimiento administrativo de sanción⁴, (Gutarra, 2018, pág. 79). El precedente constitucional se dicta como si fuese una norma legal que se debe aplicar obligatoriamente. Esta rigidez impide que en el Perú se desarrolle una verdadera tradición del precedente vinculante. Hecho totalmente alejado del modelo anglosajón, que se caracteriza por su flexibilidad, y el protagonismo del segundo juez, como el encargado de dotar de significado al precedente creado (Kerpel, 2001).

En relación a la flexibilidad y participación del segundo juez en la aplicación de los precedentes creados, Diego López Medina y Roberto Gordillo señalan que:

Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido, sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”. (Diego Eduardo López Medina y Roberto Gordillo, 2002, pág. 14)

⁴ Resolución de Jefatura N° 0021-2006-J-OCMA, publicada el 04 de abril de 2006 en el Diario el Peruano:

Primero. - DISPONER 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°026-2005-PA/TC y N°4227-2005-PA/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.

En la parte decisoria de la STC N°006-2006-PC/TC, sobre casinos y tragamonedas, se señala:
3. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (se refiere a los procesos declarados nulos por no acatamiento del precedente vinculante 4227-2005-PA/TC caso Royal Gaming SAC) para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N°0021-2006-J-OCMA, publicada el 04 de abril de 2006 en el Diario el Peruano.

Ana Mangaloni Kerpel, refiriéndose al precedente en EE. UU explica:

En suma, los precedentes no establecen reglas axiomáticas que se puedan aplicar deductivamente. Existen distintas formas para determinar la regla que establece el precedente; y, el tribunal posterior siempre cuenta con un margen de libertad para elegir el método y la forma para hacerlo. Ello dota al *case law* de un dinamismo muy particular: las reglas cambian, se redefinen y se transforman en el proceso mismo de su aplicación. (Kerpel, 2001, pág. 89)

Por su parte, Victoria Iturralde Sesma, explica:

(...), los precedentes no crean reglas axiomáticas y preexistentes a la disputa en la que se aplican. Más bien, como sostiene Posner, las reglas que integran el *case law*, son una creación conjunta del tribunal que establece el precedente y el que lo aplica a un caso particular (Iturralde Sesma, 1995, pág. 116)

La característica básica - intervención del segundo juez - propiedad del precedente en el sistema anglosajón, es radicalmente diferente al modelo de precedente constitucional peruano. En el Perú, es el propio Tribunal Constitucional, quien establece el significado de sus precedentes, exigiendo que los jueces inferiores lo sigan como si se tratase de una norma legal que se debe cumplir obligatoriamente. Dicha rigidez impide que se desarrolle una verdadera tradición del precedente, caracterizada por su flexibilidad como en los EE.UU.

En esa línea argumentativa, a efectos de no desnaturalizar la figura del precedente constitucional peruano, siguiendo la experiencia comparada del derecho anglosajón (EE. UU). El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe de interpretarse, como una facultad normativa general con la suficiente flexibilidad, que permita al segundo juez llamado a aplicarlo en una causa concreta, determinar el efecto vinculante del precedente creado.

Teniendo en cuenta las precisiones expuestas, a continuación, se realiza una breve reseña del principio *stare decisis* en el sistema de common law (EE. UU); y, en base a casos concretos resueltos, por la Corte Suprema de EE. UU y el Tribunal Constitucional peruano, se revelará la naturaleza jurídica del precedente vinculante en ambos sistemas. Arribando a importantes conclusiones respecto a la forma de entender y definir el derecho en los sistemas de common law y civil law. Aboquémonos a ello.

2.1.1. UNA APROXIMACIÓN AL COMMON LAW

El objetivo de la presente sección no es el estudio del sistema de common law en todos sus aspectos, pues ese difícil empeño rebasa el propósito de nuestro trabajo. El common law, como todo sistema jurídico desarrollado, incluye todas las subdivisiones del derecho, y no es nuestro objetivo ese conocimiento total. Sin embargo, es de nuestro interés conocer sus principios fundamentales y su naturaleza.

El principio rector que dota de dinamismo al sistema jurídico de common law, es denominado *stare decisis*. Éste principio, es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones; actúa de tal manera que los jueces deben resolver los casos que se encuentran pendientes, atendiendo a lo resuelto por sentencias precedentes, dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción, de igual o superior jerarquía, (Ruiz M. A., s.f.). La idea general que subyace respecto a esta doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes o, simplemente, los precedentes, es decir, decisiones

tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante, (Santiago Legarre y Julio César Rivera, 2006). Bajo esta configuración, el sistema jurídico anglosajón se define como un sistema de base judicial, en el que las normas surgen de las sentencias de los jueces, transformando al precedente vinculante en fuente principal del derecho, (Santiago Legarre y Julio César Rivera, 2006).

Para Roscoe Pound, el common law es un modo de pensamiento jurídico, una manera de argumentar y una forma de tratar problemas legales. Antes que un cuerpo de reglas definidas más o menos fijas; el common law, es un método capaz de modelar norma cualquiera que sea su origen para adecuarlas a sus principios, creando de esta forma el derecho aplicable para el caso concreto (Pound, 1954, págs. 181-182).

En el sistema jurídico anglosajón, el juez que decide un caso deberá buscar y construir el derecho apropiado para resolverlo; y, en ocasiones deberá crearlo, es la necesidad de decidir el caso; y hacerlo correctamente conforme a derecho, lo que justifica, el poder del juez para crear derecho (Pound, 1954, págs. 181-182).

Mangaloni Kerpel, Ana Laura, señala que en el common law la sentencia que resuelve el caso contiene el derecho para las partes; y, en virtud del principio "*stare decisis*" y de acuerdo con su dinámica, se convierte en parámetro de decisión para casos futuros, para tal efecto influye el carácter más o menos excepcional del caso, la autoridad del tribunal que lo decide, el grado de consenso alcanzado

en el seno del tribunal a la hora de decidir, la relevancia de la cuestión decidida; y, la aceptación social que consigue o la controversia que genera la solución alcanzada, (Kerpel, 2001).

Son los tribunales posteriores los que determinan, al aplicar la regla del precedente en litigios ulteriores, su nivel de generalidad y abstracción; el tribunal que sienta el precedente, únicamente establece el marco de posibilidades dentro del cual podrán moverse los jueces vinculados por su decisión (Kerpel, 2001, pág. 32)

En el common law, cada juez tiene facultad para interpretar sentencias precedentes, pero sus considerandos no determinan la norma general, sino que ésta se determina en función de los hechos que el segundo juez, al momento de resolver un caso concreto considere relevantes; para el juez no existen límites lógicos inflexibles que pongan término a la búsqueda de analogías, la introducción de ficciones o la categorización de hechos relevantes; hacer explícita la norma jurídica general, no es una tarea puramente lógica, pues la selección de la norma que es aplicable al caso, suele hacerse con criterios axiológicos, (Kerpel, 2001). El derecho se vuelve obligatorio, efectivo y concreto en la medida en que jueces y funcionarios, con la colaboración de abogados y juristas, le den ese carácter; las normas jurídicas devienen unívocas y transparentes con la interpretación judicial, (Rúa, 1956).

Lo expuesto significa que, en el common law es el segundo juez, quien, al resolver un caso concreto, determina el valor vinculante de las sentencias emitidas por los tribunales superiores. Esta afirmación, nos ayuda a entender el carácter flexible del common law.

El sistema de common law, percibe el derecho como un incesante proceso de desarrollo, producción y modificación de reglas jurídicas que debe ser comprendido en dimensión histórica. La óptica desde la que se contempla el derecho es dinámica; el derecho “se mueve” y lo que el jurista debe conocer es, qué factores impulsan o frenan el dinamismo y mutabilidad de las reglas jurídicas, (Kerpel, 2001). Por esta razón, las facultades de Derecho en los EE. UU invierten un tiempo considerable en el análisis y estudio de casos concretos en los que la importancia de planteamientos judiciales, en particular el *holding* y el *dictum*, representen en sí, un asunto de discusión.

1. Holding y Dictum en el sistema de Common Law

Las decisiones judiciales son el indicador del estado del derecho en cualquier sector sujeto a regulación: confirman que hay derecho consolidado, o que no lo hay, anuncian cambios, introducen nuevas reglas. La realidad social atraviesa el derecho, que no se puede determinar abstraído de ella; interesa el derecho tal y como se aplica, no como conjunto de disposiciones jurídicas en vigor. El common law es derecho en movimiento, pero de acuerdo con ciertos patrones de orden; descubrir tales patrones de orden es, a fin de cuentas, entender cabalmente qué significa y cómo opera el principio de *stare decisis* en la práctica judicial de los tribunales anglosajones, (Kerpel, 2001).

No todo lo que resuelve un tribunal es considerado como un “precedente”. Únicamente aquellas partes de una opinión de la

Corte que constituyen declaraciones de Derecho que sean esenciales para resolver un caso, poseen el valor de precedente. Estas afirmaciones esenciales se conocen como “*holdings*”. Las declaraciones no incluidas en lo que se considera esencial para el fallo de un caso, son denominadas “*obiter dicta*” (dichos de paso o marginales) o simplemente “*dicta*” y no dan lugar a reglas de precedente, (Barker, 2014).

Un buen ejemplo sobre la diferencia entre “*holding*” y “*dictum*”, lo encontramos en el conocido caso de Derecho Constitucional, *Marbury vs. Madison*, fallado en 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, los hechos son los siguientes:

En 1801, en las últimas semanas de la administración del presidente Jhon Adams, éste nombró a William Marbury y a otros más para los cargos de jueces destinados al Distrito de Columbia. El Senado de los Estados Unidos ratificó tales nombramientos y el presidente Adams firmó la documentación pertinente, o sea los títulos (*comissions*) que acreditaban a Marbury y a los demás como jueces. Posteriormente, Adams envió los títulos al Departamento de Estado, puesto que el secretario de esta dependencia era la persona indicada por la ley para entregar los títulos a las personas nombradas. Pocos días después finalizó la administración del presidente Adams y el nuevo presidente, Thomas Jefferson (quien lo había derrotado en las elecciones) ocupó el cargo. El Secretario de Estado de Jefferson, James Madison, se percató de que los cuarenta y dos “títulos”, incluyendo el de Marbury, no habían sido entregados a sus destinatarios, sino que habían permanecido en las oficinas del Departamento de Estado. Entonces, el presidente Jefferson ordenó a Madison entregara veinticinco de esos “títulos”, pero que retuviera los otros diecisiete, incluyendo el de Marbury.

Tanto Marbury como los otros que habían sido nombrados y cuyos títulos habían sido retenidos, interpusieron una acción de *mandamus*⁵ (mandato judicial) contra Madison ante la Corte Suprema de Estados Unidos, con la finalidad de que se les haga entrega de sus “títulos” sobre los cuales

⁵ Mandamus es una acción legal que tiene por objeto obligar a un funcionario público o a un tribunal inferior a realizar un deber que no es discrecional, (Barker, 2014).

reclamaban tener derecho, pues eso los habilitaba para ocupar el cargo. La Corte Suprema, a través de su presidente John Marshal, inició el análisis del caso mediante las siguientes declaraciones:

En el orden tal cual la Corte ha visto este tema, se formularon y contestaron las siguientes interrogantes:

1. ¿Posee el demandante [Marbury] el derecho al “título” que demanda?
2. Sí es así y ese derecho ha sido violado, ¿las leyes de este país le ofrecen algún recurso para obtenerlo?
3. Si le proporcionan un recurso, ¿es éste un *mandamus* emitido por esta Corte? (Barker, 2014, págs. 34-35).

La Corte Suprema procedió a contestar estas interrogantes en el orden en el que fueron formuladas. Luego de un análisis, la Corte concluyó que sí, que Marbury tenía el derecho a que le entreguen el título, pues solo así podía ocupar el cargo para el que había sido nombrado. En lo que respecta a la segunda pregunta, la Corte manifestó que las leyes de los Estados Unidos de Norteamérica en realidad deben de proporcionar un recurso a Marbury. Referente a la tercera, la Corte se manifestó afirmativamente, en el sentido de que la acción legal del *mandamus* era un recurso apropiado. No obstante, la Corte formuló la interrogante: ¿era el recurso apropiado de Marbury la acción de *mandamus* iniciada en la Corte Suprema?, Marbury, al entablar la acción de *mandamus* directamente ante la Corte Suprema se basó en la Ley Federal del Poder Judicial de 1789 que autorizaba a la Corte Suprema a: (Barker, 2014, pág. 36).

(...), emitir un auto de *mandamus* o mandato en casos respaldados por los principios, usos del Derecho ante cualquier tribunal o funcionario que ostente un cargo público bajo la autoridad de los Estados Unidos, (...). (Barker, 2014, pág. 36)

La acción de Marbury fue obviamente de *mandamus*, y el Secretario de Estado era indiscutiblemente una “persona con cargo sujeta a la autoridad de los Estados Unidos de América”. Sin embargo, la Corte Suprema manifestó que la Constitución de este país limita la jurisdicción original de este Tribunal a casos que impliquen a funcionarios diplomáticos y consulares y en los casos en los que un Estado (de los Estados Unidos de América) sea parte. Puesto que el caso de Marbury no se encontraba dentro de dichas categorías, la Corte Suprema concluyó que la Constitución le prohibía ejercer una jurisdicción originaria en este proceso. Por consiguiente, la Corte Suprema se enfrentaba a una ley federal (tal y como lo interpretara la Corte) le otorgaba jurisdicción original sobre este caso, y una disposición constitucional (que tal y como la Corte interpretó la Constitución) prohibía que la Corte ejerciera jurisdicción original sobre aquel mismo proceso. La Corte manifestó que debe preferirse la Constitución a cualquier ley y, por lo tanto, concluyó que carecía de jurisdicción originaria para ver el caso Marbury, (Barker, 2014, pág. 37).

¿Cuánto del caso Marbury está considerado como “*holding*” (es decir, con valor de precedente), y cuánto de “*dictum*” (es decir, palabras o frases que no tienen fuerza de precedente)?

Las respuestas a estas interrogantes dependen del derecho sustantivo y procesal vigentes y aplicables. En el Common Law, un tribunal que carece de jurisdicción sobre el asunto en litigio,

no tiene facultad para decidir sobre los méritos de la demanda. En cuanto al caso Marbury, la Corte declaró que carecía de jurisdicción para ver la causa en primera instancia. Puesto que carecía de ella, ineludiblemente no tenía autoridad para tratar o decidir sobre el fondo de la causa. Por consiguiente, la deliberación de la Corte Suprema sobre el derecho de Marbury al nombramiento y su correspondiente título y su afirmación de que el *mandamus* era un recurso apropiado, son considerados como declaraciones *dicta*, que van más allá de las afirmaciones consideradas como necesarias para la solución del caso. La deliberación de la Corte Suprema sobre este tema puede considerarse como persuasiva, (es decir, que puede ejercer algún tipo de influencia) en otro tribunal en un caso futuro, pero no es considerada como vinculante, precisamente debido a que lo que la Corte afirmó en lo referente al derecho de Marbury en cuanto a su “título” y a su derecho al recurso del *mandamus* no eran relevantes, ya que lo que se discutía no estaba dentro de su jurisdicción, pues carecía de ella (Barker, 2014, pág. 38).

Por otro lado, las declaraciones de la Corte en lo que respecta a que la Ley Federal de la Judicatura implicaba el otorgamiento de jurisdicción ordinaria para las acciones de *mandamus* contra funcionarios públicos, no obstante que la Constitución prohibía presentarlas directamente ante la Corte Suprema en casos parecidos (a no ser que se trate de diplomáticos o de Estados), son considerados como “*holdings*”. Asimismo, el fallo de la Corte

Suprema en cuanto a que (y consecuentemente, otros tribunales federales o estatales de los Estados Unidos) poseían potestad de no aplicar leyes que entraran en conflicto con la Constitución, es considerado como “*holding*”, y en realidad, de gran trascendencia en el caso, (Barker, 2014, págs. 38-39).

En la discusión alrededor del caso Marbury, la Corte Suprema aprovechó la oportunidad para ofrecer otros ejemplos de leyes que podrían ser inconstitucionales. La Corte manifestó, por ejemplo, que si el Congreso aprobara una ley *ex post facto* (ley posterior al hecho), o una ley que imponga penas sin proceso previo, o que permita una condena por traición con base a una confesión extrajudicial o con el testimonio de un solo testigo, tales leyes serían inejecutables en un tribunal pues violarían la Constitución. Estas declaraciones emitidas por la Corte, no son consideradas *holdings*, ya que no versan sobre materias legales que han sido realmente analizadas por la Corte. Mientras que estas afirmaciones pueden poseer un efecto persuasivo en las cortes inferiores si es que tales tribunales tuvieran que tratar dichas leyes, las declaraciones de la Corte Suprema en relación al caso Marbury acerca de la ley *ex post facto*, leyes de imposición de penas sin proceso, y medios probatorios para evidenciar un fallo o condena por traición, son únicamente consideradas *dicta*, mas no reglas con el carácter de precedente, (Barker, 2014, págs. 39-40).

La diferencia entre un *holding* que posea la fuerza de precedente, y un *dictum* que no lo tiene, es a menudo difícil de discernir. Por esta razón, en cualquier caso, es el juez posterior al momento de resolver un caso concreto quien determina el *holding* y el *dictum* de una sentencia (Barker, 2014).

El caso *Marbury versus Madison*, ilustra los principios básicos para determinar qué planteamientos constituyen un precedente y cuáles no.

A continuación, teniendo como referencia casos concretos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos: *Macpherson vs. Buick Motor*, “evolución de la responsabilidad extracontractual en el derecho anglosajón”, *Riggs vs Palmer*, “nadie puede beneficiarse de su propia injusticia”; y, casos resueltos por el Tribunal Constitucional peruano en las sentencias: 3771-2004-HC, 0168-2005-PC, 3741-2004-AA/TC y 4263-2012, se determinará las principales diferencias respecto al rol del precedente vinculante, en ambos sistemas jurídicos.

2. Casos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos: *Macpherson vs. Buick motor*, evolución de la responsabilidad extracontractual en el derecho anglosajón, resuelto por el juez Benjamín Cardozo en 1916

El resumen y análisis de este caso, tienen como fuente de consulta (Ghirardi, s.f., págs. 7-22).

Hechos

Un fabricante de automóviles vende un vehículo a un revendedor, quien a su vez lo vende al demandante. Éste manejaba el automóvil cuando, imprevistamente, sufre la fractura de una rueda. El actor fue proyectado fuera del vehículo y esto le provocó serias heridas. En aquellos tiempos las ruedas tenían rayos de madera; al ser elaborado con madera defectuosa, uno de estos se quebró. La rueda había sido fabricada por un autopartista a pedido del fabricante de automóviles, quien no advirtió el defecto, pues, omitió realizar la inspección debida antes de ser colocada en el vehículo vendido al actor.

Para el juez, el problema consiste, en determinar si el demandado tenía una obligación de diligencia y vigilancia respecto de otras personas, aparte del adquirente inmediato (revendedor).

Es preciso aclarar, que antes de la solución de este caso, en el derecho norteamericano, no se reconocía la responsabilidad frente a terceros, ya que no existía una relación contractual directa entre el fabricante y el comprador final. El precedente creado, constituye una evolución de los daños por negligencia cuando se trata de la fabricación de productos, cuyo destino final es la venta al público en general.

Análisis del caso

Para solucionar la litis, el juez Cardozo incursionó en la jurisprudencia para ver si encontraba un precedente aplicable al

caso. El derecho anglosajón, a diferencia del derecho legislado, no es partidario de una codificación general de las normas jurídicas, no comparte la predilección por el derecho codificado. En su excursión histórica, se encuentra con el juicio de “Thomas vs. Winchester” de 1852. Señalando lo siguiente:

La señora Thomas había adquirido un frasco de extracto de “dandelion” a un farmacéutico, quien lo había adquirido de otro farmacéutico, quien, a su vez, lo había adquirido de un fabricante, uno de cuyos empleados había rotulado por error un frasco que contenía “belladona”. A raíz de esa circunstancia, la señora Thomas sufrió una grave afectación a su salud. Demandó, entonces, al fabricante, pues la “belladona” es nociva si no se la ingiere en dosis mínimas, mientras que el “dandelion” es inofensivo. El Tribunal había admitido la demanda y condenó al fabricante a reparar los daños y perjuicios sufridos por la actora. Se consideró que la “belladona”, erróneamente etiquetada, es una sustancia venenosa, y debe ser considerada sustancia inherentemente peligrosa.

Este caso había recogido a su vez, un precedente del derecho inglés “Longmeid vs. Holliday” (1851). El Tribunal inglés había sostenido que la responsabilidad del vendedor o fabricante frente a tercera persona sólo surge si el objeto que causa el daño es inherentemente peligroso, y capaz de provocar un peligro inminente a la vida de una persona.

Para entender mejor el principio subyacente en el caso resuelto por el tribunal inglés, Cardozo precisó: Una pistola cargada es un objeto inherentemente peligroso, pero un automóvil no es peligroso en sí mismo, es decir, no es inherentemente peligroso. El automóvil deviene peligroso sólo cuando tiene un defecto de construcción; en este caso, el fabricante responde contractualmente respecto de la persona a quien él vendió el producto que ocasionó el daño. Adviértase que, para imputar responsabilidades al vendedor o fabricante frente a tercera persona, se pone el acento en el objeto fabricado más que en la persona que lo fabricó.

El juez, para resolver la causa, fiel a la técnica del genuino common law, se pregunta; ¿cuáles son los principios que evidencian los precedentes mencionados? Y responde, es probable que en ellos haya alguna inseguridad o incertidumbre. Por esa causa, decide seguir de cerca la evolución de todos estos casos de juicios por daños basados en la responsabilidad extracontractual. Así, se encuentra con el caso “Loop vs. Litchfield” (1870), en el que los sucesores de un accidentado demandan al fabricante de una sierra circular que tiene una rueda, la cual se rompe y causa la muerte de quien la utiliza. Éste lo había obtenido en préstamo del comprador a quien el fabricante le había señalado el defecto que tenía. El Tribunal desestimó la demanda porque el objeto no era inherentemente peligroso y no había relación contractual entre la víctima y el

fabricante. Existía un riesgo asumido por el comprador que buscaba un artículo barato y de ocasión. Tampoco el peligro podía ser declarado inminente desde que la sierra había sido utilizada durante cinco años sin romperse.

En la serie de casos revisados, se cita el de “Loose vs. Clute” (1873). Aquí se trataba de una caldera que hizo explosión en una fábrica, que ocasionó daños en una finca vecina. El vecino demandó al fabricante de la caldera. El Tribunal rechazó la demanda porque consideró que la caldera había sido probada por el comprador y no era un objeto inherentemente peligroso; además, se consideró que el fabricante no era responsable ante terceros.

Luego, se hace mención al caso “Devlin vs. Smith” (1882). En este juicio un obrero cayó desde lo alto de un andamio defectuosamente construido y como resultado del accidente falleció. La demanda fue realizada por los sucesores de la víctima en contra del patrón y del fabricante. En este caso la acción prosperó porque se consideró que el andamio defectuosamente construido, era un objeto peligroso. Pero, hay más: el fabricante sabía, o debía saber, que el andamio iba a ser utilizado por los obreros y no por el patrón comprador del objeto. El fabricante de andamios los construía para ser utilizados por los operarios. Tenía, pues, la obligación de actuar con diligencia y no con negligencia. Como se advierte, el juez va desplazando el acento desde el objeto producido, hacia quien lo fabrica,

destacando que se debe actuar con diligencia y no con negligencia.

Cardozo hace notar en su investigación una serie de casos similares, pasando al fallo “Statler vs. Ray” en el que una persona que va a un restaurante es lesionada por una máquina para preparar café. La víctima del accidente demandó al fabricante, pues se comprobó que la máquina tenía un defecto de fabricación. Para Cardozo el demandado era responsable porque el objeto, al momento de ser utilizado según el fin para el cual había sido comprado, era por su misma naturaleza fuente de grave peligro, ya que fue fabricado en un modo negligente e inadecuado.

Cardozo, razonaba de esta manera, si comparamos los casos Devlin vs. Smith y Statler vs. Ray, nos encontramos con la misma regla de derecho afirmada en el caso Thomas vs. Winchester. Se ha hecho una extensión del principio. El andamio no es un objeto inherentemente peligroso en sí mismo; deviene en peligroso tan sólo si es construido en forma defectuosa. De igual forma, la máquina de café constituye un peligro si es defectuosamente fabricada. Nadie piensa, pues, que tales objetos por sí mismos pueden ser normalmente ocasión de causar destrucciones o daños. Se convierten en peligrosos por la falta de diligencia en su fabricación.

Solución del caso

Al relacionar los precedentes, el juez concluyó que el caso Thomas vs. Winchester, contiene un principio fundamental: la

naturaleza de un objeto es tal que racionalmente pone en peligro la vida y la salud humana cuando fuere fabricado, no diligentemente, sino con negligencia, en cuyo caso el objeto se torna peligroso y hay responsabilidad por parte del fabricante respecto del daño causado a terceros. Si al elemento de peligro, se añade el conocimiento de que el producto será usado sin ulteriores controles por personas distintas al adquirente, entonces, independientemente de la existencia de un contrato, existe la obligación de producirlo con diligencia.

Debe, pues, existir el conocimiento, la previsión, de un peligro, no meramente posible, sino probable. De hecho, si un objeto es defectuoso, es probable que su uso normal sea peligroso.

El argumento de Cardozo es perfectamente claro: debe existir conocimiento consiente del hecho de que en situaciones ordinarias de su uso por parte del adquirente o respecto de otras personas, el objeto se volverá peligroso. Pero es posible que el conocimiento del peligro del uso de parte del adquirente o de terceros no sea suficiente. La proximidad o la relación causal de los hechos es también un factor que debe tenerse en cuenta.

A la luz, de todas las reflexiones vertidas en base a los precedentes analizados, Cardozo, argumentó: nadie puede dudar que la naturaleza de un automóvil fabricado defectuosamente puede originar un peligro. El automóvil, en el caso contemplado ha sido construido para viajar a cincuenta millas por hora. La producción de un daño por accidente podía

darse casi por seguro si las ruedas no eran sólidas y fuertes. El automóvil constituía una fuente de peligro como lo podía constituir una locomotora defectuosa en un ferrocarril.

El constructor o fabricante debía saber forzosamente, y debía ser consciente de ello, que el vehículo sería utilizado por personas distintas al adquirente. Resultaba claro, además, que el adquirente era un comerciante que compraba vehículos para revender. El automóvil había sido puesto en el mercado por el fabricante para uso de los clientes del revendedor, de igual manera que el andamio había sido puesto en el mercado por el constructor, en el caso *Devlin vs. Smith*, para uso de los dependientes del comprador.

Precedentes dados en los tiempos en que se viajaba en carroza no se adaptan a las condiciones de los viajes actuales. El principio de que el peligro de daño debe ser inminente no cambia, pero los objetos a los cuales el principio se refiere, sí cambian. Y son las exigencias de la vida en sociedad en constante evolución las que deciden paso a paso cuáles deben ser estos objetos, y a ellos debe adecuarse ese principio. Cardozo concluye que el daño a los terceros es previsible no sólo como evento posible sino como consecuencia casi inevitable.

Para perfeccionar su razonamiento, insiste en la concepción de la responsabilidad del productor. Nada hay incompatible con los principios de la responsabilidad en base a los cuales el presente

caso ha estado fallado en las instancias precedentes. Es verdad que la Corte ha instruido la litis en el sentido de que “un automóvil no es un vehículo peligroso por su naturaleza y no es inherentemente peligroso”. No es peligroso en sí mismo, si ha sido bien construido. Pero si hubiera sido construido de manera negligente, sería “inminentemente peligroso”. Las distinciones entre lo inminentemente peligroso y lo inherentemente peligroso pueden ser sutiles, pero la decisión del caso no depende de estas sutilezas verbales. Si se debe esperar el peligro como racionalmente cierto, es menester que haya una obligación de vigilancia y esto se da y es así, sea que se lo llame inherentemente peligroso o inminentemente peligroso. El párrafo es lapidario.

Si el fabricante compró la parte (el repuesto, rueda) tenía una obligación de inspección por el hecho de que había sido adquirida a un autopartista acreditado. Y el productor demandado no es simple revendedor, sino el verdadero fabricante del vehículo. Es fabricante del producto terminado. En manera alguna podía lanzar al mercado un producto sin haber sometido a las partes a controles ordinarios de seguridad.

La obligación de inspección varía según la naturaleza del objeto que debe someterse a control. Cuando más probable es el peligro del daño, tanto mayor es la necesidad de cuidado. Así concluye Benjamín Cardozo su célebre voto.

Conclusiones a las que se puede arribar del análisis del caso

Es, precisamente, el juez Cardozo, quien utiliza la expresión “principio general”, cuando nos habla del principio que se encontraba inserto en el caso Thomas vs. Winchester. Una interpretación restrictiva, establecía que la responsabilidad por daños resarcibles, se daba únicamente en relación a las personas contratantes. Con una interpretación amplia, el principio, no solamente se aplicaría a los objetos inherentemente peligrosos, (venenos, explosivos, armas letales), sino también a los automóviles que tienen deficiencias en su fabricación que los tornan peligrosos. Y, de esa manera, el punto de atención se traslada del objeto a la obligación de fabricar los productos con diligencia, con lo cual la responsabilidad alcanza a los casos en que el producto haya sido adquirido a un revendedor, en cuya situación no hay relación contractual entre el fabricante y la víctima del daño, (Ghirardi, s.f., pág. 21).

Dicho de otra forma, en el caso analizado, el principio que está implicado en el núcleo conceptual “daño resarcible”, se hace lógicamente más extenso por cuanto abarca cada vez más casos que en la primigenia interpretación restringida.

Se podría formular de esta manera un principio general en los casos analizados: Hay responsabilidad cuando la negligencia del fabricante pone en peligro la vida humana. Esta responsabilidad se extiende y protege a todos los que de una u

otra manera utilizan el objeto fabricado o producido. Si además existe conocimiento por parte del fabricante de que el producto será usado sin ulteriores controles por personas distintas al adquirente; entonces independientemente de la existencia de un contrato, existe la obligación de resarcir los daños en el marco de la negligencia del fabricante.

En síntesis, lo que el caso nos muestra, es que el sistema jurídico de common law se caracteriza por destacar la discrecionalidad del juez a través del análisis de casos concretos para resolver la litis. El juez descubrió un nuevo principio, gracias al análisis histórico de la jurisprudencia relacionada con el caso. Se destaca una relación directa entre los hechos y el precedente creado, los argumentos formulados son claros y precisos.

3. Casos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos: Riggs vs Palmer

El resumen y análisis del caso tienen como fuente de consulta, (Roberto M. Jiménez Cano, Jorge Luis Fabra Zamora y Carolina Esther Guzmán Buelvas, 2007, págs. 363-374).

El caso Riggs vs. Palmer, decidido en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, sigue siendo un caso interesante en la actualidad. Se discute acerca de si un nieto (Elmer E. Palmer) quien asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) puede heredarle, situación no determinada por el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York. Los jueces debaten entre la aplicación literal de la ley, que guarda silencio, o la búsqueda

de principios de justicia e intereses superiores que permitan la entrega de la herencia a otros familiares. La opinión mayoritaria representada por el Juez Earl, fundamenta esta segunda opción y rechaza la interpretación estricta de la ley representada por el Juez Gray. El principal fundamento del fallo es una apelación a la máxima general y fundamental del common law: “a nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen”.

Hechos

El demandado, un joven de dieciséis años de edad, siendo consciente de las disposiciones del testamento de su abuelo, en el cual se le instituyó un legado residual de la herencia, causó su muerte mediante envenenamiento en 1882. Por este crimen fue juzgado y condenado por asesinato en segundo grado. Al tiempo del inicio de la demanda que discutía sus derechos a heredar, estaba cumpliendo su condena en un reformatorio estatal. La demanda, fue interpuesta por dos de las hijas del testador con el propósito de que las disposiciones del testamento en favor del demandado fueran canceladas y anuladas.

El argumento de las apelantes para una revocación del fallo, desestimado en primera instancia, se fundaba en que el demandado impidió mediante su crimen una revocación del testamento existente o el otorgamiento de un nuevo testamento, que finalizó el disfrute por parte del testador de su propiedad y

dio efecto a su propia sucesión a través del mismo crimen. Las demandantes, afirmaban que permitir al demandado tomar la propiedad testamentada, sería permitirle tomar ventaja de su propia injusticia.

Por su parte, el demandado replicaba que el testamento fue hecho en la forma debida y se ha comprobado su legalidad de acuerdo a la normatividad vigente aplicable al caso, en consecuencia, debe tener efecto de acuerdo con la interpretación literal de la norma.

Solución del caso

El juez Earl, inicia su razonamiento señalando que, si se optase por la aplicación literal de las leyes que regulan la elaboración, prueba y efectos de los testamentos, entonces no quedaría otra salida que otorgar la herencia al asesino.

Sin embargo, a efectos, de superar la literalidad de la ley, el magistrado utilizó el siguiente argumento:

Si tomamos en cuenta que el sentido de la ley está ligada a la intención del legislador, que es considerada como si fuera la propia letra de la ley, y que, los redactores de las leyes no siempre expresan su intención perfectamente, sino que o se exceden o se quedan cortos. Entonces los jueces, haciendo uso de la interpretación racional (conjeturas racionales o probables), están llamados, algunas veces, a restringir el significado de la ley, para tomar menos, y otras a extender o ampliar su significado para tomar más de lo que sus palabras expresan. Asumiendo, de esta manera, una nueva interpretación de la ley, que debe ser considerada como la mejor respuesta de la intención que los legisladores tuvieron en mente, (...).

Consecuentemente, cuando algunas cuestiones colaterales surgen de las palabras generales y devienen en irrazonables, entonces los jueces deben tener la decencia

de concluir que la consecuencia no fue prevista por el Parlamento, y, por tanto, ellos están en libertad de exponer la ley por equidad (la equidad consiste en suplir las deficiencias del derecho) y no solamente a considerarla de forma literal”, (Roberto M. Jiménez Cano, Jorge Luis Fabra Zamora y Carolina Esther Guzmán Buelvas, 2007, págs. 365-366).

En base a este razonamiento el magistrado restringió el significado de la ley de sucesiones, y aplicó un principio del common law para solucionar el caso, considerándolo como la mejor respuesta a la intención del legislador. Ordenó, que el demandado, sea impedido de adquirir propiedad por su crimen y ser recompensado por su comisión. Se le prohibió usar cualquier herencia real o personal dejada por el testador en su beneficio. En razón al crimen que cometió contra su abuelo, se le privó de cualquier interés sobre la herencia dejada por aquél; y se confirió a las demandantes la propiedad de los bienes y del patrimonio personal dejado por el testador; condenando finalmente al demandado, en costas en todas las instancias.

Conclusiones a las que se puede arribar del análisis del caso

Siguiendo la línea de razonamiento del juez Earl, podemos concluir que en el sistema de common law, es el juez y no el legislador quien determina el significado de la ley. El juez, tiene la facultad de resolver la controversia, incluso en contra de la voluntad del legislador, considerando a su interpretación como la mejor respuesta a la intención del legislador. En el common law, cuando el juez considera que la ley es irrazonable, su

interpretación es considerada como la mejor respuesta para resolver la litis. El juez cuenta con discrecionalidad para determinar la mejor forma de resolver el caso.

En el caso *sub materia* de análisis destaca la relación implícita entre los hechos y el precedente creado, asimismo la fuerza de los argumentos empleados por el juez para resolver la litis. El precedente creado por la Corte, no constituye un silogismo lógico que los futuros jueces tengan que seguir en forma de reglas previamente determinadas.

Finalmente, cabe precisar que uno de los aspectos en el que difieren los sistemas jurídicos de common law y civil law, es que en el sistema de common law, el Congreso carece de facultades para reinterpretar lo ya resuelto por la Corte. En ese contexto, la Corte Suprema de EE. UU, en el caso *Employment División vs. Smith*, estableció que:

Cuando las ramas políticas del Gobierno actúan en contra de los antecedentes de una interpretación judicial de la Constitución que ya ha sido emitida, se debe entender que, en casos y controversias posteriores, la Corte tratará sus precedentes con el debido respeto, de acuerdo a los principios establecidos incluyendo el “stare decisis”, y las expectativas en sentido contrario deberán ser desestimadas. (...), cuando el Congreso promulga una ley con el fin de desarrollar las facultades que le han sido concedidas, éste debe emitir sus juicios en concordancia con el planteamiento que de la Constitución haya sido hecho por parte de la Corte (Barker, 2014, pág. 74).

4. Casos resueltos por el Tribunal Constitucional: caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, plazo razonable de la prisión preventiva, STC N° 3771-2004-HC/TC

El análisis de las sentencias tiene como fuente de consulta, el Portal Electrónico Institucional del Tribunal Constitucional⁶. Para tal efecto, se detallarán los hechos y las reglas consideradas como vinculantes, incidiendo en los principales argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para crear sus reglas vinculantes, resaltando las principales diferencias con el precedente anglosajón.

La sentencia *in comento*, constituye el primer precedente vinculante creado por el TC, luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional el 01 de diciembre de 2004, mediante Ley N° 28237.

Hechos

Con fecha 27 de setiembre de 2004, el señor Miguel Cornelio Sánchez Calderón interpuso acción de hábeas corpus contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, solicitando su inmediata excarcelación. Manifestaba que fue detenido por la Policía Nacional el 01 de junio de 1995, posteriormente procesado por la comisión del delito de terrorismo y condenado a cadena perpetua por tribunales militares en el marco de lo dispuesto en el Decreto Ley N.º

⁶ Las sentencias fueron descargadas del Portal Electrónico Institucional del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/tc/public/resolucion/precedente/lista>, (Constitucional, 2018).

25659. Norma que fue declarada inconstitucional, anulándose el proceso y la sentencia. El 16 de mayo de 2003, de acuerdo a la nueva ley aprobada por el Congreso (Decreto Legislativo N.º 922), se instauró un nuevo proceso penal con mandato de detención por la presunta comisión del delito de terrorismo, cumpliendo a la fecha de la interposición de la demanda, más de 111 meses de reclusión en el Establecimiento Penal de Río Seco de Piura, habiendo transcurrido en exceso el plazo máximo de detención que establece el artículo 137º del Código Procesal Penal, sin haberse expedido sentencia de primera instancia, por lo que la privación judicial de su libertad devendría en arbitraria e inconstitucional.

Tanto en primera como en segunda instancia, el Poder Judicial declaró infundada la demanda, al considerar que de conformidad con el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 922, el plazo máximo para aplicar el artículo 137º del Código Procesal Penal se cuenta a partir del nuevo auto de apertura de instrucción, que en el caso de autos fue el 16 de mayo de 2003, por lo que, el plazo máximo de detención para el delito de terrorismo de 36 meses, no había transcurrido en exceso en el caso del accionante.

El Tribunal Constitucional utilizando los mismos argumentos empleados por el Poder Judicial, declaró infundada la demanda. Citó textualmente una parte del artículo VII del código procesal constitucional y estableció como criterios vinculantes para todos

los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos: 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26, de la sentencia.

Reglas establecidas como precedente vinculante

Sobre la aplicación del código Procesal Constitucional (Ley N° 28237)

2. Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus.
3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que “las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.
4. Es necesario precisar que, si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto.

El derecho de presunción de inocencia y el plazo razonable de la prisión

6. Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.
7. Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar

comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables.

8. El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra *Lex Superior*, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona.
9. La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.
10. Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supra estatal existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte, el artículo 7º. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de “[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.
11. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

Sistema de limitación temporal de la prisión preventiva

15. Esta postura normativa coincide con lo reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que “La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal” (Informe N.º 12/96, párrafo 70).
17. Tal situación se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 137º del Código Procesal Penal que

regula el plazo máximo de la detención judicial, establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal.

Criterios para valorar la razonabilidad de la duración de la detención judicial.

18. Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es *per se* razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato.
19. En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de *plazo razonable*, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N. ° 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculpadado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa*

obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

Análisis del acto lesivo materia de controversia

26. No cabe duda de que, con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3º de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, (STC N° 3171-2004-HC/TC).

Análisis

En el presente caso, el Tribunal Constitucional limitó su razonamiento únicamente al análisis del tiempo de detención judicial transcurrido durante la vigencia del Decreto legislativo N° 922, obviando pronunciarse respecto al tiempo de detención que el procesado soportó bajo la vigencia del Decreto Ley N° 25659. La derogación de esta última norma, fue empleada como un pretexto para desconocer el tiempo de prisión preventiva soportado por el recurrente, atribuyéndole las nefastas consecuencias del tiempo en prisión. Se estableció un precedente carente de razonabilidad sin un nexo causal concreto entre los hechos y las reglas vinculantes creadas.

Lo que en verdad se pretendía con la demanda era un pronunciamiento respecto a los 111 meses de prisión que el recurrente afrontó, sin embargo, el tribunal no desarrolló ningún argumento al respecto. “La vinculatoriedad de los precedentes debe residir en la fuerza y calidad de los argumentos que los jueces dan para justificar sus decisiones, y no meramente en su propia autoridad” (Bustamante, 2016, pág. 5).

Desde un punto de vista dogmático un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, esto es de duración excesiva, no sólo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente, sino que también afecta derechos fundamentales y garantías procesales reconocidas en la Constitución. “Como consecuencia, si el proceso se prolonga indebidamente todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado” (Pastor, 2018, pág. 92).

La situación descrita muestra dos caras del problema de la excesiva duración del proceso penal que el Tribunal Constitucional olvidó considerar, por un lado, la prolongación del enjuiciamiento sin definición sobre la relación material que subyace a la acción, perjudica los fines sustantivos del derecho objetivo, impide que la paz jurídica jaqueada por la sospecha se restablezca con la sentencia sea absolutoria o condenatoria. Por el otro, también el derecho fundamental del imputado a ser juzgado tan rápidamente como sea posible (plazo razonable) es

violado por la excesiva duración del proceso. La aplicación de la detención judicial preventiva tiene que entenderse que es impuesta a un procesado y nunca a un culpable (Pastor, 2018, pág. 93). Lo cual evidentemente, no fue considerado por el Tribunal Constitucional al resolver el caso.

En síntesis, el precedente creado, demuestra la fuerte influencia del sistema jurídico de civil law en la forma de razonar del Tribunal Constitucional, toda vez que el máximo intérprete de la Constitución limitó su análisis a aspectos formales de la ley; restringiendo la actividad judicial a la subsunción de los hechos de la litis en las normas producidas por el legislador. “El contenido del derecho no es algo previamente dado en normas inequívocas, algo para ser descubierto, sino una práctica constructiva e interpretativa de formación de significados por medio de la argumentación” (Bustamante, 2016, pág. 277).

5. Casos resueltos por el Tribunal Constitucional: Caso Maximiliano Villanueva Valverde, procedencia del proceso de cumplimiento, STC N° 0168-2005-PC/TC

Con fecha 1 de octubre de 2003, el señor Maximiliano Villanueva Valverde interpuso acción de cumplimiento contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando que se cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con lo dispuesto por la Ley N. ° 23908, que establece una pensión mínima no menor de tres remuneraciones

mínimas vitales, así como que se ordene el reintegro de las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales.

La ONP contestó la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Alegó que la Ley N. ° 23908 estableció el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria. Indicando, además que dicha norma fue derogada.

En segunda instancia el poder judicial, declaró improcedente la demanda, argumentó que el demandante no alcanzó el punto de contingencia antes del 19 de diciembre de 1992, fecha en que se derogó la Ley N° 23908.

Por su parte el TC, declaró infundada la acción de cumplimiento, indicando que, la pensión mínima regulada por la Ley N. ° 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N. ° 25967 que lo deroga). En el presente caso al demandante se le reconoció su pensión de jubilación a partir del 01 de diciembre de 1994. En consecuencia, habiéndose verificado la contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992 (fecha en que entró en

vigencia el Decreto Ley N. ° 25967), no le corresponde el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley N. ° 23908.

Reglas establecidas como precedente vinculante

El TC, señaló como criterios vinculantes los fundamentos 14, 15 y 16 de la STC.

Requisitos comunes de la norma legal y del acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento

14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a). Ser un mandato vigente.
- b). Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c). No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d). Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e). Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f). Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g). Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo

conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

Análisis

El máximo intérprete de la Constitución, estableció nuevas reglas para el proceso de cumplimiento además de las ya establecidas en la Constitución⁷ y el Código Procesal Constitucional⁸. Las cuales se resumen en: a) Ser un mandato vigente. b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo. c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares. d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento. e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Sólo para el caso de los actos administrativos, habrá que añadir otros dos requisitos: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante. g) Permitir individualizar al beneficiario.

Algunos presupuestos empleados por el Tribunal Constitucional para formular su criterio vinculante, son discutibles. En especial el relacionado con la naturaleza del proceso de cumplimiento. En anterior jurisprudencia el Tribunal Constitucional explicó que el proceso de cumplimiento no constituye un proceso

⁷ Artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política de 1993. La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

⁸ Artículo 66° del Código Procesal Constitucional. Es objeto del proceso cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

constitucional, sino un proceso constitucionalizado, así en la STC N°. 0191–2003–AC/TC, fundamento 2, el TC expuso:

La acción de cumplimiento es un “proceso constitucionalizado” que, *prima facie*, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa. Se trata, por tanto, de un “proceso constitucionalizado”, como, a su vez, lo es el contencioso- administrativo, y no en estricto de un “proceso constitucional”, toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando éste haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200°, inciso 6).

En ese orden de ideas, Luis Castillo Córdova señala que la finalidad del proceso de cumplimiento no es tutelar bienes constitucionales, sino el acatamiento de obligaciones provenientes de normas legales o actos administrativos. Entonces, el proceso de cumplimiento no sería un proceso constitucional propiamente dicho, sino un proceso constitucionalizado, pues no obstante estar reconocido en la Carta Magna, no comparte los fines de los procesos constitucionales, que según el Título II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional son: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, (Córdova, 2018, págs. 1-18). La diferencia, aunque sutil es importante y acarrea consecuencias que se han de tener muy en cuenta.

No obstante, ello, y como posición contraria a su propia jurisprudencia, en la STC N° 168-2003-PC/TC, el Tribunal Constitucional estableció que el proceso de cumplimiento en

efecto es un proceso constitucional que tiene como función la defensa del derecho constitucional a la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Creando así, vía interpretación nuevas reglas aplicables a dicho proceso.

“Considerar el proceso de cumplimiento, como un proceso constitucional, es tan grave como intentar considerar que el proceso contencioso administrativo es un proceso constitucional al estar reconocido en el artículo 148° Constitución Política, e intentar regularlo de manera semejante al amparo, por ejemplo, olvidándose de su carácter de proceso constitucionalizado. Un verdadero despropósito”, (Córdova, 2018, págs. 1-18).

En realidad, el Tribunal Constitucional se vio obligado a considerar la eficacia de las leyes y de los actos administrativos como un derecho constitucional que se defiende a través del proceso de cumplimiento, porque necesitó convertir en constitucional un proceso que no es más que un proceso constitucionalizado, para así poder justificar los requisitos de procedencia de la demanda de cumplimiento que planteó como precedente vinculante (Córdova, 2018, págs. 1-18).

En el caso materia de análisis, si bien la demanda fue declarada improcedente, lo fue no porque el Tribunal haya concluido que el caso no cumplía con las exigencias formales para pronunciarse sobre el fondo del asunto, sino porque consideró a partir de un análisis literal de la ley, que al demandante no le correspondía el derecho de nivelación por haber ocurrido su

jubilación con posterioridad al 18 de diciembre de 1992. Así, la controversia fue reducida prácticamente a determinar la fecha en que ocurrió la jubilación, y esto de saber es tan sencillo como leer la fecha que se hace constar en la resolución de jubilación, (Córdova, 2018, págs. 1-18).

Agregado a ello, el Tribunal Constitucional estableció reglas vinculantes que no reflejan un nexo estricto de causalidad jurídica entre el hecho y la decisión. Las reglas formuladas como precedentes no destacan por la calidad de sus argumentos, sino por la apelación a la propia autoridad del tribunal que los creó. Olvidando que la fuerza del precedente judicial depende en gran escala de la argumentación desarrollada por el juez en la justificación de su decisión. El precedente no solo debe ser observado en función a la autoridad del tribunal que lo estableció, sino también en base a los criterios adoptados por el propio tribunal en la resolución de casos anteriores, (Bustamante, 2016, págs. 6-7).

Si comparamos la forma de crear precedentes por parte del juez del common law y el Tribunal Constitucional, para el caso específico, diríamos que este último se caracteriza por la falta de consideración de su propia jurisprudencia al momento de crear criterios vinculantes.

Según las cánones del common law, el derecho a de ser buscado, *prima facie*, en la solución de casos semejantes, el juez infiere las reglas aplicables al caso del análisis de otros casos

anteriores, para ello el juez observa como esas reglas fueron históricamente limitadas, extendidas y refinadas por otros precedentes y entonces, manteniendo constantemente esos problemas prácticos en mente, de modo gradual extrae de ellos los principios y estándares de nivel superior que él usa para construir y probar hipótesis de resolución de los casos con los que se encuentra, únicamente cuando no hubiera un caso idéntico al caso particular que pueda ser rigurosamente reproducido por el Juez, se abren las puertas para la creación judicial del derecho, (Bustamante, 2016, págs. 15-16). Aspectos, que no fueron considerados por el Tribunal Constitucional al crear sus reglas vinculantes en el presente caso.

6. Casos resueltos por el Tribunal Constitucional: Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque, control difuso administrativo, STC Nº 3741-2004-AA/TC

Hechos

El 14 de febrero de 2003, el señor Ramón Hernando Salazar Yarlenque interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Surquillo, solicitando que se le ordene admitir a trámite sus medios impugnatorios frente a una resolución de multa sin la exigencia previa del pago de la tasa establecida en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), señalando que dicho tributo vulnera sus derechos de petición y defensa.

El TUPA establecía como tasa para la presentación de un documento impugnatorio, la suma de S/ 15.00 soles, compuesto por los conceptos de recursos impugnativos S/ 10.00 soles y recepción de documentos en general S/ 5.00 soles, siendo el primero de ellos materia de análisis por parte del TC en la resolución del presente caso.

La municipalidad distrital contestó la demanda argumentando que el artículo 192° inciso 3 de la Constitución (actualmente, artículo 195° inciso 4) faculta a los municipios a crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, estableciendo sobre dicha base las tasas anteriormente detalladas.

El 06 de junio de 2003, el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima declaró infundada la demanda, considerando que ambos conceptos se encuentran previstos en el TUPA de la entidad, el cual ha sido emitido conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del señor Salazar Yarlenque. Dicha sentencia fue confirmada con similares argumentos por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Los alcances de dicha sentencia, y su resolución aclaratoria, serán analizados a continuación.

Reglas establecidas como precedente

En el fundamento número 50° de la sentencia, el TC fijó como criterio vinculante las siguientes reglas:

- A. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneradora de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.
- Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.
- B. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.
- Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Resolución aclaratoria

En los considerandos 4, 7 y 8⁹, de su resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional delimitó el control difuso administrativo en el siguiente sentido:

Todos los tribunales u órganos colegiados de la administración pública que impartan justicia administrativa con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados, tienen la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar, a pedido de parte, una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (i) que dicho examen de inconstitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (ii) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la

⁹4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. 7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten justicia administrativa con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Criterios empleados por el Tribunal Constitucional para crear el control difuso administrativo

El TC utilizó cuatro argumentos para crear el control difuso administrativo:

El primer argumento, deriva de los fundamentos 7,8 y 9¹⁰ de la sentencia; en los que el tribunal efectuó una interpretación extensiva del artículo 138° de la Constitución, aduciendo que si bien esta disposición faculta al Poder Judicial a realizar el control constitucional de las normas, dicha facultad no puede ser

¹⁰ 7. (...) Si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial. 8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución (...). 9. Por tanto, el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51° antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38°) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla (...)

negada a la administración pública. De esta manera, en base a los principios constitucionales de unidad de la Constitución, concordancia práctica, jerarquía normativa (artículo 51°) y el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (artículo 38°), el Tribunal Constitucional autorizó a los Tribunales y Órganos Colegiados de la Administración Pública a ejercer el control difuso de las leyes.

El segundo argumento (fundamento 10¹¹ de la sentencia), está relacionado con la eficacia vertical de los derechos fundamentales. La eficacia vertical, implica el respeto y valoración de los derechos fundamentales por parte del propio Estado; constituyendo, por tanto, según el TC un derecho y un deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados preferir la Constitución a la ley cuando se determine la vulneración de derechos fundamentales del administrado, máxime si el control difuso forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos.

En el tercer argumento (fundamentos 11 y 12¹² de la sentencia), el tribunal redimensiona el principio de legalidad en sede

¹¹ 10. En segundo lugar, está de por medio también la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–(...)

¹² 11. (...) Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce (...) 12. Por

administrativa. Sustenta que la eficacia y respeto de los derechos fundamentales no se realiza únicamente en el ámbito de la ley, sino que, en un Estado Constitucional de Derecho, la legitimidad y eficacia de las normas se hacen en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce, por lo que resulta intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto.

El cuarto argumento se sustenta en una cita del ordenamiento constitucional chileno (fundamentos 13 y 14 de la sentencia¹³), el cual admite que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice control constitucional de las normas en sede administrativa. Concluyendo de ello, que la Constitución obliga a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto,

ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1º).

¹³ Fundamento 13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa (...). Fundamento 14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, (...) siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado.

Análisis

La Constitución Política de 1993, señala de forma expresa que el control difuso es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales: Poder Judicial, artículo 138º, jurisdicción arbitral y militar artículo 139º inciso 1.

Vía jurisprudencial el TC reafirmó la concepción jurisdiccional del control difuso, estableciendo que:

El control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. (STC N° 1680-2005-PA/TC)

(...) el control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. (STC N° N° 1679-2005-PA/TC)

En el fundamento N° 3 de la STC N° 007-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional al pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 003 promulgada por la municipalidad distrital de San Juan de Lurigancho (municipalidad emplazada) que declaró inaplicable la Ordenanza N° 211 promulgada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, señaló:

(...), el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece

el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infra constitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable.

En base a los pronunciamientos esgrimidos, el Tribunal Constitucional, estableció su postura respecto a la interpretación del artículo 138° de la Constitución, reservando dicha facultad únicamente a los órganos jurisdiccionales; precisando además que el ejercicio de atribuciones relativas a la inaplicación de normas sólo puede darse en los casos expresamente establecidos por la misma Constitución. Sin embargo, en el caso Salazar Yarlenque, cambió de manera imprevista sus criterios jurisprudenciales al admitir que la administración pública también tiene la facultad de ejercer control difuso de las normas infra constitucionales. El Tribunal Constitucional, no explicó la ruptura de la cadena de sus soluciones jurisprudenciales anteriores, de igual forma, no siguió los criterios que él mismo estableció como requisitos indispensables para la creación de un precedente vinculante. Lo cuales fueron establecidos en la STC N° 0024-2003-AI/TC:

(...) el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes (...). Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con

efecto normativo el Tribunal decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

En el caso bajo análisis, la controversia estaba dirigida a cuestionar la admisibilidad del cobro de una tasa por recurso impugnativo establecido por una ordenanza municipal; empero, y de manera inexplicable el máximo intérprete de la Constitución creó como regla vinculante, la atribución de los órganos o tribunales administrativos para ejercer control constitucional de las normas; regla que no sólo no tiene relación directa con el tema controvertido, sino que además no tiene ninguna utilidad para la solución del caso concreto.

De acuerdo con la doctrina del common law, únicamente las consideraciones que representan un nexo estricto de causalidad jurídica entre los hechos y la decisión constituyen *ratio decidendi* (*holding*), cualquier otro aspecto relevante, observación, advertencia que no tenga aquella relación de causalidad es *obiter dictum*; de modo que, la fuerza gravitacional de los precedentes está determinada exclusivamente por los argumentos que justifiquen de manera racional y objetiva cada una de las decisiones, (Bustamante, 2016).

El Tribunal Constitucional lejos de justificar de forma racional y objetiva el nexo causal entre los hechos y el precedente creado, basó su decisión en la tesis de su propia autoridad para crear el control difuso administrativo como precedente vinculante. En

definitiva, el TC, no explicó de forma precisa los criterios que le sirvieron para interpretar el artículo 138° de la Constitución.

El control difuso de la Constitución solo tiene sentido en el ejercicio de potestades jurisdiccionales. De manera que, si no se puede sostener que la Administración pública tiene asignada la potestad jurisdiccional, tampoco podrá reconocérsele el control difuso de la Constitucionalidad de las leyes, ni tan siquiera implícitamente. Respetar la supremacía constitucional no supone la potestad de inaplicar una norma por estimarla inconstitucional. Asimismo, no resulta lógico inferir directa e ineludiblemente del deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución contenidos en los artículos 38°, 51° y 201° de la Constitución, la potestad de inaplicar una ley por considerarla inconstitucional”, (Urbina J. C., 2007). No resulta coherente extender el control difuso a la administración pública si ya existe una vía igualmente satisfactoria (proceso contencioso – administrativo) para hacer una revisión de la constitucionalidad de las normas aplicadas por la Administración para resolver un caso concreto, (Córdova, 2018, págs. 1-18).

En resumen, el precedente no sólo debe ser observado en función de la autoridad del juez que lo estableció sino también en base a los criterios adoptados por el propio juez en la resolución de casos anteriores como una exigencia de la propia idea de racionalidad y coherencia del derecho, (Bustamante,

2016). El respeto al precedente supone una exigencia de autocongruencia; es en las razones que los jueces dan para justificar sus decisiones en que deben ser buscados los precedentes. La ausencia de esas razones afecta la aplicación y en casos más graves, la propia validez de la norma creada por la judicatura; es en la motivación o fundamentación de las sentencias judiciales que las reglas vinculantes deben ser encontradas. (Bustamante, 2016). Hecho que el Tribunal Constitucional parece haber olvidado en el caso Salazar Yarlenque.

7. Casos resueltos por el Tribunal Constitucional: Caso consorcio Requema, deja sin efecto el precedente vinculante, sobre control difuso administrativo, STC N° 4263-2012-PA/TC

Hechos

Con fecha 22 de febrero de 2012, el recurrente interpuso demanda de amparo contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), solicitando la nulidad de la resolución, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica de Licitación Pública llevado a cabo por la Municipalidad Provincial de Requena.

Si bien las cuestiones planteadas en el citado recurso administrativo recibieron, cada una, pronunciamiento, la emplazada fijó un nuevo punto controvertido relacionado con los

requisitos mínimos (copia simple del título profesional de ingeniero civil) del “Gerente de Obra” según las bases del concurso, sin considerar que en su debida oportunidad se presentó la colegiatura y la habilidad correspondiente, lo cual constituye una contravención al principio de congruencia procesal. Nuevos hechos que fueron utilizado por el OSCE para declarar infundado el recurso de apelación y otorgar la buena pro a favor de otra empresa.

Asimismo, el demandante alegaba que la Primera Sala del Tribunal del OSCE aplicó consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos en relación con la forma de acreditación del grado profesional del Gerente de Obras. La resolución que resolvió su recurso de apelación aplicó un criterio diferente al utilizado en un pronunciamiento anterior a pesar de ser el mismo órgano decisor y los mismos hechos, omitiendo efectuar una observancia escrupulosa del derecho al debido proceso.

Pues en una anterior resolución el Tribunal del OSCE adoptó un criterio flexibilizado en relación a la presentación de título profesional, indicando que era suficiente con la colegiatura.

El TC, declaró fundada la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Argumentó que la resolución que resolvió el recurso impugnatorio, no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó con el criterio preestablecido acerca

de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de colegiatura y habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. Preciso que efectivamente existió vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

El Tribunal Constitucional, centró su análisis en el derecho a la igualdad, explicó que este derecho tiene dos facetas: el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En cuanto a la primera faceta, el derecho a la igualdad exige que la norma deba ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica; respecto a la segunda, el derecho a la igualdad implica que un órgano no puede apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, cuando considere que debe modificar sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Reglas establecidas como precedente

El Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infra constitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

Criterios empleados por el Tribunal Constitucional para dejar sin efecto el Control Difuso Administrativo

En relación al aspecto formal, en el fundamento 30 de la sentencia, el TC expuso que, al momento de establecerse el control difuso administrativo, no se respetaron los presupuestos básicos para crear un precedente vinculante; fijado en los Exp. N° 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC:

- a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando 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 con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.
- c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.
- 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 o revocar de precedente vinculante.
- f. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los 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, (STC N° 4263-2012-PA/TC).

En el fundamento 32 de la sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que a pesar de haberse fijado las reglas para el

establecimiento de un precedente vinculante en el Exp. N° 00024-2003-AI/TC, las mismas no fueron respetadas cuando se fijó el precedente contenido en el Exp. N° 03741-2004-PA/TC en materia de control difuso administrativo, es decir:

- a. Ni en la *praxis* judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias respecto al sentido de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso.
- b. Tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tanto más cuanto que en la misma sentencia no se hace referencia a una aplicación indebida de una norma perteneciente al mismo.
- c. No existía un vacío legislativo ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional o en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N. ° 017-93-JUS, que es el ámbito de acción natural para aplicar el control difuso en un proceso jurisdiccional. De otro lado, con la delimitación hecha en la Constitución de a quién le corresponde el ejercicio de tal potestad, es comprensible que ni la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, ni otras disposiciones administrativas hayan legislado sobre el particular.
- d. No se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución que socaven la primacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico.
- e. Por último, el precedente sentado en el fundamento 50 del Exp. N° 03741-2004-PA/TC no se estableció para cambiar algún precedente vinculante preexistente, (STC N° 4263-2012-PA/TC).

En base a tres razones fundamentales, el TC señaló que el precedente que dio origen al control difuso administrativo no era correcto: (i) la regulación del control difuso revela la forma en que deben proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los jueces que

desempeñen función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos. (ii) El artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de procesos sometidos a su conocimiento; refiriéndose a la elevación en consulta de dichas resoluciones a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, lo que en el caso de los tribunales administrativos no ocurre. En caso de no ser impugnadas las resoluciones expedidas por los tribunales administrativos en los que se haya aplicado el control difuso, las mismas adquirirían la calidad de cosa decidida, independiente de si el ejercicio de tal potestad es conforme o no a la Constitución. (iii) El establecimiento de dicho precedente supuso una afectación al sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución, así como al Principio Constitucional de Separación de Poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.

Análisis

Para crear el control difuso administrativo - sentencia Salazar Yarlenque - el Tribunal Constitucional utilizó cuatro argumentos: (i) la interpretación extensiva del artículo 138° de la Constitución;

(ii) la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales; (iii) la reinterpretación del Principio de Legalidad y (iv) el caso de Control Constitucional de las normas en la Contraloría General de la República de Chile. De esas cuatro razones, el tribunal sólo desvirtuó la primera; poniendo en duda la fuerza argumentativa de los fundamentos no desvirtuados.

La justificación de la existencia de un precedente vinculante está determinada por la relación entre los hechos y el precedente establecido, situación que no se cumplió en el presente caso. La materia controvertida no trataba sobre la aplicación del control difuso por parte de la administración pública, lo que se discutía era el apartamiento de un precedente establecido por el tribunal del OSCE en un caso similar, trayendo como consecuencia la vulneración del derecho de trato igual ante la ley del demandante. El Tribunal Constitucional creó reglas vinculantes carentes de relación con los hechos materia de la litis, cayendo en el mismo error del precedente que dejó sin efecto.

Para anular el control difuso administrativo, el TC citó seis criterios como requisitos indispensables para crear un precedente, que precisamente no fueron respetados en el caso Salazar Yarlenque. Sin embargo, en el presente caso vuelve a incurrir en el mismo error, ya que el establecimiento de este nuevo precedente tampoco siguió ninguna de dichas reglas.

Del análisis del presente caso se puede concluir que, el precedente vinculante en el sistema jurídico peruano, constituye

un modelo de legislación depurada, más no un modelo de precedentes a partir del juzgamiento de casos concretos; en cuanto a la forma de sus decisiones, éstas no tienen parangón en la práctica constitucional norteamericana, (Sanchís, 2006).

Los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional, constituyen pronunciamientos de naturaleza eminentemente formal que reflejan el producto de su sola voluntad, instaurando un modelo taxativo o canónico de precedente, que obliga al Tribunal a individualizar los criterios que él cree que son los fundamentos vinculantes de sus decisiones, generándose un modelo de precedente autoritario que privilegia la interpretación legal altamente imprevisible, sin margen de discreción al juez de una causa futura. La vinculatoriedad de los precedentes debería residir en la fuerza y calidad de sus argumentos.

2.2. A MANERA DE SÍNTESIS

El sistema jurídico de common law, se caracteriza por la creación judicial del derecho a partir de casos concretos, que dependiendo de la complejidad de la litis se convierten en precedentes vinculantes, los cuales destacan por la calidad de sus argumentos y la flexibilidad de su interpretación. Son los jueces posteriores, los que configuran su fuerza normativa y su aplicación a futuros casos. El tribunal que sienta el precedente, únicamente establece el marco de posibilidades dentro del cual podrán moverse los jueces vinculados por su decisión; siendo innecesario crear precedentes en forma de reglas parametradas. Para el common law, el derecho no es algo previamente dado en normas inequívocas, algo para

ser descubierto, sino una práctica constructiva e interpretativa de formación de significados por medio de la argumentación. Son los tribunales posteriores los que determinan, al aplicar la regla del precedente en litigios ulteriores, su nivel de generalidad y abstracción; el tribunal que sienta el precedente, únicamente establece el marco de posibilidades dentro del cual podrán moverse los jueces vinculados por su decisión (Kerpel, 2001, pág. 32)

Contrario sensu, el Tribunal Constitucional peruano se caracteriza por la creación de precedentes vinculantes carentes de relación estricta entre los hechos y las reglas formuladas. Los precedentes establecidos reflejan la misma estructura que las leyes instituidas por el Parlamento (supuesto de hecho y consecuencia jurídica), que da origen a un modelo canónico de precedente, que obliga al tribunal a individualizar los fundamentos que él cree que son los fundamentos vinculantes de sus decisiones, sin dejar margen de decisión al juez de una causa futura. Los precedentes constitucionales no constituyen un reflejo de la jurisprudencia pre establecida por el propio tribunal respecto al análisis de casos similares, al contrario, son un mero reflejo de la interpretación autoritaria de la Constitución y de la ley previamente instaurada por el legislador. Es en las razones que los jueces dan para justificar sus decisiones, en que deben ser buscados los precedentes. La ausencia de esas razones afecta la aplicación y la propia validez de los precedentes establecidos como obligatorios.

2.3. DERECHO EUROPEO CONTINENTAL

Se llama sistema de tradición continental o civilista, o simplemente civil law, al sistema jurídico que heredero del derecho romano a través de la Codificación de Justiniano, se consolida en la gran codificación del siglo XIX, y rige la Europa continental y latinoamericana. Este sistema jurídico tiene como base la legislación, en el que las normas emanan de un órgano cuya función es dictar las reglas que se dirijan hacia el bien común de la sociedad (David, 1973).

Para los fines de la presente tesis, no es estrictamente necesario exponer en detalle los rasgos de la familia romano germánica, en virtud de que el sistema jurídico peruano pertenece a dicha tradición. Empero, consideramos útil recordar algunas de las características principales de esta familia, que nos permitirán identificar diferencias con el sistema jurídico de common law en el ámbito de la argumentación jurídica y la forma de crear el derecho. Por eso mismo, es oportuno partir reconociendo que del derecho romano recibimos la fe en la codificación y en el derecho legislado. En efecto, en los países donde impera la tradición romano germánica, históricamente se ha excluido a las decisiones judiciales como fuente del derecho y, por tanto, su efecto vinculante. Esto tiene su raíz en la revolución francesa, donde se produce una fuerte reacción contra la admisión de la jurisprudencia como fuente del derecho debido principalmente, a la supremacía otorgada a la ley y al dogma de la separación de poderes; y, por tanto, a la separación entre creación y aplicación de las normas, (Latorre, 1991). A partir de dicho paradigma, a los jueces sólo se les asignó la función de juzgar y de hacerlo con sujeción estricta a la ley, quedando la

creación de las normas reservada únicamente al poder legislativo (Otto I. , 1988).

A ello, hay que agregar la desconfianza que existía hacia los jueces, vinculados al antiguo régimen (revolución francesa), que depositó la legitimidad de la decisión democrática en el parlamento. De esa profunda desconfianza, nace el mecanismo del referé legislativo, procedimiento mediante el cual, si el juez no podía dar respuesta al conflicto generado con el sentido propio de la norma, entonces debía remitir el caso al legislador a fin de que éste pudiera señalar cuál era el sentido de la norma y cuál debía ser la forma de aplicar la ley, (Gutarra, 2010).

De este modo, a partir de la revolución francesa, se consagra el principio de que los jueces no pueden dictar normas generales y sus sentencias sólo sientan derecho respecto a los casos concretos que deciden (Latorre, 1991). Este argumento fue empleado por Hans Kelsen en la justificación de la labor creadora del juez. Para el jurista austriaco, el acto judicial, es únicamente fuente de creación de normas individuales; la sentencia solamente constituye la concreción de una norma general preexistente que enlaza determinadas consecuencias a ciertos supuestos de hecho previamente determinados y de obligatorio cumplimiento únicamente para las partes del proceso. Para Hans Kelsen, la función judicial se encuentra determinada por normas generales, tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que atañe al contenido de la norma que debe crearse, así pues la función judicial, lo mismo que la legislativa, es al propio tiempo, creación y aplicación del derecho (Kelsen, 1995).

Siguiendo a Hans Kelsen, podemos señalar que en el civil law las respuestas a casos concretos se obtienen a partir de la interpretación de la ley, transformándola en fuente principal del derecho; bajo esta perspectiva a los jueces sólo se les asignó la función de juzgar y de hacerlo con sujeción estricta a la ley, quedando la creación de las normas reservada al poder legislativo. Es decir, la fuerza vinculante de la sentencia no puede ir más allá del caso concreto planteado y ha de afectar únicamente a las partes procesales, en consecuencia, el juez al momento de resolver una incertidumbre jurídica o un conflicto de intereses únicamente crea una norma de carácter individual (Kelsen, 1995)

De acuerdo a lo expuesto *ex ante*, podemos señalar, que una de las características del sistema romano germánico es la creación legislativa del derecho a partir de normas escritas de estructura simple, (supuesto de hecho y consecuencia jurídica); enunciados generales y abstractos, que influye en el razonamiento del juez continental al momento de crear precedentes vinculantes, Situación que no es ajena al Tribunal Constitucional.

2.4. FUENTES DEL DERECHO

2.4.1. Sobre las fuentes del derecho

Es bien sabido que la terminología corriente, en la teoría del derecho, en relación con las llamadas fuentes del derecho, no merece excesiva confianza. Bajo esa denominación se encubren innumerables problemas que no corresponde distinguir prolijamente en esta tesis.

La literatura sobre el tema es inabordable. Se suele afirmar, sin extremar la precisión, que el problema de las fuentes del derecho tiene que ver con el origen de lo que se considere derecho, o un ingrediente necesario de ese objeto, como pueden serlo según comúnmente se lee, ciertas normas, reglas, principios o pautas; o bien, en una versión más perspicaz, con el de formas de producir, establecer o crear tales normas o reglas. Asimismo, con la frase “fuentes del derecho”, se suele aludir a la validez, o fundamento de la validez de una norma o principio, en el sentido de fuerza obligatoria. Concepciones, que originan una serie de confusiones, (Regla, 2000).

Por lo tanto, a efectos de evitar dichas confusiones, *prima facie*, se acepta la premisa de que el derecho peruano tiene su origen en el sistema jurídico romano germánico, así pues, se estudia el concepto “fuentes del derecho” desde la perspectiva de la teoría clásica de las fuentes del derecho propuesta por Hans Kelsen en sus obras: “Teoría General del Derecho y el Estado” y “La Teoría Pura del Derecho”. Tesis que será contrastada con la definición de fuentes del derecho propuesta por el Tribunal Constitucional en la STC. N.º 047-2004-AI/TC, lo que nos permitirá determinar la ubicación de los precedentes vinculantes dentro de la categoría - fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano- y a partir de ello, buscar una justificación teórica de su carácter vinculante como fuente creadora de normas de carácter general.

2.4.2. Las fuentes del derecho desde la perspectiva de Hans Kelsen- teoría clásica de las fuentes del derecho

En la presente investigación se asume la tesis de las fuentes del derecho de Hans Kelsen como el núcleo esencial de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano. Aceptada esta premisa a continuación se pasará a definir ¿qué se entiende por fuentes del derecho?

Fuente del derecho, nos dice Hans Kelsen, es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho, sino toda norma superior en relación con una norma inferior cuya producción regula. Se denomina fuente, al fundamento de validez jurídico positivo de una norma jurídica, es decir la norma superior positiva que regula su producción (Kelsen, 2003).

La norma superior que regula la producción normativa de un determinado sistema jurídico, recibe el nombre de norma fundamental¹⁴. En cuanto norma común, esta norma fundamental

¹⁴ En la cúspide, la teoría pura del derecho opera con esta norma fundamental desde un punto de vista hipotético. Se dice, en efecto, que vale. No como norma de derecho positivo, ya que ella, lógicamente, no es de ninguna manera producida según el sistema. Vale como condición operativa de análisis, como método de estudio del jurista interesado en una visión exclusivamente positivista y empírica del material jurídico.

Si el jurista interesado en el examen de un determinado derecho positivo no utilizara tal norma fundamental como hipótesis de trabajo, ningún acto de conducta humana, afirma Kelsen, podría tener la significación objetiva de un acto jurídico, es decir, de un acto por el cual se crea o se aplica una norma de derecho. Y, por lo tanto, no habría manera de caracterizar el campo de trabajo. En consecuencia, la norma básica es una condición supuesta e hipotética – de estructura rigurosamente lógica – para la procedencia del análisis jurídico. Su función metodológica consiste en otorgar la pureza procedimental necesaria en todo estudio estrictamente científico, que desdeña en consecuencia implicaciones de orden moral, religioso, político, sociológico, etc.

Esta es, en esencia, la explicación de Kelsen para la estructura y el funcionamiento del derecho. El jurista vienes opina que esta perspectiva precisa y limita a sus exactos contornos a la ciencia del derecho y que, asimismo, le permite librarse de injerencias extrañas que afectan su esencia y contenido. Hay otra utilidad según el maestro europeo: determina la unidad y sustancialidad de la pluralidad de normas jurídicas haciéndolas derivar de un punto básico y único, que les confiere

constituye la unidad de la pluralidad de todas las normas que integran un orden jurídico. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva solo del hecho de que su validez puede ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden, como lo particular bajo lo general. La Teoría Pura del Derecho, opera con esta norma fundamental considerándola como un fundamento hipotético para hacer posible el conocimiento jurídico (Kelsen, 2003, págs. 99-103).

El análisis de la ciencia jurídica positiva, saca a relucir una singular particularidad del derecho: éste regula su propia creación, de manera que una norma jurídica regula el procedimiento en que es producida otra norma jurídica, y también en diverso grado el contenido de la norma a producirse. Debido al carácter dinámico del derecho, una norma vale porque es producida de una manera previamente determinada por otra norma; esta última representa para aquélla su fundamento de validez (Kelsen, 2003).

La norma que determina la producción es la más alta, y la producida en la forma fijada es la más baja. Por tales consideraciones, el orden jurídico es un orden gradado de diferentes capas de normas. Su unidad es restaurada por la conexión que resulta de su producción y, por tanto, la validez de la una, se remonta a otra, cuya validez está a su vez determinada por otra; retorno que culmina en la norma fundamental, o regla hipotética fundamental, que constituye el

determinadas características y permite conceptualizarlas como pertenecientes a un sistema de derecho y no a otro. Ello puede representar, de una manera esquemática y sucinta, la pretensión y el alcance de su teoría. (Kelsen, 2003, págs. 99-103).

supremo fundamento de validez del orden jurídico estatal (Kelsen, 2003).

Kelsen argumenta que la validez de todas y cada una de las normas está referida en forma última a una norma fundamental, que resulta ser la culminación y el término de la pirámide gradada. Esta norma les confiere el principio supremo de validez, que no es posible encontrar en ninguna otra norma del sistema, ya que la explicación última y trascendental siempre se remontará en forma sucesiva a la que se encuentra situada inmediatamente por encima de ellas (Kelsen, 2003).

Continuando con la definición de fuente del derecho, el maestro vienes, refiere que dicha expresión es ambigua. Se la emplea no solamente para designar los métodos de creación jurídica, sino también para caracterizar el fundamento de validez del Derecho y, especialmente, la razón última de dicha validez. La norma básica o fundamental, aparece entonces como la “fuente del derecho”. Pero en un sentido más amplio, cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma superior, es fuente de la inferior. Así pues, la Constitución es fuente de las leyes creadas de acuerdo con ella; la ley es fuente de las resoluciones judiciales que en ella se fundan; la resolución judicial es fuente del deber que impone a las partes; y así sucesivamente, (Kelsen, 2003). Siguiendo esta tesis, el artículo 51º de la Constitución Política vigente, establece: “La Constitución

prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es necesaria para la vigencia de toda norma del Estado”

Fuente del derecho, no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho dotada de una existencia independiente frente a éste; por sí misma. Fuente es en todo caso derecho: o sea el método de creación de una norma inferior determinado por otra, una norma jurídica superior, lo cual evidentemente, constituye un método específico del Derecho, (Kelsen, 1995).

En síntesis, nos dice Kelsen, el derecho regula su propia creación. Cada norma, es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con la que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema jurídico. La creación del derecho es siempre aplicación de él mismo; por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determina por ella. La mayor parte de los actos jurídicos son al mismo tiempo actos de producción jurídica y actos de ejecución jurídica. Con cada uno de esos actos jurídicos es ejecutada una norma de grado superior, y producida una norma de rango más bajo. De esta suerte, el primer acto constituyente – el más elevado de la producción jurídica – se presenta como ejecución de la norma fundamental; la legislación, que es producción de normas generales, como ejecución de la

Constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, por medio de las cuales se establecen las normas individuales, como ejecución de la Ley, y la realización del acto coactivo, como ejecución de las ordenes administrativas y sentencias judiciales (Kelsen, 1995).

2.4.3. La gradación del orden jurídico según la teoría positivista Kelseniana

La Constitución

Supuesta la existencia de la norma fundamental (norma hipotética, no constituye una norma jurídica, es supuesta), la Constitución representa la norma jurídica positiva más alta de un determinado ordenamiento jurídico (Kelsen, 1995).

La Constitución en sentido lógico jurídico, representa la más alta grada jurídico positiva de un orden estatal singular, cuya función esencial consiste en regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica general, otorgando unidad y plenitud a todo el sistema jurídico. Esta es la última gradación de la pirámide y sobre ella no es posible encontrar punto alguno al cual remontarse, porque la explicación de la positividad del derecho se agota en su contenido (Kelsen, 2003).

La legislación

Constituye el grado subsiguiente a la Constitución, tiene como función determinar el contenido de los diversos cuerpos de leyes que conforman un derecho positivo, configurando en forma análoga la producción y el contenido de los actos judiciales y administrativos, (Kelsen, 2003).

Las normas generales establecidas legislativa o consuetudinariamente¹⁵, representan un nivel inmediatamente inferior a la Constitución, en el orden jerárquico del Derecho. Estas normas generales tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, especialmente los tribunales, pero también las autoridades administrativas. Los órganos aplicadores del derecho, deben ser instituidos de acuerdo con el orden jurídico, el cual ha de determinar asimismo el procedimiento que tales órganos están obligados a observar cuando aplican las normas jurídicas. Así pues, las normas generales del derecho legislado o consuetudinario tienen una función doble: 1). Determinar quiénes son los órganos encargados de la aplicación del derecho y cuál es el procedimiento a que deben someterse, y 2). Determinar los actos judiciales y administrativos de tales órganos (Kelsen, 1995).

La costumbre como fuente del derecho

Esto es posible únicamente si la Constitución instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica al lado de la legislación. La costumbre tiene que ser como la legislación, una institución constitucional. Ello puede establecerse expresamente por la Constitución, lo mismo que la relación entre el derecho legislado y el consuetudinario, (Kelsen, 1995).

¹⁵ Si dentro de un orden jurídico el derecho consuetudinario existe al lado del escrito, y los órganos encargados de aplicar el derecho, especialmente los tribunales, no sólo tienen que aplicar las normas generales legislativamente establecidas, sino también las consuetudinariamente creadas, entonces la costumbre tendrá que ser vista, lo mismo que la legislación, como un hecho creador de derecho. Esto es posible únicamente si la Constitución instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica al lado de la legislación. La costumbre tiene que ser como la legislación, una institución constitucional. Ello puede establecerse expresamente por la Constitución, lo mismo que la relación entre el derecho legislado y el consuetudinario. (Kelsen, Teoría General del derecho y del Estado, 1995)

El acto judicial como creación de una norma individual

Al resolver una controversia entre dos particulares o condenar a un acusado a sufrir determinado castigo, el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado. Pero al mismo tiempo, crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo. Esta norma individual puede ser referida a normas generales en la misma forma en que la ley es referida a la Constitución. Así pues, la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho. La función judicial se encuentra ordinariamente determinada por normas generales, tanto en lo que respecta al procedimiento como al que atañe al contenido de la norma que debe crearse, mientras que la legislación usualmente solo se halla determinada por la Constitución en el primero de los dos aspectos. Esta diferencia, sin embargo, es solo de grado, (Kelsen, 1995).

Desde un punto de vista dinámico, la norma individual creada por la decisión judicial, tiene como función: enlazar un determinado supuesto de hecho a las condiciones señaladas en abstracto por la norma general. Tanto al establecer la presencia de los supuestos como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo; esto quiere decir que, en el mundo del derecho no hay hechos en "sí mismos", o "absolutos"; solo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente dentro de un procedimiento prescrito por la ley, (Kelsen, 2003).

Reglamentos

De acuerdo a ciertas constituciones, determinados órganos administrativos, especialmente el jefe del Estado o sus ministros, están autorizados en circunstancias extraordinarias, para expedir normas generales a fin de regular materias que ordinariamente son reguladas por el orden legislativo a través de una Ley. Estas normas generales que no son creadas por el legislador, sino por otro órgano sobre la base de normas generales que el legislador ha expedido, se llaman reglamentos. La distinción entre leyes y reglamentos, evidentemente solo tiene importancia jurídica cuando la creación de normas generales se encuentra en principio, reservada a un órgano legislativo especial, distinto al poder ejecutivo, (Kelsen, 1995).

Negocio jurídico y acto de ejecución.

En ciertos dominios jurídicos, como el del derecho civil, por ejemplo, la individualización y concreción de normas generales no es inmediatamente realizada por un acto del órgano jurisdiccional a través de una sentencia judicial. En las normas jurídicas civiles que se aplican por los tribunales, se intercala entre la ley y la sentencia, el negocio jurídico, que, respecto de la situación de hecho condicionante, realiza una función individualizadora. Delegadas por la ley, las partes dictan normas concretas para su comportamiento recíproco, cuya violación constituye la situación de hecho que se verifica por la sentencia judicial, y a la que se liga en esta sentencia la consecuencia jurídica de la ejecución (Kelsen, 2003).

La última fase del proceso de producción jurídica que tiene su inicio en la Constitución, es la realización del acto ejecutivo. El acto ejecutivo tiene indudablemente el carácter de pura ejecución, así como la suposición de la norma fundamental el carácter de pura institución normativa. Pero todo lo que se encuentra entre estos dos extremos es al mismo tiempo creación y ejecución del Derecho. En opinión del jurista vienes, aquí se cierra y completa la estructura piramidal del proceso de producción jurídica que tiene sus orígenes en el seno de la constitución primigenia (Kelsen, 2003).

2.4.4. Fuentes del derecho – propuesta del Tribunal Constitucional Peruano plasmado en la STC N° 047-2004-AI/TC

Siguiendo la propuesta positivista del concepto de fuentes del derecho de Hans Kelsen, como orden escalonado de la conducta cuya fuente de validez deriva de una norma hipotética fundamental. A continuación, se identificará las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, teniendo como referencia la STC N° 047-2004-AI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional.

Desde una perspectiva constitucional, en base a la tesis de derecho positivo desarrollada por Hans Kelsen, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 047-2004-AI/TC, conceptualizó las fuentes del derecho como un método de creación jerarquizada de normas, cuya fuente validez se encuentra en último grado en la Constitución. Creando el siguiente orden jerarquizado:

a. La Constitución como fuente del derecho

La Constitución, constituye el fundamento de todo el orden jurídico nacional y la más importante fuente normativa, prevalece sobre todas las demás fuentes y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan sus prescripciones, es la fuente suprema del ordenamiento jurídico. Representa el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional. Por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico (artículo 51° de la Constitución). Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma - interpretación conforme con la Constitución¹⁶.

b. Fuentes normativas con rango de Ley

En concordancia con el inciso 4)) del artículo 200° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estableció que las únicas normas que tienen rango de ley son: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de

¹⁶ Caso Hoja de Coca, Exp. N. ° 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 19, citado por el Tribunal Constitucional.

carácter general y ordenanzas municipales¹⁷. Veamos cada una de ellas.

1. Las Leyes

Se definen como las prescripciones normativas generales y escritas emanadas del Congreso de la República, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución. En sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1) del artículo 102° de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45° de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43° de la Constitución. En segundo lugar, para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan.¹⁸

De igual forma, conforme al sistema de fuentes diseñado en los artículos 51°, 200° inciso 4), 102 ° inciso 1) y 106°, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes

¹⁷ Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. Nº 0022-2004-AI/TC, fundamento 13, citado por el Tribunal Constitucional.

¹⁸ Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. Nº 008-2005-PI/TC, fundamento 9, citado por el Tribunal Constitucional.

orgánicas, las cuales tiene la misma jerarquía jurídica¹⁹. En tal sentido, podemos considerar los siguientes tipos:

Ley ordinaria

Es expedida por el Congreso de la República (inciso 1º del artículo 102º de la Constitución) y su modo de producción está regulado por los artículos 105.º, 107.º, 108.º y 109.º de la Constitución. En rigor puede normar cualquier materia, con excepción de las reservadas a la ley orgánica conforme al artículo 106º de la Constitución y las que sean materia exclusiva de los gobiernos regionales o municipales.

Ley orgánica

Es expedida por el Congreso de la República y su modo de producción debe cumplir los requisitos formales y materiales previstos en el artículo 106²⁰ de la Constitución.

Ley de reforma constitucional

Se trata de dispositivos que materializan la reforma de la Constitución. Están sujetas al procedimiento especial previsto en el artículo 206º de la Constitución²¹.

¹⁹ Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamento 16, citado por el Tribunal Constitucional.

²⁰ Artículo 106 de la Constitución Política: Leyes Orgánicas. - Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por Ley Orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

²¹ Artículo 206 de la Constitución. - Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias con una votación favorable, en cada caso superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La Ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. (...)

Ley de Presupuesto de la República: Los artículos 78²², 79²³ y 80²⁴ de la Constitución especifican las particularidades del modo de producción de la Ley de Presupuesto; se trata por ello de una ley distinta a la ley ordinaria y a la ley orgánica.

Ley de la Cuenta General de la República: El artículo 81²⁵ de la Constitución establece el procedimiento para la aprobación de este tipo de ley con características especiales.

2. Decretos Legislativos

Esta forma normativa de fuente con rango de ley está prevista en el artículo 104²⁶ de la Constitución, tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación. Los artículos 104^o y 101^o inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma

²² Art. 78 de la Constitución: El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año (...).

²³ Art. 79 de la Constitución: Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto (...).

²⁴ Art. 80 de la Constitución: El Ministro de Economía y Finanzas sustenta ante el Pleno del Congreso, el Pliego de Ingresos (...)

²⁵ La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el Presidente de la República al Congreso en un plazo que vence el quince de noviembre del año siguiente al de ejecución del Presupuesto.

La Cuenta General de la República es examinada y dictaminada por una comisión revisora dentro de los noventa días siguientes a su presentación. El Congreso de la República se pronuncia en un plazo de treinta días. Si no hay pronunciamiento por parte del Congreso de la República en el plazo señalado, se eleva el dictamen de la Comisión Revisora al Poder Ejecutivo para que este promulgue un Decreto Legislativo que contiene la Cuenta General de la República.

²⁶ Artículo 104 de la Constitución. - El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

3. Decretos de Urgencia

En relación a esta fuente normativa, el inciso 19 del artículo 118º de la Constitución establece que corresponde al presidente de la República:

Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Asimismo, el artículo 74º de la Constitución dispone que los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Debe tenerse presente que, conforme al artículo 135.º de la Constitución, esta forma normativa con rango de ley será la que el Poder Ejecutivo use para legislar en el interregno parlamentario, y de ella dará cuenta a la Comisión Permanente para que la examine y la eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

4. Los Tratados

Expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos. Son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. El artículo 55º de la Constitución señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Por su parte, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 ° de la Constitución, sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

5. Reglamento del Congreso

El artículo 94° de la Constitución dispone que: “El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...)”.

Sobre ello el Tribunal Constitucional ha establecido que:

(...) tal como lo establece expresamente el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, este Colegiado es competente para controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso. En efecto, toda diferencia doctrinaria que pudiera existir respecto al lugar que ocupa el Reglamento del Congreso en el sistema de fuentes del derecho, no tiene lugar en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la propia Carta Fundamental, en la disposición recién citada, ha establecido que dicha norma tiene rango de ley. Se trata, pues, de una fuente primaria del derecho y, como tal, sólo se somete a la Constitución, (STC N° 047-2004-AI/TC).

6. Las Ordenanzas Regionales

El artículo 191º de la Constitución dispone que los gobiernos regionales tienen autonomía política. Asimismo, el inciso 6 del artículo 192º establece que los gobiernos regionales son competentes para dictar normas inherentes a la gestión regional. A su turno, el inciso 4 del artículo 200º de la Norma Suprema confiere rango de ley a las normas regionales de carácter general.

El Tribunal Constitucional ha precisado:

Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200º inciso 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho (...) en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta, (STC N° 047-2004-AI/TC).

7. Las Ordenanzas Municipales

El artículo 194º de la Constitución dispone que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local y tienen autonomía política. De igual forma, el inciso 4) del artículo 200º confiere rango de ley a las ordenanzas municipales. Consecuentemente, la facultad normativa de las municipalidades que se deriva de la autonomía política también las convierte en órganos productores de normas generales en el ámbito de sus competencias.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido:

La fuerza o el valor de ley de estas normas se determinan por el rango de ley que la propia Constitución les otorga –artículo 200°, inciso 4 de la Constitución–. Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía, (STC N° 047-2004-AI/TC).

c. Fuentes normativas con rango inferior a la ley

1. Los reglamentos

El inciso 8) del artículo 118° de la Constitución dispone que corresponde al Presidente de la República: Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites dictar decretos y resoluciones.

Conforme a la norma citada, el Presidente de la República es el órgano constitucional encargado de producir los reglamentos, decretos y resoluciones. Sin embargo, para ejercer esta atribución requiere de la intervención de sus ministros, toda vez que, conforme al artículo 120° de la Constitución, son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial. Por tanto, la competencia para producir reglamentos de las leyes, decretos y resoluciones corresponde al Poder Ejecutivo, que en nuestro ordenamiento jurídico lo conforman el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.

2. La jurisprudencia

Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos

corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta.

La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), que, si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación, por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado.

Así, el artículo 138° de la Constitución dispone: “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”.

Similar función, le compete al Tribunal Constitucional. El artículo 201° de la Constitución refiere que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente”. 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.

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 constitucional²⁷.

Es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. 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.

Para el caso de la jurisprudencia constitucional, el TC ha precisado que:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la súper legalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general

²⁷ Caso Municipalidad Distrital de Lurín, Exp. N° 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas. Citado por el Tribunal Constitucional.

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.

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, (caso Municipalidad Distrital de Lurín, STC. N.º 0024-2003-AI/TC)

Por tales consideraciones, el Tribunal Constitucional reafirma un lugar privilegiado para efectuar la interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos, (STC. N.º 0004-2004-CC/TC, fundamento 19)

Finalmente, el Tribunal Constitucional afirma que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139º, inciso 2 (Poder Judicial) y 201º (Tribunal Constitucional).

Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época, en ese sentido, pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber.

3. La costumbre

Esta noción alude al conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política. Su naturaleza de fuente del derecho está determinada por el artículo 139º inciso 8 de la Constitución, que señala que es un principio de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo en tal caso aplicarse el derecho consuetudinario.

Las normas consuetudinarias son normas jurídicas creadas y establecidas por el uso social. Por uso social debe entenderse la actuación o el comportamiento de un grupo social o de la mayor parte de él, que se ajusta a un determinado modelo de conducta. Ha de tratarse de una actuación o comportamiento efectivo, uniforme o cotidiano, sin perjuicio que dentro de él pueden existir algunas desviaciones. Es una segunda categoría de normas que se expresan siempre como prácticas sociales y nunca en forma de enunciados lingüísticos escritos y publicados; está conformado por dos elementos esenciales:

Un elemento material. Hace referencia a la práctica reiterada y constante de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterate*).

Un elemento espiritual. Relacionado con la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*).

4. Los principios generales del derecho

Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte del núcleo central del sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados éticos políticos, así como las proporciones de carácter técnico jurídico. Su naturaleza de fuente del derecho está determinada por el artículo 139º, inciso 8 de la Constitución, que señala que es un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del derecho.

El Tribunal Constitucional ha precisado que:

(...) los principios son normas, y los principios jurídicos son normas jurídicas: en palabras del Tribunal Constitucional, “allí donde la oposición entre leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo” (STC 4/1981, de 2 de febrero).

Los principios generales del Derecho, no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de razón. Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta; cuando se dice, por ejemplo, que nadie puede enriquecerse injustamente, o que nadie puede ejercitar abusivamente su derecho, es claro que se están proponiendo modelos de conducta a seguir. Estas normas gozan de una característica especial: no se encuentran fundadas en

autoridad del Estado, como la ley, ni en los usos o prácticas de determinadas fuerzas o grupos sociales como la costumbre. Tienen su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias, de forma que es ella el auténtico poder creador de las normas que tratamos.

5. El contrato, la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular.

Como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14 del artículo 2, de la Constitución que prescribe que toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Artículo 62º del mismo *corpus normativo* que establece: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. Inciso 3º del artículo 28º de la Constitución que dispone: “La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”.

Como puede inferirse, las disposiciones constitucionales citadas confirman la tesis de que el contrato también es una fuente de derecho que tiene reconocimiento constitucional.

6. La doctrina

Se encuentra constituida por la teoría científica y filosófica que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización jurídica, constituyéndose en uno de los engranajes claves de las fuerzas directrices del ordenamiento estatal.

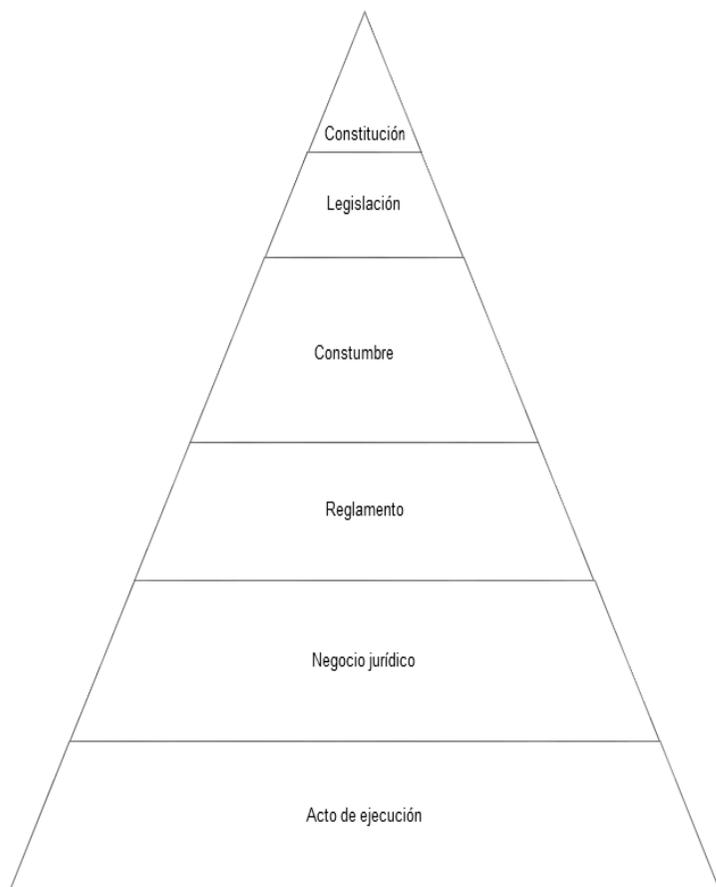
Si bien no podemos afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia.

2.5. A MANERA DE SÍNTESIS

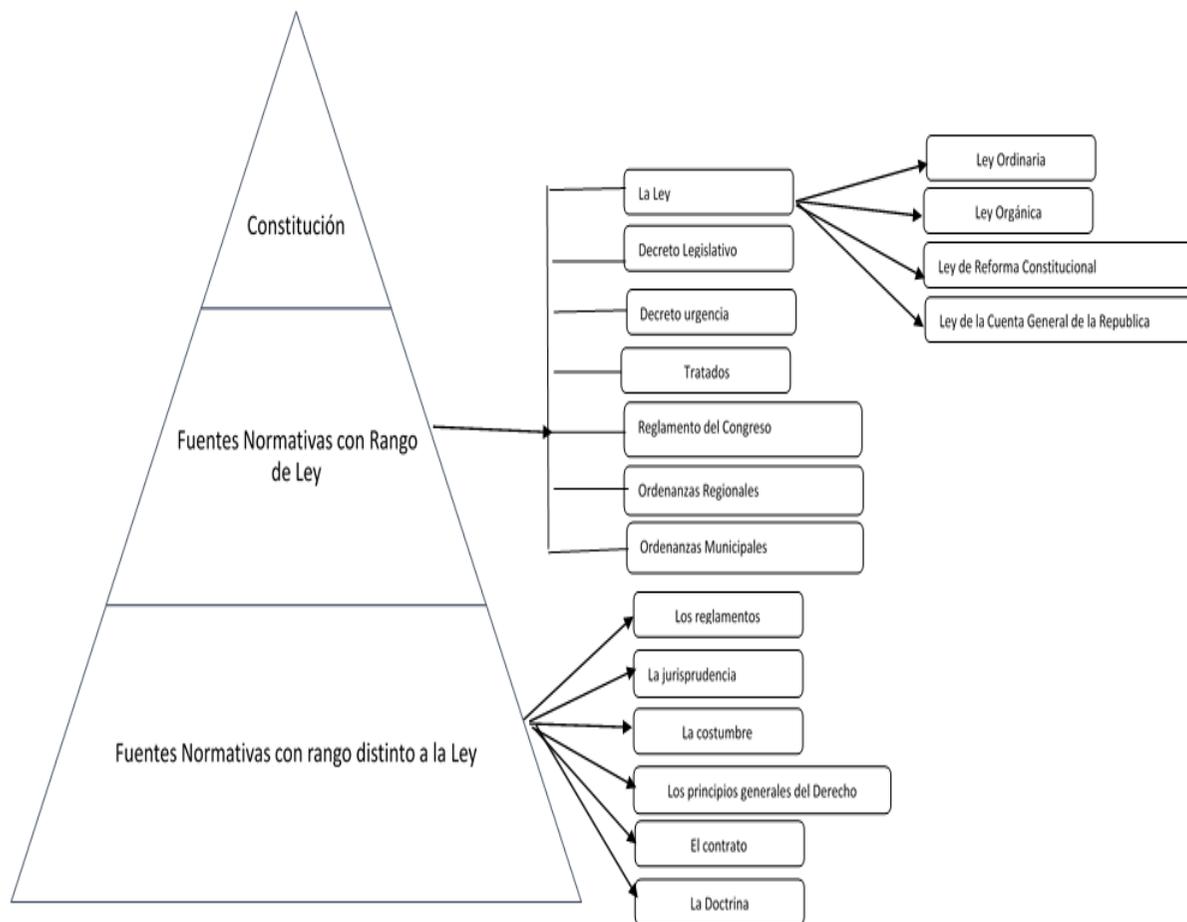
En resumen, de acuerdo a lo expuesto, la teoría clásica de las fuentes del derecho peruano se adscribe a la tesis de las fuentes del derecho desarrollada por Hans Kelsen en el marco de la teoría pura del derecho. En esa línea argumentativa, el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC definió las fuentes del derecho como una estructura jerárquica de normas cuya validez en último grado se encuentra en la Constitución. Asimismo, destacó el valor jurídico del precedente vinculante como una fuente de segundo grado, ubicado después de la ley; definido como jurisprudencia constitucional a partir de la interpretación del artículo 139° inciso 8), de la Constitución, que reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley.

En síntesis, la teoría clásica de las fuentes del derecho debe entenderse como orden normativo de la conducta humana determinado por una normatividad sistémica, cuya validez depende en último grado de una norma jurídica positiva superior, la Constitución. Por tanto, el presente capítulo puede resumir gráficamente de la siguiente manera:

Fuentes del Derecho según Hans Kelsen



Fuentes del Derecho según el Tribunal Constitucional



2.6. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.6.1. Algunas generalidades de la doctrina del precedente constitucional en el Perú

A partir de la tesis de Hans Kelsen, y la teoría de la fuentes del derecho desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC, se advierte que las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano forman un conjunto u orden normativo jerarquizado; cuya validez en ultimo grado depende de una norma jurídica positiva superior (Constitución), tal como lo señala el artículo 51° de la Constitución Política: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de menor jerarquía, y así sucesivamente (...)”.

De acuerdo con la teoría de Hans Kelsen, los jueces deben limitar sus facultades a la aplicación de las normas previamente establecidas, sin modificarlas; lo que implica, la incompetencia de los órganos jurisdiccionales para introducir vía interpretación normas de carácter general *ex novo*. Es decir, la fuerza jurídica de la sentencia, no puede ir más allá del caso concreto planteado y ha de afectar únicamente a las partes procesales (Kelsen, 1995).

Ahora bien, si lo que se pretendiera fuese justificar las facultades normativas del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general a través de precedentes vinculantes en base a la tesis de Hans Kelsen, simplemente se tendría que buscar una fuente de validez constitucional para justificar dicha facultad, no obstante,

encontramos que el Tribunal Constitucional carece de facultades constitucionales para crear normas de carácter general *ex novo*, ni siquiera vía interpretación. Pues, la Constitución no reconoce valor vinculante de carácter *erga omnes* a la jurisprudencia, tampoco establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades normativas para crear normas con jerarquía legal a través de sus precedentes. Es mas, la *Lex Superior*, en el artículo 200° inciso 4) establece que las únicas normas con rango de ley son: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. En ningún acápite la Constitución establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades para crear normas de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos y privados en el mismo sentido que la ley creada por el Parlamento vía precedentes vinculantes. Por lo tanto, la única forma de hacer compatible la tesis de Kelsen con la facultad del TC para crear normas de carácter general a través de sus precedentes sería mediante una reforma constitucional, tal y como lo establece el artículo 206° de la Constitución, que señala:

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable, en cada caso superior a los dos tercios del número legal de Congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

Además, se debe de tener en cuenta que, el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-004-AI/TC, confirió al precedente vinculante un

valor secundario en la estructura jerárquica normativa, ubicándolo por debajo de las fuentes con rango de ley definiéndolo como fuente auxiliar del derecho (jurisprudencia) que sólo opera en ausencia de fuente primaria²⁸. Ergo le está vedado modificar la Constitución vía interpretación, para crear para si facultades normativas en el mismo sentido que el Parlamento. Solamente el poder constituyente tiene dicha prerrogativa.

Lo expuesto, revela una seria contradicción en la interpretación del carácter de fuente del derecho atribuido al precedente constitucional. Por un lado, el Tribunal Constitucional - siguiendo la teoría de Hans Kelsen - afirma que el precedente vinculante únicamente tiene un valor de fuente secundaria (STC N° 047-004-AI/TC), por lo tanto, no puede crear vía interpretación normas de carácter general; y, por otro afirma que el precedente vinculante tiene efectos similares a la ley (carácter erga omnes) de obligatorio cumplimiento para todos los poderes, que exterioriza el poder normativo del Tribunal Constitucional. Tal como lo expuso en la STC. N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín:

(...) El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente tiene por su condición de tales efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente en un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a todos los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que, ante la existencia de una sentencia con unos específicos

²⁸ STC N° 047-004-AI/TC, del 24 de abril del 2006.

fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos según los términos de dicha sentencia.

Esta definición de precedente vinculante propuesta por el Tribunal Constitucional, desnaturaliza la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, toda vez que, vía interpretación se crea una nueva fuente del derecho de carácter obligatorio en el mismo sentido que la ley, sin considerar que la Constitución no proporciona una fuente de validez superior para su justificación.

En conclusión, la única forma de hacer compatible la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, con la creación de normas generales a través de precedentes constitucionales sería en base a una reforma constitucional, tal como en su momento lo hizo Ecuador, al modificar la Constitución de 1998 e incluir en la nueva Constitución del 2008, la fuerza vinculante de carácter *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto los incisos 1) y 6) del artículo 436° de la Constitución de 2008 establecen lo siguiente:

Art. 436°.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

(...)

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión (Constitución Ecuatoriana de 2008).

De esta manera, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a diferencia del peruano, estructuró a nivel constitucional el valor vinculante de su jurisprudencia vinculante, y consideró que el concepto de fuente *erga omnes* no es exclusivo de la ley en sentido formal, cumpliendo así con los parámetros de la tesis de Hans Kelsen.

Ahora bien, a efectos de entender los alcances de la definición de precedente vinculante propuesto por el Tribunal Constitucional Peruano, a continuación pasamos a desarrollar los contenidos de la STC. N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín.

2.6.2. El Precedente vinculante en el sistema jurídico peruano, análisis de la STC. N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín

Hechos

Con fecha 27 de noviembre de 2003, la municipalidad distrital de Lurín interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la municipalidad de Huarochirí y Santo Domingo de los Olleros, con el objeto que se disponga que corresponde al poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial; y, al Congreso aprobar la misma, en consecuencia, solicitó que se declare nula la Ordenanza Municipal N°. 000011, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del distrito de Santo Domingo de los Olleros.

La municipalidad demandante argumentaba que la Ordenanza impugnada persigue de manera maliciosa y encubierta aprobar la demarcación territorial del distrito de Santo Domingo de los Olleros

en desmedro del distrito de Lurín, sin considerar que, ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Municipalidades establecen a favor de las municipalidades la facultad de fijar su ordenamiento territorial o determinar sus límites, pues, conforme al artículo 102° inciso 7) de la Constitución, es atribución del Congreso aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.

La municipalidad provincial de Huarochirí contesta la demanda, afirmando que la Ordenanza N°. 000011 únicamente se limitó a ratificar el ordenamiento territorial de Santo Domingo de los Olleros de la provincia de Huarochirí. La cual, fue dictada con arreglo a lo establecido en los artículos 40°²⁹ y 79°³⁰ de la Ley Orgánica de Municipalidades, ley N° 27972.

Por su parte, la municipalidad distrital de Santo Domingo de los Olleros solicitó que la demanda sea declarada infundada, en

²⁹ Artículo 40 de la ley N° 27972.- ORDENANZAS

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa (...).

³⁰ Artículo 79 de la ley N° 27972.- ORGANIZACIÓN DEL ESPACIO FÍSICO Y USO DEL SUELO
Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

1.1. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental.

1.2. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.

1.3. Pronunciarse respecto de las acciones de demarcación territorial en la provincia.

1.4. Aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes antes mencionados, de acuerdo con las normas técnicas de la materia, sobre:

1.4.1. Otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición.

1.4.2. Elaboración y mantenimiento del catastro urbano y rural.

1.4.3. Reconocimiento, verificación, titulación y saneamiento físico legal de asentamientos humanos.

atención a lo previsto en el artículo 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades, en el sentido que los gobiernos locales tienen facultades de organización sobre su espacio físico y el uso del suelo, para lo cual deben aprobar un plan de acondicionamiento territorial, por lo que considera que no hay exceso en el ejercicio de las atribuciones como se expone en la demanda.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta; en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza Municipal N° 00011 aprobada por la municipalidad provincial de Huarochirí. Esto, en cumplimiento del inciso 7) artículo 102º de la Constitución, que regula como una de las competencias del Congreso de la República la de aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo, por lo tanto, ninguna corporación municipal puede pretender ejercer dicha atribución, reservada de manera excluyente y exclusiva, por el legislador constituyente, al Poder Legislativo.

Consideraciones respecto a la definición, naturaleza, condiciones de uso, presupuestos básicos y aplicación del precedente vinculante fijados en la sentencia

El Tribunal Constitucional, antes de pronunciarse sobre la demanda de autos, consideró pertinente precisar la estructuración interna y alcances de sus precedentes, en los siguientes términos:

Definición

(...) el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tales efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

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.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa 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", (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

Naturaleza

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

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

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

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

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

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

En relación a la segunda condición para el uso de precedentes vinculantes (cosa juzgada constitucional), el Tribunal Constitucional, en la STC N° 006-2006-PC/TC, estableció:

(...) En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6° del Código Procesal Constitucional. Sino que, además, la sentencia debe respetar las interpretaciones que sobre la Constitución haya hecho el TC y también sus precedentes vinculantes. Las interpretaciones y los precedentes vinculantes constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales, (fundamentos 68 y 69 de la STC N° 006-2006-PC/TC).

Presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

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 normativo³¹.

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, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

La aplicación del precedente vinculante

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.

b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante, (STC N° 0024-2003-AI/TC).

³¹ En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí —es decir en situación de antinomia indirecta— se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo. En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o *non facere* por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello, (STC N° 0024-2003-AI/TC).

2.6.3. Análisis de la STC. Nº 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín

El análisis de la sentencia se realizó en base a la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, planteado por el jurista británico H.L.A. Hart.

Hart diferencia dos tipos de casos: Los casos fáciles o claros, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y casos de penumbra o difíciles, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta, (Hart H. , 1968, pág. 158). En palabras de Hart:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Ésta da a todas las reglas un halo de vaguedad o textura abierta, (Hart H. , 1968, págs. 152-153).

En relación con la solución de los casos de penumbra o difíciles, Hart propone la discrecionalidad judicial para elegir entre alternativas abiertas. En estos casos, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto:

La reaparición de cuestiones de penumbra nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles, (Hart H. , 1962, pág. 55).

Así, cuando un juez se encuentra ante un caso difícil o de penumbra; “el ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección”, (Hart H. , 1968, pág. 180). Pero, para realizar esta elección, el juez cuenta con mucho material jurídico relevante al que acudir:

El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos en virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico, (Hart H. , 1968, pág. 159).

En su obra “Post scriptum al concepto de derecho”, Hart precisó:

En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho (Hart H. , 2000, pág. 158)

Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón

general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consiente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores. Pero si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares, (Hart H. , 2000, pág. 159).

A partir de la dicotomía casos fáciles – casos difíciles, a continuación, se establecerá que tipo de caso constituye la STC N° 006-2006-PC/TC. Luego se expondrá en qué casos corresponde al Tribunal Constitucional crear precedentes vinculantes. Aboquémonos a ello.

Al analizar la controversia que motivó el caso Municipalidad Distrital de Lurín, se advierte que era relativamente sencilla, y además no parecía ser la situación más adecuada para recoger todo lo apuntado por el Tribunal Constitucional en el tema del precedente.

La pretensión de autos consistía en determinar que ninguna de las municipalidades emplazadas era competente para aprobar o modificar su circunscripción territorial, pues esa atribución le corresponde en forma exclusiva al Congreso de la República. El inciso 7 del artículo 102º de la Constitución Política expresamente estableció como una de las competencias del Congreso de la República, la de aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo. Por tanto, ninguna corporación municipal puede pretender ejercer dicha atribución, reservada de manera excluyente y exclusiva por el legislador constituyente al Poder Legislativo.

No obstante, por vía indirecta, la Municipalidad Provincial de Huarochirí trató de realizar lo que en la vía directa le estaba vedado, esto es, ejercer una potestad reservada para el Congreso de la República, pretendiendo ratificar un ordenamiento territorial determinado sin precisar previamente el documento que señale los límites o linderos de la jurisdicción municipal ratificada (STC N° 0024-2003-AI/TC).

El Tribunal Constitucional, solamente necesitó enmarcar los hechos en el inciso 7 del artículo 102° de la Constitución para solucionar el caso, por lo tanto, siguiendo la tesis de Herbert Hart, se puede categorizar el caso Municipalidad Distrital de Lurín, como un caso fácil. “Un caso fácil es aquel que tiene una solución legislativa previa, la cual se encuentra contenida en una regla del ordenamiento jurídico y se caracteriza por ser clara e incontrovertible; en los casos fáciles, el juez debe justificar su decisión sobre la base de lo dispuesto en las reglas del ordenamiento jurídico, utilizando el mandato contenido en ellas como la premisa normativa de su razonamiento” (Hart H. , 1968)

Precisamente, el Tribunal Constitucional para solucionar la controversia, utilizó un simple proceso deductivo – razonamiento silogístico, subsumió los hechos, (competencia de los municipios para determinar su ordenamiento territorial), en una premisa normativa mayor, artículo 102° inciso 7) de la Constitución Política. “Es pues ante un conflicto de competencias como éste, tramitado, mediante proceso de inconstitucionalidad por generarse en una

ordenanza municipal, en el cual se plantea toda esta exhaustiva referencia al precedente constitucional. Ello es especialmente preocupante si tomamos en cuenta que la relación entre el caso específico y el o los temas en los cuales quiere establecerse un precedente, es planteada por el mismo Tribunal como una condición de indispensable cumplimiento para emitir un pronunciamiento con esas características, elemento que precisamente no es notorio en “Municipalidad Distrital de Lurín” (Espinosa, 2006, págs. 67-96).

“Ahora bien, e independientemente de esa indisimulable incongruencia entre los postulados que se explicitan y el caso escogido para desarrollarlos, sin duda lo prescrito en “Municipalidad Distrital de Lurín”, proporcionó los elementos para que luego el Tribunal Constitucional peruano emprenda la tarea de emitir y justificar sus sentencias vinculantes”, (Espinosa, 2006, págs. 67-96).

2.6.4. Los precedentes vinculantes como una manifestación de los casos difíciles o de penumbra

Del análisis de la tesis de los casos difíciles de H.L.A Hart, y los presupuestos básicos señalados por el Tribunal Constitucional en la STC N° 0024-2003-AI/TC para establecer un precedente vinculante:

- 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, (STC N° 0024-2003-AI/TC).

Se advierte que la creación de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional debe restringirse a la solución de casos difíciles. Casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar determinada interpretación. En los casos difíciles al no estar clara la norma a aplicar el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso concreto, en vez de aplicar meramente el derecho preestablecido.

Sin embargo, debe quedar claro que la discrecionalidad judicial no implica que el juez pueda crear derecho en forma arbitraria, siempre debe de tener alguna razón general que justifique su decisión en términos racionales y comunicables (Hart H. , 2000). De ahí la importancia de la justificación de las decisiones judiciales, lo cual constituye, por cierto, una obligación constitucional de acuerdo a lo prescrito en el artículo 139° inciso 5)³² de la Constitución.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. (...) El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el

³² Artículo 139° de la Constitución. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

1. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y e los fundamentos de hecho en que se sustentan.

ordenamiento jurídico o los que deriven del caso, (STC N° 02061-2013-PA/TC).

De esta manera, en concordancia con la tesis de los casos difíciles de H.L.A. Hart, *prima facie*, se puede concluir que el Tribunal Constitucional únicamente debe crear precedentes vinculantes en el contexto de los llamados casos difíciles o de penumbra, sin olvidar que la fuerza de sus precedentes depende en gran escala de la calidad de la argumentación desarrollada en la justificación de sus decisiones como una práctica constructiva e interpretativa de formación de significados por medio de la argumentación.

Los precedentes solo son relevantes para aquellas situaciones en las que los jueces tienen el poder de resolver casos difíciles; sin tal poder falta el humus sobre el cual puedan formarse decisiones que, no limitándose a resolver meras cuestiones de hecho, puedan asumir el papel de precedentes. Nunca un precedente tendrá un peso absoluto, de lo contrario dejará de tener un peso en la argumentación jurídica (Bustamante, 2016, pág. 277).

Agregado a lo antes expuesto, se precisa que es la facultad autoimpuesta ejercida por el Tribunal Constitucional, para crear normas de carácter general a través de precedentes constitucionales en el mismo sentido que el Parlamento, lo que modifica la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano. En tanto y en cuanto el Tribunal Constitucional no ofrece ningún argumento que demuestre una fuente de validez constitucional con la capacidad de justificar la creación de normas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento. Según la Constitución Política, el Tribunal Constitucional no tiene facultades para crear normas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento.

2.6.5. A manera de síntesis

Desde la perspectiva de la tesis de las fuentes del derecho propuesta por Hans Kelsen, los precedentes vinculantes creados por el Tribunal Constitucional carecen de una fuente de validez Constitucional que justifique su valor erga omnes como fuente del derecho. En ese sentido el Tribunal Constitucional al introducir vía interpretación una nueva fuente del derecho con efecto vinculante para todos los poderes públicos y privados, modificó la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, al crear facultades legislativas propias vía interpretación.

De acuerdo con la tesis H.L.A. Hart, el Tribunal Constitucional solamente debe de crear normas de carácter general a través de precedentes al resolver casos difíciles o de penumbra, respetando siempre la relación concreta entre los hechos y las reglas creadas.

2.7. EL CONCEPTO DE DERECHO ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE HERBERT HART

2.7.1. Hart y el positivismo jurídico

Herbert Lionel Adolphus Hart, es considerado por Ronald Dworkin como la forma más poderosa del positivismo jurídico. Sin embargo, la expresión positivismo jurídico es muy ambigua. Tradicionalmente ha sido empleada para referirse a una muy amplia gama de posturas y concepciones teóricas que designan tesis, ideas y modos de representarse el fenómeno del derecho desde visiones que a menudo no sólo resultan incompatibles, sino incluso contradictorias o excluyentes entre sí (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

Genaro R. Carrió, siguiendo el trabajo de Norberto Bobbio Sobre el positivismo jurídico (1998), identificó tres significados distintos de la expresión positivismo jurídico: el positivismo jurídico como enfoque metodológico, como ideología y como teoría; (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

2.7.2. El positivismo jurídico como enfoque metodológico

Según este enfoque, no existe una conexión necesaria entre derecho y moral. La compatibilidad o incompatibilidad entre las exigencias de una norma legal y una regla moral no define ninguno de los criterios que sirven para definir los conceptos jurídicos. Niega que toda regla moral correcta deba ser necesariamente una regla jurídica y que toda regla jurídica deba ser necesariamente moralmente correcta (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

En el capítulo IX "Las normas jurídicas y la moral" de "El concepto de derecho", Hart argumenta que una regla jurídica conserva su carácter de tal, aunque entre en conflicto con las exigencias de la moral:

Entiendo por "Positivismo Jurídico" la afirmación simple de que en ningún sentido es una verdad necesaria que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suela ocurrir así, (Hart H. , 1968, pág. 230).

2.7.3. El positivismo jurídico como ideología

De acuerdo con esta forma de positivismo, existe un deber moral de obedecer los requerimientos de las reglas y estándares del derecho positivo, sea cual sea el contenido de ellos (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

2.7.4. El positivismo jurídico como teoría

Según esta concepción, el derecho está constituido por normas que han sido explícita y deliberadamente promulgadas por órganos centralizados y no, por ejemplo, por hábitos, costumbres o normas consuetudinarias o de jurisprudencia. Para esta teoría, el derecho positivo constituye la voluntad del Estado o la del soberano, las normas jurídicas son órdenes respaldadas por amenazas. No hay más fuente genuina del derecho que la legislación, de modo que las otras fuentes putativas del derecho son sólo fuentes secundarias o aparentes. Aboga por la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos, a la vez que presupone el deber de los jueces de decidir siempre según normas jurídicas sin tomar en cuenta cualquier otro tipo de principios. Presupone que todo orden jurídico constituye un todo cerrado, completo, carente de lagunas y coherente, por lo tanto, los jueces no tienen otra función que deducir, a partir de las reglas positivas, la solución correcta para cada caso concreto, (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

Según Norberto Bobbio, citado por (Jaraba, 2010, pág. 3).

Positivismo jurídico como teoría significa: a) el derecho positivo es la voluntad del Estado o del soberano; b) la fuente genuina del derecho es la legislación, la costumbre o la jurisprudencia son fuentes secundarias; c) todo ordenamiento jurídico es un todo coherente, unitario y pleno; y, d) los jueces no tienen otra función que decidir, a partir de las reglas de derecho positivo, la solución de los casos concretos. Para tales fines los jueces no necesitan recurrir a pautas o reglas que no formen parte del ordenamiento jurídico, pues todo caso puede y debe resolverse mediante la aplicación de pautas y reglas del ordenamiento jurídico.

2.7.5. Hart un autor positivista

Según Genaro Carrió, citado por (Jaraba, 2010, págs. 3-4). Hart tan sólo es positivista en el sentido del positivismo como enfoque metodológico. Al separar derecho y moral, Hart establece que algo es derecho válido, aunque nos parezca o pueda parecer moralmente injusto.

Queda claro en su obra, "El concepto de derecho", que Hart no cree que haya una obligación moral de obedecer el derecho positivo. En este sentido, no comparte la tesis de la teoría positivista como ideología, (Jaraba, 2010, pág. 4).

Asimismo, al rechazar la tesis del Estado como fuente genuina del derecho, Hart muestra su disconformidad con el positivismo como teoría. En su lugar propone un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de reglas últimas de reconocimiento que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho. La regla de reconocimiento permite identificar como reglas del sistema a normas que no son creadas por el legislador, esto es lo que se ha llamado las fuentes sociales del derecho, (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

Respecto a la noción de ordenamiento jurídico cerrado, diseñado por la teoría positivista jurídica, Hart plantea la tesis de la textura abierta del derecho, que implica que siempre hay una parte del derecho, los lindes del derecho, que no es inmediatamente claro, lo que permite cierta discrecionalidad judicial. En ese sentido, la tesis del

positivismo como teoría según la cual el juez aplica siempre automáticamente el derecho positivo, es rechazada por H.L.A. Hart, (Jaraba, 2010, págs. 4-5).

En conclusión, Hart es un autor positivista en cuanto se adhiere al positivismo jurídico como enfoque metodológico.

2.7.6. Elementos básicos de la teoría del derecho de H.L.A. Hart

Para los fines del presente trabajo de investigación, se enfatizará los siguientes puntos de la obra de H.L.A. Hart, "El Concepto de Derecho": 1) La consideración del derecho como un sistema de reglas: crítica a la teoría del derecho como hábito de obediencia de John Austin; 2) La caracterización del derecho como un complejo de reglas primarias y reglas secundarias; 3) La inevitable discrecionalidad judicial debido a la "textura abierta del derecho", (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

1. Consideración del derecho como un sistema de reglas: crítica a la teoría del derecho como hábito de obediencia de John Austin

Hart construyó su concepto de derecho, a partir de la crítica a la noción simple de derecho formulado por Jhon Austin. Quien definió el derecho como el conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por sus subordinados que obedecen a aquél; entendiendo por soberano a aquella persona o grupo de personas internamente supremo y externamente independiente, cuyas órdenes son habitualmente obedecidas por la gran mayoría de los súbditos. Si las decisiones

adoptadas por el soberano, y originadas en su voluntad se obedecían habitualmente, entonces eso constituía derecho y existía la obligación de cumplirlo, existiendo la creencia general por parte de los destinatarios de que estas amenazas serían hechas efectivas en el supuesto de desobediencia, (Jaraba, 2010, págs. 6-7)

El soberano del que habla Austin es ilimitado en su poder al no estar sometido a ninguna restricción jurídica, lo que supone que no estaríamos en presencia de la noción de Estado de Derecho que presupone el sometimiento del poder al derecho. Hart lo expone así:

En la doctrina de la soberanía el hábito de obediencia del súbdito tiene, como complemento, la ausencia de tal hábito por parte del soberano. Este crea derecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del derecho, (Hart H. , 1968, pág. 82).

Así pues, las normas del derecho penal definidas como mandatos acompañados por la amenaza de una sanción en caso de desobediencia, son las que más se asemejan a la tesis de Jhon Austin. Al respecto, Hart argumenta que las leyes penales difieren del concepto de derecho propuesto por Austin, en un aspecto importante, a saber, que también se aplican a quienes las crean y no simplemente a otros. La función primaria de las normas penales no es la de sancionar, sino la de establecer pautas o guías de comportamiento y sólo cuando esta finalidad fracasa entra en juego la medida sancionadora, (Hart H. , 1968, págs. 102-104).

Según H.L.A. Hart, la idea de obediencia habitual fracasa de dos maneras diferentes, aunque relacionadas: primero, al momento de justificar la continuidad cuando un legislador sucede a otro. Los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún derecho a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo; el hecho de que haya obediencia habitual a un legislador no fundamenta el enunciado de que su sucesor tiene derecho a dictar normas, ni el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido, (Hart H. , 1968, pág. 69).

En segundo lugar, la obediencia habitual al legislador anterior no puede por sí sola hacer probable que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas o fundar una presunción en tal sentido. Para que en el momento de la sucesión exista aquel derecho, esta presunción tiene que haberse dado de algún modo en la sociedad, durante el reinado del legislador anterior, una práctica general más completa que cualquier práctica que pueda ser explicada en términos de hábitos de obediencia. A saber, la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder, (Hart H. , 1968, pág. 69).

La teoría del hábito de obediencia, no genera entre la población (los súbditos) la creencia de estar actuando de acuerdo con una regla, pues, para Hart, la mera repetición del hábito de obediencia no da lugar al pensamiento entre los ciudadanos de que están siguiendo una regla:

Cuando un hábito es general en un grupo social, no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal hábito no es necesario en modo alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o a mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen. Por contraste, para que exista una regla social, por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata, una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo (Hart H. , 1968, pág. 71).

De acuerdo con H.L.A. Hart, “la falla principal de la teoría de Austin, consiste en no haber incluido la noción de regla en su teoría, sin la cual es imposible explicar la estructura y el funcionamiento del derecho” (Hart H. , 1968, pág. 101). Las ideas de orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero no de la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas. La teoría austiniana permite entender qué significa que una persona “se vea obligada a hacer algo”, verbigracia, entregar su dinero al asaltante, pero no, qué significa que “tenga la obligación de hacer algo de acuerdo con el derecho”, verbigracia, pagar anualmente sus impuestos. Para entender la noción de obligación, es indispensable la noción de regla: el que una persona tenga la obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé esa obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla (Hart H. , 1968, págs. 102-104).

Hart propuso sustituir la vieja teoría del hábito de obediencia, por una nueva teoría que considere al derecho como un sistema de reglas en cuanto constituye una mejor explicación de lo que es el derecho.

2. El derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias

Hart argumentó, que la raíz del fracaso del concepto de derecho propuesto por Jhon Austin fue no incluir la idea de regla, sin la cual no se puede abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho. Es por ello, que replanteó la tesis de Austin al conceptualizar el derecho, no como ordenes generales respaldadas por amenazas, sino como la unión de dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas: reglas primarias y reglas secundarias (Hart H. , 1968).

El término regla, posibilita la diferenciación del derecho de la simple coerción, diferenciación imposible de realizar bajo la concepción imperativa del derecho. La regla en la teoría defendida por Hart, es concebida en términos sociales, derivada de fuentes sociales, y existente en virtud de prácticas sociales, (Hart H. , 1968) .

3. Punto de vista interno y punto de vista externo de las reglas

Un aspecto importante para entender el concepto de regla en la teoría de Hart, es la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo de las reglas. El primero es el punto de vista de los que usan y aceptan el derecho como criterio de

regulación de su conducta y de la de los demás. El segundo es el de los que, observando desde fuera, realizan una descripción o explicación de los fenómenos jurídicos, prescindiendo del sentido interno, (Hart H. , 1968).

El punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará probablemente, consecuencias desagradables. Su punto de vista se expresa diciendo: “me vi obligado a hacerlo”, “es probable que me sancionen si...”, “probablemente Ud., será penado si...” (Hart H. , 1968, pág. 112).

El Punto de vista interno está relacionado con:

La manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados o particulares que las usan en situación tras situación como guías para conducir su vida en sociedad como fundamento para reclamaciones, demandas, conocimientos, críticas, o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón necesaria para esa hostilidad (Hart H. , 1968, págs. 112-113).

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde un punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista, (Hart H. , 1968, pág. 113).

En una sociedad coexisten quienes ven las reglas desde un punto de vista interno y las aceptan como pautas o criterios de conducta y no meramente como predicciones de lo que los

funcionarios harán si las desobedecen (aceptación voluntaria); y quienes se sitúan en un punto de vista externo que simplemente se limitan a la mera obediencia; y a quienes las pautas jurídicas tienen que ser impuestas por la fuerza (Aleix, 2007, pág. 166)

En el esquema planteado por Hart juega un papel fundamental la noción de aceptación. Aceptar las reglas supone contemplarla desde su punto de vista interno, usándola como pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas y como justificación de las críticas lanzadas contra quienes se apartan de su modelo de identificación normativa, es decir, significa que los jueces y tribunales acepten como vinculantes esos criterios, de forma que las desviaciones respecto de ellos sean apreciadas críticamente, en general, como desviaciones respecto de criterios vigentes y vinculantes (Aleix, 2007, págs. 171-172)

4. Reglas primarias y reglas secundarias

H.L.A. Hart, define el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias.

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario se prescribe, que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas de otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo, establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico,

sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones (Hart H. , 1968, pág. 101)

“Las reglas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de forma incontrovertible” (Hart H. , 1968, pág. 117)

Con el complejo de reglas primarias y reglas secundarias obtenemos, la forma más acabada de entender un sistema jurídico como un conjunto articulado de reglas:

Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política (Hart H. , 1968, pág. 121).

5. Reglas secundarias

Las reglas secundarias son de tres tipos: de reconocimiento, cambio y adjudicación (Hart H. , 1968).

a. Regla de reconocimiento

La regla de reconocimiento establece qué normas pertenecen a un determinado sistema jurídico, es decir, cuáles normas forman parte de un determinado grupo social. Establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico, determina cuáles son en un momento dado las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de la comunidad (Hart H. , 1968, pág. 118)

Dondequiera se acepte tal regla, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así dados pueden, asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria, a las declaraciones generales de personas específicas, o a decisiones judiciales pasadas dictadas en casos particulares, (Hart H. , 1968, págs. 125-126).

Hart define la regla de reconocimiento, como la solución a la falta de certeza de las reglas primarias:

La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llamaremos una "regla de reconocimiento" ("*rule of recognition*"). Ésta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce.

La existencia de una regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas dotado de autoridad (...). Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como *revestida de autoridad*, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

En un sistema jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales (Hart H. , 1968, págs. 117-118).

Dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así dados pueden, como hemos visto, asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; la práctica consuetudinaria; a las declaraciones

generales de personas especificadas: o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares (Hart H. , 1968, págs. 125-126).

En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales (Hart H. , 1968, pág. 126).

La regla de reconocimiento como criterio para identificar las fuentes del derecho, es el punto más importante y debatido de la tesis de Hart. La versión positivista de Austin fundamentaba la autoridad en el soberano. El soberano a su vez, se definía como aquel que puede promulgar reglas. En el mismo círculo vicioso, las reglas son reglas porque las promulga el soberano. Para superar esta debilidad del positivismo, Hart introdujo la regla de reconocimiento. Lo que determina que algo sea derecho es que los funcionarios colectivamente lo acepten y lo obedezcan al cumplir sus deberes oficiales como legisladores, funcionarios administrativos o jueces. Entonces, el criterio de validez está determinado por una convención o, como Hart indica, por una regla social. La regla de reconocimiento es un criterio para que los funcionarios determinen cuáles reglas son parte de los sistemas jurídicos y cuáles no, (Hart H. , 1968).

“La regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho” (Hart H. , 1968, pág. 137).

La regla de reconocimiento está determinada por una convergencia entre comportamiento y actitud: los funcionarios no solo satisfacen los de la regla de reconocimiento, sino que también asumen el punto de vista interno referente a esta regla. Es decir, los funcionarios aceptan que la regla es un estándar que gobierna su comportamiento en el sentido que una desviación de la regla es una razón para censura o crítica, (Hart H. , 1968, pág. 128).

Según la tesis propuesta por Hart, basta la aceptación de la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno, por parte de los jueces y funcionarios como pautas o criterios comunes de conducta oficial, para determinar la validez de un determinado sistema jurídico. Requisito que no es exigible a los particulares, pues basta su obediencia desde el punto de vista externo (Hart H. , 1968, págs. 143-145).

Lo que torna a la palabra “obediencia” equívoca como descripción de lo que hacen los legisladores al ajustarse a las reglas que les confieren sus potestades, y de lo que hacen los tribunales al aplicar una regla de reconocimiento última aceptada, es que obedecer una regla (o una orden) no implica *necesariamente* que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento de una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros del grupo social. No es necesario que conciba a su conducta ajustada a la regla como correcta, apropiada u obligatoria. En otras palabras, no hace falta que su conducta tenga ningún elemento de ese carácter crítico que va implicado dondequiera se aceptan reglas sociales, y se manejan tipos de conducta como pautas o criterios generales de comportamiento. Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes se aplican. En lugar de ello, puede

limitarse a ver en la regla algo que exige *de él* una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así y sin estar dispuesto a la autocrítica o a la crítica de la conducta ajena en caso de desviación.

Pero este interés meramente personal en las reglas, que es todo el interés que el ciudadano ordinario puede tener al obedecerlas, no caracteriza, ni podría hacerlo, la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales. Esto es más patente respecto a la regla de reconocimiento última en términos de la cual se determina la validez de las otras reglas. Para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas reglas, en general tienen que apreciar críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos (Hart H. , 1968, págs. 143-144).

Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno "por su cuenta" y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas. Por supuesto, también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer (Hart H. , 1968, pág. 145)

Es menester señalar que la regla de reconocimiento no es una regla promulgada o hipotética. Solo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los órganos de aplicación en la que se sitúa. Como una cuestión de hecho (Hart H. , 1968, pág. 137).

Una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, “existir” aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho. (Hart H. , 1968, pág. 137).

Su existencia a diferencia de la de una ley, consiste en una práctica efectiva y no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas; en consecuencia, la regla de reconocimiento es última, no tiene sentido, por tanto, calificarla de válida o inválida ni de presuponer su validez, porque ella misma es el criterio de validez, (Hart H. , 1968, pág. 135)

Si se quiere determinar cuál es la regla de reconocimiento de un sistema basta con observar la práctica de los tribunales y demás funcionarios cuando proceden a identificar las normas jurídicas válidas, (Hart H. , 1968).

b. Hart y Kelsen: Regla de reconocimiento y norma básica

El presente acápite tiene como fuente de referencia, el artículo de José Antonio Márquez González, Hart y Kelsen: Regla de Reconocimiento y Norma Básica (González J. A., 2018, págs. 163-186).

La regla de reconocimiento es una norma secundaria que contiene los criterios de identificación de las normas

pertenecientes a un sistema jurídico. En ese sentido, es parte del sistema jurídico toda norma que satisfaga los requisitos contenidos en la regla de reconocimiento. Ella contiene, así, los criterios de validez de las normas de un sistema jurídico. Dichos criterios, como mínimo, deben ser aceptados por los funcionarios del sistema. Es una norma de naturaleza social, pues forma parte de una práctica social convergente, en la que los participantes tienen una actitud crítica hacia ella, al asumir el punto de vista interno. Hart sostiene que el hecho de que los funcionarios acepten la regla de reconocimiento y muestren hacia ella este aspecto interno es condición de existencia de esa regla, aunque esa actitud no es necesaria respecto de los súbditos en general. El derecho, así, es conceptualizado como una práctica social diferenciada.

La norma básica, por su parte, es una norma, no positiva, en la que se funda la validez del sistema jurídico positivo, es hipotética, presupuesta en el pensamiento jurídico de quienes interpretan el sentido subjetivo de los actos de creación de derecho como el sentido objetivo de un acto de creación. Es una norma porque cumple una función que sólo una norma puede cumplir: permite dar al primer acto de creación su sentido objetivo de tal.

La regla de reconocimiento determina los criterios para entender las demás normas del sistema como obligatorias. Pero para comprender a ésta como normativa se debe asumir el punto de

vista interno. Comprender que la regla de reconocimiento es, de hecho, una práctica con normatividad: para participar de la práctica se debe asumirla como normativa. Preguntar de dónde proviene la normatividad de la regla de reconocimiento, no tiene sentido: Quien pretende participar de la práctica jurídica debe asumir su normatividad. Hart explica que el que asume "el aspecto interno" de la práctica social (regla) de reconocimiento, está por eso aceptando que esa práctica es normativa.

La norma fundamental, es la explicación del hecho de que, si los participantes siguen las normas particulares que a ellos se aplican como normas válidas, es porque la validez de esas normas proviene de otra norma (superior). Se llega así a la inevitable pregunta por el fundamento de validez de la primera norma positiva del sistema. La respuesta de Kelsen es que la validez de la (primera) constitución proviene de la Norma fundamental desde un punto de vista hipotético. Se dice, en efecto, que vale. No como norma de derecho positivo, ya que ella lógicamente, no es de ninguna manera producida según el sistema. Vale como condición operativa de análisis, constituye una razón última para la solución del problema de validez de las normas. Sobre ella no puede erigirse ninguna norma superior para explicarla.

Para Hans Kelsen, la norma básica es una condición supuesta e hipotética, de estructura rigurosamente lógica para la procedencia del análisis jurídico, determina la unidad y

sustancialidad de la pluralidad de normas jurídicas haciéndolas derivar de un punto básico y único, que les confiere determinadas características y permite conceptualizarlas como pertenecientes a un sistema de derecho y no a otro. Kelsen arguye que, la razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho (Kelsen, 1995).

De todo lo expuesto se colige, en forma clara, la diferencia de enfoques entre Kelsen y Hart. En el primero se evidencia un análisis conceptual y abstracto, que supone un razonamiento lógico trascendental que deriva de la norma fundamental, mientras que en Hart se observa una interpretación rigurosamente fáctica que se aleja ostensiblemente de explicaciones de carácter conceptual y finca el punto álgido en una mera práctica de *aceptación* continua y constante que ha supuesto un análisis previo de su conformidad con ciertas pautas establecidas con antelación. Hart excluye en forma radical la concepción de una regla última y suprema en un plano exterior y alejado de las vicisitudes del sistema de derecho positivo que sustenta y fundamenta la validez de un ordenamiento jurídico. Por el contrario, incluye la noción de regla de reconocimiento, no como una norma vigente más, sino como una muestra obvia y necesaria de facticidad en todo régimen de derecho. En este punto su presencia es indispensable porque la aceptación por parte de funcionarios y particulares, en el esquema hartiano, es parte vital de la implementación de cualquier régimen normativo

que pretenda alcanzar el rango de legitimidad necesario para erigirse en un sistema de derecho.

Kelsen, a su vez, desplaza y remonta la explicación finalista y suprema de la norma básica a un contexto superior y ajeno, desprovisto de toda facticidad, que no integra el derecho en el sentido que normalmente se le atribuye a una regla vigente y positiva. Sustenta la norma básica, por decirlo así, en una torre de marfil inaccesible a no ser por la transmutación radical y extrema del régimen de derecho. Ella sólo emite dictados y criterios a los que se ajustan las normas de las estructuras inferiores, pero nunca se cuestiona a sí misma salvo por la emergencia abrupta del cambio político o revolucionario.

Hart alimenta su esquema jurídico con aportes sociológicos que Kelsen desdeña en aras de la científicidad y pureza del método empleado. Este aspecto jurídico sociológico es el que confiere un atractivo tan especial a su esquema, basado justamente en un sistema de normas originalmente de características puramente sociológicas que trascienden y derivan a un contexto jurídico bajo el sustento de una aceptación fáctica y empírica.

c. Las reglas de cambio

Las reglas de cambio son las que facultan a determinados órganos para crear nuevas normas primarias, así como para modificar y derogar las anteriores. Determinan el procedimiento y el órgano competente para derogar normas ya existentes y crear otras nuevas. Son necesarias para evitar el carácter

estático de las normas, para que se puedan adaptar deliberadamente a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas e introduciendo otras nuevas. Se incluyen en esta categoría las normas que confieren potestades privadas: celebrar contratos, otorgar testamento y muchas otras estructuras de derechos y deberes, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho (Hart H. , 1968, págs. 119-120).

Mientras la regla de reconocimiento es siempre una regla secundaria referida a alguna autoridad pública, las reglas de cambio confieren poderes o potestades tanto de carácter público (legislar; derogar reglas anteriores; etc.) como de carácter privado (potestades legislativas limitadas) (Hart H. , 1968, pág. 119).

d. Las reglas de adjudicación

Son las que facultan a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida. Normalmente, establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas. En las reglas de adjudicación se definen un grupo importante de conceptos jurídicos: “el concepto de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia” (Hart H. , 1968, pág. 120).

Al igual que las otras reglas secundarias, están en un nivel diferente respecto de las reglas primarias: aunque puedan ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes, sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a la transgresión de obligaciones. Estas reglas,

como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia (Hart H. , 1968, pág. 120)

6. La inevitable discrecionalidad judicial debido a la textura abierta del derecho

De acuerdo con Hart, las reglas, entendidas como pautas generales de conducta tienen como finalidad exigir cierto comportamiento de multitud de individuos, sin necesidad de nuevas instrucciones, de lo que se infiere que el derecho constituye un medio de control social. Sin embargo, en el proceso de comunicación de estas pautas generales, y concretamente de su aplicación mediante la subsunción pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas (Hart H. , 1968).

Es por ello, que Hart plantea la diferencia entre dos tipos de casos: Los casos fáciles o claros, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y casos de penumbra o difíciles, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta, (Hart H. , 1968). En palabras de Hart:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto

imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta” (Hart H. , 1968, págs. 152-153).

Respecto de los casos fáciles o claros, Hart precisó, que se trata de aquellos casos familiares respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos contenidos en la regla en que se subsumen:

En los casos claros, los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios” (Hart H. , 1968, pág. 158).

Respecto de estos casos claros no se plantea, obviamente, el problema de la discrecionalidad judicial. Es en relación con los casos de penumbra o difíciles, que Hart plantea la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual, el juez puede elegir la solución del caso entre alternativas abiertas. En estos casos, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto (Hart H. , 2000, págs. 154-156).

“La reaparición de cuestiones de penumbra nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles” (Hart H. , 1962, pág. 55).

Así, cuando un juez se encuentra ante un caso difícil o de penumbra; “el ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser

arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección” (Hart H. , 1968, pág. 159). Pero, para realizar esta elección, el juez cuenta con mucho material jurídico relevante al que acudir:

El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos en virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico (Hart H. , 1968, pág. 159).

En su obra “Post scriptum al concepto de derecho”, Hart argumentó:

En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación judicial (Hart H. , 2000, pág. 54)

Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consiente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores. Pero si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir

estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares (Hart H. , 2000, pág. 56).

En su obra “Post scríptum al concepto de derecho”, Hart habla abiertamente de la presencia en el ordenamiento jurídico de principios, pautas morales y objetivos políticos, que se derivan del manejo de las reglas que componen el sistema, y que pueden ser utilizados por el juez en la resolución de los casos difíciles como buenas razones a favor de una determinada decisión, (Hart H. , 2000, pág. 22).

La teoría de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, asume el presupuesto de la textura abierta del lenguaje jurídico. Ello supone la existencia de expresiones en los textos normativos que no se pueden interpretar con certeza pues en ellas se pueden identificar zonas de penumbra o que sencillamente no han sido reguladas. “El lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla solo puede guiar de una manera incierta” (Hart H. , 1968, pág. 158). Y “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho” (Hart H. , 1968, pág. 159). “El ámbito discrecional que el lenguaje deja al juez puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección” (Hart H. , 1968, pág. 159) .Pero, además, tal falta de certeza se debe no solo al lenguaje empleado sino también a

los hechos mismos que pretenden ser regulados. “Ante la pretensión de certeza se presentan dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos” (Hart H. , 1968, pág. 159). Dado que los seres humanos que legislan no son dioses ni ángeles, no podrían prever todos los escenarios posibles, aunque quisieran. Ante ello, sólo cabe la elección discrecional del juez (Hart H. , 1968, pág. 160).

La textura abierta del derecho implica que hay áreas de conducta donde debe dejarse un amplio espacio que será desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procurarán hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso (Hart H. , 1968, pág. 168).

La decisión elegida por el juez en los casos difíciles no es concebida por Hart como una subsunción para el caso concreto de acuerdo con el postulado de la “doctrina tradicional” de raigambre ilustrada y de antecedentes históricos en el código de napoleón, que además se sitúa en la línea del formalismo Kelseniano que el mismo Hart critica. Tampoco se trata de una interpretación correcta de la situación en litigio. Es una decisión definitiva basada en una interpretación razonable que permite la resolución de los casos difíciles y, con ello, que el sistema siga operando. Hart, sugiere que el carácter definitivo e indiscutible de las decisiones es lo que se sigue del hecho de que ante tales eventos el juez tenga el papel de creador del derecho y decisor de última instancia (Hart H. , 2000, págs. 58-59).

Hart parecía ser consciente de las objeciones a sus planteamientos y de la carga que imponía sobre los hombros de los jueces en su descripción del sistema jurídico. Por ello señala que el hecho de que el juez sea el creador del derecho no implica necesariamente que el sistema se convierta en lo que el juez quiere que sea. Es decir, discrecionalidad no significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas. Más aún, Hart resalta el carácter falible de los seres humanos y destaca que los riesgos inherentes a la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo se pueden materializar en cualquier esfera, no solo en la jurídica. En suma, las decisiones del juez no son infalibles (Hart H. , 1968, págs. 177-179)

Su salvaguarda principal ante la posible acusación de un juez arbitrario es el señalamiento de que la discrecionalidad judicial no es absoluta, dado que los jueces deben atenerse a la regla de reconocimiento. Su actividad está circunscrita por esta regla que señala un núcleo de significado establecido del que no es lícito que se aparten, (Hart H. , 2000, pág. 56). Las decisiones del juez deben ser razonables y argumentables.

Es verdad que cuando las leyes o precedentes particulares se muestran indeterminados o cuando el derecho explícito calla, los jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida, como ejemplificando o enunciando una solución determinada, y en qué cuestiones, para el caso difícil que surge. Esto constituye el verdadero núcleo de una “interpretación

constructiva”, la cual es un rasgo característico de la teoría de la judicación de Dworkin. Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no lo elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y juez frecuentemente tendrá escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consiente en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho (Hart H. , 2000, págs. 58-59).

7. La irremediable vaguedad del derecho a causa de su textura abierta, respuesta de H.L.A. Hart a la crítica de Ronald Dworkin

Uno de los conflictos más tajante entre la teoría jurídica Herbert Hart y la teoría de Ronald Dworkin, parte de la afirmación de Hart de la existencia de casos difíciles o de penumbra, en los cuales, al no existir una norma exactamente aplicable, el juez debe decidir discrecionalmente creando el derecho para el caso. El derecho por ser parcialmente indeterminado o incompleto, no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean, dejando un margen de textura abierta para la creación judicial del derecho, (Hart H. , 2000, pág. 54).

Esta visión del derecho, en parte indeterminado o incompleto, con jueces llenando lagunas mediante el ejercicio de una limitada discreción judicial jurídico creadora, es rechazada por Ronald Dworkin como explicación errónea, tanto del derecho como del razonamiento judicial, enunciando la tesis de la respuesta correcta.

En efecto Dworkin sostiene que lo incompleto no es el derecho, sino la visión positivista el mismo, y de que esto es así emerge de su propia explicación “interpretativa” del derecho que incluye, además del derecho *explícito* establecido, identificado por referencia a sus fuentes sociales principios jurídicos implícitos que son los principios que se adaptan o acomodan mejor al derecho explícito y proporcionan, también, la mejor justificación moral para tal derecho. En esta visión interpretativa el derecho nunca es

incompleto o indeterminado, de modo que el juez nunca tiene ocasión de salirse del derecho y ejercitar un poder jurídico creador para pronunciar una resolución. Por tanto, es a estos principios implícitos, con sus dimensiones morales, a los que los tribunales deben recurrir en los casos difíciles, cuando las fuentes sociales del derecho no logran proporcionar una solución en alguna cuestión del derecho (Hart H. , 2000, págs. 55-56).

Dworkin rechaza la idea de que el derecho pueda ser incompleto y que deje lagunas que tengan que ser llenadas mediante el ejercicio de la discreción judicial, plantea como solución la justificación moral del derecho por medio de principios subyacentes a las reglas como guía para encontrar la respuesta correcta en las cuestiones de incertidumbre; para Dworkin la identificación del derecho implica siempre un juicio moral sobre el que se justifica mejor el derecho establecido (Hart H. , 2000). Dworkin sostiene que lo incompleto no es el derecho, sino la visión positiva del mismo, en tal sentido, introduce su propia explicación interpretativa del derecho que incluye además del derecho explícito identificado por referencia a sus fuentes sociales. Principios que se adaptan mejor al derecho explícito y proporcionan la mejor justificación moral para tal derecho. En la visión interpretativa de Dworkin, el derecho nunca es incompleto o indeterminado, de modo que el juez nunca tiene ocasión de salirse del derecho y ejercitar un poder creador para pronunciar una resolución. Cuando las fuentes normativas del derecho no logran proporcionar una solución en alguna cuestión de derecho, los jueces deben recurrir a los principios implícitos con

dimensiones morales para solucionar el caso (Hart H. , 2000, págs. 55-56).

Por su parte Hart, en su obra “Post scriptum al concepto de derecho”, sostiene que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral. La moral se vincula con el derecho únicamente al momento de resolver casos difíciles o de penumbra. Siempre que el derecho requiera de los tribunales aplicar estándares morales para determinar el derecho, otorga a los jueces discreción judicial y los guía para usarla de conformidad con su mejor juicio moral al crear lo que es derecho nuevo; con ello no se convierte a la moralidad en derecho preexistente. En otras palabras, cuando un juez, a quien se le exige aplicar una prueba moral, únicamente puede tratar esto como un llamado para que ejerza la discreción judicial jurídico creadora, de conformidad con su mejor entendimiento de la moralidad y sus requerimientos y sujeto a cualquier límite que le sea impuesto por el orden jurídico. La teoría jurídica debe evitar compromisos con teorías filosóficas controvertibles sobre el status general de los juicios morales, no existe un derecho moral preexiste al derecho (Hart H. , 2000).

Por su parte, Dworkin considera la idea de que los derechos tienen que ser entendidos como especies de derechos morales, tiene que haber, al menos, fundamentos morales *prima facie* para afirmar la existencia de derechos y obligaciones jurídicas. Según la tesis de Ronald Dworkin, cada proposición de derecho

que establece lo que es el derecho, necesariamente implica un juicio moral preexistente, las proposiciones del derecho son verdaderas únicamente si proveen su mejor justificación moral, (Hart H. , 2000).

Desde la perspectiva de Ronald Dworkin la forma de evitar la discrecionalidad judicial y la creación retroactiva del derecho en los casos difíciles, es aceptando que la moral al igual que las reglas y los principios forman parte del derecho, *prima facie*. H.L.A. Hart, por el contrario, sostiene que, aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; y, por tanto, puede haber derecho y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto. La existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (regla de reconocimiento) sin recurrir a la moral, excepto en los casos difíciles o de textura abierta, donde el derecho así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho, (Hart H. , 2000).

Cualquiera que pueda ser el estatus de los juicios morales, siempre que el derecho requiera de los tribunales aplicar estándares morales para determinar el derecho, otorga con ello a los tribunales discreción judicial y los guía para usarla de conformidad con su mejor juicio moral al crear lo que es derecho nuevo; con ello no se convierte a la moral en derecho preexistente (Hart H. , 2000, pág. 31)

Otra crítica de Dworkin a la tesis de la discreción judicial, es la objeción democrática respecto a la legitimidad de los jueces para

crear derecho en los casos difíciles. En efecto Dworkin niega el hecho que los jueces tengan facultades para crear derecho *ex novo* en los casos difíciles y aplicarlo en forma retroactiva. Plantea como solución la búsqueda de principios y/o valores morales como la única respuesta posible o adecuada para solucionar los casos difíciles (Hart H. , 2000, págs. 59-60).

Según la tesis de Dworkin la identificación del derecho implica siempre un juicio moral que justifica mejor el derecho establecido. Cada proposición de derecho que establece lo que es el derecho en alguna cuestión, necesariamente implica un juicio moral, puesto que, de acuerdo con su teoría interpretativa totalizadora, las proposiciones de derecho son verdaderas únicamente si conjuntamente con otras premisas provee su mejor justificación moral (Hart H. , 2000, pág. 51 y 53).

Como respuesta a la crítica de la falta de legitimidad democrática del juez para crear derecho en los casos difíciles, Hart, precisa que aun utilizando argumentos morales y/o de principio para resolver los casos difíciles, es imposible evitar resultados contrarios. Como producto de la contradicción localizada en la base ideológica del ordenamiento jurídico, resulta imposible afirmar la existencia de una única respuesta correcta; pero es posible conseguir una respuesta como el producto razonado de una elección imparcial bien informada en términos racionales y comunicables, máxime si la regla de reconocimiento permite

incluir principios y valores sustantivos en la solución de los casos difíciles de forma discrecional (Hart H. , 2000).

Según Hart la fuente de legitimidad de las decisiones judiciales en los casos difíciles no está determinada por su origen democrático, elección popular de los jueces, sino en la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos razonables de un ejercicio de razón práctica con efectos vinculantes (Hart H. , 2000).

Siguiendo la línea argumentativa de Hart, Susana González Hernández precisa:

Lo “*racional*” y lo “razonable” de las sentencias judiciales son notas con las que se cubre la cuota democrática, a través de la verificación de las premisas que las sustentan, en tanto permiten constatar la corrección de la argumentación, a la vez las vuelven inteligibles para cualquiera, principalmente para las partes, que son los directamente vinculados, a más de que esas acepciones dan forma y auxilian a la existencia de la “*Teoría de la Argumentación Jurídica*”, pues sólo siendo las sentencias racionales y razonables adquieren sentido y pueden analizarse científicamente, y sólo así es factible estructurar una teoría del discurso legal, pudiendo arribarse a conclusiones coherentes, con cierta perdurabilidad; y ello es así, porque cuando se predica la racionalidad del Derecho, se concibe al sistema jurídico fundamentalmente como una expresión de razón en sentido fuerte, no sustentada en el simple voluntarismo, ya que éste tiene como consecuencia la plena arbitrariedad, (Hernández, 2019, pág. 3)

De igual forma Luis Prieto Sanchís señala:

El Parlamento se legitima más por su origen que por su comportamiento, mientras que, a la inversa, el tribunal se justifica preferentemente por el modo de ejercer su función; al primero se le controla a través de su elección y al segundo mediante la crítica de su comportamiento, y para que esa crítica pueda verificarse es necesario que sus decisiones aparezcan en términos racionales y comunicables. De ahí la importancia de la justificación de las decisiones, que

constituye, por cierto, una obligación constitucional, (Sanchís, 1991, pág. 186).

En resumen, según Hart cuando el juez se encuentra ante un caso difícil, en el que el derecho es indeterminado, dado que no hay fuentes jurídicas para resolver el caso. El juez no tiene otra alternativa que ejercer su poder jurídico creador (discrecionalidad judicial) para buscar la solución del caso, incluso utilizando principios y valores morales para justificar su decisión en términos racionales, pues la regla de reconocimiento permite identificar principios con dimensiones morales. No obstante, cualquiera que pudiera ser el argumento moral utilizado en las decisiones judiciales para determinar el derecho, con ello no se convierte a la moralidad en derecho preexistente (Hart H. , 2000, pág. 31 y 56)

2.7.7. En qué sentido la tesis de Herbert Hart justifica la creación judicial del derecho a través de precedentes vinculantes

La tesis de la identificación de las fuentes del derecho por intermedio de la regla de reconocimiento, y la tesis de la discrecionalidad judicial, propuestas por H.A.L. Hart en sus obras: “El concepto de derecho” y “Post scriptum al concepto de derecho”, constituyen el principal fundamento teórico para justificar la creación judicial del derecho a través de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional peruano.

Ello es así, toda vez que, el enfoque positivista de las fuentes del derecho de Hans Kelsen, resulta insuficiente para justificar la creación del derecho a través de precedentes constitucionales. Según dicha teoría todas las fuentes del derecho sin excepción,

deben sustentar su validez en una norma jurídica positiva superior (Constitución), que constituye después de la norma fundamental que es hipotética, la máxima norma de un sistema jurídico (Kelsen, 2003).

En ese sentido, si desde la perspectiva de la teoría positivista de Hans Kelsen se afirmase que la norma (x): el Tribunal Constitucional peruano carece de fuente validez constitucional para crear normas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento. Entonces la conclusión sería: (x) no constituye una fuente normativa del sistema jurídico. Por lo tanto, (x) no forma parte del sistema. Según la tesis de Kelsen, toda fuente normativa para ser válida requiere en último grado de una fuente constitucional. Por lo que, la norma (x) no constituiría una fuente de derecho válida. Lo cual se concatena con lo prescrito en el artículo 200º inciso 4 de la Constitución Política, ya que la Constitución únicamente confiere rango de ley a: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Los precedentes constitucionales no son incluidos en dicha categoría, además ningún acápite de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades normativas para crear normas en el mismo sentido que el Parlamento; facultad que solo podría ser atribuida por intermedio de una reforma constitucional según el artículo 206⁰³³ de la Constitución Política de 1993.

³³ Artículo 206º de la Constitución. Reforma Constitucional.

Para superar esta debilidad del positivismo kelseniano, H.A.L. Hart desarrolló el concepto de regla de reconocimiento como un mejor criterio para identificar las fuentes del derecho. Según esta regla, lo que determina que algo sea derecho es su aceptación, en primer lugar, por los tribunales y funcionarios, en segundo lugar, por los particulares. Esta regla, solo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los tribunales, funcionarios y particulares. La regla de reconocimiento, constituye una cuestión de hecho, no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, basta su aceptación fáctica y empírica para su existencia (Hart H. , 1968).

Para Hart la existencia del derecho como el último criterio de validez jurídica deriva de la práctica de los jueces y tribunales consistente en aceptar una regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento constituirá a juicio de Hart, la práctica social más plausible para determinar las fuentes del derecho. Dicha regla se configura como la práctica social concordante de quienes identifican el derecho con referencia a unos criterios determinados por prácticas judiciales específicas (Hart H. , 2000).

Asimismo, la regla de reconocimiento a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, constituye un instrumento apto para identificar principios y criterios morales al momento de resolver un

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (...).

caso concreto (caso difícil). Tal incorporación puede ser realizada por ley o por un documento o enmienda constitucional. También puede ser realizada a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como una prueba de validez jurídica (Hart H. , 2000, págs. 36-37).

La conclusión es, entonces, que no hay razón alguna por la que la regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos criterios para determinar la creación judicial del derecho con carácter *erga omnes* a través de precedentes constitucionales.

Consecuentemente, la regla de reconocimiento constituye la mejor opción para justificar el carácter *erga omnes* de los precedentes constitucionales, para lo cual basta verificar si en la práctica jurídica de tribunales y funcionarios existe una aceptación fáctica social generalizada de su valor vinculante (punto de vista interno, según la tesis de Hart). Concluyendo, que en efecto ello es así. Los precedentes constitucionales en el sistema jurídico peruano, son utilizados por jueces, funcionarios públicos, abogados y particulares, como criterios para resolver los diferentes conflictos de interés e incertidumbres jurídicas con carácter obligatorio, en el mismo sentido que la ley creada por el legislador.

Por su parte la tesis de la discrecionalidad judicial, definida como la potestad que tiene el juez para decidir entre varias alternativas al momento de resolver casos difíciles, creando el derecho aplicable al caso. Nos permite limitar la creación de precedentes vinculantes por

parte del Tribunal Constitucional solamente en el contexto de los casos difíciles, identificables a partir de los criterios establecidos en la STC N° 0024-2003-AI/TC:

- 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, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

Debe de quedar claro, que la discrecionalidad judicial no implica que el juez puede crear derecho en forma arbitraria, siempre debe de tener alguna razón general que justifique su decisión en términos razonables y flexibles, sin dejar de lado la relación entre el caso específico y el precedente creado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

De acuerdo a la tesis de la textura abierta del derecho, propuesta por Hart, podemos concluir que el Tribunal Constitucional cuenta con discrecionalidad para resolver los casos difíciles o de penumbra,

incluso invocando principios con dimensiones morales creando la regla aplicable al caso, sin que ello implique necesariamente que el sistema jurídico peruano se convierta en lo que el Tribunal quiere que sea, o que la moral sea preexistente al derecho. Debe que claro, que discrecionalidad no significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas. Se requiere una argumentación racional, objetiva y flexible por parte del Tribunal Constitucional, sin dejar lado la relación entre el caso específico y el precedente creado

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el presente capítulo se desarrolla la contrastación de hipótesis. Precisando para ello, que la pregunta de investigación que se formuló fue: ¿cómo debe ser la definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú?, siendo la hipótesis propuesta: la definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, debe ser excluyente de criterios de validez formal para su identificación, con la capacidad de explicar el origen social de las fuentes del derecho sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

Para demostrar la hipótesis planteada, se desarrollaron conceptos claves como: precedente vinculante, teoría clásica de las fuentes de derecho, el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, regla de reconocimiento, indeterminación y textura abierta del derecho.

3.1. DISCUSIÓN CRÍTICA DEL CONCEPTO PRECEDENTE VINCULANTE

La definición de precedente vinculante estipulada en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional³⁴, ha generado problemas respecto a su comprensión y aplicación; los mismos que se resumen en dos aspectos fundamentales.

³⁴ Artículo VII del Código Procesal Constitucional. Precedente

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

Primero en la escasa elaboración teórica por parte del legislador. Es fundamental conocer cómo funcionan determinadas instituciones jurídicas en sus países de origen antes de tratar de implementarlas en cualquier sistema constitucional. En los países anglosajones, Estados Unidos de América, específicamente, fue la práctica judicial lo que determinó la creación del precedente vinculante; y, no el legislador o el poder constituyente. El precedente vinculante anglosajón, no constituye una obligación derivada de norma escrita, se caracteriza por su flexibilidad y la creación conjunta tanto del tribunal que lo establece y el juez que lo aplica a un caso particular. Esta forma de crear precedentes, dista mucho del modelo jurídico peruano, en el que los precedentes constituyen reglas silogísticas que los futuros jueces están obligados a seguir, creando así el TC un modelo taxativo o canónico de precedente, carente de relación entre los hechos y regla vinculante. Por ejemplo, en la STC N° 3771-2004-HC/TC, caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, lo que en verdad se pretendía con la demanda era un pronunciamiento respecto a los 111 meses de prisión que el demandante afrontó, sin embargo, el TC no emitió pronunciamiento al respecto, construyendo reglas que configuran meros criterios interpretativos de la ley, que no guardan una conexión estricta con la pretensión del demandante. De igual forma, en la STC N° 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde, el demandante a través de una acción de cumplimiento, solicitó el pago de su pensión en base una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales. El TC en base a una mera interpretación literal de la ley, determinó que al demandante no le correspondía el derecho de nivelación por haber ocurrido

su jubilación antes de la vigencia de la ley. Así, la controversia fue reducida a determinar la fecha en que ocurrió la jubilación. Creando, vía interpretación nuevas reglas aplicables al proceso de cumplimiento, además de las ya establecidas en la Constitución y el Código Procesal Constitucional. Esta misma forma de actuar se repitió en las sentencias: caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque, STC N° 3741-2004-AA/TC y caso consorcio Requema, STC N° 4263-2012-PA/TC.

Segundo, en la interpretación forzada del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Al no existir una definición clara de dicha figura, el Tribunal Constitucional en las sentencias: STC N° 0024-2003-AI/TC (caso Municipalidad Distrital de Lurín), y STC N° 3741-2004-AA/TC (caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque), argumentó que donde el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dice “precisando el extremo de su efecto normativo”, debe entenderse como; “el precedente vinculante expone el poder normativo del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general, con efectos de ley, vinculante frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares”. Estableciendo, vía interpretación una nueva fuente del derecho con las mismas características que la ley establecida por el Parlamento. Dejando tras sí, una serie de interrogantes: ¿cuál es la verdadera naturaleza del precedente vinculante?, ¿el concepto de precedente vinculante está influenciado por la familia jurídica al que se adscribe un determinado ordenamiento jurídico, a saber: common law o civil law?, ¿el Tribunal Constitucional peruano tiene facultades para crear

normas de carácter general a través de sus precedentes vinculantes, existe alguna norma constitucional que lo justifique?

Con el propósito de contestar algunas de estas interrogantes, se desarrolló el concepto de precedente vinculante en el sistema jurídico de common law (EE. UU), subrayando que el principio stare decisis es el que dota de dinamismo y define el concepto de precedente americano. Este principio actúa de tal manera que los jueces deben resolver los casos que se encuentran pendientes, atendiendo a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción, de igual o superior jerarquía. La idea general que subyace respecto a esta doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes o, simplemente, los precedentes, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Bajo esta configuración, el sistema jurídico anglosajón se define como un sistema de base judicial, en el que las normas surgen de las sentencias de los jueces, transformando al precedente en fuente principal del derecho.

Un hecho importante a destacar respecto a la creación de precedentes vinculantes en el sistema jurídico de common law, es la participación de los jueces posteriores en la configuración de la fuerza normativa del precedente y su aplicación a futuros casos. El tribunal que sienta el precedente, únicamente establece el marco de posibilidades dentro del cual podrán moverse los jueces vinculados por su decisión; siendo innecesario, por lo tanto, crear precedentes en forma de reglas parametradas. Para el common law, el derecho no es algo previamente dado en normas inequívocas, algo para ser descubierto, sino una práctica constructiva e

interpretativa de formación de significados por medio de la argumentación. Se caracteriza por la relación estricta entre los hechos y el precedente creado, así como, por la flexibilidad de su interpretación.

Definitivamente, no todo lo que resuelve un tribunal es considerado como obligatorio. Únicamente aquellas partes de una opinión de la Corte que constituyen declaraciones de derecho que sean esenciales para resolver un caso, poseen el valor de precedente. Estas afirmaciones esenciales se conocen como holdings. Las declaraciones no incluidas en lo que se considera esencial para el fallo de un caso, son denominadas obiter dicta (dichos de paso o marginales) o simplemente dicta y no dan lugar a reglas de precedente.

Lo resaltante de la diferencia entre holding y dicta en el sistema de common law, es que dicha diferencia no es enunciada en forma estricta por el tribunal en forma de reglas silogísticas de todo o nada. Es el juez posterior, quien al momento de solucionar una litis, analiza y estudia casos concretos en la búsqueda de planteamientos judiciales anteriores, en particular precedentes (holding), que le permitan resolver de la mejor manera la incertidumbre jurídica. Verbigracia, en el caso Macpherson vs. buick motor resuelto por la Corte Suprema, el Juez a través del análisis de casos anteriores creó un nuevo criterio para determinar la responsabilidad extracontractual frente a terceros.

Con frecuencia, en el common law la diferencia entre un holding que posea la fuerza de precedente, y un dictum que no lo tiene, es a menudo difícil de discernir. Por esta razón, en cualquier caso, es el juez posterior al momento de resolver un caso concreto es quien determina el holding y el dictum de

una sentencia. Escenario que definitivamente no forma parte de nuestra tradición jurídica. En nuestro país, el Tribunal Constitucional individualiza en forma de reglas silogísticas sus precedentes vinculantes, sin dejar margen de decisión al juez de una causa futura. Restringe la actuación del juez posterior únicamente a comprobar si los supuestos de hecho del caso, se subsumen en las consecuencias jurídicas de la regla vinculante creada. En pocas palabras, el objeto del precedente vinculante es servir de guía en la solución de casos futuros, otorgando al juez posterior un alto margen de flexibilidad para determinar el valor vinculante de las sentencias emitidas por tribunales superiores, exigiendo para ello, un elevado nivel de argumentación. La característica básica - intervención del segundo juez - propiedad del precedente en el sistema anglosajón, es radicalmente diferente al modelo de precedente constitucional peruano. En el Perú, es el propio Tribunal Constitucional, quien establece el significado de sus precedentes, exigiendo que los jueces inferiores lo sigan como si se tratase de una norma legal que se debe cumplir obligatoriamente. Dicha rigidez impide que se desarrolle una verdadera tradición del precedente, caracterizada por su flexibilidad como en los EE.UU. En definitiva, el TC desnaturalizó la función del precedente vinculante en el sistema jurídico peruano.

3.2. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

Con la finalidad de establecer, si la familia jurídica a la que se adscribe un determinado ordenamiento jurídico, a saber: common law o civil law, influye

en el concepto de precedente vinculante, se desarrolló un análisis comparativo de casos concretos resueltos por la Corte Suprema de EE.UU y el Tribunal Constitucional Peruano.

En los casos *Macpherson vs. Buick Motor* y *Riggs vs Palmer*, resueltos por la Corte Suprema de EE.UU, se enfatizó el alto grado de relación entre los hechos y la resolución final emitida, de igual modo se destacó la discrecionalidad del juez para buscar y adecuar principios y construir el derecho apropiado para resolver el caso. Evidenciando que en el derecho anglosajón, el juez puede resolver un caso, incluso contra el tenor literal de la ley, aplicando principios con dimensiones morales (*Riggs vs Palmer*).

En el caso *Macpherson vs. Buick Motor*, el juez en base al análisis histórico de casos similares, amplió la interpretación restringida de la responsabilidad por daños resarcibles frente a terceros, creando una nueva regla de responsabilidad extracontractual para resolver la litis. De esta manera el juez estableció que existe responsabilidad extracontractual, no solamente cuando los objetos sean inherentemente peligrosos, sino también, cuando los objetos sean fabricados con negligencia. El juez, trasladó el punto de atención del objeto a la obligación de fabricar los productos con diligencia, con lo cual la responsabilidad alcanza a los casos en que el producto haya sido adquirido a un revendedor, en cuya situación no hay relación contractual entre el fabricante y la víctima del daño

En el caso *Riggs vs Palmer*, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, siguiendo la línea de razonamiento del juez Earl, resolvió el caso del nieto que mató a su abuelo para quedarse con la herencia, aplicando el principio general del common law (a nadie se le debe permitir beneficiarse se los

hechos de su propia injusticia). Esto en contra del sentido literal de la ley de sucesiones. Para ello el juez utilizó el siguiente razonamiento:

Si tomamos en cuenta que el sentido de la ley está ligada a la intención del legislador, que es considerada como si fuera la propia letra de la ley, y que, los redactores de las leyes no siempre expresan su intención perfectamente, sino que o se exceden o se quedan cortos. Entonces los jueces, haciendo uso de la interpretación racional (conjeturas racionales o probables), están llamados, algunas veces, a restringir el significado de la ley, para tomar menos, y otras a extender o ampliar su significado para tomar más de lo que sus palabras expresan. Asumiendo, de esta manera, una nueva interpretación de la ley, que debe ser considerada como la mejor respuesta de la intención que los legisladores tuvieron en mente, (...).

Consecuentemente, cuando algunas cuestiones colaterales surgen de las palabras generales y devienen en irrazonables, entonces los jueces deben tener la decencia de concluir que la consecuencia no fue prevista por el Parlamento, y, por tanto, ellos están en libertad de exponer la ley por equidad (la equidad consiste en suplir las deficiencias del derecho) y no solamente a considerarla de forma literal, (Roberto M. Jiménez Cano, Jorge Luis Fabra Zamora y Carolina Esther Guzmán Buelvas, 2007, págs. 365-366).

En suma, antes que un cuerpo de reglas definidas más o menos fijas; el common law, es un método capaz de modelar normas, cualquiera que sea su origen para adecuarlas a sus principios, creando de esta forma el derecho aplicable para resolver un caso concreto. Bajo esta configuración, el sistema jurídico anglosajón se define como un sistema de base judicial, en el que las normas surgen de las sentencias de los jueces, transformando al precedente vinculante en fuente principal del derecho.

Por su parte el Tribunal Constitucional en las sentencias: 3771-2004-HC/TC 0168-2005-PC/TC, 3741-2004-AA/TC y 4263-2012-PA/TC, centró su análisis en aspectos formales de la ley y la Constitución, restringiendo su actividad interpretativa a la subsunción de hechos en normas previamente establecidas, creando reglas vinculantes que no reflejan un nexo estricto

de causalidad entre el hecho y la decisión adoptada. Las reglas formuladas no destacan por la calidad de sus argumentos, sino por la apelación a la propia autoridad del tribunal que los creó. Olvidando que la fuerza del precedente judicial depende en gran escala de la argumentación desarrollada por el juez en la justificación de su decisión. El precedente no solo debe ser observado en función a la autoridad del tribunal que lo estableció, sino también en base a los criterios adoptados por el propio tribunal en la resolución de casos anteriores como una exigencia de la propia idea de racionalidad y coherencia del derecho. El respeto al precedente supone una exigencia de auto congruencia; es en las razones que los jueces dan para justificar sus decisiones en que deben ser buscados los precedentes. La ausencia de esas razones afecta la aplicación y en casos más graves, la propia validez de la norma creada por la judicatura; es en la motivación o fundamentación de las sentencias judiciales que las reglas vinculantes deben ser encontradas

El Tribunal Constitucional a diferencia de la Corte Suprema, no prioriza el análisis objetivo de su propia jurisprudencia al momento de resolver un caso. Según las cánones del common law, el derecho a de ser buscado, *prima facie*, en la solución de casos semejantes, el juez infiere las reglas aplicables al caso del análisis de otros casos anteriores, para ello el juez observa como esas reglas fueron históricamente limitadas, extendidas y refinadas por otros precedentes y entonces, manteniendo constantemente esos problemas prácticos en mente, de modo gradual extrae de ellos los principios y estándares de nivel superior que él usa para construir y probar hipótesis de resolución de los casos con los que se encuentra, únicamente

cuando no hubiese un caso idéntico al caso particular que pueda ser rigurosamente reproducido por el Juez, se abren las puertas para la creación judicial del derecho. Lo que parece no ser comprendido a plenitud por el Tribunal Constitucional que crea precedentes de forma arbitraria. Sin que el caso necesariamente constituya un caso difícil.

En definitiva, el Tribunal Constitucional, bajo la influencia de su herencia positivista romano germánica, creó un modelo canónico de precedente, de estructura simple (supuesto de hecho y consecuencia jurídica), que obliga al tribunal a individualizar los fundamentos que él cree que son los fundamentos vinculantes de sus decisiones, sin dejar margen de decisión al juez de una causa futura. Los precedentes constitucionales no constituyen un reflejo de la jurisprudencia pre establecida por el propio tribunal respecto al análisis de casos similares, al contrario, son un mero reflejo de la interpretación autoritaria de la Constitución y de la ley. Es en las razones que los jueces dan para justificar sus decisiones, en que deben ser buscados los precedentes. La ausencia de esas razones afecta la aplicación y la propia validez de los precedentes establecidos como obligatorios. Esta rigidez impide que en el Perú se desarrolle una verdadera tradición del precedente vinculante. Hecho totalmente alejado del modelo anglosajón, que se caracteriza por su flexibilidad, y el protagonismo del segundo juez, como el encargado de dotar de significado al precedente creado.

3.3.DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DE DERECHO

En el presente trabajo de investigación se asume la premisa, de que la teoría clásica de las fuentes del derecho, se adscribe a la tesis de las fuentes del derecho desarrollada por Hans Kelsen en el marco de la teoría pura del derecho, cuya característica principal es la jerarquización de las fuentes del derecho en base a un sistema estructurado de normas, cuya validez en último grado se encuentra en una norma jurídica superior (Constitución). Lo cual se colige con lo establecido en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, en el sentido que la Constitución prevalece sobre toda norma del sistema.

Acorde con la tesis de Hans Kelsen, el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC, definió las fuentes del derecho como una estructura normativa jerarquizada, cuya validez en último grado depende de la Constitución. Destacó el valor jurídico del precedente vinculante como fuente de segundo grado (jurisprudencia), situándolo después de la ley.

De acuerdo con la teoría kelseniana, los jueces deben limitar sus facultades a la aplicación de las normas previamente establecidas, sin modificarlas; lo que implica, la incompetencia de los órganos jurisdiccionales para introducir vía interpretación normas de carácter general *ex novo*. Es decir, la fuerza jurídica de la sentencia, no puede ir más allá del caso concreto planteado y ha de afectar únicamente a las partes procesales, (Kelsen, 1995).

Ahora bien, si en base a la tesis de Hans Kelsen pretendiésemos justificar las facultades normativas del Tribunal Constitucional para crear precedentes vinculantes, simplemente argumentaríamos que el Tribunal

Constitucional carece de facultades constitucionales para crear normas de carácter general *ex novo*, vía interpretación. Pues, dicha potestad no encuentra una fuente de validez en una norma superior (Constitución). La norma fundamental, no reconoce valor vinculante de carácter *erga omnes* a la jurisprudencia, tampoco establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades normativas para crear normas con jerarquía legal a través de sus precedentes. La Constitución Política de 1993, en el artículo 200° inciso 4) establece que las únicas normas con rango de ley son: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Agregado a esto, el Tribunal Constitucional carece de facultades para modificar la Constitución y crear una nueva fuente del derecho vía interpretación, ni siquiera su naturaleza de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, lo facultaría para ello. La modificación de la Constitución según el artículo 206° requiere de un órgano y procedimiento específico. Ergo le está vedado modificar la Constitución vía interpretación.

Lo expuesto revela cierta contradicción en la interpretación del carácter de fuente del derecho atribuido al precedente constitucional, por un lado el Tribunal Constitucional - siguiendo la teoría de Hans Kelsen - afirma que el precedente vinculante únicamente tiene un valor de fuente secundaria (STC N° 047-004-AI/TC), por tanto no puede crear vía interpretación normas de carácter general; y, por otro afirma que el precedente vinculante tiene efectos similares a la ley (carácter *erga omnes*) de obligatorio cumplimiento para todos los poderes, que exterioriza el poder normativo del

Tribunal Constitucional (STC. N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín). En esta sentencia expuso lo siguiente:

(...) El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente tiene por su condición de tales efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente en un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a todos los poderes públicos.

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 según los términos de dicha sentencia.

Esta definición de precedente vinculante propuesta por el Tribunal Constitucional, desnaturaliza la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, toda vez que, vía interpretación crea una nueva fuente del derecho de carácter primario en el mismo sentido que la ley, sin considerar que la Constitución no proporciona una fuente de validez superior para su justificación.

En ese orden de ideas, si lo que pretendiésemos fuese hacer compatible la definición de precedente vinculante diseñada por el Tribunal Constitucional con la tesis de las fuentes del derecho planteada por Hans Kelsen, la única alternativa posible sería proponer una reforma de la Constitución, y considerar a los precedentes constitucionales como fuente creadora de normas de carácter general. Tal como, en su momento lo hizo el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuando modificó la Constitución de 1998 e incluyó en la Constitución de 2008, la fuerza vinculante de carácter *erga*

omnes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Cumpliendo así con los requerimientos preestablecidos en la tesis de Hans Kelsen.

Bajo esta premisa, la única forma de dotar de fuerza de ley a los precedentes vinculantes creados por el Tribunal Constitucional, sería modificando la Constitución. No obstante, existe otra alternativa, y es identificar las fuentes del derecho, ya no por intermedio de criterios formales de validez sustentados en una norma positiva superior, sino a través de una práctica judicial efectiva que acepte el valor vinculante de los precedentes constitucionales, que tienen como sustento una nueva definición del derecho propuesta por el jurista inglés Herbert Hart.

3.4. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA TESIS DE H.A.L. HART

H.A.L. Hart, definió el derecho como la unión de dos tipos diferentes, aunque relacionados de reglas: reglas primarias y reglas secundarias. El concepto de regla en la tesis de Hart, es concebida en términos sociales, derivada de fuentes sociales, existente en virtud de su aceptación por parte de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad: funcionarios, jueces y particulares que las usan en situación tras situación como guías para conducir su vida en sociedad. En una sociedad coexisten quienes ven las reglas desde un punto de vista interno y las aceptan como pautas o criterios de conducta y no meramente como predicciones de lo que los funcionarios harán si las desobedecen (aceptación voluntaria); y quienes se sitúan en un punto de vista externo que simplemente se limitan a la mera obediencia; a quienes las pautas jurídicas tienen que ser impuestas por la fuerza.

En el esquema planteado por Hart juega un papel fundamental la noción de aceptación. Aceptar las reglas supone contemplarla desde su punto de vista interno, usándola como pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas y como justificación de las críticas lanzadas contra quienes se apartan de su modelo de identificación normativa, es decir, significa que los jueces y tribunales acepten como vinculantes esos criterios, de forma que las desviaciones respecto de ellos sean apreciadas críticamente, en general, como desviaciones respecto de criterios vigentes y vinculantes. Según la tesis propuesta por Hart, basta la aceptación de la reglas desde el punto de vista interno, por parte de los jueces y funcionarios como pautas o criterios comunes de conducta oficial, para determinar la validez de un determinado sistema jurídico. Requisito que no es exigible a los particulares, pues basta su obediencia desde el punto de vista externo (Hart H. , 1968, págs. 143-145).

En ese orden de ideas, H.L.A. Hart define las reglas primarias como aquellas reglas de conducta que se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer. Imponen deberes y crean obligaciones, pueden ser imperativas, prohibitivas y permisivas.

A su vez, las reglas secundarias, son clasificadas en: reglas de cambio, de adjudicación y reconocimiento.

Las reglas de cambio facultan a determinados órganos para crear, modificar y derogar reglas primarias, determinan el procedimiento y el órgano competente para derogar normas ya existentes y crear otras nuevas. Las reglas de adjudicación facultan a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido

o no transgredida. Establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas. En las reglas de adjudicación se definen un grupo importante de conceptos jurídicos: el concepto de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia. La regla de reconocimiento, constituye una práctica social que determina las fuentes o criterios últimos de validez de un sistema jurídico, cuya validez deriva de su aceptación por parte de jueces y tribunales.

3.4.1. La regla de reconocimiento como un criterio fáctico de identificación de las fuentes del derecho

La regla de reconocimiento, constituye un criterio material para identificar las fuentes del derecho de un determinado sistema jurídico. Según esta regla, lo que determina que algo sea derecho es su aceptación, en primer lugar, por los tribunales y funcionarios, en segundo lugar, por los particulares. Para su existencia se requiere como mínimo la aceptación por los jueces y tribunales del sistema. La regla de reconocimiento constituye una cuestión de hecho, no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, basta su aceptación fáctica y empírica para su existencia.

Hart, a diferencia de Hans Kelsen, no hace depender la validez de cada norma jurídica del sistema de otra norma; y, así sucesivamente hasta llegar a la norma básica o fundamental como una cuestión hipotética. Sino que hace depender la validez de cada norma jurídica directamente de su aceptación y práctica efectiva. Como mínimo por parte de los funcionarios y tribunales del sistema.

Hart excluye en forma radical la concepción de una regla última y suprema en un plano exterior y alejado de las vicisitudes del sistema de derecho positivo que sustenta y fundamenta la validez de un ordenamiento jurídico. Por el contrario, incluye la noción de regla de reconocimiento, no como una norma vigente más, sino como una muestra obvia y necesaria de facticidad en todo régimen de derecho. Kelsen, en este punto sostiene que, la razón o fundamento de validez de una norma esta siempre en otra norma, nunca en un hecho. Construye su teoría en una torre de marfil de estructura rigurosamente lógica, que excluye cualquier norma del sistema que no halle su fundamento de validez en la norma básica o fundamental. En síntesis, Hart construye su concepto regla de reconocimiento, con aportes sociológicos que Kelsen desdeña en aras de la cientificidad y pureza del método empleado. Este aspecto jurídico sociológico es el que confiere un atractivo tan especial a su esquema, basado justamente en un sistema de normas originalmente de características puramente sociológicas que trascienden y derivan a un contexto jurídico bajo el sustento de una aceptación fáctica y empírica. Por ello, la tesis de regla de reconocimiento, constituye el mejor criterio para identificar los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional como facultad normativa para crear normas de carácter general, por lo cual bastará con corroborar si en la práctica jurídica de jueces y tribunales, esto es así.

3.4.2. La discrecionalidad judicial como respuesta a la solución de los casos difíciles o de penumbra

Hart plantea la diferencia entre dos tipos de casos: Los casos fáciles o claros, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y casos de penumbra o difíciles, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta.

Es en relación con los casos de penumbra o difíciles, que Hart plantea la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual el juez puede elegir la solución del caso entre alternativas abiertas. En estos casos, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto:

La reaparición de cuestiones de penumbra nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles, (Hart H. , 1962, pág. 55).

Es en los casos jurídicamente imprevistos o no regulados (casos difíciles) que el juez crea nuevo derecho para el caso. Sin embargo, no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general, razonable y objetiva que justifique su decisión. El hecho de que el juez sea el creador del derecho no implica necesariamente que el sistema se convierta en lo que el juez quiere que sea. Es decir, discrecionalidad no significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas.

Como resultado, La decisión elegida por el juez en los casos difíciles no es concebida por Hart como una subsunción para el caso concreto de acuerdo con el postulado de la doctrina tradicional de raigambre ilustrada y de antecedentes históricos en el código de napoleón, que además se sitúa en la línea del formalismo Kelseniano, que el mismo Hart critica. Tampoco se trata de una interpretación correcta de la situación en litigio. Es una decisión definitiva basada en una interpretación razonable que permite la resolución de los casos difíciles y, con ello, que el sistema siga operando. Hart, sugiere que el carácter definitivo e indiscutible de las decisiones es lo que se sigue del hecho de que ante tales eventos el juez tenga el papel de creador del derecho y decisor de última instancia. Es en este extremo, que se propone la creación de precedentes constitucionales, solamente en el contexto de los casos difíciles, los casos que no sean considerados en dicha categoría solamente constituirían jurisprudencia constitucional, mas no, precedentes vinculantes.

3.4.3. Critica de Ronald Dworkin a la tesis de la textura abierta de H.L.A. Hart

Ronald Dworkin centra su crítica a la tesis del concepto del derecho propuesto por Hart, en dos aspectos importantes: 1). El juez carece de competencias para crear normas *ex novo* y aplicarlas en forma retroactiva. 2). El juez no cuenta con legitimidad democrática para crear derecho de carácter *erga omnes* en los casos difíciles o de penumbra.

Dworkin rechaza la idea de que el derecho pueda ser incompleto y que deje lagunas que tengan que ser llenadas mediante el ejercicio de la discreción judicial, plantea como solución la justificación moral del derecho por medio de principios subyacentes a las reglas como guía para encontrar la respuesta correcta en las cuestiones de incertidumbre; para Dworkin la identificación del derecho implica siempre un juicio moral sobre el que se justifica mejor el derecho establecido.

Dworkin sostiene que lo incompleto no es el derecho, sino la visión positiva del mismo, en tal sentido, introduce su propia explicación interpretativa del derecho que incluye además del derecho explícito identificado por referencia a sus fuentes sociales. Principios que se adaptan mejor al derecho explícito y proporcionan, también, la mejor justificación moral para tal derecho. En la visión interpretativa de Dworkin, el derecho nunca es incompleto o indeterminado, de modo que el juez nunca tiene ocasión de salirse del derecho y ejercitar un poder creador para pronunciar una resolución. Cuando las fuentes normativas del derecho no logran proporcionar una solución en alguna cuestión de derecho, los jueces deben recurrir a los principios implícitos con dimensiones morales para solucionar el caso. El derecho incluye tanto las reglas como a la moral, por tanto, es completo y no necesita de la intervención del juez para crear derecho en los casos difíciles.

Desde la perspectiva de Ronald Dworkin la forma de evitar la discrecionalidad judicial y la creación retroactiva del derecho en los

casos difíciles, es aceptando que la moral al igual que las reglas y los principios forman parte del Derecho, *prima facie*. H.L.A. Hart, por el contrario, sostiene que, aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; y, por tanto, puede haber derecho y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto. La existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (regla de reconocimiento) sin recurrir a la moral, excepto en los casos difíciles o de textura abierta, donde el derecho así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho. Esto es así, toda vez que la regla de reconocimiento según la tesis de Hart, también incluye principios y criterios morales para resolver los casos difíciles. No obstante, con ello no se convierte a la moralidad en derecho pre existente.

Otra crítica de Dworkin a la tesis de la discreción judicial, es la objeción democrática respecto a la legitimidad de los jueces para crear derecho en los casos difíciles. El ejercicio de potestades legislativas por parte de los jueces, funcionarios elegidos por vías diferentes a la elección popular, desvirtúa el principio democrático y significa una ocupación del ámbito de competencia de otros poderes públicos, específicamente del poder legislativo.

Como respuesta a la crítica de la falta de legitimidad democrática del juez para crear derecho en los casos de penumbra, Hart, anota que

aun utilizando argumentos morales y/o de principio para resolver los casos difíciles, es imposible evitar resultados contrarios. Como producto de la contradicción localizada en la base ideológica del ordenamiento jurídico, resulta imposible afirmar la existencia de una única respuesta correcta; pero es posible conseguir una respuesta como el producto razonado de una elección imparcial bien informada en términos racionales y comunicables.

Según Hart la fuente de legitimidad de las decisiones judiciales en los casos difíciles no está determinada por su origen democrático, elección popular de los jueces, sino en la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos razonables de un ejercicio de razón práctica con efectos vinculantes. Lo racional y lo razonable de las sentencias judiciales son notas con las que se cubre la cuota democrática, a través de la verificación de las premisas que las sustentan, en tanto permiten constatar la corrección de la argumentación, a la vez las vuelven inteligibles para cualquiera, principalmente para las partes, que son los directamente vinculados. En resumen, la tesis de H.L.A. Hart, ofrece la mejor respuesta a la solución de los casos difíciles, puesto que permite incluir principios morales únicamente en el contexto de los casos de penumbra. Ello dado que no existe una relación necesaria entre derecho y moral, solamente contingente. Agregado a ello, permite justificar las decisiones judiciales en aspectos racionales y razonables como alternativa a la falta de legitimidad democrática de los jueces para crear derecho *ex novo*.

3.5. LOS PRECEDENTES VINCULANTES COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LOS CASOS DIFÍCILES O DE PENUMBRA

La tesis de la discrecionalidad judicial, definida como la potestad que tiene el juez para decidir entre varias alternativas al momento de resolver casos difíciles, creando el derecho aplicable al caso. Nos permite limitar la creación de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional solamente en el contexto de los casos difíciles, los cuales pueden ser identificados a partir de los siguientes criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la STC N° 0024-2003-AI/TC:

- 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.

Debe de quedar claro, que la discrecionalidad judicial no implica que el juez puede crear derecho en forma arbitraria, siempre debe de tener alguna razón general que justifique su decisión en términos razonables y flexibles, sin dejar lado la relación entre el caso específico y el precedente creado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

3.6.RESULTADO FINAL

En concordancia con la hipótesis propuesta, la definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú debe ser excluyente de criterios de validez formal para su identificación, con la capacidad de explicar el origen social de las fuentes del derecho sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista. En ese sentido, el precedente constitucional debe ser definido como una facultad discrecional del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento, únicamente en la solución de casos difíciles. La fuente de validez jurídica de dicha facultad, encuentra sustento en su aceptación como criterio vinculante por parte de jueces y funcionarios (regla de reconocimiento).

Esta definición, no desvirtúa la naturaleza iuspositiva del sistema jurídico peruano, en tanto y cuanto, permite conservar la separación entre derecho y moral como una función contingente, ya que, según la tesis de Herbert Hart, no es necesariamente verdad que las normas jurídicas, para serlo, satisfagan exigencias o criterios morales, dado que lo relevante desde el punto de vista jurídico es su procedencia fáctica, a través de su identificación mediante criterios de aceptación interna por parte de jueces y funcionarios, es decir una fuente fáctica de origen social.

De esta manera, la tesis de la identificación de las fuentes del derecho por intermedio de la regla de reconocimiento, y la tesis de la discrecionalidad judicial, propuestas por H.A.L. Hart en sus obras: “El concepto de derecho” y “Post scriptum al concepto de derecho”, constituyen el principal fundamento teórico para justificar la creación judicial del derecho a través

de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional, sin modificar su herencia positivista.

Esto es así, toda vez que, el enfoque positivista de las fuentes del derecho de Hans Kelsen (teoría clásica de las fuentes del derecho), resulta insuficiente para justificar la creación del derecho a través de precedentes constitucionales. Según dicha teoría todas las fuentes del derecho sin excepción, deben sustentar su validez en una norma jurídica positiva superior (Constitución), que constituye después de la norma fundamental que es hipotética, la máxima norma de un sistema jurídico (Kelsen, 2003).

En ese sentido, si desde la perspectiva de la teoría positivista de Hans Kelsen se afirmase que la norma (x): el Tribunal Constitucional peruano carece de fuente validez constitucional para crear normas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento. Entonces la conclusión sería: (x) no constituye una fuente normativa del sistema jurídico peruano. Por tanto, (x) no forma parte del sistema. Según la tesis de Kelsen, toda fuente normativa para ser válida requiere en último grado de una fuente constitucional. Por lo que, la norma (x) no constituiría una fuente de derecho válida. Lo cual se concatena con lo prescrito en el artículo 200º inciso 4 de la Constitución Política, ya que, la Constitución únicamente confiere rango de ley a: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Los precedentes constitucionales no son incluidos en dicha categoría, además ningún acápite de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades normativas para crear normas en el mismo sentido que el Parlamento; facultad que solo

podría ser atribuida por intermedio de una reforma constitucional según el artículo 206º de la Constitución Política de 1993.

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (...). (Artículo 206º de la Constitución).

Para superar esta debilidad del positivismo kelseniano, H.A.L. Hart desarrolló el concepto de regla de reconocimiento como un mejor criterio para identificar las fuentes del derecho. Según esta regla, lo que determina que algo sea derecho es su aceptación, en primer lugar, por los tribunales y funcionarios, en segundo lugar, por los particulares. Esta regla, solo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los tribunales, funcionarios y particulares. La regla de reconocimiento, constituye una cuestión de hecho, no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, basta su aceptación fáctica y empírica para su existencia (Hart H. , 1968).

Para Hart la existencia del derecho como el último criterio de validez jurídica deriva de la práctica de los jueces y tribunales consistente en aceptar una regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento constituirá a juicio de Hart, la práctica social más plausible para determinar las fuentes del derecho. Dicha regla se configura como la práctica social concordante de quienes identifican el derecho con referencia a unos criterios determinados por prácticas judiciales específicas (Hart H. , 2000).

Asimismo, la regla de reconocimiento a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, constituye un instrumento apto para identificar principios y

criterios morales al momento de resolver un caso concreto (caso difícil). Tal incorporación puede ser realizada por ley o por un documento o enmienda constitucional. También puede ser realizada a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como una prueba de validez jurídica (Hart H. , 2000, págs. 36-37).

La conclusión es, entonces, que no hay razón alguna por la que la regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos criterios para determinar la creación judicial del derecho con carácter *erga omnes* a través de precedentes constitucionales, sin necesidad de una fuente de validez constitucional. Bastaría comprobar su aceptación por parte de los operadores de justicia como práctica regular (aceptación interna desde la perspectiva de Hart).

Consecuentemente, la regla de reconocimiento constituye la mejor opción para justificar el carácter *erga omnes* de los precedentes constitucionales, para lo cual basta verificar si en la práctica jurídica de tribunales y funcionarios existe una aceptación fáctica social generalizada de su valor vinculante (punto de vista interno, según la tesis de Hart). Concluyendo, que en efecto ello es así. Los precedentes constitucionales en el sistema jurídico peruano, son utilizados por jueces, funcionarios públicos, abogados y particulares, como criterios para resolver los diferentes conflictos de interés e incertidumbres jurídicas con carácter obligatorio, en el mismo sentido que la ley creada por el legislador.

Por su parte la tesis de la discrecionalidad judicial, definida como la potestad que tiene el juez para decidir entre varias alternativas al momento

de resolver casos difíciles, creando el derecho aplicable al caso. Nos permite limitar la creación de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional solamente en el contexto de los casos difíciles, identificables a partir de los criterios establecidos en la STC N° 0024-2003-AI/TC:

- 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.

Debe de quedar claro, que la discrecionalidad judicial no implica que el juez puede crear derecho en forma arbitraria, siempre debe de tener alguna razón general que justifique su decisión en términos razonables y flexibles, sin dejar de lado la relación entre el caso específico y el precedente creado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

De acuerdo a la tesis de la textura abierta del derecho, propuesta por Hart, podemos concluir que el Tribunal Constitucional cuenta con discrecionalidad para resolver los casos difíciles o de penumbra, incluso invocando principios con dimensiones morales creando la regla aplicable al caso, sin que ello implique necesariamente que el sistema jurídico peruano se convierta en lo que el Tribunal quiere que sea, o que la moral sea preexistente al derecho. Debe quedar claro, que discrecionalidad no

significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas. Se requiere una argumentación racional, objetiva y flexible por parte del Tribunal Constitucional, sin dejar lado la relación entre el caso específico y el precedente creado.

CAPITULO V

PROPUESTA TEÓRICA

Se debe precisar que los fundamentos en detalle que sustentan este capítulo se encuentran desarrollados en los *ítems* precitados, sin embargo se han sintetizado los principales argumentos que dan origen a la misma.

En base a la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, se propone una reconstrucción teórica iusfilosófica de la definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, con la capacidad de explicar el origen social de las fuentes del derecho sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

En ese orden de ideas, es pertinente empezar señalando que el concepto de precedente constitucional definido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, como una facultad discrecional del Tribunal Constitucional para crear precedentes vinculantes a partir de sentencias que han adquirido la calidad de cosa juzgada, suscita problemas y cuestionamientos que se relacionan directamente con la forma de concebir y entender las fuentes del derecho.

Indiscutiblemente, la definición de fuentes del derecho, constituye el fundamento principal para entender el rol del Tribunal Constitucional como creador de normas de carácter general de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos y particulares con efectos similares a la ley creada por el legislador. Facultades normativas que fueron establecidas por el Tribunal Constitucional en las sentencias: STC N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín, y la STC N° 3741-2004-AA/TC, caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque.

En estas sentencias, el Tribunal Constitucional interpretó que donde el artículo VII del Código Procesal Constitucional, dice “precisando el extremo de su efecto normativo”, debe entenderse como; “el precedente vinculante expone el poder normativo del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general con efectos de ley”. Creado así, vía interpretación, una nueva fuente del derecho con rango de ley, diferente a las establecidas en el artículo 200° inciso 4) de la Constitución: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Desnaturalizando de esta manera, la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano (positivismo kelseniano), puesto que, las facultades normativas del Tribunal Constitucional para crear normas *erga omnes* no encuentra sustento en la Constitución (fuente de validez). Ningún acápite de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades normativas para crear normas en el mismo sentido que el Parlamento; facultad que solo podría ser atribuida al TC por intermedio de una reforma constitucional según el artículo 206° de la Constitución Política de 1993.

En efecto, la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, se sustenta en el positivismo jurídico de Han Kelsen. La Constitución Política de 1993 recoge la idea de un ordenamiento jurídico jerarquizado, cuya validez en último grado depende de una norma jurídica positiva superior (Constitución). Como resultado de ello, el artículo 51° de la Constitución Política establece: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de menor jerarquía, y así sucesivamente (...). Tesis desarrollada por el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC.

Fuente del derecho, nos dice Hans Kelsen, es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho, sino toda norma superior en relación con una norma inferior cuya producción regula. Se denomina fuente, al fundamento de validez jurídico positivo de una norma jurídica, es decir la norma superior positiva que regula su producción (Kelsen, 2003).

La validez de todas y cada una de las normas se encuentra determinado por una norma jurídico positiva superior, que después de la norma fundamental que es hipotética, resulta ser la culminación y el término de la pirámide gradada. De manera que, cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido toda norma superior, es fuente de la inferior. Así pues, la Constitución es fuente de las leyes creadas de acuerdo con ella; la ley es fuente de las resoluciones judiciales que en ella se fundan; las resoluciones judiciales son fuente del deber que se impone a las partes, no puede ir más allá del caso concreto planteado; y así sucesivamente. Fuente del derecho es el método de creación de una norma inferior (Kelsen, 2003).

Ahora bien, si en base a la tesis de Hans Kelsen, se pretendiese justificar las facultades normativas del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general a través de precedentes vinculantes, lo único que tendríamos que hacer, es buscar una fuente de validez constitucional para justificar dicha facultad. Descubriendo que el Tribunal Constitucional carece de dicha facultad. Pues, la Constitución no reconoce valor vinculante de carácter *erga omnes* a la jurisprudencia, tampoco establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades normativas para crear normas con jerarquía legal a través de sus

precedentes. Es más, la *Lex Superior*, en el artículo 200° inciso 4), no incluye a los precedentes constitucionales en su clasificación de normas con rango de ley. En ningún acápite la Constitución establece que el Tribunal Constitucional tenga facultades para crear normas de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos y privados en el mismo sentido que la ley creada por el Parlamento vía precedentes vinculantes. Por lo tanto, la única forma de hacer compatible la tesis de Kelsen con la facultad del TC para crear normas de carácter general a través de precedentes vinculantes, sería mediante una reforma constitucional, tal como lo establece el artículo 206° de la Constitución.

Lo expuesto, revela una seria contradicción en la interpretación del carácter de fuente del derecho atribuido al precedente constitucional. Por un lado, el Tribunal Constitucional - siguiendo la teoría de Hans Kelsen , artículo 51° de la Constitución - afirma que el precedente vinculante únicamente tiene un valor de fuente secundaria (STC N° 047-004-AI/TC), por lo tanto, no puede crear vía interpretación normas de carácter general *ex novo*; y, por otro afirma que el precedente vinculante tiene efectos similares a la ley (carácter *erga omnes*) de obligatorio cumplimiento para todos los poderes, que exterioriza el poder normativo del Tribunal Constitucional (STC N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín, y STC N° 3741-2004-AA/TC, caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque).

Consecuentemente, la única forma de hacer compatible la teoría clásica de las fuentes del derecho con la creación de normas generales a través de precedentes constitucionales, sería por intermedio de una reforma constitucional, tal como en su momento lo hizo Ecuador, al modificar la Constitución de 1998 e incluir en la nueva Constitución del 2008 el artículo 436°

incisos 1) y 6), que confirió carácter *erga omnes* a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. El ordenamiento jurídico ecuatoriano, a diferencia del peruano, estructuró a nivel constitucional el valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, argumentando que el concepto de fuente *erga omnes* no es exclusivo de la ley. Cumpliendo así con los estándares de la tesis positivista de Hans Kelsen.

No obstante, teniendo en cuenta que en el Perú la figura del precedente constitucional ya forma parte de una práctica jurisdiccional efectiva; y, que además ya fue integrado al sistema de fuentes, se plantea una solución diferente a la reforma constitucional. Se propone una reconstrucción teórica iufilosófica del concepto de precedente vinculante y su valor como fuente de carácter *erga omnes*, en base a la tesis del origen social de las fuentes del derecho sustentada en la regla de reconocimiento; y la tesis de la discrecionalidad judicial, propuestas por H.A.L. Hart en sus obras: “El concepto de derecho” y “Post scriptum al concepto de derecho”. Tesis, que no fueron consideradas por el Tribunal Constitucional cuando interpretó el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y creó la figura del precedente constitucional con efectos de ley.

H.A.L. Hart desarrolló el concepto de regla de reconocimiento como un mejor criterio para identificar las fuentes del derecho. Según esta regla, lo que determina que algo sea derecho es su aceptación, en primer lugar, por los tribunales y funcionarios, en segundo lugar, por los particulares. Esta regla, solo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los tribunales, funcionarios y particulares. La regla de reconocimiento, constituye una cuestión de hecho, no está subordinada a criterios de validez establecidos

por otras reglas, basta su aceptación fáctica y empírica para su existencia (Hart H. , 1968).

Para Hart la existencia del derecho como el último criterio de validez jurídica deriva de la práctica de los jueces y tribunales consistente en aceptar una regla de reconocimiento (aceptación interna). La regla de reconocimiento constituirá a juicio de Hart, la práctica social más plausible para determinar las fuentes del derecho. Dicha regla se configura como la práctica social concordante de quienes identifican el derecho con referencia a unos criterios determinados por prácticas judiciales específicas (Hart H. , 2000).

La regla de reconocimiento a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, constituye un instrumento apto para identificar principios y criterios morales al momento de resolver un caso concreto considerado como difícil. Tal incorporación puede ser realizada a través de la práctica sistemática de los tribunales al actuar de conformidad con ciertos principios morales como una prueba de validez jurídica (Hart H. , 2000, págs. 36-37).

La conclusión es, entonces, que no hay razón alguna por la que la regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos criterios para determinar la creación judicial del derecho con carácter *erga omnes* a través de precedentes constitucionales, sin necesidad de una fuente formal de validez constitucional. Bastaría comprobar su aceptación por parte de los operadores de justicia como práctica regular (aceptación interna desde la perspectiva de Hart). De modo que, la regla de reconocimiento constituye la mejor opción para justificar el carácter *erga omnes* de los precedentes constitucionales, para lo cual basta verificar si en la práctica jurídica de tribunales y funcionarios existe una aceptación fáctica social generalizada de su valor vinculante (punto de vista

interno, según la tesis de Hart). Concluyendo, que en efecto ello es así. Los precedentes constitucionales en el sistema jurídico peruano, son utilizados por jueces, funcionarios públicos, abogados y particulares, como criterios para resolver los diferentes conflictos de interés e incertidumbres jurídicas con carácter obligatorio, en el mismo sentido que la ley creada por el legislador, por lo que no es necesario una reforma constitucional.

De acuerdo con Hart, las reglas, entendidas como pautas generales de conducta tienen como finalidad exigir cierto comportamiento de multitud de individuos, sin necesidad de nuevas instrucciones, de lo que se infiere que el derecho constituye un medio de control social. Sin embargo, en el proceso de comunicación de estas pautas generales, y concretamente de su aplicación mediante la subsunción pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas (Hart H. , 1968).

Es por ello, que Hart plantea la diferencia entre dos tipos de casos: Los casos fáciles o claros, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y casos de penumbra o difíciles, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta, (Hart H. , 1968). En palabras de Hart:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o "textura abierta" (Hart H. , 1968, págs. 152-153).

Respecto de los casos fáciles o claros, Hart precisó, que se trata de aquellos casos familiares respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos contenidos en la regla en que se subsumen:

En los casos claros, los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios” (Hart H. , 1968, pág. 158).

Respecto de estos casos claros no se plantea, obviamente, el problema de la discrecionalidad judicial. Es en relación con los casos de penumbra o difíciles, que Hart plantea la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual, el juez puede elegir la solución del caso entre alternativas abiertas. En estos casos, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto (Hart H. , 2000, págs. 154-156).

“La reaparición de cuestiones de penumbra nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles” (Hart H. , 1962, pág. 55).

Así, cuando un juez se encuentra ante un caso difícil o de penumbra; “el ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección” (Hart H. , 1968, pág. 159). Pero, para realizar esta elección, el juez cuenta con mucho material jurídico relevante al que acudir:

El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos en virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del

sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico (Hart H. , 1968, pág. 159).

En su obra “Post scriptum al concepto de derecho”, Hart argumentó:

En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación judicial (Hart H. , 2000, pág. 54)

Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consiente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores. Pero si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares (Hart H. , 2000, pág. 56).

En su obra “Post scriptum al concepto de derecho”, Hart habla abiertamente de la presencia en el ordenamiento jurídico de principios, pautas morales y objetivos políticos, que se derivan del manejo de las reglas que componen el sistema, y que pueden ser utilizados por el juez en la resolución de los casos difíciles como buenas razones a favor de una determinada decisión, (Hart H. , 2000, pág. 22). La teoría de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, asume el presupuesto de la textura abierta del lenguaje jurídico. Ello supone la existencia de expresiones en los textos normativos que no se pueden interpretar con

certeza pues en ellas se pueden identificar zonas de penumbra o que sencillamente no han sido reguladas. “El lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla solo puede guiar de una manera incierta” (Hart H. , 1968, pág. 158). Y “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho” (Hart H. , 1968, pág. 159). “El ámbito discrecional que el lenguaje deja al juez puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección” (Hart H. , 1968, pág. 159) .Pero, además, tal falta de certeza se debe no solo al lenguaje empleado sino también a los hechos mismos que pretenden ser regulados. “Ante la pretensión de certeza se presentan dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos” (Hart H. , 1968, pág. 159). Dado que los seres humanos que legislan no son dioses ni ángeles, no podrían prever todos los escenarios posibles, aunque quisieran. Ante ello, sólo cabe la elección discrecional del juez (Hart H. , 1968, pág. 160).

La textura abierta del derecho implica que hay áreas de conducta donde debe dejarse un amplio espacio que será desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procurarán hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso (Hart H. , 1968, pág. 168).

La decisión elegida por el juez en los casos difíciles no es concebida por Hart como una subsunción para el caso concreto de acuerdo con el postulado de la “doctrina tradicional” de raigambre ilustrada y de antecedentes históricos en el código de napoleón, que además se sitúa en la línea del formalismo Kelseniano que el mismo Hart critica. Tampoco se trata de una interpretación correcta de la situación en litigio. Es una decisión definitiva basada en una interpretación

razonable que permite la resolución de los casos difíciles y, con ello, que el sistema siga operando. Hart, sugiere que el carácter definitivo e indiscutible de las decisiones es lo que se sigue del hecho de que ante tales eventos el juez tenga el papel de creador del derecho y decisor de última instancia (Hart H. , 2000, págs. 58-59).

Hart parecía ser consciente de las objeciones a sus planteamientos y de la carga que imponía sobre los hombros de los jueces en su descripción del sistema jurídico. Por ello señala que el hecho de que el juez sea el creador del derecho no implica necesariamente que el sistema se convierta en lo que el juez quiere que sea. Es decir, discrecionalidad no significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas. Más aún, Hart resalta el carácter falible de los seres humanos y destaca que los riesgos inherentes a la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo se pueden materializar en cualquier esfera, no solo en la jurídica. En suma, las decisiones del juez no son infalibles (Hart H. , 1968, págs. 177-179)

Su salvaguarda principal ante la posible acusación de un juez arbitrario es el señalamiento de que la discrecionalidad judicial no es absoluta, dado que los jueces deben atenerse a la regla de reconocimiento. Su actividad está circunscrita por esta regla que señala un núcleo de significado establecido del que no es lícito que se aparten, (Hart H. , 2000, pág. 56). Las decisiones del juez deben ser razonables y argumentables.

Es verdad que cuando las leyes o precedentes particulares se muestran indeterminados o cuando el derecho explícito calla, los jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser

entendida, como ejemplificando o enunciando una solución determinada, y en qué cuestiones, para el caso difícil que surge. Esto constituye el verdadero núcleo de una “interpretación constructiva”, la cual es un rasgo característico de la teoría de la judicación de Dworkin. Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no lo elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y juez frecuentemente tendrá escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consiente en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho (Hart H. , 2000, págs. 58-59).

En síntesis la tesis de la discrecionalidad judicial, definida como la potestad que tiene el juez para decidir entre varias alternativas al momento de resolver casos difíciles, creando el derecho aplicable al caso. Nos permite limitar la creación de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional solamente en el contexto de los casos difíciles, los cuales pueden ser identificados a partir de los criterios establecidos en la STC N° 0024-2003-AI/TC:

- 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.

Debe de quedar claro, que la discrecionalidad judicial no implica que el juez puede crear derecho en forma arbitraria, siempre debe de tener alguna razón general que justifique su decisión en términos razonables y flexibles, sin dejar de lado la relación entre el caso específico y el precedente creado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en

realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo, (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

De acuerdo a la tesis de la textura abierta del derecho, propuesta por Hart, podemos concluir que el Tribunal Constitucional cuenta con discrecionalidad para resolver los casos difíciles o de penumbra, incluso invocando principios con dimensiones morales creando la regla aplicable al caso, sin que ello implique necesariamente que el sistema jurídico peruano se convierta en lo que el Tribunal quiere que sea, o que la moral sea preexistente al derecho. Debe quedar claro, que discrecionalidad no significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas. Se requiere una argumentación racional, objetiva y flexible por parte del Tribunal Constitucional, sin dejar lado la relación entre el caso específico y el precedente creado

En definitiva, la tesis de la discrecionalidad judicial y la tesis de las fuentes sociales (regla de reconocimiento), no desvirtúan la naturaleza iuspositiva del sistema jurídico peruano, puesto que, permite conservar la separación entre derecho y moral como una función contingente, ya que, según la tesis de Herbert Hart, no es necesariamente verdad que las normas jurídicas, para serlo, satisfagan exigencias o criterios morales, dado que lo relevante desde el punto de vista jurídico es su procedencia fáctica, a través de su identificación mediante criterios de aceptación interna por parte de jueces y funcionarios, es decir una fuente social.

En concordancia con la hipótesis propuesta, la definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú debe ser excluyente de criterios de validez formal

para su identificación, con la capacidad de explicar el origen social de las fuentes del derecho sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista.

En ese sentido, el precedente constitucional debe ser definido como una facultad discrecional del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento, únicamente en la solución de casos difíciles. La fuente de validez jurídica de dicha facultad, encuentra sustento en su aceptación como criterio vinculante por parte de jueces y funcionarios (regla de reconocimiento).

CONCLUSIONES

1. La definición de precedente constitucional que justifica la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista, se sustenta en la tesis de la discrecionalidad judicial y la tesis de las fuentes sociales (regla de reconocimiento), de Herbert Hart.
2. El precedente constitucional debe ser definido como una facultad discrecional del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter *erga omnes*, únicamente en la solución de casos difíciles.
3. Según la tesis de Herbert Hart, la relación entre el derecho y la moral es contingente, adquiere relevancia únicamente en la solución de los casos difíciles, mediante la identificación de criterios prácticos por intermedio de la regla de reconocimiento.
4. Acorde con lo estipulado en el artículo 51º de la Constitución Política y la STC N° 047-2004-AI/TC, la teoría clásica de las fuentes del derecho, se sustenta en la tesis positivista de Hans Kelsen.
5. La modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, constituye un hecho originado en la ausencia de fuente de validez constitucional que justifique la creación de normas de carácter general a través de precedentes.
6. Las facultades normativas del Tribunal Constitucional, encuentran un mejor fundamento en la tesis de la discrecionalidad judicial, la textura abierta del derecho y la regla de reconocimiento propuesta por Herbert Hart.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Tribunal Constitucional crear precedentes vinculantes únicamente en el contexto de los casos difíciles o de penumbra, respetando siempre la relación concreta entre los hechos y la resolución final emitida. Todo esto enmarcado en el contexto de una argumentación objetiva y racional, que destaque por la calidad de sus argumentos más que por el reflejo de su propia autoridad para crearlos.
2. En base a la experiencia anglosajona, se recomienda al Tribunal Constitucional crear precedentes vinculantes dotados de la mayor flexibilidad posible que permita al juez posterior determinar el efecto vinculante del precedente creado al momento de resolver un caso concreto.

LISTA DE REFERENCIAS

- (s.f.). Recuperado el 10 de Enero de 2018, de <https://definicion.de/metodo-inductivo/>
- Caso Alcira Juana Reyes Borja y otros, Fundamento 12, N° 02682-AA/TC (Tribunal Constitucional 21 de junio de 2010).
- 1680-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 11 de mayo de 2005).
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Andrés, O. (2005). *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Anibal, Q. L. (2008). *Los excesos del Tribunal Constitucional Peruano: a propósito del control concentrado de la constitución*. Lima: Grijley.
- Anibal, T. V. (1999). *Introducción al Derecho*. Lima: Palestra Editores S.R.L.
- Asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de seguridad Social, 191-2003-AC/TC (Tribunal Constitucional 26 de Setiembre de 2003).
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barba, G. P. (1983). La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico. *Concejo del Poder Judicial*(6), Madrid.
- Barker, R. S. (2014). *El Precedente y su Significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Barreda, J. A. (2008). *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley.
- Belaunde, D. G. (2011). <http://alfonsozambrano.com/corte.constitucional:a proposito del caso provias nacional ec/doctrina/1902.11/cce-doc-precedente.GARCIA.pdf>. Recuperado el 20 de noviembre de 2013, de <http://alfonsozambrano.com/corte.constitucional:a proposito del caso provias nacional ec/doctrina/1902.11/cce-doc-precedente.GARCIA.pdf>
- Bobbio, N. (1999). *Teoría General del Derecho*. Santa Fe de Bogotá: TEMIS.
- Bobbio, N. (2012). *El Problema del Positivismo Jurídico*. México D.F: Distribuciones Fontamara S.A.

- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo Jurídico*. Madrid: Trotta.
- Bunge, M. (1995). *La ciencia su método y su filosofía*. Lima: Lima.
- Bunge, M. (2005). *Diccionario de filosofía*. Mexico: Siglo XXI editores.
- Bustamante, T. D. (2016). *Teoría del precedente judicial la justificación y aplicación de reglas jurisprudenciales*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Callejón, F. B. (1992). *Fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. (1983). *Definiciones y Normas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Carlos E. Alchourron, Eugenio Bulygin. (1974). *Introducción a metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Palma.
- Carrió, G. R. (1976). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Carrió, G. R. (1981). *Dworkin y el positivismo jurídico*. México: Instituto de investigaciones filosóficas, UNAM.
- Casado, I. V. (2010). Legislador Positivo. *Ámbito Jurídico*, 28.
- Caso Alcira Juana Reyes Borja y otros, N° 02682-AA/TC (Tribunal Constitucional 21 de junio de 2010).
- Caso Salazar Yarlenque, 3741-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 14 de noviembre de 2005).
- César, L. A. (2007). Los Precedentes Cosntitucionales. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, 5.
- Chaïm, P. (1988). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Madrid: Civitas.
- Christian, D. M. (2007). Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regularización del precedente constitucional vinculante en I Código Procesal Constitucional. *Revista de jurisprudencia y doctrina*, 104-105.
- Constitucional, T. (20 de Agosto de 2018). *Tribunal Constitucional*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/tc/public/resolucion/precedente/lista>
- Córdova, L. C. (25 de Noviembre de 2018). *Repositorio institucional PIRHUA*. Obtenido de Repositorio institucional PIRHUA: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso_cumplimiento_aproposito_desafortunado_criterio_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1

- Correa, M. R. (1999). *El sistema jurídico: introducción al derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Correa, M. R. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP.
- David, R. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Musigraf Arabi S.A.
- Daza, G. A. (2009). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25.
- Daza, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25.
- Daza, G. L. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25.
- Daza, G. L. (2011). El Juez Constitucional Colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Revista Mexicana de derecho constitucional*, 25.
- Derecho, T. G. (1999). *Norberto Bobbio*. Santa Fe de Bogotá: TEMIS.
- Diego Eduardo López Medina y Roberto Gordillo. (Diciembre de 2002). Consideraciones ulteriores sobre análisis estático de jurisprudencia. (U. d. Andes, Ed.) *Revista de Derecho Público* (15).
- Dume, D. (2005). Overruling o revocación de precedente vinculante por el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho*, 6, 283-284.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, S.A.
- Erazo, R. R. (2007). Filosofía liberal y el mito de la teoría de separación de poderes. Lima, Perú.
- Espinosa, E. (2006). El precedente constitucional: Sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana. *Estudios Constitucionales*, 67 a 96.
- Espinoza Saldaña Barrera, Eloy y Gutiérrez, Gustavo. (2010). *Limitaciones del poder y estructura del estado*. Lima: Grijley.

- Eugenio Bulygin, Manuel Atienza, Juan Càrlos Bayon. (2009). *Problemas Lógicos en la Teoría y Práctica del Derecho*. Madrid: J. San José. S.A.
- Fuller, L. (1967). *La Moral del Derecho*. México: F. Trillas.
- Gasco, F. d. (s.f.). *google académico*. Recuperado el 23 de setiembre de 2012, de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174856.pdf>
- Ghirardi, O. A. (s.f.). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado el 10 de Enero de 2017, de <http://www.acader.unc.edu.ar>
- Ghirardi, O. A. (s.f.). *Google*. Recuperado el 10 de Enero de 2017, de <http://www.acader.unc.edu.ar>
- González, J. A. (21 de Octubre de 2018). *Google*. Recuperado el 21 de Octubre de 2018, de file:///C:/Users/BLANCA/Downloads/PD_12_05.pdf
- González, J. A. (s.f.). *Manual teórico práctico de metodología de la investigación aplicada al derecho*. Puno, Perú.
- Gutarra, E. F. (19 de setiembre de 2010). *Google*. Recuperado el 20 de enero de 2013, de <http://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/09/19/>
- Gutarra, E. F. (2018). *Derecho Constitucional estudio sistemático y comparado de los derechos fundamentales, de la persona y de la estructura del Estado*. Lima: ADRUS D&L Editores S.A.C.
- Gutarra, E. F. (2018). *Derecho Constitucional estudio sistemático y comparado de los derechos fundamentales, de la persona y de la estructura del Estado*. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.
- Hart, H. (1962). *El Positivismo Jurídico y la Separación entre Derecho y Moral*. (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: De Palma.
- Hart, H. (1968). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hart, H. (2000). *Post Scriptum al concepto de derecho*. (R. T. Salmorán, Trad.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández, S. G. (s.f.). *Google Académico*. Recuperado el 24 de Enero de 2019, de <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/laracionalidadylarazonabilidadenlasresoluciones.pdf>
- Herrera, E. (2002). *Práctica Metodológica de la Investigación Jurídica*. Buenos Aires: Astrea.
- Hogue, A. (1996). *Orígenes del Common Law*. Londres: Bloomington.

- Humanos, M. d. (2016). *Precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Iturralde Sesma, V. (1995). *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas.
- Jaraba, M. D. (2010). Principios y reglas: examen el debate entre R. Dworkin y H.L.A Har. *Revista de estudios jurídicos* , 24.
- Jerónimo Betegón, Marina Gascón, De Parámo Juan Ramón, Luis Prieto. (1997). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill.
- Jürguen, H. (2000). *Factibilidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1968). *La garantía jurisdiccional de la constitución, escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría del Derecho y del Estado* (Quinta reimpresión ed.). (U. A. México, Ed., & E. G. Maynez, Trad.) México, México.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del derecho y del Estado* (Vol. Quinta reimpresión). (U. A. México, Ed., & E. G. Máynez, Trad.) México.
- Kelsen, H. (2003). *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Kerpel, A. L. (2001). *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill.
- Lambert, E. (1921). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Paris: M.Giard.
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Madrid: Tecnos.
- Latorre, A. (1991). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Lengua, D. d. (s.f.). (R. A. Lengua, Productor) Recuperado el 4 de Enero de 2013, de <http://lema.rae.es/drae/>
- Linares, S. (2008). *La legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Ponds.
- Luis, P. S. (2000). *Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Tecnos.
- Marcos, E. C. (2002). La acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado. *Revista Jurídica del Perú*, 20.
- Michel, T. (2010). *Gobierno de los jueces y democracia*. Madrid: Tecnos.

- Monroy, J. L. (2003). *Sistema Jurídico del Common Law*. Barcelona: Ariel.
- Montesquieu. (1984). *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, S.A.
- Municipalidad Distrital de Lurín, Exp. N.º 0024-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 10 de Octubre de 2005).
- Nieto, A. (2007). *Crítica de la Razón Jurídica*. España: Trotta.
- Nieto, C. H. (2009). Los principios de interpretación y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano una aproximación. *Dikaion*, 55-77.
- Norberto, B. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Núñez, C. R. (2005). *Cómo hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento* (Tercera edición ed.). Lima: Gaceta jurídica.
- Otto Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ariel. Barcelona, 1. (1998). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Otto, I. (1988). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Otto, I. D. (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Madrid: Ariel.
- Palerman, C. (s.f.). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Recuperado el 07 de Noviembre de 2012, de Google: <http://www.sjamichoacan.com/wp-content/uploads/2010/08/Perelman.pdf>
- Pasquier, C. D. (1190). *Introducción al derecho* (Cuarta Edición ed.). (J. A. Gonzalez, Trad.) Lima, Perú: EDINAF.
- Pastor, D. R. (16 de Noviembre de 2018). Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/acerca-del-derecho-fundamental-al-plazo-razonable-de-duracion-del-proceso-penal.pdf>
- Picaso, L. D. (2002). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Pound, R. (1954). *El Espíritu del Common Law*. (J. P. Brutau, Trad.) Barcelona: BOSH.
- Regla, J. A. (2000). *Teoría General de la Fuentes del Derecho y del Orden Jurídico*. Barcelona: Ariel.
- Regla, J. A. (2000). *Teoría General de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ricardo, L. P. (2009). precedentes vinculantes. *Dirección académica de la Academia de la Magistratura y el Centro de Investigación y Servicios Educativos*.

- Rivera, S. L. (Enero-abril de 2006). Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis. *Redalyc*, 33(1), 109-124.
- Rivera, S. L. (Enero-abril de 2006). Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis. *Redalyc*, 33(1), 109-124.
- Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, María del Pilar Baptista Lucio. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta edición ed.). México: Interamericana Editores, S.A.
- Roberto M. Jiménez Cano, Jorge Luis Fabra Zamora y Carolina Esther Guzmán Buelvas . (2007/2008). *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Recuperado el 07 de noviembre de 2017, de <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>
- Rodríguez, C. (1997). *Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y Ronald Dworkin*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rojas, R. X. (30 de Setiembre de 2002). El Tribunal Constitucional Ecuatoriano como legislador negativo. Quito, Ecuador.
- Ross, A. (1971). *Sobre el derecho y la Justicia* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: EUDEBA.
- Rúa, J. C. (1956). *El Common Law, su estructura normativa, su enseñanza*. Buenos Aires: Abeledo Perrot .
- Ruiz, M. A. (s.f.). *google académico*. (Dialnet) Recuperado el 23 de agosto de 2012, de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link&codigo=624318&orden=>.
- Ruiz, M. Á. (s.f.). *Stare Decisis y creación judicial del derecho constitucional, a propósito de el precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Mangaloni Kerpe*. (Dialnet, Productor) Recuperado el 23 de Abril de 2017, de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link&codigo=624318&orden=>.
- Salazar, W. Q. (1998). *La investigación jurídica*. Lima: IMSERGRAF EIRL.
- Sanchis, L. P. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Sanchís, L. P. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 175-198.
- Sanchís, L. P. (2006). Iusnaturalismo, Positivismo y control de la ley. Los presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, N° 4, 100.

- Sesma, V. I. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas.
- Sesma, V. I. (1995). *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas.
- Teresa Freixes San Juan y José Carlos Remotti Carbonell. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* , 102 y 103.
- Urbina, J. C. (2007). *¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in limite de la constitucionalidad de las leyes?* Lima: Palestra.
- Urbina, J. C. (2007). *Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in limite de la constitucionalidad de las leyes*. Lima: Palestra Editores.
- Urbina, J. C. (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Vásquez, R. S. (2012). *Google académico*. (UNAM) Recuperado el 4 de Enero de 2013, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2102/13.pdf>
- Vila, M. I. (1999). El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico. *Centro de Estudios constitucionales*, 162.
- Waldron, J. (2002). *Derecho y desacuerdo*. Madrid: Ponds.
- Witker, J. (1996). *Técnicas de investigación jurídica*. México: McGraaw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Yoel Carrillo García, Rolando Pavó Acosta. (julio-diciembre de 2007). *Google académico*. (Redalyc) Recuperado el 10 de enero de 2013, de <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/1514/151413533005.pdf>