

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“POSIBILIDAD DE APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES,
POR PARTE DE LOS JUECES DEL PODER JUDICIAL, AREQUIPA, 2017”**

**Tesis presentada por el Bachiller en
Derecho:**

José Carlos Rivera Delgado

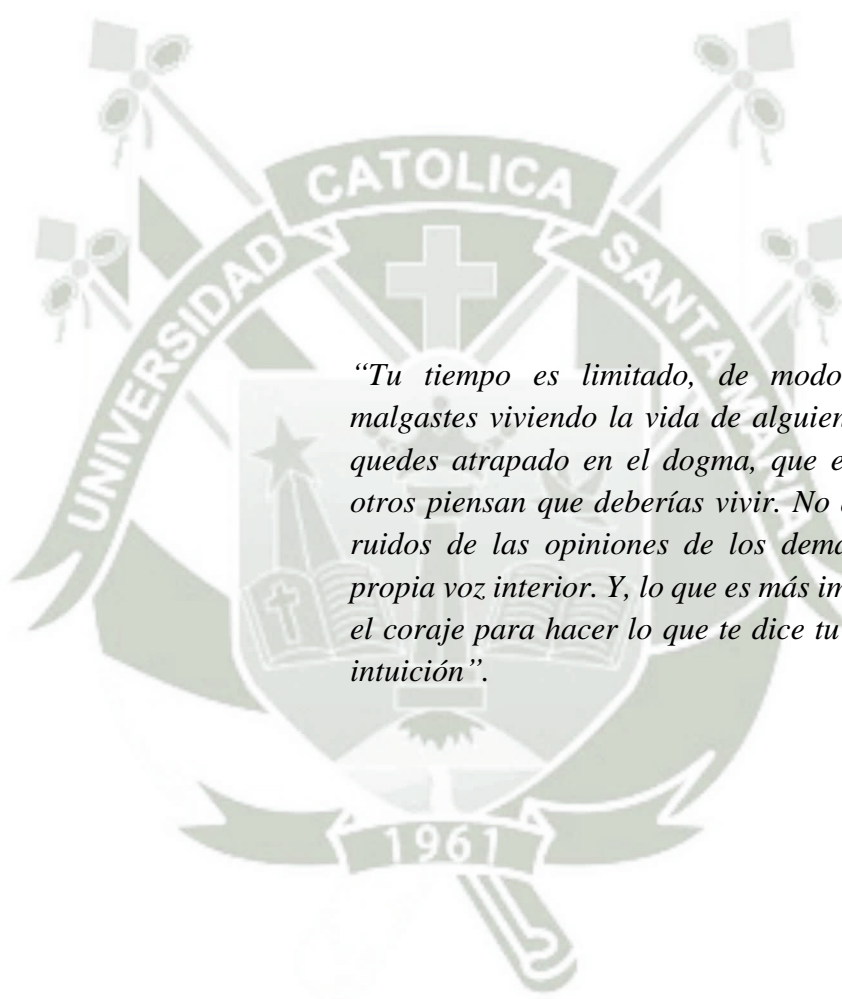
Para optar el Título Profesional de

Abogado

Asesor: Dr. Mauricio Matos Zegarra

AREQUIPA – PERÚ

2017



“Tu tiempo es limitado, de modo que no lo malgastes viviendo la vida de alguien distinto. No quedes atrapado en el dogma, que es vivir como otros piensan que deberías vivir. No dejes que los ruidos de las opiniones de los demás acallen tu propia voz interior. Y, lo que es más importante, ten el coraje para hacer lo que te dice tu corazón y tu intuición”.

Steve Jobs

A mi papa Mauricio y mi mama Rosa María, que siendo mis ejemplos a seguir, me enseñaron los valores que rigen mi vida, que con esfuerzo y trabajo se consiguen las cosas, y que con amor y cariño siempre estarán para mí apoyándome.

A mi hermano, Mauricio Alonso, por haberme apoyado, cuidado y acompañado en toda mi vida, y por ser siempre un ejemplo para mí.

A Gabriela Orrego, por haberme dado tu cariño y por alentarme en todo momento a seguir adelante para conseguir mis objetivos.

A Lotty, por haber sido la mejor compañera, y por haberme cuidado en todo momento.

José Carlos Rivera Delgado

ÍNDICE

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN.-	1
II. RESUMEN.-	4
III. ABSTRACT.-	6
1. CAPITULO 1: CONCEPTOS BÁSICOS	9
1.1. Precedente Vinculante.	9
1.1.1. Definición.-	9
1.1.2. Características.-	13
1.1.3. Régimen legal.	15
1.2. Sistemas Jurídicos.	16
1.2.1. Civil Law.	16
1.2.1.1. Definición.-	16
1.2.1.2. Características.-	20
1.2.2. Common Law.	22
1.2.2.1. Definición.-	22
1.2.2.2. Características.-	27
1.3. El Prospective Overruling.	29
1.3.1. Definición.-	29
1.4. El Distinguishing.	34
1.4.1. Definición.-	34
2. CAPITULO 2: EL APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES	40
2.1. Contenido de la Norma.	40
2.2. Apartamiento de precedentes vinculantes en procesos Constitucionales.-.....	43
2.3. Apartamiento de precedentes vinculantes en otros tipos de procesos.-.....	47
2.4. El Criterio doctrinario respecto del Apartamiento de Precedentes Vinculantes.-	52
2.5. El Criterio Jurisprudencial respecto del Apartamiento de Precedentes Vinculantes.-	67
2.6. Los Precedentes Vinculantes en el Sistema Jurídico del Civil Law.-	75
2.6.1. Facultad de los Magistrados de Apartarse de un Precedente Vinculante.-	79

2.7.	Los Precedentes Vinculantes en el Sistema Jurídico del Common Law.-.....	82
2.7.1.	Facultad de los Magistrados de Apartarse de un Precedente Vinculante.-.....	87
2.8.	La aplicación de la Técnica del Prospective Overruling para el apartamiento de un Precedente Vinculante.-	91
2.9.	La aplicación de la Técnica del Distngishing para el apartamiento de un Precedente Vinculante.-	97
3.	CAPÍTULO 3: POSIBILIDAD DE APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES	105
3.1.	Las Ventajas y Desventajas que conlleva el Apartamiento de un Precedente Vinculante.-	105
3.2.	Facultad de los Jueces Constitucionales de Apartarse de un Precedente Vinculante en Primera y en Segunda Instancia.-	111
3.3.	Requisitos para el Apartamiento de Un Precedente Vinculante en un Proceso Constitucional.-.....	119
3.4.	Necesidad de una modificación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.-	126
4.	CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS.-.....	129
4.1.	CONCLUSIONES.-	129
4.2.	SUGERENCIAS.-	132
IV.	BIBLIOGRAFÍA.-.....	134
ANEXO.....		139

**“POSIBILIDAD DE APARTAMIENTO DE PRECEDENTES
VINCULANTES, POR PARTE DE LOS JUECES DEL PODER
JUDICIAL, AREQUIPA, 2017”**

I. INTRODUCCIÓN.-

En materia constitucional el artículo VII del Título Preliminar del C.P.C., establece que únicamente es el TC quien tiene la facultad de apartarse del precedente vinculante emitido, expresando los fundamentos y razones por los cuales decide apartarse. Como es de verse, únicamente la máxima instancia tratándose de procesos Constitucionales tiene la facultad de apartarse de los precedentes vinculantes que se hayan dictado, mas no lo pueden realizar los Jueces de primera y segunda instancia. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales los magistrados podrían apartarse de un precedente vinculante.

Por lo cual se formula la siguiente hipótesis; dado que los jueces del Poder Judicial que tramitan procesos constitucionales en primera y segunda instancia, en determinadas circunstancias tales como: los hechos que motivaron el precedente son distintos a los hechos del caso concreto, el precedente vinculante causa indefensión, resulta desfasado, cuando el juez considere que la aplicación del precedente genera una decisión injusta, cuando el apartamiento resulta indispensable para resolver un conflicto;

Es probable que, pudieran apartarse de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional, al estar dentro de un Estado de Derecho que se rige por el Sistema Jurídico del Civil Law, realizando una debida motivación doctrinaria y principista de su decisión de apartamiento.

En esta línea de pensamiento, la presente investigación constará de tres capítulos. El primero de ellos estará referido a los conceptos básicos, necesarios para entender la temática de un precedente vinculante; el segundo capítulo estará referido propiamente al apartamiento de precedentes vinculantes, donde se verá cómo es que se trata la figura del apartamiento en los distintos sistemas jurídicos, además de analizar las dos técnicas conocidas (*distinguishing* y *overruling*) para realizar un apartamiento; en el tercer capítulo se determinará tanto la posibilidad del apartamiento de un precedente, las ventajas que supone así como los requisitos que debe tomar en cuenta un magistrado para apartarse y su necesidad en un Estado de derecho. Finalmente, se expondrán las conclusiones de la presente investigación y dos sugerencias a fin de reorientar el tratamiento de los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional.

El presente trabajo investigativo surge de las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la importancia de un precedente Vinculante? ¿Por qué se diferencia la aplicación del precedente vinculante en materia constitucional y civil? ¿Qué ocurre cuando el precedente vinculante es equivocado o desfasado? ¿Cuál es el contenido de la norma respecto del apartamiento de precedentes vinculantes realizado por los magistrados en un proceso constitucional? ¿Cuál es la orientación de la jurisprudencia en cuanto al apartamiento de los precedentes vinculantes? ¿Cuál es el criterio doctrinario respecto del apartamiento de precedentes vinculantes? ¿Qué características cuenta el sistema jurídico del Common Law en cuanto a la emisión Precedentes vinculante? ¿Qué características cuenta el sistema jurídico del Civil Law en cuanto a la emisión de Precedentes Vinculantes? ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del apartamiento del precedente vinculante? Por lo que tendrá los siguientes objetivos: Determinar los aspectos relevantes tanto del sistema Jurídico del Civil Law en la emisión de

Precedentes Vinculantes, y los aspectos relevantes del Sistema Jurídico del Common Law en la emisión de Precedentes Vinculantes; determinar y analizar los sistemas jurídicos que rigen en el Derecho (Civil Law y Common Law); determinar el criterio doctrinario sobre apartamiento de precedentes vinculantes; determinar la orientación jurisprudencial respecto del apartamiento de precedentes vinculantes, realizado por los magistrados en un proceso constitucional; determinar las consecuencias de un precedente vinculante equivocado o desfasado; determinar la conveniencia del apartamiento de precedentes vinculantes por parte de los magistrados del Poder Judicial en un Proceso Constitucional; determinar las razones por las cuales un juez cuenta con la facultad de realizar un apartamiento de un precedente vinculante; determinar las circunstancias por las cuales un juez de primera o segunda instancia podrá apartarse de un precedente vinculante.

En suma, la presente investigación tratará de exponer en primer lugar las razones por las cuales un juez de primera y segunda instancia en un proceso constitucional debe apartarse de un precedente vinculante cuando existan ciertas circunstancias que justifique tal decisión; y en segundo lugar las ventajas que trae el apartamiento para la jurisprudencia constitucional.

Arequipa, 19 de abril del 2017

RIVERA DELGADO, José Carlos

II. RESUMEN.-

En el Perú, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha establecido que el Tribunal Constitucional es la entidad encargada de emitir precedentes, y que solo él se puede apartar de sus propios criterios, ninguna autoridad más.

Se debe entender que se ha adoptado la figura del precedente a fin de aumentar la seguridad jurídica, uniformidad en el derecho, predictibilidad en las decisiones judiciales e igualdad entre los ciudadanos. Sin embargo al estar dentro de un país que se rige bajo el sistema del Civil Law, el precedente vinculante no constituye fuente normativa, es decir que los jueces a través de sus decisiones no crean derecho, sino simplemente lo aplican pues este ya ha sido creado en una Ley. En tal sentido, un precedente vinculante no puede tener una fuerza vinculante absoluta, ni siquiera en los países que se rigen por el Common Law, los precedentes son absolutos, los magistrados están en la potestad de apartarse de ellos cuando el criterio de justicia se pone de antemano.

En la presente investigación, se ha determinado a nivel doctrinario que un precedente vinculante no puede ser entendido como un dogma que no se puede refutar sino, únicamente se puede aceptar. El precedente no es absoluto, por tal motivo un juez puede determinar su aplicación una vez haya valorado los hechos del caso que va a resolver, esto en base a que el precedente no puede restar funciones jurisdiccionales.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional, en un principio determinó que ningún magistrado se puede apartar de un precedente vinculante, lo tenía que seguir siempre y en todos los casos; pero al paso del tiempo cambió de posición señalando que un magistrado debe valorar los hechos de un caso en cuestión, y determinará si

corresponde aplicar o no el precedente vinculante, luego de que se haya contrastado los hechos del caso con los hechos del caso que dio origen el precedente.

Y esto debido a que la aplicación de precedentes vinculantes no puede ser de manera mecanizada. El juez siempre debe valorar cada caso por separado. En ningún caso puede preferir la aplicación de un precedente que afecta derechos de las partes involucradas en un conflicto. La aplicación de precedentes con criterios erróneos o desfasados, implicaría decisiones injustas, agravando más la situación jurídica de las personas. Un magistrado está en la potestad de apartarse de un precedente cuando estas circunstancias se presenten, pues tampoco sería idóneo esperar a que el tribunal Constitucional decida cambiar de criterio, pues esto podría durar años, y la justicia no puede esperar, sino que siempre debe estar presente.

Por tal motivo, el apartamiento de precedentes además de constituir una ventaja en la elaboración de sentencias más justas, también supone una forma de actualización de los criterios jurisprudenciales del Tribunal, pues se le advierte de los errores que pueden presentar sus precedentes, o en todo caso su inutilidad. Asimismo, funciona como una herramienta que permite controlar el poder que cuenta.

En suma, los magistrados de primera y segunda instancia en un proceso constitucional están en la facultad de apartarse, pues la ley lo faculta para hacerlo. Seguimos siendo un país regido por el Civil Law, y la constitución garantiza que el magistrado se desenvuelva independientemente dentro de su función jurisdiccional, así como otros principios constitucionales obligan al magistrado a decidir de la manera más idónea y sobre todo justa. Lo cual no significa que siempre estará en la potestad de hacerlo, sino que el apartamiento es una medida excepcional y que solo se permitirá cuando se esté dentro de alguna de las circunstancias expuestas en la

presente investigación. Y ante ello es necesario que el Estado peruano faculte a los jueces a que puedan apartarse de un precedente vinculante solo cuando sea sumamente necesario, por lo que se debería modificar el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Palabras Clave:

Apartamiento – Precedente – Potestad – Vinculante – Juez.



III. ABSTRACT.-

In Peru, according to Article VII of the Preliminary Title of the Constitutional Procedural Code, it has established that the Constitutional Court is the entity in charge of issuing precedents, and that only he can depart from his own criteria, no more authority.

However, it must be understood that the precedent has been adopted in order to increase legal certainty, uniformity in law, predictability in judicial decisions and equality among citizens. However, being within a country that is governed by the Civil Law system, the binding precedent does not constitute a normative source, that is to say that the judges through their decisions do not create right, but simply apply it as this has already been created in a Law. In this sense, a binding precedent can not have an absolute binding force, even in the countries that are governed by the Common Law, the precedents are absolute, the magistrates are in the power to depart from them when the criterion of justice is laid beforehand.

In the present investigation, it has been determined at the doctrinal level, that a binding precedent can not be understood as a dogma, that can not be refuted but only can be accepted, the precedent is not absolute, for that reason a judge can determine its application. Once it has assessed the facts of the case to be resolved, this on the basis that the precedent can not subtract jurisdictional functions.

On the other hand, constitutional jurisprudence, in principle determined that no judge can deviate from a binding precedent, had to always follow and in all cases; But over time change of position indicating that a judge assessing the facts of a case in question, determine whether or not to apply the binding precedent, after the facts of the case have been contrasted with the facts of the case that gave rise to the preceding one.

And this because the application of binding precedents can not be mechanized. The judge must always evaluate each case separately. In no case can it not prefer the application of a precedent that affects the rights of the parties involved in a conflict. The application of precedents with erroneous or outdated criteria, would imply unfair decisions, further aggravating the legal situation of the people. A magistrate is able to depart from a precedent when these circumstances arise, since it would not be appropriate to wait until the Constitutional Court decides to change its criteria, as this could last for years. And justice can not wait, but must always be present.

For this reason, the removal of precedents as well as being an advantage in the elaboration of more just judgments is also a way of updating the jurisprudential criteria of the Court, since it is warned of errors that may present their precedents, or in any If its futility. It also functions as a tool to control the power that counts.

In short, the first and second instance magistrates in a constitutional process, are in the power to depart, because the law or power to do, we remain a country governed by the Civil Law, and the constitution ensures that the magistrate is independent Within its jurisdictional function, as well as other constitutional principles oblige the magistrate to decide on the most suitable and above all fair. This does not mean that it will always be in the power to do so, but that the removal is an exceptional measure, and that it will only be allowed when it is within one of the circumstances set forth in the present investigation. And before that it is necessary that the Peruvian State allows the judges to be able to depart from a binding precedent only when it is extremely necessary, reason why it must modify article VII of the Preliminary Title of the Code of Constitutional Procedure.

Key Words:

Apartment - Precedente - Faculty - Binding - Judge.



1. CAPITULO 1: CONCEPTOS BÁSICOS

1.1. Precedente Vinculante.

1.1.1. Definición.-

De acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituye precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”¹. En otras palabras un precedente vinculante es una sentencia emitida únicamente por el tribunal constitucional, en la cual se haya señalado una regla general (vinculante), la cual surtirá efectos erga omnes, únicamente cuando así se haya expresado en la sentencia y tenga la calidad de cosa juzgada.

Al respecto en la sentencia N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín señala 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”². Es decir, a través del precedente vinculante, el Tribunal Constitucional genera una regla específica la cual deberá ser utilizada por todos los órganos jurisdiccionales de manera obligatoria, en todos los casos similares al que el Tribunal haya resuelto.

Los precedentes vinculantes resultan ser muy útiles al momento de resolver casos particulares, pues genera uniformidad de criterio entre los jueces al momento de resolver un caso determinado. Al respecto, Nelson Ramirez Jimenez señala que “los precedentes vinculantes emitidos por el tribunal Constitucional resultan ser

¹ Código Procesal Constitucional del Perú, Artículo VII, Jurista Editores, Tercera edición, pág. 61.

² Expediente N° 0024-2003-AI/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

necesarios, pues su emisión evita la confrontación entre los tribunales, o en otras palabras evitan las guerras de cortes.

Por otro lado, su creación amerita mucha responsabilidad, por lo que el TC ha establecido en qué casos procede fijarlos³. En otras palabras, los precedentes vinculantes son sentencias cuya utilidad recae en crear uniformidad en las decisiones judiciales, a fin de tener un criterio único al momento de resolver un conflicto de intereses. En el mismo sentido, en la sentencia N°01506-2006-PC/TC establece: “El efecto vinculante constituye una característica del precedente por la cual ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse al cumplimiento obligatorio de este. La regla que el Tribunal Constitucional externaliza como precedente es una imposición para todos; cualquier ciudadano puede invocarla frente a los poderes públicos y frente a los particulares”⁴.

Podemos decir entonces que un precedente vinculante es una herramienta utilizada por el Tribunal constitucional, para crear uniformidad y coherencia en las decisiones de los órganos jurisdiccionales a fin de defender la jerarquía y contenido de las normas constitucionales, asimismo resguardar de mejor manera los derechos constitucionales contenidos en la Constitución Política del Perú.

De acuerdo al expediente 0024-2003-AI/TC, existen dos condiciones para el uso de un precedente constitucional, y son las siguientes: “ a) Existencia de una relación entre caso y el precedente vinculante, y b) Que la decisión del Tribunal

³ Ramírez Jiménez, Nelson (2013), Jurisdicción Constitucional. Guerra de Cortes, Subtítulo V: EL efecto vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales. Artículo extraído de Dialogo con la Jurisprudencia N°178.

⁴ Expediente N° 01506-2006-PC/TC, fundamento 4; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01506-2006-AC.html>.

Constitucional tenga la autoridad de cosa juzgada”⁵. Respecto de la primera condición, podemos decir que para la utilización de un precedente vinculante en un caso concreto, se tiene que determinar la existencia de un grado de igualdad entre el proceso a resolver y lo resuelto por el tribunal constitucional, asimismo la aplicación del precedente debe ser necesaria para la solución del conflicto de intereses. Y respecto de la segunda condición, es que el proceso en el cual se haya establecido el precedente (regla) haya adquirido la calidad de cosa juzgada, y no solo esto, sino que además, haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Ahora bien, para la dación de un precedente vinculante, el tribunal Constitucional ha establecido ciertas condiciones en el caso Municipalidad Distrital de Lurín, las cuales son las siguientes: a) Cuando se acredite la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios, b) Cuando se estén realizando interpretaciones erróneas del bloque constitucional, c) Cuando se evidencie un vacío normativo, d) Cuando se evidencie la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y finalmente e) Cuando se evidencie la necesidad de cambiar un precedente vinculante. Luego, mediante la sentencia 3741-2004-PA/TC, caso Salazar Yarlenque, el tribunal constitucional agrega un supuesto más para la expedición de un precedente vinculante y este es: “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

⁵ Expediente N° 0024-2003-AI/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

amenaza latente para los derechos fundamentales”⁶. Sin embargo, el precedente citado anteriormente fue declarado sin efecto en el expediente, 04293-2012-PA/TC, caso consorcio requena, debido a que este último no cumplía con ninguno de los presupuestos establecidos primigeniamente en el caso Municipalidad Distrital de Lurín.

Cabe resaltar, que siempre y en todos los casos los jueces de menor jerarquía están obligados a seguir con el criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional en un precedente vinculante; solo el mismo tribunal puede apartarse de su criterio fijado exponiendo las razones por las cuales decide apartarse, todo esto en concordancia con el artículo VII del Código Procesal Constitucional, última parte.

1.1.2. Características.-

Los precedentes vinculantes tienen las siguientes características entre otras:

A) Predictibilidad de las Resoluciones: Lo cual significa que, los casos posteriores que se presenten luego de dictado el precedente vinculante, sean resueltos de la misma manera que en el precedente. Esto permite que los justiciables sepan de antemano el criterio y la decisión final del juzgador al momento de resolver el conflicto de intereses. Sin embargo, pueden existir caso que de acuerdo a las circunstancias, el proceso pueda ser resuelto con un criterio distinto al del precedente, pues los hechos que motivaron el precedente resultan ser sustancialmente distintos a los del caso en concreto.

⁶ Expediente N° 3741-2004-AA/TC, fundamento 41; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>

- B) Crear un Criterio Uniforme:** La dación de un precedente vinculante, permite que los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, resuelvan procesos similares en base a un criterio único, lo cual permite que los conflictos de intereses sean resueltos de manera más rápida. Sin embargo, el hecho de tener un criterio único para resolver procesos similares, no significa en todos los casos una decisión justa de acorde a derecho.
- C) Tiene efectos similares al de una ley:** Esto debido a que una vez que se expide un precedente vinculante, este tienen efectos sobre todos los justiciables y se tiene que aplicar siempre y en todos los casos en los que fuese pertinente. Al respecto, en el expediente 0024-200-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín, el tribunal señala que: “La regla 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”⁷.
- D) Puede tener efectos ex nunc o ex tunc:** En algunos casos el precedente vinculante tiene efectos irretroactivos (ex nunc), es decir que se aplica el precedente hacia futuro. Mientras que en otros casos puede tener efectos retroactivos (ex tunc), este tiene su razón en que el proceso constitucional tiene como finalidad reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho. Cabe recalcar que la dación de un precedente vinculante siempre se da bajo la prerrogativa del respeto a lo ya decidido con anterioridad, es decir, que ningún precedente vinculante puede variar o modificar aquello que ya haya sido

⁷ Expediente N° 0024-2003-AI/TC, Extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

resuelto, pues de modificarlo se estaría violentando el principio constitucional de Cosa Juzgada.

E) Finalmente, es una herramienta para realizar una reducción de la sobrecarga de trabajo del sistema judicial: Esto en razón a que tal como se explicó líneas arriba, el precedente pretende que los órganos jurisdiccionales resuelvan un mismo caso de la misma manera, facilitando de esta manera la exposición de motivos por los cuales un juez llega a una decisión, y permitiendo además que las partes sepan de antemano la decisión del juez.

1.1.3. Régimen legal.

En el Perú, el Precedente Vinculante Constitucional se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el cual señala que: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituye 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”⁸.

En cuanto a su regulación respecto de la dación de un precedente vinculante, no existe regulación alguna, sino que el mismo Tribunal Constitucional ha reglamentado este aspecto a través de jurisprudencia vinculante. Al respecto Calderón Sumarriva, señala que:” Al ser el Tribunal Constitucional el destinatario de crear precedentes vinculantes habría sido ideal que su regulación no la realice

⁸ Código Procesal Constitucional del Perú, Artículo VII, Jurista Editores, Tercera edición, pág. 61.

el mismo supremo interprete de la Constitución”⁹. Esto en razón a que hubiera sido bueno que otro organismo regule la dación de un precedente vinculante, a fin de limitar las funciones que ya cuenta el Tribunal Constitucional.

En fin, la regulación del precedente vinculante Constitucional se encuentra contenido principalmente en el expediente N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín. Existen otros casos en los cuales se regula el precedente constitucional, sin embargo la principal jurisprudencia que regula la presente materia, es la expuesta líneas arriba.

1.2. Sistemas Jurídicos.

Según el Gran diccionario de la lengua Española, un sistema jurídico es:” Un conjunto ordenado de normas o procedimientos que contribuyen a un fin o con que funciona o se hace funcionar una cosa”¹⁰. En otras palabras, un sistema jurídico vendría a ser el conjunto de normas y reglas por las cuales un país determinado realiza sus funciones a fin de satisfacer las necesidades de una sociedad. En el mundo existen principalmente dos sistemas: el Civil Law y el Common Law.

1.2.1. Civil Law.

1.2.1.1. Definición.-

El sistema jurídico del Civil Law es un modelo de administración de justicia que se basa sobre todo en la Ley como fuente de resolución de controversias,

⁹ Calderón Sumariva, A., Aguila Grados, G. and Castillo Arredondo, V. (2014). El Precedente Constitucional Vinculante y su Doctrina Jurisprudencial. Segunda Edición. Lima: San Marcos, p.39.

¹⁰ Sistema Jurídico. (2001). In: Gran Diccionario de la Lengua Española, Primera edición. Barcelona: SPES EDITORIAL S.L., p.1620.

asimismo es formal, y utiliza la figura del juez como sujeto que resuelve en definitiva el conflicto de intereses.

Ahora bien para Rudy Aguedo del Castillo “El Termino Civil Law deriva del ius civile, la cual señala que la ley es aplicada a todos los civiles o los ciudadanos. Sus orígenes y modelo se encuentran en la compilación monumental del derecho romano encargado por el emperador Justiniano en el siglo VI D.C”¹¹. Este modelo como es de verse tuvo su nacimiento en Roma para luego extenderse por toda Europa.

En el presente sistema se crearon Códigos que eran fuentes legislativas, los cuales proporcionaban soluciones y procedimientos para todas las situaciones que se presentasen.

En este sistema, los jueces están limitados a realizar interpretaciones de la ley, pues ya se contaba con un cuerpo legal determinado, en tal sentido las interpretaciones son realizadas por los juristas o los propios legisladores. Por otro lado tal como lo afirma Aguedo del Castillo el civil law tenía la característica de ser muy autoritario, y tal hecho iba en contra de la Libertad¹²; es decir tal sistema podía ser utilizado como un instrumento de opresión hacia los ciudadanos.

Sin embargo, este sistema ha ido cambiando a lo largo del tiempo, asumiendo características del Common Law, pues como se ha dicho líneas arriba, el juez en el Civil Law toma como punto de partida la Ley escrita y no las

¹¹ Aguedo del Castillo, Rudy Renzo (2014), La Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las Resoluciones Judiciales. Lima, pág. 31.

¹² Aguedo del Castillo, Rudy Renzo (2014), La Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las Resoluciones Judiciales. Lima, pág. 34.

interpretaciones realizadas por los juristas; pero con el paso del tiempo la figura del precedente en el Civil Law va apareciendo, es así que Luis Guilherme Marinoni señala que: “La ausencia del respeto a los precedentes está fundada en la falsa suposición, propia del Civil Law, de que la ley sería suficiente para garantizar la certeza y la seguridad jurídica”¹³. Y esta situación es causada por la sobrecarga procesal que vienen afrontando los juzgados regidos por el presente sistema, por lo que mientras que en el Comom Law la emisión de un precedente significa igualdad y predictibilidad, en el Civil Law significa economía procesal. Lo cual no quiere decir que este mal, sin embargo se comienza a variar los caracteres originarios del precedente. Al respecto señala Michele Taruffo: “Cuando se empieza a razonar en términos de economía del sistema, los valores originarios, no digo que se dejen de lado, pero se hacen menos importantes. La finalidad número uno, es reducir el número de los litigios, en general y en particular, es reducir el número de recursos de los tribunales supremos”¹⁴.

Como es de verse el civil Law está adoptando figuras que no le son propias, y esto por la necesidad de economizar su sistema, ahora el juez prohibido de realizar interpretaciones de la ley, pasó poco a poco a interpretarla, dejando de lado la ley escrita creada para resolver conflictos entre particulares.

Hay que tener en cuenta en todo momento que la figura del precedente no es una herramienta propia de este sistema, sino que ha sido adoptada por

¹³ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C. pág. 113.

¹⁴ Taruffo, M. (2017). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revistas.pucp.edu.pe*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>, acezado el 05 de abril del 2017.

necesidad, lo cual no significa que deba cumplir estrictamente con los caracteres del precedente originario. Todo esto en razón que a diferencia del Common Law, los jueces no están completamente obligados a seguir el criterio del superior, sino que por el contrario está obligado a seguir lo expuesto en la ley en primer lugar y luego si resulta necesario aplicara el precedente vinculante.

Bien, el civil law a lo largo del tiempo ha ido evolucionando, contando con dos subsistemas, uno Acusatorio Garantista, el cual ha sido adoptado por el sistema Judicial Peruano, en el cual el Juez no forma parte del proceso, sino que solo resuelve al final de este, en este caso nuestro sistema penal ha adoptado este subsistema; y uno Inquisitivo, en el cual el juez participa en el proceso, investigando, disponiendo de pruebas, dirigiendo el proceso y resolviendo la controversia, este subsistema ha sido adoptado por nuestro sistema civil.

Finalmente, el Perú es regido principalmente por el Civil Law, y digo principalmente pues se están adoptando características propias del Common Law. El sistema judicial peruano se rige por la ley escrita, un sistema de normas codificadas, sin embargo tratándose de procesos constitucionales se rige principalmente por el Common Law, lo cual genera desigualdad entre procesos, ya que por un lado, los procesos ordinarios se rigen por las leyes dadas por el Congreso y el Ejecutivo, en procesos Constitucionales básicamente se rige por los llamados precedentes vinculantes, y esto genera problemas si se tiene en cuenta que tanto las demandas constitucionales como las demandas ordinarias se ventilan en un principio en la misma sede judicial. Entonces podríamos decir que el Perú se encuentra regido por un sistema jurídico mixto.

1.2.1.2. Características.-

El Sistema Jurídico del Civil Law cuenta con las siguientes características:

- A) **Se rige por la Ley escrita:** El modelo jurídico del Civil Law se rige por la ley escrita, es decir que el derecho se crea en la ley, por lo que se puede decir que el juez en sus sentencias no crea derecho sino que aplica el derecho ya creado (ley) a un caso determinado.
- B) **Cuenta con un proceso escrito:** El proceso en este sistema es meramente escrito, todos los actos procesales son por escrito, la oralidad es una excepción.
- C) **La figura del precedente no es obligatorio:** Tal como se ha señalado en el acápite anterior, la figura del precedente no es propia del presente sistema, sino que es una herramienta adoptada por los jueces a fin de bajar la sobrecarga procesal y de otra parte economizar los procesos judiciales. Los jueces en el sistema del civil law únicamente deben respeto a la Ley, ellos no crean derecho. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha visto que los magistrados encuentran interpretaciones distintas a una misma ley, ocasionando decisiones desiguales para resolver un mismo caso, por lo que ante tal hecho se ha adoptado la figura del precedente a fin de solucionar el presente problema. Sin embargo al ser el precedente una figura externa al Civil Law, los jueces no están obligados completamente a seguir siempre el precedente implantado. Al respecto señala Luiz Guilherme Marinoni: “La seguridad jurídica, postulada en la tradición del Civil Law por la estricta aplicación de la ley, esta exige el sistema de precedentes establecido hace mucho tiempo para asegurar esa misma seguridad en el

ambiente del Common Law, en el que la posibilidad de decisiones diferentes para casos iguales nunca fue desconsiderada, y exactamente por eso, hizo surgir el principio inspirador del stare decisis, mediante el cual casos similares deben ser tratados del mismo modo”¹⁵. Y si bien tiene razón Guilherme Marinoni al decir que ante casos igual el juez debe tratarlos de manera igual, esto puede suceder, pero no en todos los casos, pues tal como lo dijo, siempre se presentan casos similares mas no iguales, y lo que el juez hace al momento de resolver una controversia es, primero valorar los hechos de manera independiente caso por caso y luego valorar las pruebas presentadas, por lo que pueden haber casos que a simple vista pueden resultar similares pero que luego de valorados los hechos el juez pueda llegar a una decisión distinta, en tal sentido no siempre queda obligado a seguir un precedente (o criterio del órgano superior), más aun si se tiene en cuenta que el juez solo está obligado a seguir la norma por estar sometido al sistema del Civil Law.

D) **Finalmente Edgar García Orué**, señala que el sistema judicial del civil Law se caracteriza por los siguientes principios:

- a. La solución de cada caso debe encontrarse en el Derecho Escrito.
- b. Los precedentes, a pesar de tener autoridad no son obligatorios.
- c. El tribunal debe mostrar que su decisión está basada en el derecho escrito y no únicamente en el precedente¹⁶.

¹⁵ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C., pág. 114.

¹⁶ Orue, (2017). El Common Law y el Civil Law. Es.slideshare.net. Disponible en: <https://es.slideshare.net/edgarjogarcia/el-common-law-y-el-civil>, accedido el 5 de abril del 2017.

Al respecto podemos indicar, que los jueces dentro de un modelo judicial de Civil Law deben ante todo respeto a la ley escrita, y por más que el sistema haya adoptado la herramienta del precedente, siempre el juez debe valorar los hechos caso por caso, y una vez que lo haya hecho, debe primar ante todo la ley en la motivación de sus decisiones judiciales.

1.2.2. Common Law.

1.2.2.1. Definición.-

El sistema jurídico del Common Law, es un modelo de administración de justicia que a diferencia del Civil Law, éste utiliza a la jurisprudencia y a la costumbre como base para la resolución de conflictos.

El Common Law tuvo sus orígenes en el derecho inglés en donde encontraban en la costumbre la mejor manera para resolver sus conflictos, y no solo esto, sino que administraban y legislaban en base a las experiencias vividas. Sin embargo con el paso del tiempo, este modelo tuvo cambios, pues ya no se resolvían conflictos en base a la costumbre, sino que se resolvía en base a lo ya decidido. Teresa Alvim Wambier, describiendo al Common Law señalaba que: “El derecho Ingles, cuna de todos los sistemas de common law que hoy existen en el mundo, nació y se desarrolló de un modo que nos parece que podría ser considerado natural: pues los casos iban surgiendo y se iban decidiendo. Cuando, posteriormente, surgían casos iguales o semejantes, aquella decisión tomada anteriormente era repetida para el nuevo caso”¹⁷. Al decir que el

¹⁷ Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho Themis, (Nº58), pág. 72.

Common Law se creó como algo natural, es lógico, pues el mismo pueblo utilizaba sus costumbres para así poder solucionar sus conflictos, sin la necesidad de recurrir a una ley o a algún reglamento, simplemente aplicaban lo ya decidido o lo que la mayoría de la población resolviese.

Como es de verse, este modelo de administración de justicia utiliza la figura del pueblo para decidir sobre algún asunto, no cuenta con la clásica figura del juez del Civil Law, quien decide, sino que la población crea sus propias soluciones y el juez únicamente interviene como un mediador, mas no como juzgador.

Ahora bien, es en este modelo donde se crea la figura del precedente, pues el pueblo comenzó a resolver ante casos iguales de la misma forma al caso anterior. Tal como lo indica Alvim Wambier, que “Hasta hoy, la idea de que casos iguales deben ser decididos de la misma forma es fundamental en toda la sistematización de los países del Common law, y de esa manera se pretende que sea preservada la igualdad. Siendo la jurisprudencia uniforme, estable, consistente, habrá además condiciones para que se cree predictibilidad, de forma que el ciudadano pueda planear su vida sin grandes sustos”¹⁸. Como es de verse, el Common law basa prácticamente sus decisiones en lo decidido previamente, con el fin de crear seguridad y tranquilidad en los ciudadanos, sin embargo, se presenta un problema cuando se piensa en que los casos jamás van a ser iguales, sino parecidos, y siendo parecidos la aplicación de una decisión anterior al caso actual puede convertirse en un error, pues siempre y en todos

¹⁸ Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho Themis, (N°58), pág. 72.

los casos hay que valorar los hechos de cada caso. Por otro lado, la figura del precedente en este modelo le fue bien, pero fue cambiando a lo largo del tiempo, pues comenzó a ocurrir lo ya indicado, las decisiones tomadas ya no eran acordes o útiles para resolver un caso concreto, por lo que aparecieron figuras tales como el overruling y el distinguishing, figuras que serán comentadas más adelante.

Siguiendo con el tema, Edward Dyer Cruzado parafraseando a Victoria Iturralde Sesma sobre las características del Common Law señala que:” este sistema se presenta como un conjunto de principios y practicas no escritas cuya autoridad no reside en una declaración singular y positiva a través de una explícita fuente de origen legislativo, en este sistema las cortes inferiores están obligadas a seguir las decisiones de las cortes superiores, es fundamentalmente practico y no teórico”¹⁹. En tal sentido podemos señalar, y redundando, que el sistema jurídico del Common Law se basa en la jurisprudencia y la costumbre como fuente primordial para la resolución de conflictos, es meramente oral y sin formalidades, en este caso es el pueblo quien cuenta con la decisión final para resolver un conflicto.

Bien, al ser el Common Law un sistema que se basa en la costumbre y la jurisprudencia, generalmente las leyes que se otorgan en los países que se rigen por el presente sistema son ambiguas, pues se espera que sea el juez quien de una interpretación a la ley, y al respecto señala Luiz Guilherme Marinoni al decir que el magistrado ingles tuvo una fundamental importancia en la consolidación del Common Law, pues era el juez quien hacia el derecho (Judge

¹⁹ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.100.

make Law), entonces el poder del juez era el de afirmar el Common Law, el cual se sobreponía al legislativo²⁰; por lo que podemos señalar que el juez es el que crea derecho y no la ley dada por el legislativo.

Sin embargo, el juez tiene un límite que es la Constitución, por lo que se dice que este sistema se basa en el respeto de la Constitución y a su vez a la persona humana. Tal como lo señala Katherine Alvarado Tapia: “En este sistema la fuente de creación jurídica mas importante es la jurisprudencia seguida de la ley. Ello debido al menor grado de desarrollo estatal que consolido la idea de que toda autoridad deriva del derecho y no del Estado. Esta idea se materializara en una constitución, que es la expresión de la soberanía popular”²¹. Entonces, los jueces si bien crean el derecho, por ningún motivo pueden apartarse de su Constitución, pues tal como se dijo este sistema es creado por el pueblo y la constitución es la expresión máxima del poder popular.

Finalmente, éste sistema jurídico cuenta con un principio denominado *stare decisis*, por el cual le impone a los magistrados de menor jerarquía la obligación de seguir las decisiones de sus superiores. Este tipo de sistema es mayormente utilizado por el derecho anglosajón, sin embargo a lo largo del tiempo se ha visto que diversos países han adoptado características tanto del sistema del Civil Law y Common law a fin de garantizar una correcta resolución de conflictos de intereses.

²⁰ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C., pág. 34.

²¹ Alvarado Tapia, K. (2009). “EL COMMON LAW Y LA FUNCION CONSTITUCIONAL”. Artículos Usat .blogspot.pe. Disponible en: <http://articulosusat.blogspot.pe/2009/08/el-common-law-y-la-funcion.html>, Acezado el 06 de abril 2017.



1.2.2.2. Características.-

El presente sistema jurídico cuenta con las siguientes características:

- A) Utiliza la jurisprudencia y la costumbre como base de su ordenamiento: Tal como se ha indicado líneas arriba, en el presente sistema es el propio juez el que crea derecho, pues este último es el que interpreta la ley creando derecho para resolver un caso determinado. Haciendo una pirámide de fuentes del derecho, podemos poner a la jurisprudencia en primer lugar, luego la costumbre y finalmente la ley. Sin embargo, se debe tener presente que éste sistema busca en todo momento el respeto a su constitución, pues es esta quien le da sentido a las decisiones jurisdiccionales, ya que se busca el respeto a la dignidad de la persona y su integridad.
- B) Utiliza como jurado al pueblo: en los países donde se aplica este sistema, los juicios que se llevan a cabo son públicos, en los cuales es un jurado que está conformado por integrantes de la población, y son estos quienes deciden el conflicto en cuestión. En este sistema al momento de llevarse el juicio, el juez interviene como mediador.
- C) Los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores (Stare decisis): tal como se ha señalado líneas arriba en este sistema es básico en la sistematización de este modelo jurídico, que los casos iguales sean tratados de la misma manera, pues de esta manera se asegura la igualdad de derecho entre las personas, una uniformidad en el criterio de los jueces y predictibilidad en las decisiones de los magistrados. Sin embargo, esta idea ha ido cambiando con el paso del tiempo, pues tal como se dijo, no existen casos iguales, cada

caso tiene sus particularidades que los hacen distintos unos de otros, por lo que no es factible tratar siempre un caso de manera idéntica a un caso precedente. Al respecto señala Michele Taruffo que: “En Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y solo si considera que aplicando el precedente llega a un conclusión que él piensa que es justa”²². En tal sentido, puede observarse que incluso en un país donde se rige estrictamente por el Common Law, el juez tiene la potestad de decidir si seguir el precedente o no (en otras palabras puede seguir el criterio del superior o aplicar su propio criterio); claro está que el juez en el caso de no aplicar el precedente porque considera que su decisión es injusta, debe explicar con razones suficientes el motivo de su apartamiento del criterio del superior.

D) Su finalidad es el respeto de la Constitución: este sistema gira en torno a la Constitución, pues es esta la manifestación última del pueblo, donde se establecen los principios básicos que resguarda la dignidad de la persona humana. Al respecto Alvarado Tapia señala: “En este sistema jurídico, se enfatiza que la finalidad suprema y ultima de la Constitución es la protección y defensa de la persona humana como un ser portador de dignidad”²³. Y es así, ya que la Constitución es la que le da sentido a las decisiones jurisdiccionales poniendo limites a los poderes otorgados a los

²² Taruffo, M. (2017). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revistas.pucp.edu.pe*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>, acezado el 06 de abril del 2017.

²³ Alvarado Tapia, K. (2009). “EL COMMON LAW Y LA FUNCION CONSTITUCIONAL”. *Articulos Usat .blogspot.pe*. Disponible en: <http://articulosusat.blogspot.pe/2009/08/el-common-law-y-la-funcion.html>, Acezado el 06 de abril 2017.

magistrados, ya que son ellos los que implantan el derecho y lo crean realizando interpretaciones plasmadas en sus resoluciones (precedentes).

1.3. El Prospective Overruling.

1.3.1. Definición.-

El overruling es una técnica propia del sistema jurídico del Common Law, el cual permite que el tribunal superior que dio a conocer un precedente vinculante, lo reforme o cambie el sentido de su precedente, estableciendo una nueva regla a seguir por los tribunales inferiores, es decir que reemplaza el precedente anterior con uno nuevo, que se ajuste más al ámbito actual del derecho.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha definido el Overruling en la sentencia N°3361-2004-AA/TC, caso Álvarez Guillen, de la siguiente manera: “La técnica del overruling permite cambiar un precedente en su ‘núcleo normativo’ aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (prospective overruling). Precisamente, la técnica del prospective overruling se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas”²⁴. Como es de verse, la técnica del overruling funciona además para corregir los errores que hubiera podido tener el anterior precedente, pues se debe tener en cuenta que el derecho es dinámico y se adecua a las circunstancias sociales en el que se desenvuelve, por lo que constantemente

²⁴ Sentencia N°3361-2004-AA/TC, caso Álvarez Guillen, fundamento 5; extraído de extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03361-2004-AA.html>.

se debe ir variando de criterio a fin de poder resolver de la mejor manera los conflictos de intereses que se presenten.

El Overruling cuenta con dos vertientes, por un lado el Retrospective Overruling y por otro lado el Prospective Overruling. En el primero de ellos se cambia el criterio del anterior precedente pudiendo aplicar el nuevo criterio al caso actual que se está debatiendo, y en el segundo de ellos se varia el criterio pero para futuro, es decir y tal como lo indico el Tribunal Constitucional, se pretende advertir a los ciudadanos de las nuevas reglas que se van a seguir en adelante, a fin de no perjudicar el derecho de las partes en el proceso donde se establece la nueva regla. Y respecto a Prospective Overruling el Tribunal Constitucional en su sentencia 05057-2013-AA/TC, señala: “Esta técnica ha permitido que la jurisprudencia no adquiera eficacia para el caso decidido, sino que opere para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido”²⁵.

Por otro lado, Thomas da Rosa Bustamante señala que: “Lo que diferencia el overruling y lo vuelve especialmente relevante, es que este no se refiere a un simple problema de aplicación del precedente judicial, sino va más allá de eso, ya que representa una abrogación de la propia norma adscrita aceptada como precedente”²⁶. Lo que quiere decir Thomas da Rosa, es que el Overruling a diferencia de otros mecanismos de apartamiento de un precedente, es que en este mecanismo, el propio tribunal deja sin efecto la regla que él mismo la tomo como cierta, vendría a ser una contradicción al criterio que primigeniamente propuso.

²⁵ Sentencia N° 05057-2013-AA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA%20Aclaracion.pdf>.

²⁶ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 398.

En este sentido, para realizar un overruling, y teniendo en cuenta que lo tienen que realizar el mismo tribunal que expidió el anterior precedente, las razones que justifican el cambio de criterio tienen que ser mucho más fuertes que las razones por las cuales se adoptó el criterio anterior, de lo contrario no habría razón que justifique el cambio de sentido del precedente, sino que se podría tomar como una decisión antojadiza del tribunal para cambiar las reglas adoptadas.

Ahora bien, la pregunta es ¿Cuándo se debe realizar un Overruling? pues como se ha dicho esta herramienta solo debe ser utilizada en casos excepcionales, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio del respeto al precedente vinculante y en consecuencia se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica. Entonces, se debe tener en claro que la aplicación de esta herramienta debe responder a ciertos factores que determinarán la necesidad de un cambio de criterio jurisprudencial. Al respecto, Luiz Guilherme Marinoni, señala que: “Un precedente esta en condición de ser revocado cuando deja de corresponder a los patrones de congruencia social y consistencia sistémica y, al mismo tiempo, a los valores que sustentan la estabilidad”²⁷. Entonces, un tribunal está en la potestad de variar su precedente, en el caso que el criterio establecido ya no es acorde con las circunstancias sociales o en todo caso en vez de favorecer a la resolución de conflictos de intereses, lo entorpece, hasta el punto de llegar a decisiones equivocadas o en todo caso injustas.

Por otro lado, Da rosa Bustamante señala que son varios factores por los cuales un juez puede reformar su precedente, estos factores constituyen variables que indican el grado de probabilidad para cambiar o eliminar un precedente, y dentro

²⁷ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C., pág. 447.

de las principales tenemos las siguientes: a) Mientras más frecuentes la corte haya tratado un precedente positivamente, menor oportunidad para que el precedente sea revocado; b) Mientras más frecuentemente la corte haya tratado un precedente negativamente, mayor la probabilidad para que el precedente sea revocado; c) Mientras más próximo al contexto político – ideológico estuviera el precedente, menor la oportunidad de ser revocado; y d) Un precedente tiene más oportunidades de ser revocado si la coalición que lo sustentó consistiera en una simple mayoría de juzgadores²⁸. Entonces, son muchas las circunstancias que pueden determinar el cambio de un precedente, sin embargo debemos tener en cuenta que todo depende del tribunal que expidió el precedente, pues no basta por ejemplo, que el precedente sea tratado negativamente (es decir que muchos jueces se hayan apartado del criterio) para que se tome la decisión de cambiarlo; por el contrario todo depende del tribunal, es este último quien tiene la última palabra en la decisión de revocarlo.

Ahora bien, en el Perú el Tribunal Constitucional, ha establecido en su Sentencia N°0024-2003-AI/TC, sobre los presupuestos básicos para el establecimiento de un nuevo precedente, que podrá hacerlo cuando se evidencie la necesidad de cambiar un precedente vinculante. Sin embargo, no establece quien determina esta necesidad ni cuando, por lo que tenemos que remitirnos a los factores antes indicados, pero el inconveniente sigue presente, es decir que sigue siendo el propio Tribunal quien tiene que decidir el cambio del precedente por más que el factor este probado. Entonces, lo único que podemos esperar es que el tribunal al momento de realizar un overruling, señale el precedente o la parte del precedente

²⁸ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 403.

que va a dejar sin efecto, las razones suficientes, y tal como se dijo líneas arriba razones más fuertes que las del precedente anterior, a fin de justificar la necesidad del cambio de criterio; claro está que al hacer un overruling el tribunal deberá expresar cual va a ser los fundamentos que se van a considerar como nuevo precedente a futuro.

Ahora bien, como se puede apreciar la herramienta del overruling resulta de mucha utilidad, pues el derecho no es estático, siempre está lleno de cambios que va de la mano al contexto político y social, por lo tanto no nos podemos estancar con un solo criterio para siempre, sino que este debe cambiar a fin de perfeccionar el precedente, o en todo caso cambiar el sentido de pensar para resolver conflictos de manera más justa. Y en este sentido, señala el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 3361-2004-AA/TC: “El argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique”²⁹. Claro está que esta herramienta resulta muy necesaria para el dinamismo del derecho, sin embargo importa mucha responsabilidad por parte de los magistrados que conforman el tribunal, pues hay que tener presente que son ellos mismos quienes se están apartando de su propio criterio que alguna vez lo tomaron como correcto y no solo eso sino que lo impusieron a los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía para que lo aplicasen sin objeción alguna. Por tales razones, el Overruling puede ser considerada un arma de doble filo, por lo que hay que tener razones muy justificantes para cambiar las reglas de juego, y que el cambio además represente un progreso y no retroceso, no se pueden aceptar

²⁹ Sentencia 3361-2004-AA/TC, extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03361-2004-AA.html>.

nuevas equivocaciones en un Overruling pues esto generaría una merma a la seguridad jurídica y al derecho de defensa de los particulares.

1.4. El Distinguishing.

1.4.1. Definición.-

En el punto anterior, se explicó una de las herramientas utilizadas por los magistrados a fin de apartarse de un precedente vinculante, una segunda herramienta es el llamado distinguishing, el cual en pocas palabras, el magistrado está en la potestad de apartarse del precedente, en el caso que los hechos que originaron el precedente son distintos a los hechos que el magistrado está analizando, es decir que el actual proceso que se viene discutiendo, sus hechos son diferentes a los hechos del precedente.

En este sentido Thomas Da Rosa Bustamante, señala lo siguiente: “El distinguishing, puede ser descrito como una judicial departure que se diferencia del overruling porque el apartamiento del precedente no implica su abandono, sino sólo su no aplicación en determinado caso concreto, sea por medio de la creación de una excepción a la norma adscrita establecida en la decisión judicial o de una interpretación restrictiva de esa misma norma, con el fin de excluir sus consecuencias para otros hechos no expresamente comprendidos en su hipótesis de incidencia”³⁰. Entonces, podemos apreciar que el distinguishing resulta ser una herramienta que dista mucho del overruling, pues en este caso no se trata de dejar sin efecto el precedente en cuestión, sino que por las circunstancias del caso

³⁰ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 479.

materia de análisis, el juez opta por un criterio diferente al del precedente, por la razón de que los hechos son distintos al precedente vinculante. Por otro lado, otra diferencia que cuenta esta herramienta es que ésta puede ser utilizada por cualquier magistrado, pues debemos recordar, tal como lo indicamos en el acápite anterior, el overruling solo puede ser aplicado por el mismo magistrado que dio origen el precedente, mientras que el distinguishing puede ser aplicado incluso por un magistrado jerárquicamente inferior al magistrado que produjo el precedente.

Por otro lado, de lo expuesto por Da Rosa Bustamante podemos distinguir que esta herramienta cuenta con dos vertientes, la primera de ellas cuando se da el reconocimiento de una excepción directa, la cual está justificada por las circunstancias especiales del caso en cuestión; y la segunda cuando se da el establecimiento de una excepción indirecta, en la que los hechos del caso actual son analizados como algo distinto al precedente donde se establece la regla judicial³¹. Entonces, la primera vertiente se da cuando en el caso presente se dan circunstancias especiales que lo distan de la aplicación del precedente, siendo estas circunstancias que la premisa normativa del precedente es distinto al caso actual; y la segunda es el caso más común, que se da cuando los hechos son distintos a los hechos que motivaron la expedición del precedente; sin embargo en ambos casos tienen el mismo objetivo, que el magistrado se aparte del criterio establecido por el precedente en cuestión.

Ahora bien, la herramienta del distinguishing resulta ser muy útil pero no en todos los casos, pues el juez está enmarcado en una gran responsabilidad cuando lo

³¹ Ibídem, pág. 480.

aplica, pues debe tener en cuenta que esta dejando de lado la aplicación de un precedente al cual se encuentra completamente obligado a seguirlo, por lo tanto necesita de razones suficientes para hacerlo. En este sentido, el magistrado para no aplicar el precedente no basta con decir que los hechos del actual caso son distintos, de ser así se vería enmarcado en responsabilidad civil y penal, entonces el juez debe señalar hechos relevantes los cuales deben ser distintos a los hechos también relevantes del precedente vinculante.

Todo esto tiene su razón en el los hechos del precedente se encuentran vinculados a la regla judicial que se estableció en su mismo proceso, por lo tanto si los hechos que justificaron la regla judicial son distintos al del caso actual, recién el magistrado podría considerar aplicar el *distinguishin*. Al respecto Luiz Guilherme Marinoni, señala: “Diferencias fácticas entre los casos, por tanto, no siempre son suficientes para concluir la inaplicabilidad de un precedente. Hechos no fundamentales o irrelevantes no tornan casos desiguales”³². Por lo que el magistrado al analizar el caso debe analizar los hechos fundamentales, es decir únicamente los hechos que sustentan el conflicto de intereses, y una vez determinado los hechos fundamentales podrá compararlos a los hechos fundamentales del precedente vinculantes.

Sin embargo, distinguir los hechos relevantes no es suficiente para aplicar el *distinguishing*, sino que el juez debe demostrar que tales hechos son realmente distintos, es decir hay una diferencia real y material; por otro lado debe justificar con razones suficientes que la decisión de apartarse es beneficioso para la resolución del conflicto, pues de no ser así, la aplicación del precedente sigue

³² Guilherme Marinoni, Luiz (2013). *Precedentes Obligatorios*. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C., pág. 376.

siendo obligatoria por más que se haya demostrado que los hechos relevantes son distintos, y es obligatoria en primer lugar porque el magistrado tiene la obligación legal de hacerlo bajo responsabilidad civil y penal, y en segundo lugar porque la aplicación de un precedente importa seguridad jurídica, y de no aplicarlo se estaría vulnerando este principio. En este sentido, opina de igual forma Guilherme Marinoni al decir lo siguiente: “La distinción fáctica debe revelar una justificación convincente, capaz de permitir el aislamiento del caso objeto de juicio al precedente”³³.

Bien, como se ha dicho la aplicación del distinguishing en un caso concreto, de ninguna manera quiere decir que un precedente está mal hecho o que la regla judicial impuesta está equivocada, únicamente se hace una distinción de caso “versus” precedente, en donde se determina la no aplicación del mismo, pues de aplicarlo se estaría perjudicando el derecho del peticionante, pero de ninguna manera implica una crítica al precedente. De otro lado, la aplicación de esta herramienta no implica que se deba cambiar al precedente o que se deba eliminar, esto corresponde al órgano que emitió el precedente, más no el magistrado que aplica el distinguishing. Sin embargo, tal como lo vimos en el capítulo anterior, la aplicación del distinguishing sobre un precedente de manera constante, constituye uno de los factores por los cuales el órgano superior (el que emitió el precedente en cuestión) deba considerar eliminar el precedente o en todo caso reformar la regla establecida, pues se presume que ésta ya o es útil en el contexto actual que se viene desarrollando. Lo cual nos podemos preguntar ¿El distinguishing sirve para obligar al órgano superior a que cambie o elimine el precedente vinculante? La respuesta es depende; pues como se ha dicho la aplicación de esta herramienta

³³ *Ibidem*, pág. 376 y 377.

representa una gran responsabilidad por lo que los magistrados de menor jerarquía no pueden aplicar esta técnica de manera antojadiza, pues de sus argumento puede entre verse que por puro capricho el magistrado desea un cambio del precedente, pero por otro lado si se presentase la situación que muchos magistrados aplicaron el distinguishing sobre un mismo precedente y de manera fundamentada, puede influir a que el órgano emisor del precedente cambie de criterio, sin embargo no están obligados a hacerlo, está en toda su potestad decidir el cambio o no.

En el Perú, esta herramienta recién está comenzando hacer utilizada, sin embargo siguen siendo escasos los procesos en los cuales se lo aplica, tal vez por el miedo que implica utilizarlo, pues requiere de una gran motivación que justifique su aplicación. Como por ejemplo, en la Sentencia 58-2014 de la Corte Superior de justicia de La Libertad, en el cual el magistrado realizando una motivación adecuada procede a utilizar el distinguishing, a fin de apartarse de la regla vinculante establecida en el precedente constitucional de nombre Huatuco Huatuco, bajo el argumento que los hechos que motivaron el caso bajo análisis no se enmarca dentro de los presupuestos establecidos como precedente vinculante, asimismo señala lo siguiente el magistrado Felix Ramírez Sánchez juez del juzgado mixto permanente del módulo básico de justicia de la Esperanza: “La técnica del precedente constitucional vinculante obliga al juez del caso concreto a contrastar entre el caso en conocimiento con aquel que dio lugar al precedente mismo, para verificar, si a nivel factico se dan supuestos de hecho idénticos u homólogos. De darse dicha similitud, obliga al juez del caso concreto la aplicación de la regla jurídica extraída del precedente vinculante (ratio decidendi); sin embargo de existir diferencias relevantes entre ambos casos, la solución debe darse al margen del precedente constitucional mismo, ello implica aplicar la regla

del distinguishing”³⁴. En tal sentido, el distinguishing, solo puede aplicarse una vez hecho el contraste entre los hechos (relevantes de cada caso). Finalmente, es de verse que los magistrados no están plenamente obligados a seguir el criterio establecido en el precedente, sino que cuentan con herramientas que les permite atendiendo a las circunstancias de cada caso, apartarse del precedente vinculante, claro está, que deben realizar una motivación adecuada que no viole la seguridad jurídica y sobre todo los derechos de las partes.

Como es de verse, incluso en los sistemas que se rigen por el principio Stare Decisis (obligación de seguir el precedente), sobre todo en el Common Law, los magistrados pueden apartarse de un precedente vinculante, por lo tanto en un país donde se rige por el Civil Law, con mayor razón el magistrado puede apartarse del precedente estableciendo su propio criterio, más aun si se tiene en cuenta que tanto la figura del precedente como del distinguishing, no son herramientas propias de este sistema.

³⁴ Sentencia 0058-2014, Corte Superior de Justicia de la Libertad; extraído del reposito de expedientes del Poder Judicial.

2. CAPITULO 2: EL APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES

2.1. Contenido de la Norma.

Referente a tema de Precedentes vinculantes tenemos que el artículo VII, del Título Preliminar, del Código Procesal Constitucional prescribe 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”³⁵. En un primer momento, el Código Procesal Constitucional proscribió al Tribunal Constitucional la potestad de emitir precedentes vinculantes, sin embargo no indica cómo ni cuándo puede emitir un precedente, dejando al libre albedrío de los integrantes del Tribunal, decidir en qué casos expedirán un precedente vinculante.

En el segundo párrafo del mismo artículo señala: “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”³⁶. Como es de verse, el Código no solo le da la potestad al tribunal para emitir precedentes vinculantes, sino que le da la potestad de apartarse de su propio precedente, y esta potestad es única, es decir solo el Tribunal es la única autoridad que tiene la decisión de apartamiento; sin embargo una vez más, no indica cómo ni cuándo puede apartarse de su precedente.

Entonces, al no estar completamente regulado la figura del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional, es el mismo Tribunal quien procede a regular la potestad que le ha sido impuesta, en su Sentencia N° 0024-2003-AI/TC,

³⁵ Código Procesal Constitucional del Perú, Artículo VII, Jurista Editores, Tercera edición, pág. 61.

³⁶ *Ibidem*.

donde desarrolla la figura del precedente vinculante Constitucional, y responde a las interrogantes de cómo y cuando el tribunal debe emitir un precedente vinculante señalando cinco supuestos: a) Cuando se acredite la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios, b) Cuando se estén realizando interpretaciones erróneas del bloque constitucional, c) Cuando se evidencie un vacío normativo, d) Cuando se evidencie la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y finalmente e) Cuando se evidencie la necesidad de cambiar un precedente vinculante³⁷. Sin embargo, no desarrolla como es que el Tribunal Constitucional puede apartarse de sus propios precedentes, sigue a su libre albedrío la decisión de apartarse de su propio precedente y cambiarlo cuando lo desee.

Edwar Dyer Cruzado señala que: “Aun cuando sea verdad que la Corte Suprema Norteamericana elige que casos admite para su resolución y cuáles no, con total discrecionalidad, no elige que casos son los que revisten del carácter de precedentes y cuáles no. Por lo tanto, dicha potestad otorgada a nuestro Tribunal Constitucional es un poder de discrecionalidad importante que incluso puede resultar violatorio del principio de igualdad ante el Derecho”³⁸. La potestad que se le dio al Tribunal Constitucional es inmensa, pues él puede decidir en todo momento las reglas judiciales que se van seguir sin tener ningún órgano que califique tales reglas, simplemente deben ser acatadas por todos los órganos jurisdiccionales sin mayor protesta. Y si bien Dyer Cruzado indica que dicha potestad viola el principio de

³⁷ Sentencia N°024-2003-AI/TC, Tribunal Constitucional; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

³⁸ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.239.

igualdad ante el derecho, más bien se estaría violando el principio constitucional de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sin embargo, lo que está claro es que los precedentes constitucionales vinculantes no pueden ser refutados por ningún órgano jurisdiccional, únicamente pueden ser aplicados de manera obligatoria tanto por los ciudadanos como las autoridades, y así lo ha dispuesto en su Sentencia N°01506-2006-PC/TC al señalar: “El efecto vinculante constituye una característica del precedente por la cual ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse al cumplimiento obligatorio de este. La regla que el Tribunal Constitucional externalizada como precedente es una **imposición** para todos...”³⁹. Tal es así, que la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal son tan poderosos como los de una Ley, pues nadie puede apartarse de los mismos, sino que más bien deben aplicarlos siempre en todos los casos.

Ahora bien, la figura del precedente como herramienta tiene dos tipos de fuerzas vinculantes, una absoluta y otra relativa. La primera de ellas implica que los magistrados deben acatar la regla judicial de manera obligatoria sin objeción alguna, y la segunda, permite al magistrado decidir si va aplicar el precedente al caso concreto o no; estas dos fuerzas vinculantes tienen lugar en el sistema jurídico del Common Law.

Al respecto Luis Castillo Cordova señala: “Teóricamente el grado de vinculación podrá variar entre una vinculación fuerte o absoluta y otra débil o relativa. La primera significará que los distintos operadores jurídicos no podrán actuar al margen de la interpretación que de la Constitución formule el Tribunal Constitucional: siempre y

³⁹ Sentencia N°01506-2006-PC/TC. F.J.4; Código Procesal Constitucional del Perú, Artículo VII, Jurista Editores, Tercera edición, pág. 65.

en todo caso la han de seguir; mientras que la segunda permitirá un apartamiento de la misma”⁴⁰. Claro está que en el segundo tipo de vinculación, el magistrado tendrá que argumentar de manera suficiente por qué razón se está apartando del precedente y su decisión es completamente válida en el sistema judicial del Common Law. Sin embargo, en el Perú es de verse que nadie puede apartarse de lo indicado por el Tribunal Constitucional, lo cual nos hace inferir que todos sus precedentes tienen una fuerza vinculativa absoluta, y esto es un serio problema, pues si bien se le dio la potestad al Tribunal Constitucional de emitir precedentes, este no puede obligar a los magistrados inferiores e incluso a los magistrados de la Corte Suprema, aplicar sus precedentes siempre y en todo momento, pues cada magistrado atendiendo las circunstancias del caso resolverá de acuerdo a derecho y en el sentido más justo.

Pero a pesar de lo indicado, siguen siendo los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal absolutos en teoría, pues este último como supremo intérprete de la constitución puede establecer las reglas judiciales cuando lo considere conveniente, no habiendo la posibilidad que los magistrados del Poder Judicial refuten sus argumentos, sin embargo, tal como lo veremos más adelante, los magistrados del Poder Judicial tienen aún la potestad de establecer su propio criterio a pesar de que exista un precedente vinculante.

2.2. Apartamiento de precedentes vinculantes en procesos Constitucionales.-

Tal como se indicó en el acápite anterior, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, únicamente le ha dado potestad al Tribunal Constitucional de apartarse de sus propios precedentes. En este sentido, el Tribunal

⁴⁰ Castillo Cordova, Luis (2008). La jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Reposito Institucional Piura, de la Universidad de Piura, pág. 8.

Constitucional también lo ha dejado por sentado que los jueces en ningún caso pueden apartarse de los precedentes vinculantes emitidos, y lo podemos observar en la sentencia N°4119-2005-PA/TC, en la cual señala lo siguiente: “El artículo VI y VII del Código Procesal Constitucional establece que los jueces deben seguir los criterios interpretativos sentados por el Tribunal. (...) En este sentido cuando el tribunal declara que interpretación o interpretaciones son constitucionales y cuáles no, su decisión vinculara a todos los jueces y tribunales, y en la práctica tendrán efecto erga omnes”⁴¹. Lo cual a mi consideración resulta un criterio equivocado, pues si bien las interpretaciones que realiza el Tribunal Constitucional en sus precedentes vinculantes lo hace con el fin de asegurar la soberanía de la constitución y la defensa de los derechos fundamentales contenidos en ella, hay algunos criterios jurisprudenciales que con el paso del tiempo se van volviendo obsoletos, ya que el derecho es dinámico, por lo tanto, siempre se presenta circunstancias en las cuales el juez cuenta con razones suficientes para apartarse de un precedente, a fin de asegurar el derecho de las partes en el proceso. Debemos tener en cuenta que el Juez es la autoridad encargada de evaluar los hechos que se le presenten en las causas que tiene que resolver, por lo tanto cada proceso tiene sus propias características, y por esta razón no puede de manera mecanizada aplicar precedentes, ya que al realizar eso no estaría impartiendo justicia sino únicamente estaría resolviendo conflictos de intereses sin importar el derecho de defensa que cuenta cada parte.

La medida adoptada por el Tribunal Constitucional (nadie puede apartarse de sus precedentes vinculantes) puede tener un riesgo en los procesos seguidos en el Poder Judicial. En este sentido Dyer Cruzado señala que: “No se puede negar, sin embargo,

⁴¹ Sentencia N°4119-2005-PA/TC. F.J. 18, Código Procesal Constitucional del Perú, Artículo VII, Jurista Editores, Tercera edición, pág. 62.

que mediante la figura del precedente se introduce un nuevo riesgo en el sistema legal, el riesgo de que el juez ordinario quede atado a una decisión errada⁴². Lo cual puede suceder en cualquier momento, pues los miembros del tribunal pueden tener equivocaciones, y el hecho de imponer un criterio equivocado a un magistrado del Poder Judicial, puede significar graves consecuencias tanto para las partes en el proceso como para la seguridad jurídica del país. Ante tal hecho (criterio equivocado en el precedente), corresponde a los magistrados ordinarios imponer su propio criterio, claro está que deberán determinar la razones suficientes por las cuales se apartan del precedente, lo cual no significa un abandono del precedente, pues solo se apartan de un caso determinado, es decir como una medida excepcional.

Ahora bien, resulta adecuado hacer una diferencia de lo que es jurisprudencia constitucional y lo que es un precedente vinculante. El primero de ellos resulta ser todo tipo de resolución final que expide el Tribunal Constitucional, en la cual no se ha fijado expresamente en sus líneas que se trata de un precedente vinculante. Mientras que un precedente vinculante, de acuerdo al artículo VII del Código Procesal Constitucional, es aquella sentencia expedida por el Tribunal en la cual se haya fijado expresamente que se trata de un precedente vinculante. Respecto del primero, los magistrados ordinarios no están obligados a seguir el criterio plasmado en aquella jurisprudencia, es decir puede servir como una guía a fin de que ayude al magistrado a motivar su fallo. Mientras que en el segundo caso (precedente vinculante) el tribunal impone su criterio en todos los casos similares, sin importar las características que tengan cada caso, el magistrado únicamente aplica el precedente y se acaba el proceso sin mayor razonamiento. Lo cual a mi parecer es

⁴² Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.248.

equivocado, pues como un magistrado llamado a impartir justicia a nombre del estado, puede reducir sus funciones a ser un simple aplicador de precedentes sin tener que hacer ningún tipo de razonamiento ni valoración.

Juan Monroy Gálvez señala: “El así llamado precedente vinculante se ha convertido en el instrumento por el cual el TC no sólo consolida sus ideas jurídicas como las guías maestras de lo que debe ser el derecho nacional, sino también, en tanto fuese necesario, es el instrumento que permite declarar la ineficacia de todos aquellos escarceos jurídicos hechos por jueces inferiores —o sea, por cualquier juez, incluida la Corte Suprema— que pretendieran desobedecer las líneas de conducta trazadas por el TC”⁴³. Lo cual es cierto, pues el Tribunal Constitucional lo que pretende es una imposición obligatoria de un criterio ya sea equivocado o no (pues se tiene en cuenta que los miembros del Tribunal son personas como cualquier juez de la República que pueden cometer errores), siendo que dicha imposición no se acepta ni siquiera donde la figura del precedente es propia (países donde se rige por el Common Law). Todo juez tiene derecho a aplicar a un caso concreto su propio criterio, pues el magistrado ante todo debe aplicar justicia, y por tal motivo no puede aplicar un precedente sin merituar antes las circunstancias particulares de cada caso.

En los últimos años, todavía no se presenta el caso que un magistrado dentro de un proceso constitucional decida apartarse de un precedente, tal vez por el miedo de recibir una sanción, sin embargo en procesos en los cuales se sigue ante el Poder Judicial hasta la última instancia, se ha visto que se viene aplicando la técnica del distinguishing a fin de apartarse del contenido del precedente vinculante, decisión que toma el magistrado para asegurar el derecho de la parte reclamante, en tal sentido

⁴³ Monroy Gálvez, Juan (2008), Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Lima, pág. 15.

es de verse que el precedente vinculante constitucional pierde su valor impositivo en otra sede diferente al del Tribunal.

Entonces, el apartamiento de precedentes vinculantes en procesos constitucionales en teoría no se puede, y digo en teoría pues teóricamente los jueces de primera y segunda instancias puede ante determinadas circunstancias apartarse del criterio considerado como precedente vinculante. Y esto es así ya que el artículo 146 de la Constitución señala: “El estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la Ley”⁴⁴. Y esto es así pues el Perú sigue siendo un país regido por el Civil Law, por más que tratándose de procesos constitucionales se haya impuesto el precedente como fuente primaria de derecho. Entonces si el estado garantiza la independencia de cada magistrado de la república, como es posible que el Tribunal Constitucional imponga a todo el Poder judicial y autoridades a seguir sus criterios. Los magistrados peruanos tienen total independencia de criterio, solo obedecen a la ley y la constitución y por tanto si bien el precedente es una figura adoptada por nuestro sistema judicial, esto no significa que dejen de someterse a la constitución y la Ley, pueden resolver una causa con su propio criterio en un proceso constitucional, apartándose de un precedente vinculante, realizando una motivación razonada, principista y doctrinaria de su apartamiento.

2.3. Apartamiento de precedentes vinculantes en otros tipos de procesos.-

Ahora bien, en el acápite anterior, señalamos que los magistrados en un proceso constitucional pueden apartarse de un precedente vinculante puesto que están resguardados por el principio de independencia contenido en la Constitución. Ahora la

⁴⁴ Artículo 146, Constitución Política del Perú, Jurista editores.

pregunta es ¿puede un magistrado apartarse de un precedente vinculante en un proceso que su materia no es constitucional? La respuesta es sí.

De acuerdo al artículo 22 de la Ley orgánica del Poder Judicial, respecto al carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, señala lo siguiente: “En caso por excepción decidan apartarse de dicho criterio están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que lo invocan”⁴⁵. Entonces, la ley orgánica del poder judicial faculta a los magistrados que trabajen en sus sedes a apartarse del criterio jurisprudencial establecido, claro está que es una medida excepcional por la cual tendrán que indicar las razones de su apartamiento. Y teniendo en cuenta que los procesos constitucionales inician en las sedes del Poder Judicial, con magistrados propios del Poder Judicial, es factible que un magistrado en otro proceso que no sea constitucional se aparte de un precedente vinculante sin ningún problema.

Ahora bien, el problema se presenta cuando el tribunal indica que sus precedentes de carácter obligatorio tienen que ser aplicados si o si por todos los magistrados del Poder Judicial, incluso los Tribunales Supremos. Entonces qué pasa cuando tanto la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han fijado jurisprudencia de observancia obligatoria respecto a algún precepto constitucional. Tal como lo indica Dyer Cruzado:” Quiere decir que en los casos en los cuales las resoluciones del Poder Judicial queden firmes, se habrá formado jurisprudencia en materia de derechos fundamentales desarrollada por el Poder Judicial. Mientras que en los casos en los que las acciones de amparo lleguen al Tribunal Constitucional, será este órgano el encargado de resolver los casos y desarrollar jurisprudencia constitucional en materia

⁴⁵ Artículo 22, Ley Orgánica del Poder Judicial.

de derechos fundamentales”⁴⁶. Entonces en estos casos el magistrado se encuentra en una encrucijada, tiene que decidir cual criterio va a seguir. Existe una postura que señala que ante tales casos el magistrado deberá seguir la postura del su órgano jerárquico superior de acuerdo a la materia del caso que va resolver, es decir, y a manera de ejemplo, si se encuentra resolviendo un proceso civil tendrá que seguir el criterio jurisprudencia de la Sala Suprema Civil, pero si se encuentra resolviendo un proceso de amparo tendrá que seguir el criterio del Tribunal Constitucional. En tal sentido, en los procesos que no son de materia constitucional un magistrado no se encuentra plenamente obligado a seguir el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, claro está que bajo el principio de seguridad jurídica y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional es el supremo interprete de la Constitución, tendrá que seguir su criterio salvo que de aplicarlo perjudique el derecho de alguna de las partes, y ante tal caso tendrá que aplicar el criterio que más se ajuste a derecho.

Por otro lado, la Corte suprema ha señalado en la Sentencia 0019-2009 lo siguiente: “La Corte Suprema tiene competencia para fijar principios jurisprudenciales. Sin embargo, si bien estos son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, por excepción, los jueces y magistrados pueden apartarse de dicho criterio, para lo cual están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”⁴⁷. Dicha sentencia indica que por más que la Corte Suprema emita un precedente de observancia obligatorio, esto no significa que es el criterio correcto sino que es un criterio que se emite a fin de uniformizar la jurisprudencia en el país, mas no indica que el criterio impuesto sea el mejor o que esté completamente

⁴⁶ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.241.

⁴⁷ Sentencia 0019-2009, del 21 de marzo del 2011, extraído del Reposito de Sentencias del Poder Judicial.

correcto, por tal motivo es que se le da a los magistrados de jerarquía inferior la potestad de apartarse solucionando el conflicto de intereses de la mejor manera.

Recapitulando, tratándose de procesos distintos al constitucional, los magistrados se encuentran plenamente facultados de apartarse de un precedente vinculante atendiendo a las circunstancias de cada caso. No quiero decir que el precedente vinculante deba ser desobedecido en todo momento, al contrario, al ser vinculante es de obligatorio cumplimiento que el magistrado lo tenga presente al momento de resolver, siempre y cuando no altere el derecho de las partes en el proceso. El juez merituará de acuerdo a los hechos del caso, medios probatorios y las defensas realizadas por las partes si el precedente es la mejor opción para resolver el conflicto de intereses, pues tal como lo indique líneas arriba, el juez no puede ser un simple aplicador de precedente, sino que debe ser un ente que imparte justicia entre los ciudadanos.

Por otro lado, en materia administrativa, el artículo 37 del T.U.O. de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, señala en su segundo párrafo:” Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente”⁴⁸. En tal sentido, es de verse que tanto en los procesos civiles como contenciosos administrativos los magistrados pueden apartarse de un precedente, sin embargo esta es una medida excepcional, pues claro está que no todos los casos ameritan un apartamiento del precedente, solo determinados casos y que tal apartamiento sirva para poder llegar a una decisión justa.

⁴⁸ Artículo 37, T.U.O. de la Ley N°27584.

En materia laboral, el juez también tiene la facultad de apartarse de un precedente vinculante, y en los últimos años los jueces laborales han utilizado la técnica del *distinguishing* para desvincularse del criterio establecido por el Tribunal Constitucional, tal como lo podemos apreciar en las sentencias 0058-2014-La Libertad y en el expediente N° 27013-2013 de Lima, en donde los magistrados aplicando la técnica antedicha resuelven apartarse del precedente vinculante denominado Huatuco Huatuco, puesto que los hechos relevantes del caso en cuestión no se vinculan con los hechos que dieron origen al precedente. Esto constituye una razón más por las cuales el precedente vinculante, no puede ser absoluto, pues de ser así el juez estaría perdiendo su potestad para administrar justicia, pues siempre estaría vinculado al criterio del Tribunal Constitucional, criterio que por cierto no siempre es correcto. El hecho que sea un precedente vinculante no significa que sea correcto, pues sigue siendo un criterio que puede contener errores como cualquier sentencia de un magistrado de jerarquía inferior.

En tal sentido y teniendo en cuenta lo señalado líneas arriba, en otros tipos de procesos que no son de materia constitucional, la ley faculta al magistrado para apartarse del precedente vinculante solo en ciertas circunstancias, imponiéndole la obligación de motivar con razones adecuadas su decisión de apartamiento. Por otro lado, el apartamiento de precedentes vinculantes es una medida excepcional, no en todos los casos un juez puede decidir apartarse de un precedente, pues de ser así atentaría contra la seguridad jurídica y el debido proceso. Sin embargo, la vinculatoriedad del precedente vinculante constitucional no puede ser absoluta, ya que se estaría atentando contra el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, principio que es resguardado por la constitución en su artículo 139. Por otro lado tampoco puede ser absoluto, ya que se estaría condenando al juez

a ser un simple aplicador de precedentes donde no existe ningún grado de razonamiento al resolver un conflicto de intereses, siempre el juez debe tener presente el principio de justicia al resolver una causa.

2.4. El Criterio doctrinario respecto del Apartamiento de Precedentes Vinculantes.-

Respecto del apartamiento de precedentes vinculantes, la doctrina se encuentra dividida en dos, unos que apoyan la idea que el precedente es una institución que debe ser seguida por todos los órganos jurisdiccionales siempre, y otros apoyan la idea que el precedente si bien es una figura útil para la tramitación de procesos, no debe ser seguida siempre por un magistrado. Entonces en este punto citare algunos autores contrastando su posición respecto de la mía.

Luiz Guilherme Marinoni, apoyando la postura que los precedentes deben ser aplicados en todos los casos, señala: “Poco debe importar para el sistema si el juez tiene alguna posición personal acerca de alguna cuestión de derecho, que difiera de los tribunales superiores. Lo que realmente debe tener significado es la contradicción del juez al decidir cuestiones iguales de forma diferente o decidir de forma distinta a la del tribunal que le es superior”⁴⁹. Bien, en primer lugar, coincido en que para resolver una cuestión donde exista un precedente y que es aplicable al caso, poco debe importar el criterio personal del magistrado, sin embargo tal como lo indiqué, el precedente debe ser aplicable al caso y necesario para la resolución del conflicto de intereses. Por otro lado no coincido en la opinión que siempre el magistrado debe aplicar el criterio del precedente en casos “iguales”, ya que no existen casos iguales, siempre cada caso tiene sus propias particularidades que no se pueden dejar de lado

⁴⁹ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C., pág. 70.

por el magistrado, pues este tiene el deber de valorar los hechos de cada caso de manera independiente antes de decidir aplicar un precedente vinculante; tampoco comparto la posición de que los jueces de menor jerarquía no pueden en ningún caso decidir en forma contraria al criterio del superior, de hecho lo pueden hacer siempre que sea necesario para llegar a una conclusión que no perjudique el derecho de las partes en el proceso. El hecho de que exista un precedente vinculante, de ningún modo debe significar que el juez deba dejar de lado el derecho de defensa de ambas partes y aplicar simplemente el precedente sin importar que su decisión sea justa o no.

Más adelante, Guilherme Marinoni defendiendo la institución del precedente señala: “Resáltese que la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho es un requisito indispensable al Estado de Derecho”⁵⁰. Sin embargo, no trato de decir que el precedente vinculante sea una institución mala, estoy de acuerdo que en el sistema judicial debe existir una uniformidad de criterio que permita a los ciudadanos anticipar en cierto grado la decisión final, y digo en cierto grado, pues si el ciudadano de ante mano ya sabe lo que va a decidir el juez en su decisión final cuando exista un precedente, ni si quiera resultaría necesario que presente su defensa por escrito, pues se valdría de la institución del precedente, es más y siendo exagerados, ni siquiera tendría que haber un proceso común (un proceso que este separado por etapas procesales que permita garantizar un debido proceso), ya que simplemente el juez se limitaría a aplicar el precedente y listo, terminaría con una sentencia sin valoración de hechos por la existencia de un precedente, lo cual a mi consideración no es justo,

⁵⁰ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C., pág. 139.

ya que el juez es una autoridad nombrada por el estado para impartir justicia y no para aplicar precedentes vinculantes en todo momento.

José Antonio Rivera Santivañes, también defendiendo el precedente vinculante señala: “El respeto al precedente obligatorio cumple una función esencial en la aplicación del ordenamiento jurídico del Estado, incluso en aquellos que tienen sistemas de Derecho legislado. En efecto, cabe señalar que el respeto al precedente por parte del propio Juez o Tribunal, así como por los demás jueces y tribunales inferiores, cumple funciones esenciales en un Estado Democrático de Derecho”⁵¹. Coincido completamente que siempre se debe respetar un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional. Donde no coincido es en el hecho que siempre se deba aplicarlo en todos los casos. El juez debe valorar primero las posiciones de ambas partes y los medios de prueba que hayan presentado, y una vez valorado estos dos aspectos, decidirá si es conveniente aplicar el precedente. No trato de decir que siempre debe abandonar el precedente e imponer su propio criterio, sino que en ciertas circunstancias y realizando una motivación adecuada el magistrado podrá apartarse solo y únicamente si es necesario para arribar a una decisión justa. Por otro lado, el mismo autor señala que la figura del precedente vinculante es importante pues ayuda a preservar la seguridad jurídica, protege los derechos fundamentales, brinda decisiones previsibles e igualdad entre los ciudadanos y ejerce un control de la actividad judicial⁵². De igual manera, considero que el precedente vinculante resulta ser una institución de mucha utilidad, pues trata de asegurar que los jueces opten en sus decisiones judiciales un criterio que posiblemente es correcto. Lo

⁵¹ Rivera Santivañes, José Antonio (s.f.). Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Recuperado: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/AIJC.009.016.pdf>. Accedido el 11 de abril de 2017

⁵² Ibídem.

que no estoy de acuerdo es la imposición que hace el Tribunal Constitucional para que todos los magistrados del Poder Judicial incluidos los magistrados de la Corte Suprema apliquen sus precedentes sin tener la opción de razonar sus decisiones. Un sistema mecanizado de aplicación de precedentes no es buena en ningún sistema jurídico, pues el criterio establecido en el precedente puede ser o no el correcto, por lo tanto los jueces deben tener la opción de decidir con su propio criterio solo cuando el contexto del caso lo necesite.

Los precedentes vinculantes deben servir como un parámetro por el cual el juez se puede valer para motivar sus decisiones, pero no puede significar que la aplicación del precedente sea la única motivación de la decisión judicial. También se tiene que valorar todas las características que cuenta cada caso, y realizar una motivación que permita hacer ver al ciudadano que la decisión que optó el juez es la más justa, y no que la decisión que tomó el juez es fruto de la aplicación de un precedente, justa o no justa.

Ahora bien, Teresa Arruda Alvim Wambier en la misma posición de los dos anteriores autores señala: “Tenemos la convicción de que la sistemática falta de respeto a los precedentes compromete el Estado de Derecho, en la medida en que las cosas pasan a ocurrir como si hubiese varias “leyes” para regir la misma conducta: un clima de completa inestabilidad y ausencia absoluta de predictibilidad”⁵³. El apartamiento no es una falta de respeto al precedente vinculante, pues no se trata de que el juez siempre deba apartarse de un precedente o que el juez siempre está en la potestad de apartarse, deben existir parámetros por lo cual el juez pueda apartarse de

⁵³ Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho Themis, (Nº58), pág. 77.

un precedente sin afectar la seguridad jurídica. Solo cumpliendo tales parámetros o requisitos si se los quiere llamar, podrá el juez tomar la decisión de apartamiento, pero mientras no se cumpla tales requisitos no podrá, tendrá que seguir el criterio del precedente vinculante. Ahora bien, a mi consideración estaríamos haciendo más daño a la seguridad jurídica si les impusiéramos a todos los magistrados que sigan obligatoriamente un criterio, criterio que por cierto no se sabe si es el correcto o no, ya que el hecho que el Tribunal Constitucional haya optado por un criterio no quiere decir por ningún motivo que sea el correcto. Y estaríamos haciendo daño a la seguridad jurídica, pues no se sabría si las decisiones de los jueces en determinados casos son justas o no, pues la base de la motivación de sus decisiones sería un precedente vinculante.

Por otro lado, entiendo lo que la autora quiere decir con que si no se respetasen los precedentes las cosas comenzarán a ocurrir como si hubieran varias leyes, pues lo que nos trata de decir es que si no hubiese la figura del precedente todos los magistrados darían una interpretación diferente de la misma norma, haciendo parecer que se trata de varias leyes cuando en realidad solo es una. Sin embargo, soy de la opinión y tal como lo indique líneas arriba, no se trata que se deba abandonar por completo el precedente vinculante, únicamente digo que en determinados casos las particularidades de la causa hace que se deba optar por un criterio diferente, lo cual no significa que se vaya a cambiar el precedente vinculante ni menos que se vaya a eliminar, ni que el magistrado nunca más vaya a aplicar el precedente vinculante, sino que se cambia de criterio a fin de obtener una decisión que vaya acorde con el derecho reclamado en un determinado caso, no en todos.

También la autora señala lo siguiente: “Evidentemente esta libertad no puede ser entendida como siendo una libertad para que cada juez adapte el Derecho al caso

concreto a su manera personal”⁵⁴. Y estoy en total acuerdo. El apartamiento de un precedente no debe ser tomada como una manera para que el juez imponga su criterio de manera caprichosa cuando le de la gana, sino que debe ser entendida como una herramienta por la cual el juez puede llegar a una decisión más justa. Y recalcando lo dicho líneas arriba, deberá motivar adecuadamente su decisión de apartamiento.

Alexander Rioja Bermúdez señala: ” De esta manera los jueces del Poder Judicial no se encuentran totalmente vinculados a las resoluciones que expida la Corte Suprema, pues existe la posibilidad de apartamiento de la misma, ello no es factible cuando estas si generan una vinculación absoluta”⁵⁵. Al respecto, el hecho que los magistrados puedan apartarse de un precedente judicial emitido por la Corte Suprema, no indica que siempre lo harán, ni que los precedentes de la Corte Suprema tienen menor valor en el sistema jurídico, sino que un juez está obligado resolver conflictos de intereses obedeciendo a la Ley y la Constitución (artículo 146 de la Constitución), y el hecho que se haya impuesto un precedente judicial no quiere decir que siempre sea correcto aplicarlo para solucionar el conflicto de intereses, el magistrado valorando los hechos, las pruebas y la ley decidirá respecto del fondo de la controversia, siendo que si existiese un precedente que ayude a motivar la decisión del juez lo aplicara, siempre y cuando su decisión no afecte otros derechos.

Por otro lado, respecto del absolutismo de los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional, soy de la opinión que no pueden ser absolutos, pues si lo fuesen ni si quiera debió existir la potestad establecida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, pues dicho artículo le da la facultad a los miembros del Tribunal de apartase de sus propios precedentes, sin embargo no

⁵⁴ Ibídem, pág. 78.

⁵⁵ Bermúdez Rioja, Aexander (2016), El Precedente vinculante, Jurista editores, Lima, pág. 779.

indica que se apartan para cambiarlo o eliminarlo, solo les da la facultad de apartarse, pero siendo absolutos sus precedentes no podrían apartarse, pues ellos también estarían obligados a seguir sus propias reglas siempre y en todo momento.

Está claro que se estarían contradiciendo al decir que sus precedentes vinculantes son absolutos pero para los miembros del tribunal no. Ahora bien, un precedente no puede ser absoluto, ni siquiera lo es en los estados que se rige por el principio del *Stare Decisis* (Common Law), pues en un sistema judicial siempre debe primar el criterio de justicia ante todo.

Cambiando de criterio, comencare a mencionar a juristas que son de la opinión que los magistrados si tienen la facultad de apartarse de un precedente vinculante. Por un lado tenemos que Edwar Dyer Cruzado, quien señala: “El Tribunal Constitucional ya no solo ha decidido guiar de la mano al juez, sino que ahora ha decidido entregarle los alimentos casi masticados, totalmente disueltos en una masa en la que se hace casi imposible distinguir las verdaderas razones justificantes. Aun cuando no resulte imposible dicho ejercicio, resultara ocioso e inútil”⁵⁶. Y es la verdad, pues lo que pretende el Tribunal Constitucional con sus precedentes “absolutos”, es realizar el trabajo del juez a un cincuenta por ciento, pues se estaría reduciendo las funciones del magistrado a simplemente aplicar el precedente y listo, entonces en los procesos constitucionales, la parte demandante deberá verificar primeramente si existe precedente o no, pues si existe no tendrá necesidad de colocar argumentos válidos para que el magistrado declare fundada su demanda, únicamente tendría que citar el precedente, y ni siquiera eso, pues el juez conoce de derecho, entonces la demanda

⁵⁶ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.241.

vendría a ser un simple formalismo al igual que las etapas procesales, pues se aplicara el precedente y fin del proceso.

Por otro lado también tienen razón al decir que dicho ejercicio resultará en ocioso e inútil, pues los jueces dejarían de hacer su trabajo, es más podrían encomendarlo a un auxiliar jurisdiccional para que en todos los procesos en donde exista un precedente únicamente lo aplique y expida sin mayor razonamiento la sentencia, haciendo ocioso e inútil la función jurisdiccional. Dejaría el juez de primera y segunda instancia de tener un papel importante en la resolución de conflictos de intereses, pues el Tribunal Constitucional ya los iría resolviendo hacia futuro. Y esto no puede ser así, pues un proceso constitucional debe servir para esclarecer conflictos, no para aplicar precedentes únicamente, el juez sigue siendo juez por más que este en un proceso constitucional, y no se le puede quitar facultades a fin de tener un criterio uniforme, criterio que no siempre es el correcto. Por lo que no se debe arriesgar la función jurisdiccional para tener un criterio uniforme.

Por otro lado, Luis Castillo Córdova señala: “Si se toma en consideración que el juez es juez de casos concretos, entonces, no se le podrá desconocer la capacidad de enjuiciamiento de las concretas circunstancias de los casos que conoce a fin de que él decida si al caso le es o no aplicable el criterio jurisprudencial contenido en la ratio decidendi de la sentencia constitucional. De modo que al juez se le ha de reconocer la capacidad de decidir la inaplicación del criterio jurisprudencial en los casos que determine razonadamente que las circunstancias del supuesto que examina son distintas a las del caso respecto del cual se formuló la ratio decidendi”⁵⁷. Comparto tal opinión, pues el magistrado debe conocer las circunstancias de cada caso que

⁵⁷ Castillo Cordova, Luis (2008). La jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Reposito Institucional Piura, de la Universidad de Piura, pág. 11.

resuelve, a fin de tomar la decisión mas adecuada, valiéndose del precedente como una ayuda para motivar su fallo, pero de ninguna manera el precedente puede servir como único fundamento de su decisión, el precedente dejaría de ser una razón justificante, sino una razón autoritaria y con esto ya no habría justicia ni motivación adecuada en las decisiones de los magistrados.

Y si el Tribunal Constitucional pretende que en los procesos constitucionales se convierta en un simple mecanismo de aplicación de precedentes, entonces ya no debería existir primera y segunda instancia tratándose de procesos constitucionales, pues se estaría desperdiciando magistrados para que sean unos simples operadores que mecánicamente aplican criterios del Tribunal, entonces sería mejor que todos los procesos constitucionales inicien en el mismo Tribunal, pues así los ciudadanos se asegurarían que sus sentencias van a tener un poco más de razonamiento, pues los miembros del Tribunal Constitucional si pueden atender a las circunstancias de cada caso y apartarse de sus precedentes cuando ellos consideren necesario.

En otro sentido, no estoy tratando de decir que los precedentes del Tribunal Constitucional estén mal, o que no sirvan para nada, claro que sirven, pero estos deben servir como guía y no como motivación única de resoluciones. Los jueces deben seguir atendiendo a las circunstancias de cada caso y merituar si es factible aplicar el precedente o no. Claro está que si deciden apartarse, tendrá que realizar una motivación suficiente que permita asegurar correctamente el derecho de ambas partes y la seguridad jurídica. En ese mismo sentido opina Castillo Córdova al señalar: “Si no se permitiese este apartamiento, entonces se estaría condenando al juez a aplicar siempre un criterio jurisprudencial al margen de las circunstancias concretas y, por tanto, al margen también de la justicia en la solución del caso

concreto”⁵⁸. No se puede mecanizar la labor jurisdiccional, más aun si se trata de un proceso constitucional donde están en juego garantías constitucionales y derechos fundamentales, el juez siempre debe tener un sentido valorativo de cada caso, y resolver siempre de acuerdo a derecho, y el precedente debe ayudarlo, no quitarle su trabajo de magistrado, solo así se puede esperar que las decisiones judiciales sean justas.

Luego, Juan Monroy Gálvez señala: “En el Common Law se acogió la doctrina del stare decisis que, como se ha descrito, importa que el juez inferior debe decidir un caso sometido a su competencia atendiendo al fundamento expresado por el juez superior en un caso anterior similar o idéntico o, respecto del cual, se presente una cuestión jurídica análoga. Es, como se advierte, una especie de fuente de derecho para un caso concreto. Sin embargo, en ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente”⁵⁹. Tal como lo indica el autor, la figura del precedente en el Common Law, significa un guía por medio de la cual el juez fundamenta sus fallos de manera igual al del precedente, sin embargo no lo limita al juzgador a seguir siempre el precedente, pues de acuerdo al contexto del conflicto, el magistrado optara por la decisión más justa. Sin embargo, lo que el Tribunal Constitucional pretende es que se de una mecanización en la resolución de procesos cuando exista un precedente vinculante, pues lo tendrá que aplicar tal como lo indica el autor precitado, sin ruidos ni murmuraciones, convirtiéndolo entonces en un esclavo de los criterios establecidos por el Tribunal. Y digo esclavo, pues de apartarse sufriría el castigo impuesto por el Tribunal

⁵⁸ Castillo Cordova, Luis (2008). La jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Reposito Institucional Piura, de la Universidad de Piura, pág. 11.

⁵⁹ Monroy Gálvez, Juan (2008), Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Lima, pág. 19.

Constitucional, lo cual es incorrecto, pues se le está quitando autoridad a los magistrados para decidir en un proceso ya que siempre dependería de lo que diga el tribunal constitucional.

Por otro lado el mismo autor señala: “El precedente vinculante u obligatorio, entonces, en los términos de un mandato inexorable que debe ser seguido sin dudas ni murmuraciones o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no lo reconocieron, no existe en ningún lugar del mundo”⁶⁰. Y es cierto, pues de ser así, en todos los estados existiría una cede en donde solo vayan casos que cuentan con un precedente vinculante, y en donde el proceso únicamente se reduciría a la aplicación del precedente, no existiendo ningún razonamiento adicional. No puede existir un sistema jurídico donde los criterios de un Tribunal sean absolutos para todos menos para sí mismo, y si lo existiese sería una especie de dictadura donde el juez únicamente esta para aplicar precedentes y nada más. ¿La aplicación automatizada de precedentes es Justicia? No lo creo, pues las partes cuentan con un derecho de defensa donde expondrán las razones que sustentan su derecho y presentaran sus medios probatorios que demuestren su derecho, y si el proceso se limitara al precedente, este derecho de defensa no importaría. Asimismo, el juez es una entidad de casos concretos, es decir, debe valorar necesariamente los hechos de cada caso conjuntamente con los medios de prueba, y por tal motivo si considera necesario, se apartará de un precedente a fin de aplicar el mejor derecho al caso.

Finalmente el mismo autor citado señala: “La doctrina del precedente y los límites de su vinculación son fundamentalmente temas que deben analizarse a partir de la teoría del derecho. La tesis acogida por el TC, aunque sin citarla y mucho menos

⁶⁰ Ibídem.

fundamentarla, como ya se expresó, parecería ser que la Jurisprudencia ha pasado a ser una fuente primaria en el derecho peruano y, en consecuencia, tanto o más importante que la ley. Antes de continuar y en la hipótesis de que lo expresado fuera cierto, ¿el TC puede cambiar el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano?”⁶¹. Y es así, pues en los procesos constitucionales, antes de referirse a la norma aplicable al caso, primero verificara la existencia de algún precedente vinculante para resolver el caso en cuestión. Lo que está realizando el Tribunal Constitucional con sus precedentes vinculantes, es una suerte de leyes que tienen su base en preceptos constitucionales, y que por cierto todos deben aplicarlo sin contradecir dicho criterio, y así lo indica el tribunal cuando señala que sus precedentes vinculantes por su condición tienen efectos similares a los de una ley⁶². Sin embargo, seguimos siendo un país regido por el Civil Law, y el Tribunal Constitucional por más que sea el supremo interprete de la Constitución no puede cambiar el sistema jurídico que rige nuestro país, eso sería una medida autoritaria y sin sentido; por lo tanto el Tribunal debe dejar de ver a sus precedentes como leyes pues de ser así estaría supliendo las funciones del Poder Legislativo. Incluso en el caso Salazar Yarlenque, precedente vinculante que no es vigente a la fecha, señalo que con el precedente el Tribunal Constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto⁶³. Es decir ¿El Tribunal Constitucional se ha convertido en un Poder Normativo? lo peligroso es que esta supliendo funciones que no le corresponden, puesto que la función que se le dio el Tribunal Constitucional es, en primer lugar, al ser un órgano jurisdiccional debe

⁶¹ Ibídem, pág. 20.

⁶² Sentencia N° 0024-2003-AI/TC-Lima; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

⁶³ Expediente N° 3741-2004-AA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>

resolver casos concretos y segundo realizará interpretaciones guía para la resolución de casos concretos, sin embargo el precedente deja de ser guía cuando se convierte en norma general, puesto que se trata de una ley que de todas maneras el juez (recordando que el juez está sometido a la ley y la Constitución de acuerdo al artículo 146 de la Constitución, y el precedente vinculante no es una ley en sentido formal) si o si debe aplicar y sin interpretar tal norma debe resolver, sin importar que esta supuesta norma general este bien o mal.

Ahora bien, regresando al tema central, Jorge Luis Díaz Cabello, señala que un magistrado sí está en la posibilidad de apartarse de un precedente vinculante pero solo en la siguiente situación: “Cuando la doctrina constitucional sea contraria a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados de Derechos Humanos o la Jurisprudencia de la Cortes Internacionales en materia de Derechos Humanos de los que el Perú forma parte”⁶⁴. Esta opinión es bastante interesante, pues reafirma el poder del juez peruano de ser un defensor de los derechos humanos de las partes involucradas en un proceso judicial. El precedente Vinculante, tal como se indicó, no siempre contiene un criterio correcto o una interpretación correcta, puede llegar la situación que inclusive este afectando derechos que son protegidos por los Tratados Internacionales de los que el Perú forma parte, en tal sentido, el juez en defensa de tales derechos no solo puede, sino que está en la obligación de apartarse del precedente vinculante, pues la sentencia emitida por un juez en ningún caso puede significar una vulneración a derechos fundamentales de las personas.

⁶⁴ Díaz Cabello, Jorge Luis (s.f.), El Precedente Constitucional Vinculante y la Doctrina Constitucional, disponible:http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2092_01_el_precedente_constitucional_vinculante.pdf, azeado el 12 de abril del 2017.

La Doctrina Constitucional vertida en un precedente no puede ser vista como un dogma, es decir que no acepta críticas al aplicarlo, el juez como juzgador debe considerar si la aplicación de tal precedente es útil para la resolución de un conflicto, esto no significa que siempre vaya a aplicar su criterio personal, sino que debe evaluar la necesidad de aplicar un precedente para que su decisión no afecte otros derechos.

Por otro lado, se debe entender que el juez peruano al estar dentro de un sistema judicial Civil Law, está en la posibilidad de apartarse de cualquier precedente vinculante, no en todo momento, sino que en determinados casos, y solo cuando es sumamente necesario, en esta misma línea opina Tomas Galvez Villegas⁶⁵, quien señala que un juez si puede apartarse de un precedente vinculante, por la naturaleza del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho, porque el juez siempre debe velar por la vigencia de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional por razones de orden histórico (siempre un magistrado está en la potestad de apartarse de un precedente fundamentado adecuadamente su decisión), tradición jurídica (nos regimos por un sistema judicial Civil Law, donde la figura del precedente no es absoluta), y por un sentido de racionalidad (las decisiones de los magistrados siempre deben tener un criterio de justicia y deben ser lógicas con relación al derecho reclamado).

Finalmente, el apartamiento de precedentes vinculantes puede servir como una medida mediante la cual el Tribunal Constitucional pueda reevaluar sus criterios jurisprudenciales a fin de perfeccionarlos, sino estaríamos sometidos a la imposición de criterios constitucionales sin poderlos modificar, teniendo como única

⁶⁵ Gálvez Villegas, Tomas (s.f.), Los Precedentes Vinculantes, disponible en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_3_precedentes_vinculantes.pdf, accedido el: 12 de abril del 2017.

herramienta de presión para poder acceder a una revaloración de criterio a la doctrina, y así lo realiza Gerardo Eto Cruz⁶⁶, cuando realiza una valoración del precedente vinculante vertido en la sentencia N°0168-2005-PC/TC, indicando que dicho precedente restringe el derecho de los ciudadanos a una Tutela judicial, puesto que los requisitos establecidos en el precedente son equivocados, por lo cual llama al Tribunal Constitucional a que realice un overruling sobre dicho precedente. Teniendo como razones por las cuales solicita un cambio del precedente las siguientes, que las estadísticas judiciales demuestran que el derecho de los ciudadanos se ve afectado y por otro lado que ya han pasado siete años desde la emisión del indicado precedente, y el contexto social ha cambiado, por lo tanto resulta necesario un cambio de criterio. Tal como se ha visto, existe dos posiciones bien marcadas respecto del apartamiento de precedentes vinculantes; yo soy de la opinión que un precedente jamás puede ser visto como algo absoluto para un juez, pues tal como lo indiqué, restaría potestades jurisdiccionales. El juez siempre debe buscar una decisión que resuelva un conflicto de intereses de manera justa, y no se puede fiar en que la utilización de un precedente en todos los casos lo vaya a encaminar hacia una decisión que esté acorde con el derecho. Por otro lado, el derecho es dinámico, y el apartamiento resulta ser una figura que puede ayudar al cambio de criterio cuando el contexto social lo amerita. Claro está que el apartamiento no significa el abandono total del mismo, sino que es una decisión residual que la tomara el juez cuando las circunstancias de cada caso lo necesiten, motivando siempre adecuadamente su decisión de apartamiento de tal manera que no se vea afectado el derecho de las partes en el proceso.

⁶⁶ Eto Cruz, Gerardo (2014), Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia, Revista Pensamiento Constitucional N°19, pág. 299-330.

2.5. El Criterio Jurisprudencial respecto del Apartamiento de Precedentes

Vinculantes.-

El precedente vinculante constitucional se encuentra regulado en la sentencia N° 024-2003-AI/TC, en donde se regula lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En esta sentencia se establece las circunstancias en las cuales se deberá emitir un precedente, asimismo se establece las función de un precedente vinculante. Sin embargo, no trata sobre el tema de apartamiento, únicamente señala que el precedente constitucional por su condición de tal tiene efectos similares a los de una ley⁶⁷. Es decir que el precedente vendría a ser una norma general por la cual el Tribunal Constitucional impone sus criterio a fin de que sea utilizado en todos los casos por todos los poderes públicos, y es así como lo reconoce en el mismo precedente citado cuando indica que ante la fijación de un precedente será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia, sin dar la posibilidad a los magistrados que ventilan procesos constitucionales que se aparten del criterio establecido en el precedente; esto en razón que el mismo Código Procesal Constitucional solo le ha dado dicha facultad a los mismos miembros del Tribunal. En otras palabras, todo precedente emanado por el Tribunal Constitucional tiene fuerza vinculatoria absoluta para todos los poderes del Estado, menos para el Tribunal Constitucional.

En esta misma línea lo ha seguido reiterando el Tribunal Constitucional, tal como lo hace en el expediente N° 01506-2006-PC/TC, cuando señala: “El efecto vinculante constituye una característica del precedente por la cual ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse al cumplimiento obligatorio de éste. La regla

⁶⁷ Sentencia N° 024/2003-AI/TC, extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

que el tribunal externaliza como precedente es una imposición para todos (...)”⁶⁸. Es decir que, por ningún motivo un juez puede apartarse del precedente emitido por el Tribunal ¿Incluso si se va a afectar el derecho de las partes? Para el tribunal constitucional, los criterios vertidos en sus precedentes son los correctos y nadie los puede refutar, solo él mismo. Entonces hasta aquí, el juez en un proceso constitucional tiene tres posibilidades, aplicar el precedente cuando los casos son similares, y si es que no está de acuerdo con el precedente lo tendrá que aplicar de todas maneras, pero puede señalar en su sentencia las razones por las cuales no está de acuerdo pero aun así aplicarlo, o no aplicar el precedente cuando los casos no son similares. Lo que si puede es apartarse de una jurisprudencia del tribunal (sentencia en la cual no se ha establecido expresamente en su contenido que es un precedente vinculante).

Sin embargo, el tribunal constitucional también ha impedido que los magistrados se aparten de criterios o interpretaciones que haya establecido en su jurisprudencia a pesar que no la haya señalado como precedente vinculante, como lo podemos apreciar en el expediente N° 02472-2007-PA/TC cuando señala: “Por consiguiente, los criterios e interpretaciones efectuados por este Colegiado son vinculantes a pesar de que no se haya indicado o identificado, vía precedente, cuáles son estos”⁶⁹. Es decir, que la facultad del magistrado en un proceso constitucional se ve limitado ya no a la búsqueda de razones para sustentar su decisión, sino a la búsqueda de jurisprudencia emitida por el tribunal para resolver un conflicto. Ahora sí, el juez no tiene escapatoria más que aplicar y resolver, como si fuera una computadora, solo

⁶⁸ Expediente N° 01506-2006-PC/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01506-2006-AC.html>.

⁶⁹ Expediente N° 02472-2007-PA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

verifica la materia constitucional, elige la jurisprudencia emitida en la materia y resuelve, sin mayor razonamiento; lo cual a mi parecer es incorrecto, pues el magistrado pierde totalmente su jurisdicción, pues el que estaría resolviendo el proceso en teoría sería el Tribunal, ya que las razones que estarían plasmadas en la sentencia serían las mismas que las del Tribunal en su jurisprudencia. Como es posible que en un proceso constitucional, donde lo que está en juego son derechos fundamentales, el juez no puede poner su criterio para resolver, aunque no haya precedente alguno. El juez es una entidad muy necesaria en un estado de derecho, ya que busca la solución a conflictos de intereses y hacer valer la ley y la constitución, por lo tanto el juez debe tener siempre la facultad de valorar por sí mismo el caso, resolviendo la cuestión como mejor le parezca, para lo cual tendrá medios o herramientas que lo ayuden a razonar su fallo, tales como la ley, la doctrina, la jurisprudencia; pero estas últimas solo son herramientas, no el contenido base de su fallo. En ninguna parte del mundo la jurisprudencia emitida por el tribunal debe suplir el raciocinio del juez para sentenciar, ni siquiera si se trata de un precedente vinculante, ya que de serlo así no deberían existir varias instancias para resolver conflictos, bastaría con una sola.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los magistrados de las dos primeras instancias en un proceso constitucional no pueden cuestionar la aplicación de un precedente vinculante, a pesar que el contexto social amerita un cambio de criterio ¿Cómo es que se puede cambiar de criterio de un precedente? La respuesta es esperar; esperar a que el mismo tribunal revalore su criterio, se dé cuenta que el precedente vinculante emitido en vez de ayudar empeora las cosas y afecta derechos fundamentales, pero ¿Cuándo variará su criterio el Tribunal Constitucional? Pues nadie lo sabe, solo el mismo Tribunal se puede dar cuenta de su error en un precedente vinculante, y

pueden pasar años para que lo haga y como ejemplos tenemos el caso Salazar Yarlenque (Expediente 3741-2004/AA-TC) y el caso Consorcio Requena (Expediente 4293-2012-AA-TC), en los cuales se tuvo que esperar 9 años para que el Tribunal Constitucional cambiase su criterio jurisprudencial y corrigiese el precedente vinculante dictado en el año 2005 (caso Salazar Yarlenque), también en el expediente 4853-2004-PA/TC (precedente vinculante donde se determinaba que procede el Recurso de agravio constitucional a favor de precedente) y los expedientes N° 03173-2008-PHC/TC (donde se elimina la facultad de interponer un recurso de agravio constitucional a favor de precedente), y el expediente N°3908-2007-PA/TC (donde se establece que cuando se emita una sentencia estimatoria en segunda instancia que se haya apartado de algún precedente, la vía idónea para cuestionar dicha decisión será la de otro proceso constitucional), en estos tres casos se tuvo que esperar cuatro años para que el tribunal constitucional recién se diera cuenta del error en su criterio, sin embargo durante todo ese tiempo los magistrados seguían resolviendo causas con su criterio sin importar que era equivocada. En otras palabras fueron años de años donde las sentencias emitidas podían contener decisiones injustas, pues el criterio equivocado del Tribunal obligaba a los magistrados a resolver de esa manera.

Ni siquiera los magistrados podían apartarse de dichos precedentes para que el tribunal revise si el criterio a seguir seguía siendo el correcto, simplemente los jueces de manera mecanizada aplicaban el precedente sin importar que su decisión era injusta. Si alguno de esos magistrados hubiera tenido la potestad de apartarse de tales precedentes, el tribunal de manera más sencilla y rápida se hubiera dado cuenta que las cosas no estaban andando bien, y por lo tanto hubiera optado por una revisión de su precedente a fin de modificarlo o dejarlo sin efecto, y así menos personas hubieran

tenido decisiones injustas y poco razonadas. E inclusive en el último expediente citado, el Tribunal Constitucional pudo haber indicado que él mismo revisará la decisión de apartamiento a fin de corroborar si la decisión es válida o no, y también para reevaluar su criterio si es necesario, pero no, optó por la decisión que le sería más sencilla para el Tribunal puesto que la anterior decisión lo iba llenar de carga procesal en teoría. Sin embargo, si el Tribunal esta tan seguro de los criterios emitidos en sus precedentes pues los cree absolutos, no tendría ningún miedo de aceptar un recurso de agravio constitucional a favor de su precedente, ya que si son correctos la carga procesal del Tribunal no subirá, pues los jueces aplicaran su criterio sin ningún problema, lo que implica que si sube su carga procesal quiere decir que sus criterios pueden estar equivocados, lo cual amerita una revisión de sus precedentes.

Ahora bien, respecto de la revisión de precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional ha establecido en el Expediente 00987-2014-AA/TC en su fundamento 49 punto c y d, que no se puede cuestionar una decisión judicial con RAC (Recurso de Agravio Constitucional) cuando la cuestión de derecho contradiga un precedente vinculante o cuando se haya resuelto de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales⁷⁰, sin embargo ¿Qué pasa si es necesario una revisión del precedente vinculante o en todo caso, que pasa si el criterio del precedente vinculante genera indefensión o el precedente resulta desfasado? El Tribunal Constitucional ha establecido en el mismo expediente que procederá el RAC excepcionalmente cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

⁷⁰ Expediente 00987-2014-AA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00987-2014-AA.pdf>

Pero ¿Quién determina ambos supuestos? Es el mismo Tribunal Constitucional quien determina el carácter de urgencia o la necesidad de la resolución para solucionar el conflicto de relevancia; es decir que los magistrados del Poder Judicial deben seguir resolviendo de acuerdo a los precedentes vinculantes sin importar que dichos precedentes resulten equivocados o desfasados, pues no están facultados para determinar el carácter de urgencia de una revisión de los precedentes vinculantes o en todo caso de apartarse del mismo cuando considere que la aplicación de dicho precedente resulte equivocado; causando en muchos casos diversos problemas tales como decisiones injustas, interpretaciones erróneas de la norma e indefensión en las partes intervinientes en un proceso constitucional, esto último considerando que son los magistrados del Poder Judicial son quienes resuelven en definitiva el conflicto de intereses en las dos primeras instancias. La otra opción sería esperar que la doctrina impulse al Tribunal para que realice una revaloración de su criterio, tal como lo realizó el doctor Gerardo Eto Cruz, citado líneas arriba. Sin embargo, esta opción resulta también hipotética, pues si bien la doctrina es una buena fuente por la cual el Tribunal Constitucional pueda ver sus aciertos y equivocaciones, sigue siendo potestad de los miembros del Tribunal Constitucional revalorar sus criterios en sus precedentes, así que por más que cien juristas digan que el criterio emitido en un precedente vinculante es equivocado, no implica que el Tribunal Constitucional vaya a cambiar de criterio. Por lo que los magistrado seguirán resolviendo con un criterio equivocado o desfasado hasta que el tribunal se de cuenta de sus errores, pues nadie le puede decir que se equivocó e impulsarlo a que haga algo.

Ahora bien, el tiempo está demostrando que el Tribunal Constitucional puede ir cambiando respecto del apartamiento de sus precedentes vinculantes por parte de los magistrados de las dos primeras instancias, y es así, que en el expediente N° 4853-

2004-PA/TC señaló: “Si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizado con intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”⁷¹. Entonces, el Tribunal Constitucional si bien no le dio la potestad de apartarse de su precedente vinculante a los magistrados del Poder Judicial, le dio la potestad de mejorar su criterio jurisprudencial, a fin de tener un criterio que no afecte derechos fundamentales, y que pueda ofrecer decisiones más justas. Sin embargo, esta felicidad terminó pronto pues dicho precedente vinculante citado anteriormente fue desestimado en los expedientes N° 03173-2008-PHC/TC y N°3908-2007-PA/TC. Por lo tanto, los jueces del Poder Judicial ya no pueden coadyuvar a mejorar el los criterios emanados de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, lo cual fue un gran retroceso.

Luego, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente en el expediente N° 7022-2006-PA/TC: “No se trata de un principio absoluto puesto que deberá de ser razonable ponderado de acuerdo con el principio *iura novit curia*, el mismo que, por ejemplo, cobra especial relevancia en el marco de los procesos constitucionales. En efecto luego del análisis factico de cada caso concreto, el juez constitucional deberá de conocer el transfondo o núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VIII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Esta actuación no representara una

⁷¹ Expediente N° 4853-2004-PA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.html>

extralimitación de las facultades del juez constitucional, siempre que éste proceda de conformidad con los fines esenciales de los procesos constitucionales (...)”⁷². Entonces, si el juez debe aplicar el derecho correspondiente a cada caso concreto a si las parte no lo hayan invocado, es posible que ante la existencia de un precedente vinculante que cuenta con un criterio evidentemente erróneo, el juez sigue estando en la obligación de aplicar el derecho correspondiente, por lo tanto si las circunstancias lo ameritan deberá apartarse del precedente a fin de aplicar el derecho correctamente. Ya que a mi parecer estaría en más falta el juez si realizara una sentencia con un criterio donde no se aplica el derecho adecuado, que apartarse del precedente que tiene un criterio erróneo o desfasado. De todas maneras el juez está obligado a someterse a la Ley y la constitución (artículo 146 de la Constitución), por lo tanto si fuese necesario deberá aplicar el derecho que corresponda en cada caso, por más que un precedente vinculante lo obligue ha aplicar otro derecho.

Finalmente, en el precedente vinculante emitido en el caso Huatuco Huatuco, expediente N° 5057-2013-AA/TC, Ernesto Blume Fortini, en su voto en discordia señala lo siguiente: “No hay que obviar que el precedente constitucional vinculante implica la generación de reglas obligatorias, pero vinculadas al supuesto de hecho que se discute en el caso en el que se emite. Esa es un característica principal y al mismo tiempo una de las condicionantes de los propios alcances que tendrá. Dicho de otra forma, no procede ni cabe crear precedentes para resolver supuestos de hecho que no sean los que plantea el caso mismo sometido a resolución”⁷³. Es decir que se le da cabida a los magistrados constitucionales de instancias inferiores a que

⁷² Expediente N°7022-2006-PA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07022-2006-AA.html>.

⁷³ Expediente 5057-2013-AA/TC, voto del Magistrado Ernesto Blumen Fortini; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA%20Aclaracion.pdf>.

califiquen el caso, a fin de determinar si los hechos van de acorde con el precedente en cuestión, pues de no ser así deberán aplicar su propio criterio para resolver, dicho en otras palabras les da la posibilidad de aplicar un distinguishing a los magistrados para que se puedan apartar de un precedente vinculante cuando los hechos relevantes del caso no se ajustan a los hechos que dio origen al precedente.

Entonces, podemos inferir que un juez constitucional por regla general no podrá apartarse de un precedente vinculante constitucional, puesto que el Tribunal Constitucional ha adoptado al precedente como una herramienta autoritaria e inflexible, sin embargo tenemos que tener en cuenta que podrían darse algunos supuestos en los cuales el juez ordinario podría apartarse de un precedente vinculante, pues el juez es un juez de cosas concretas y será éste quien determine en los casos futuros si sus hechos se ajustan para aplicar o no un precedente, ya que están en la obligación de aplicar el mejor derecho que corresponda a cada caso, y sobre todo emitir decisiones justas que se ajusten a derecho y que vayan de acorte al contexto social en el cual se originó el conflicto de intereses.

2.6. Los Precedentes Vinculantes en el Sistema Jurídico del Civil Law.-

Tal como se ha descrito líneas arriba, el Civil Law se creó sobre el principio básico de que la Ley se aplica a todos los Civiles. Este sistema se rige en base a una serie de leyes codificadas donde los jueces son encargados de aplicarla en los diferentes casos que se le presenten. Sin embargo en este tipo de sistema el juez está prohibido de hacer ley, es decir a través de las interpretaciones que realiza no puede crear normas de conducta que servirán para resolver nuevos casos.

Entonces, si los jueces están prohibidos de hacer interpretaciones de la ley para crear normas de conducta ¿Quién interpretaba la Ley? Al respecto señala Rudy Aguedo

del Castillo lo siguiente: "Podemos afirmar que la influencia de la doctrina jugó en el civil law fue un papel sinérgico con la preponderancia legal, pues si ya se tenía un texto legal dotado con autoridad y jueces limitados a su interpretación, los llamados a realizar las interpretaciones de los textos eran los juristas, lo cual determinó el desarrollo del sistema jurídico del civil law en cada país dependiendo los grados de intervención de sus juristas, jueces y legisladores"⁷⁴. Entonces eran los juristas quienes eran llamados a realizar las interpretaciones de la ley, pues lo jueces eran simples aplicadores de ley. Entonces hasta este punto el precedente vinculante como figura no existía. En este sentido afirma Teresa Alvim Wambier: "Consecuentemente, los jueces tenían que obedecer la ley, tenían que decidir los casos precisamente con la ley, siendo sus decisiones, siempre fundamentadas, debiendo hacer expresa referencia a la Ley. Entonces las teorías deductivas eran capaces de explicar las decisiones judiciales como si ellas fuesen el resultado de un razonamiento absolutamente lógico: ley + hechos = decisión"⁷⁵. Podemos inferir que en este momento los jueces en sus decisiones solo eran la boca de la ley, pues sus decisiones eran simples razonamientos lógicos donde se debía encuadrar la conducta producida en el caso en el marco de la ley, y de esta manera tomar la consecuencia que esta descrita en esta última. Pero ¿Que sucedía cuando la conducta descrita no encuadra en el marco de la Ley o no había Ley que describiera tal conducta? En estos casos, los jueces tenían que asumir funciones que hasta en ese entonces no se encuadraba dentro del modelo jurídico del Civil Law, es decir los jueces debían crear

⁷⁴ Aguedo del Castillo, Rudy Renzo (2014), La Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las Resoluciones Judiciales. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pág. 34. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6146?show=full>

⁷⁵ Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho Themis, (N°58), pág. 73.

derecho. Y esto lo hacían bajo el principio procesal *iura novit curia*, es decir, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o defecto de la ley. Por lo tanto podemos ver que el panorama iba cambiando poco a poco.

Pero los problemas recién venían, pues los procesos judiciales iban incrementando en cantidad y las interpretaciones que se realizaban (legisladores y juristas) no iban de la mano con los casos que se presentaban. Entonces el modelo Jurídico del Civil Law comenzó a adoptar herramientas del Common Law para así poder solucionar los problemas que se le iban presentando, que ya sin querer los jueces venían utilizando cuando la Ley no era suficiente para resolver los conflictos entre los ciudadanos. Guilherme Marinoni señala: “Hay que decirse, sin cualquier pudor, que la doctrina del Civil Law cometió pecado grave al encubrir la necesidad de un instrumento capaz de garantizar la igualdad delante las decisiones, fingiendo creer que la Ley sería bastante y prefiriendo preservar el dogmas en vez de denunciar la realidad”⁷⁶. Y tal enunciación hecha por el autor es muy cierta, pues la ley no era suficiente para regular las relaciones jurídicas que se presentaban en la realidad y los magistrados no tenían herramientas para poder sustentar sus decisiones, y por otro lado cada magistrado realizaba una interpretación diferente, entonces lo que comenzó a pasar fue una especie de guerra pues cada magistrado tenía su propio criterio. Entonces la figura del precedente era la herramienta exacta para solucionar este problema. Por tales motivos, la figura del precedente comenzó a tomar fuerza en la vida judicial, donde el superior jerárquico imponía su criterio a fin de poder resolver casos similares.

⁷⁶ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C., pág. 68.

Sin embargo, se generaba una nueva interrogante ¿Qué tanto estaban vinculados los jueces a los criterios establecidos en los precedentes? Pues al ser el precedente una figura no propia del sistema jurídico del Civil Law, la vinculación que tenía era persuasiva, es decir que los magistrados todavía tienen la facultad de decidir si aplican o no el precedente. Sin embargo, en un principio se creyó que al ser una figura extraña del Civil Law, los jueces no tenían ninguna obligación de respetar el criterio establecido en el precedente, lo cual fue un pensamiento equivocado. Al respecto, Guilherme Marinoni indica: “Se supuso que los jueces no deben algún respeto a las decisiones pasadas, llegándose a alegar que cualquier intento de vincular al juez al pasado interfería sobre su libre convencimiento y sobre su libertad de juzgar”⁷⁷. Sin embargo, era un criterio absurdo, pues el juez como ente es un elemento que forma parte de un todo que es el Poder Judicial, y si el Poder Judicial a través de su órgano supremo establecía algún criterio a fin de uniformizar las interpretaciones que se daban a la ley, no habría ninguna violación a la libertad de juzgar de los órganos jurisdiccionales inferiores pues estos siguen contando con la capacidad de decidir si es conveniente aplicar el precedente, y si no lo aplica, es suficiente que exponga sus razones de manera adecuada del porqué se aparta del precedente.

Sin embargo, a pesar de haberse adoptado la figura del precedente con un fin de uniformizar las decisiones jurisdiccionales, la carga procesal seguía aumentando, por lo que la herramienta del precedente se volvió una herramienta más rígida. En tal sentido, los jueces para poderse apartar de un precedente tenía que tener razones mucho más fundamentadas, ya que la figura del precedente paso de ser una herramienta para uniformizar, a ser una herramienta para economizar el proceso, ya que ahora los jueces solo aplicaban el precedente y listo, no había razón más fuerte

⁷⁷ *Ibíd*em, pág. 69.

que el poner el criterio del precedente para optar por una decisión. Y así lo indica Michele Taruffo: “Entonces, se empieza a razonar sobre el precedente no como un principio de igualdad o como un principio de fiabilidad del sistema jurídico, sino como una herramienta de economía del sistema. Cuando se empieza a razonar en términos de economía del sistema, los valores originarios, no digo que se dejen de lado, pero se hacen menos importantes. La finalidad número uno es reducir el número de los litigios, en general, y en particular, es reducir el número de recursos en los tribunales supremos”⁷⁸. Y esto está mal, pues no hay que perder de vista la verdadera finalidad del precedente aunque no sea una figura propia del sistema del Civil Law.

Pero volviendo al tema principal, el precedente en el sistema del Civil Law es una herramienta que su función básica es crear igualdad entre los ciudadanos, predictibilidad en las decisiones judiciales y seguridad jurídica. Sin embargo, el precedente en el Civil Law no puede suplir el contenido de una ley, pues sigue siendo un sistema que se rige por leyes escritas, por lo tanto la vinculación que presentan los precedentes en este sistema no son absolutos (no lo pueden ser), ya que el juez está en la obligación de aplicar la ley y la constitución y no criterios establecidos en precedentes. Lo cual no quiere decir que el magistrado no debe ningún respeto al precedente, claro que lo tiene que respetar, pero al ser un juez de casos concretos está en la posibilidad de apartarse del precedente siempre y cuando fundamente razonadamente su decisión de apartamiento.

2.6.1. Facultad de los Magistrados de Apartarse de un Precedente Vinculante.-

⁷⁸ Taruffo, M. (2017). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revistas.pucp.edu.pe*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>, acezado el 14 de abril del 2017.

Los magistrados si están en la posibilidad de apartarse de un precedente vinculante por las siguientes razones.

En primer lugar, porque la ley le faculta al juez de a apartarse del precedente vinculante en casos excepcionales fundamentando adecuadamente su decisión, y así lo ha establecido el artículo 22 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por otro lado, un juez solo está sometido a la Ley y la Constitución (artículo 146 de la Constitución), y por el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139 de la Constitución.

En segundo lugar, porque al ser un juez sometido al sistema del Civil Law (sistema de leyes codificadas), el juez no puede crear derecho mediante su jurisprudencia, el juez aplica el derecho ya creado. Y el hecho que en ciertas situaciones pueda crear interpretaciones, no significa que tales interpretaciones sean absolutas, pues de esta manera estarían supliendo funciones que no le corresponde.

En tercer lugar, y tal como lo indica Dyer Cruzado: “Después de todo, la ley sigue formando parte de nuestro esquema cultural, la manifestación de la voluntad general del pueblo”⁷⁹. La ley sigue siendo la fuente básica de derecho, lo jueces no son organismos llamados a crear derecho sino simplemente para aplicarlo. Y por tal motivo, no pueden usurpar funciones que no le pertenecen.

En cuarto lugar, el juez es un juez de casos concreto, por lo que de acuerdo a las circunstancias de cada caso, determinará el criterio adecuado que vaya acorde a derecho. Claro está que la facultad de apartamiento es residual, sólo cuando para

⁷⁹ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.263.

la resolución de determinado conflicto de intereses si lo amerita el juez fundamentando su decisión se apartara del precedente. Si le quitáramos esta potestad, el juez dejaría de ser un ente llamado para administrar justicia y se convertiría en un simple aplicador de criterios ya establecidos.

En quinto lugar, porque la figura del precedente no es propia del sistema del Civil Law sino del Common Law, en el cual este último se rige por el criterio del Stare Decisis (los jueces están obligados a seguir los criterios del órgano jerárquicamente superior). Sin embargo, en el Civil Law, la figura del precedente es una herramienta que ayuda al magistrado a tomar sus decisiones no de suplir su función jurisdiccional. En ningún caso, el precedente puede quitar autonomía procesal del magistrado.

En sexto lugar, tal como lo indica Castillo Córdova: “Si no se permitiese este apartamiento, entonces se estaría condenando al juez a aplicar siempre un criterio jurisprudencial al margen de las circunstancias concretas y, por tanto, al margen también de la justicia en la solución del caso concreto”⁸⁰. El juez siempre debe aplicar un criterio de justicia en base a la Ley y la Constitución. La noción de apartamiento debe ser aplicada solo cuando corresponda, fundamentando el magistrado con razones fuertes que le permitan desvincularse del criterio emanado del precedente en cuestión.

Y finalmente y no menos importante, porque los criterios vertidos en los precedentes no son absolutos, pues estos pueden contener errores, y de que aplicarlo por un magistrado sin razonar su decisión estaría cometiendo una falta

⁸⁰ Castillo Cordova, Luis (2008). La jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Reposito Institucional Piura, de la Universidad de Piura, pág. 11.

muy grave a la seguridad jurídica del país. El juez como lo indique líneas arriba, es llamado para administrar justicia en base a la ley y la Constitución. El juez investiga, dispone pruebas, dirige y resuelve, y el precedente no puede suplantar dichas facultadas, es decir el precedente no puede restar tutela jurisdiccional.

2.7. Los Precedentes Vinculantes en el Sistema Jurídico del Common Law.-

Para iniciar, debemos indicar en que se basa el Common Law al momento de resolver conflictos de intereses. El Common Law es un sistema que se basa en la costumbre y en la experiencia, entonces los jueces al momento de resolver utilizan tanto la costumbre como sus experiencias a fin de resolver casos concretos, y esto es así pues no se basan en un sistema codificado de leyes donde se exponen conductas generales que el juez debe aplicar, como es en el Civil Law. Entonces al no ser un sistema basado en leyes escritas, los jueces debían crear derecho a través de sus decisiones. En este sentido señala Teresa Alvim Wambier: “El Derecho inglés, cuna de todos los sistemas de common law que hoy existen en el mundo, nació y se desarrolló de un modo que nos parece que podría ser considerado como “natural”: los casos iban surgiendo y se iban decidiendo”⁸¹. Entonces, los jueces iban formando el derecho a través de sus decisiones, pues en ausencia de un legislador definido, tenían que ser los jueces quienes debían regular las relaciones entre los ciudadanos. Pero ¿Cómo se iban formando los precedentes? En primer lugar se entendía que estas decisiones emanadas por los magistrados debían ser aplicadas de manera igual cuando se presentaran casos similares. Y esta idea de que casos similares debían tratarse de manera similar es fundamental en los sistemas jurídicos que se rige por el Common

⁸¹ Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho Themis, (Nº58), pág. 72.

Law. Al respecto señala Alvim Wambier que: “Las decisiones de los conflictos se basaban en las costumbres, mientras que hoy las decisiones se basan en las propias decisiones precedentes”⁸². Precedentes que de por cierto era una obligación que los magistrados apliquen siempre los criterios vertidos anteriormente frente a casos similares.

Por lo que las decisiones judiciales pasaron de ser simples decisiones a ser tomadas como normal legal aplicable a todos los casos. Y de esta manera impartían seguridad jurídica además de otras funciones que mas adelante las indicaremos. Lo cierto es que los jueces en el Common Law revestían la función de ser intérpretes de los preceptos constitucionales, ya que en este sistema al no tener a la ley como fuente primordial de derecho, debían proteger a su máxima expresión de poder normativo que era su constitución. En esta línea afirma Da Rosa Bustamante: “En el sistema del common law es de hecho análogo el procedimiento racional utilizado por el jurista (y también el juez anglosajón es un jurista, y no solo un practico) para encontrar en el ordenamiento la solución del caso singular y para construir a partir de la solución de casos individuales el propio ordenamiento”⁸³. Entonces, mientras que en el Civil Law el juez debía encontrar la solución en la ley, es decir encuadrar el precepto del caso concreto en el precepto general, el magistrado en el Common Law, debe él mismo, a través de una interpretación de los hechos sacar el precepto normativo que va a servir para solucionar casos similares. Entonces, el juez pasa a ser de un simple

⁸² Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho Themis, (Nº58), pág. 72.

⁸³ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 117.

administrador de justicia a ser un legislador en positivo que a través de sus criterios plasmados en sus resoluciones, iba normar las relaciones futuras.

Y ¿Cómo los magistrados creaban los precedentes? Pues ellos debían, como se indicó líneas arriba, buscar tanto en sus experiencia personal y las costumbres del lugar donde se desenvuelve, soluciones para casos específicos y para casos futuros. En este sentido afirma Marta Morineau lo siguiente: “Para resolver casos de su competencia, los tribunales reales debieron buscar lo que había de común en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas, que aunque en un principio tuvieran como base estas costumbres, deberían ser, en adelante, las normas aplicables a todo el país, en otras palabras, constituirían un derecho común a todo el territorio”⁸⁴. Y esto sucedía así ya que no existía un ente regulador de la conducta que expidiese leyes a fin de que todos los ciudadanos la sigan, sino que todos los conflictos entre los ciudadanos se resolvía en base a las costumbres que se regían hasta ese entonces, es decir las costumbres plasmadas en una resolución consistirían en leyes que todos debían respetarla. Entonces, si las costumbres cambiaban, también se cambiaba el sentido de las resoluciones, es decir el sentido de sus propias normas.

Y entonces ¿Qué es lo que vuelve vinculante las resoluciones de los jueces en el Common Law si es que no eran leyes? La vinculatoriedad va de la mano con un principio que en el derecho anglosajón que se conoce como Stare Decisis. En base a este principio las decisiones de los órganos superiores de justicia debían ser tomadas en cuenta obligatoriamente por los organismos jerárquicamente inferiores. Javier Adrian Coripuna define al Stare Decisis de la siguiente manera: “Podemos entenderlo como aquel principio que considera que los jueces se encuentran obligados a seguir

⁸⁴ Morineau, Marta (s.f.), Introducción al Sistema del Common Law, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/844/3.pdf>, accedido el 14 de abril del 2017.

los criterios contenidos en sus propias decisiones en casos anteriores”⁸⁵. Entonces este principio consiste básicamente en que todos los jueces inclusive los que emitieron el precedente están obligados a seguir su criterio en todos los casos en los que se presente una situación similar. Con este principio se asegura una seguridad jurídica en las decisiones judiciales, pues no se concebía la idea que los magistrados podrían tener su propio criterio para resolver el mismo caso, tenían que tener siempre la misma solución.

Pero ¿Qué parte de la resolución es vinculante para todos los casos? La resolución del magistrado tiene dos tipos de fundamentos, uno de ellos es el fundamento base, es decir la razón principal por la cual se va a resolver un caso en una forma determinada, y los otros fundamentos son aquellos que sin ser principales van ayudar a sustentar la decisión final. Entonces, la razón principal también es conocida como la ratio decidendi, esta también es definida como aquella regla general en cuya ausencia el caso sería decidido de otra forma⁸⁶. Solo esta parte de la resolución es la que va a servir para todos los magistrados al momento de resolver causas similares.

De esta manera es como los magistrados en el Common Law aseguran que sus decisiones vayan de acorde a derecho, de otra manera estarían vulnerando la seguridad jurídica, pues la regla general planteada (ratio decidendi) funciona como si fuese una ley por la cual todos los jueces deben observarla al momento de resolver.

Sin embargo, la protección de la seguridad jurídica y el respeto a la supremacía de la de constitución no es la única función que cumple los precedentes. Existen otras tres

⁸⁵ Adrián Coripuna, Javier (s.f), Sobre la interpretación constitucional vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial, Pensamiento Constitucional Año VIII, N°8, pág, 499.

⁸⁶ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C. pág. 261,

funciones las cuales son la igualdad entre los ciudadanos, la predictibilidad de las decisiones judiciales y la uniformidad de criterio al momento de decidir. Y así lo indica Michele Taruffo al señalar: “Si los jueces siguen los precedentes, cada caso similar o parecido tiene que ser tratado de la misma manera. Esta es la garantía básica de la igualdad entre los ciudadanos frente al Derecho. La otra función es la posibilidad de que el ciudadano pueda prever cómo el juez de un caso futuro va a decidir un caso similar”⁸⁷. Y esto servía además como una manera de reducir los procesos judiciales, pues si uno ya sabía el criterio que iba a optar el magistrado en determinado caso, tal vez ya no se animaba a demandar. Y respecto de la predictibilidad, esta no era cien por ciento segura, es decir el ciudadano no está totalmente seguro de la forma en cómo va a decidir el magistrado pues si así lo fuese se le estaría privando en cierto sentido el derecho a una tutela judicial, lo cual no podía suceder, todos los conflictos tienen derecho a ser revisados en sede judicial.

Por otro lado la razón de que la *ratio decidendi* de las decisiones de los tribunales supremos eran vistos como leyes, eran ya que en los procesos en el Common Law el juez no solamente se encarga de respetar la seguridad jurídica de las partes sino también de la seguridad jurídica de la población, en su totalidad⁸⁸.

Recapitulando lo antedicho, podemos indicar que la figura del precedente en el Common Law venían a ser fuentes normativas base (leyes) para este sistema, que se creaban de acuerdo a la experiencia y costumbre de la población, eran una especie de leyes creadas por los fundamentos fuertes de la resolución judicial (es decir que

⁸⁷ Taruffo, M. (2017). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revistas.pucp.edu.pe*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>, acezado el 14 de abril del 2017.

⁸⁸ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). *Precedentes Obligatorios*. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C. pág. 259,

los jueces crean derecho y cumplen una especie de función legislativa), que sirven tanto para asegurar la seguridad jurídica, la supremacía de la constitución, igualdad de derecho entre los ciudadanos, predictibilidad en las decisiones y uniformidad de criterio. Asimismo, estos criterios no son estáticos, pues van cambiando de acuerdo al contexto social, y esto es así ya que el Common Law también se caracteriza por ser un sistema práctico y dinámico que se reacomoda al contexto social en el que se desenvuelve.

2.7.1. Facultad de los Magistrados de Apartarse de un Precedente Vinculante.-

En principio tal como se indicó, al ser un sistema que se rige por el principio de Stare Decisis, en el cual todos los magistrados están obligados a seguir los criterios establecidos en el precedente, un magistrado no podría apartarse. Sin embargo, tales dichos no son completamente ciertos, pues al ser un sistema eminentemente empírico las situaciones van cambiando constantemente, por lo tanto los criterios vertidos en los precedentes no pueden ser los mismos. Entonces, este sistema ha creado medidas excepcionales por las cuales un magistrado puede apartarse de un precedente vinculante.

La primera herramienta se trata del prospective overruling, en la cual el magistrado cambia de criterio de un precedente dejando de lado al mismo (es decir que lo elimina del ordenamiento jurídico) y toma uno nuevo que regirá para los nuevos casos futuros. Sin embargo, esta herramienta solo puede ser aplicada por el mismo magistrado que emitió el precedente que se pretende eliminar. Entonces los magistrados de menor jerarquía no pueden bajo ninguna circunstancia aplicar esta herramienta, es decir por más que el contexto social haya cambiado, ellos no pueden eliminar precedentes.

La segunda herramienta que se creó es la del distinguishing, en la cual el magistrado se aparta del precedente para imponer su propio criterio por la razón de que los hechos de la causa que se encuentra resolviendo no se enmarcan dentro de los preceptos normativos establecidos en el precedente. En este caso, a diferencia de la anterior herramienta, únicamente el juez se aparta del precedente pero no lo deja sin efecto ni tampoco cambia el criterio del mismo, únicamente es un apartamiento simple. Entonces al ser una herramienta por la cual se aparta de la regla general, para no vulnerar la supremacía de la constitución y la seguridad jurídica, tendrá que exponer fundamentos fuertes que prueben que los hechos del caso no se ajustan al precedente.

Entonces, la creencia de que en el Common Law nadie se puede apartar de un precedente, por ser una norma general que resguarda la seguridad jurídica y la supremacía de la constitución, es una concepción errónea del precedente. Al respecto señala Nuria Gonzales Martin: “Hay una fórmula de invocación conocida como Distinguishing y permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando la existencia de particularidades que diferencian a un caso del anterior. Esta es, de hecho, la principal vía para la actualizar el Common Law”⁸⁹. Entonces, los jueces en el Common Law si están facultados para apartarse de un precedente vinculante, claro está que son casos excepcionales. Por lo que inclusive en este sistema los precedentes no pueden ser absolutos, ya que el juez sigue siendo un juez de casos concretos, por lo que él tendrá que verificar si corresponde aplicar determinado criterio. Y la autora indica que ésta es la principal vía para actualizar el Common Law, y esto tiene su razón, ya que son los jueces de primera instancia

⁸⁹ Gonzales Martin, Nuria (s.f.), Los Restatement of the Law en Estados Unidos, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>, accedido el 15 de abril de 2017.

quienes resuelven en si todos los procesos, ya que las instancias superiores son residuales (solo determinados procesos llegan a ser ventilados en la máxima instancia), entonces resulta clave la facultad de apartamiento ya que como el derecho es tan dinámico, se estancaría el derecho si se esperara a que el tribunal supremo realice un overruling sobre su precedente (si es que lo desea hacer, pues está en toda su facultad decidir si cambia de criterio o no), es más fácil que los jueces de instancia inferiores vayan cambiando de criterio en determinados casos y de esta manera hagan ver el tribunal supremo que es necesario un cambio de criterio.

Por otro lado señala Guilherme Marinoni: “La tarea del Tribunal es analizar la aplicación de los precedentes al caso que está bajo su juzgamiento, ocasión en que se vale, básicamente, de las técnicas del Distinguishing y del Overruling”⁹⁰. Está claro que en este sistema el juzgador no es un simple aplicador de precedentes, también tiene la obligación de analizar cada caso en concreto a fin de aplicar un criterio correcto, para lo cual cuenta con dos herramientas, el distinguishing, que la puede aplicar cualquier magistrado sin importar su jerarquía o el overruling, que la aplicará el tribunal supremo cuando desee eliminar algún precedente e imponer otro criterio más acorde a la realidad.

Entonces, teniendo clara la idea que los jueces en el Common Law sí están facultados para apartarse de cualquier precedente a pesar de estar sometidos al principio del Stare Decisis, es que podemos indicar que los precedentes no son absolutos, pues esto significaría un estancamiento en la dinámica del derecho. Los cambios de contexto en el derecho no esperan a que los Tribunales Supremos

⁹⁰ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C. pág. 260,

decidan cambiar de criterio, entonces son los jueces de primeras instancias quienes analizando los casos por separado, quienes decidirán aplicar el criterio más justo.

Los jueces en este sistema también están sometidos a un criterio de justicia, por más de que exista algún precedente que los vincule, ellos no pueden dejar de lado la justicia y aplicar un precedente que podría devenir en una decisión injusta. En esta línea Michele Taruffo señala: “En Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y solo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que él piensa que es justa. Si la aplicación del precedente, en el caso, lo lleva a una conclusión que considera injusta, simplemente dice: “no aplico el precedente porque aplicando el precedente mi decisión sería injusta” y explica por qué”⁹¹. El autor toma el ejemplo de un juez estadounidense, pues es un país donde se rige por el Common Law. Entonces un juez a pesar de estar vinculado, puede apartarse de un precedente inclusive sin hacer uso de la técnica del distinguishing, o del overruling; él a través de un criterio de justicia puede optar por el criterio que lo va llevar a un decisión justa. Claro está que siempre deberá fundamentar su decisión de apartamiento, y lo tendrá que hacer con fundamentos objetivos y racionales, ya que de no hacerlo estaría en un falta grave por atentar no solo los derechos de las partes involucradas en el proceso, sino también por atentar contra la seguridad jurídica y la supremacía de la Constitución.

⁹¹ Taruffo, M. (2017). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revistas.pucp.edu.pe*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>, aceso el 15 de abril del 2017.

En Conclusión, los jueces del Common Law sí están facultados para apartarse de un precedente vinculante, solo cuando las circunstancias lo ameriten, para lo cual deberán utilizar alguna de las herramientas que el propio sistema ha creado (distinguishing y overruling), o inclusive no haciendo uso de tales herramientas podrá apartarse solo si la aplicación del precedente va a devenir que la decisión que tome el juzgador es injusta. Por otro lado el Common Law hace uso de los apartamiento de precedentes para poder actualizarse, pues al ser un sistema sumamente empírico necesita de cambios de criterio que vayan de acorde al tiempo en el que cambia el contexto social.

2.8. La aplicación de la Técnica del Prospective Overruling para el apartamiento de un Precedente Vinculante.-

En este punto discutiremos la mejor herramienta que puede utilizar un magistrado para apartarse de un precedente vinculante. Digo la mejor herramienta, pues se trata de buscar la herramienta que permita cumplir los fines de la presente tesis, es decir permitir que un juez pueden apartarse del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional.

La primera herramienta es el Prospective Overruling. Ésta técnica es definida en el expediente N° 3361-2004-AA/TC, en el cual el Tribunal Constitucional citando al caso Patterson vs. Malean que señala: “Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos Overruling, respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido, que cualquier salida de la doctrina del stare decisis demanda una especial justificación”⁹². En el

⁹² Expediente N°3361-2004-AA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03361-2004-AA.html>

sistema peruano no sería una salida a la doctrina del stare decisis, pues el mismo Código Procesal Constitucional le permite solo a los miembros del Tribunal a apartarse de sus propios precedentes exponiendo los fundamentos por los cuales se aparta, mientras que en los países regidos por el Common Law no existe tal facultad dada por una Ley, sino que el mismo sistema adopto tal medida cuando sea necesario apartarse del principio del Stare decisis.

Ahora bien, retomando el tema, y utilizando la definición del prospective overruling dada por el Tribunal Constitucional, es decir que es aquella técnica utilizada cuando el magistrado anuncia a los ciudadanos el cambio de criterio que va a realizar en sus resoluciones, lo cual no implica una modificación repentina de las reglas que se ha estado siguiendo. Es decir que se anuncia que a partir de aquí en adelante se cambiará el criterio para resolver causas de una determinada materia⁹³. Y no entro más en la definición de la presente técnica pues ya fue definida en el punto 1.3.1 de la presente tesis.

Ahora bien, sabiendo de lo que se trata el overruling, trataremos de identificar cuando se puede dar la presente técnica de apartamiento. El overruling se puede dar por diversas causas, en primer lugar debemos entender que un overruling se da cuando el tribunal, posteriormente de analizado un caso concreto, adopta una nueva norma (regla) que va a decidir un caso comprendido en la hipótesis de incidencia de un anterior precedente⁹⁴. Es decir que cuando el Tribunal luego de analizado el proceso, advierte que la regla anterior ya no es útil para resolver un caso presente, por lo tanto advierte en su misma resolución que el precedente no se aplica al caso por ser

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). *Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales*. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 398.

desfasado, entonces adopta una nueva regla, eliminando el precedente anterior, e impone un nuevo precedente que servirá para resolver casos futuros.

Pero ¿Cuándo el Tribunal se da cuenta que el precedente debe ser cambiado por otro? Bueno en este caso tomare los tres presupuestos que adopta Guilherme Marinoni para verificar que un precedente debe ser cambiado. Entonces un precedente se cambia “cuando deja de corresponder a los patrones de congruencia social, y esto sucede cuando pasa a negar proposiciones morales, políticas y de la experiencia”⁹⁵. Y disgregando cada uno de estos patrones, podemos decir que un precedente niega proposiciones de moralidad cuando el consenso moral de la ciudad califica a una conducta como mala o errada para determinada circunstancia; niega proposiciones políticas cuando la situación creada en el precedente afecta el bienestar general; y finalmente niega las proposiciones de la experiencia cuando el precedente se aparta de las tendencias de los grupos sociales, es decir cuando se aparta del cómo viene funcionando la sociedad.

Sin embargo estas proposiciones suponen mucha responsabilidad en los miembros del Tribunal que pretende cambiar un precedente. Esto en razón a que tales proposiciones son muy subjetivas, pues depende del criterio de los miembros que actualmente están en el Tribunal, sin embargo cuando el colegiado se cambie puede que este nuevo colegiado tenga otra manera de ver la realidad. Por lo tanto no creo que estas proposiciones sean muy eficientes al momento de decidir un cambio de precedente.

⁹⁵ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C. pág. 448.

Por otro lado existe otro criterio para asumir un cambio de precedente, y este se da cuando el precedente es incongruente con el contexto social⁹⁶. Es decir, que el tribunal constitucional verifica en un caso que debe ser tratado de distinta forma ya que el contexto social vuelve inconsistente al precedente, por lo tanto se determina que tal precedente ya no es útil para resolver situaciones conflictivas, en tal medida se opta por un precedente que guarde congruencia con el contexto social. Y esto tiene sentido cuando vemos al derecho como algo dinámico, por lo tanto es necesario tener precedentes que guarden relación con tales cambios. Sin embargo, sigue siendo el Tribunal el encargado en verificar el cambio del contexto social, y si no determina que haya un cambio sustancial en la sociedad, pues no habrá posibilidades de realizar un overruling.

Por otro lado, en el sistema del Common Law, las cortes optan por variables para verificar la necesidad de un cambio de precedente, y entre las principales tenemos: “a) Cuanto mayor la discordancia ideológica entre un precedente y la corte subsecuente, mayor la probabilidad que ese precedente sea revocado, b) Mientras más frecuente la corte haya tratado un precedente positivamente, menor la oportunidad para que el precedente sea revocado, c) Mientras más frecuentemente la corte haya tratado un precedente negativamente, mayor la oportunidad para que el precedente sea revocado, d) Mientras más próximo al contexto político-ideológico estuviera un precedente, menor la oportunidad de ser revocado, e) Un precedente tiene más oportunidades de ser revocado si la coalición que lo sustentó consistiera en una simple mayoría de juzgadores, f) Cuando mayor el número de opiniones concurrentes que hayan sido publicadas con un precedente, mayores las

⁹⁶ Ibidem, pág. 449.

oportunidades de ser revocado”⁹⁷. Respecto de la primera variable, considero que es la peor opción de cambiar un precedente, pues en un sistema constitucional adoptado por el Perú se convertiría en una suerte de dictadura judicial, pues los precedentes variarían de acuerdo con el colegiado que se encuentre actualmente en el Tribunal Constitucional, es decir cada cinco años cuando se renueva el colegiado tendríamos un cambio de precedente, pues cada colegiado trataría de imponer sus propios criterios. Respecto de la segunda variable, está claro que si el precedente es utilizado por todos los juzgadores sin objeción, quiere decir que el precedente cumple con su finalidad, sin embargo en el Perú es imposible determinar esta variable, pues los magistrados de jerarquía inferior, incluso los magistrados de la Corte Suprema están impedidos de apartarse de un precedente vinculante, entonces no se puede verificar a que grado se aplica positivamente el precedente. Respecto de la Tercera variable, está a mi parecer sería la opción más viable, pues mientras más juzgadores deciden no aplicar el precedente es evidente que es necesario un cambio de criterio, claro que los apartamientos deben ser fundamentados, pues si no lo fuesen no habría necesidad de cambio. Respecto de la cuarta variable, esta es una tarea del mismo Tribunal, por lo que a mi parecer es una variable muy subjetiva, pues es el mismo Tribunal quien verificará si el precedente se ajusta o no al contexto político-ideológico del país. Respecto de la quinta variable, es claro que si el precedente únicamente se adoptó por mayoría, quiere decir que todos los magistrados que conforman el Tribunal no están seguros que el precedente que van a imponer sea el más correcto, por lo tanto sería como si fuese un precedente débil, pues así como existen fundamentos a favor del precedente también existen en contra dentro del mismo Tribunal, lo cual hace

⁹⁷ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 402 y 403.

pensar que en cualquier momento se cambiara de precedente cuando haya un criterio más correcto, lo cual dependerá enteramente de los miembros del Tribunal. Finalmente, respecto de la última variable, considero que la doctrina debe ser también considerada al momento de cambiar un precedente, pues son los juristas quienes comentan la realidad que pasa en el país, sin embargo debe ser doctrina con fundamentos válidos, y no simples comentarios en contra.

Ahora bien, sabiendo las variables que considera el Common Law para realizar un overruling, en el Perú sería factible las variables señaladas en los puntos b), c), y f), por ser las variables que se pueden corroborar con mayor facilidad y sin ser subjetivos. Y a pesar que los puntos b) y c) son teóricamente imposibles de determinar en el Perú, en los últimos años se ha visto que los magistrados de jerarquía inferior vienen utilizando la técnica del distinguishing a fin de apartarse de un precedente, por lo tanto serían variables confiables para determinar un cambio de criterio. Sin embargo, debemos de recordar que la técnica del overruling sólo puede ser aplicada por el mismo Tribunal que expidió el precedente (no interesa que el tribunal este conformado por otros magistrados que emitió el precedente, pero debe ser la misma autoridad en su conjunto). Por lo tanto, todo está en las manos del tribunal, sin embargo las variables antedichas pueden servir como un sistema de presión para el cambio de criterio.

Bien, habiendo indicado lo que sucede cuando se aplica un overruling, para los fines de la presente tesis, considero que esta técnica no sería útil para que un magistrado de las dos primeras instancias en un proceso constitucional se aparte de un precedente vinculante, por la principal razón de que es requisito indispensable para aplicar el overruling, que lo realice el mismo Tribunal que expidió el precedente vinculante, en

tal caso no sería de mucha utilidad esta herramienta para los fines planteados en la presente investigación.

Por otro lado, considero que esta técnica es de suma utilidad para llevar los criterios doctrinarios de los precedentes de acorde a las necesidades que plantean la realidad social y el contexto político. Y así lo determina Gerardo Eto Cruz al señalar: “tanto el «precedente de complementación» así como el overruling comparten un mismo fundamento: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, en virtud de ello, que el Derecho no se petrifique”⁹⁸. Entonces, es importante que el Tribunal Constitucional comience a tomar en cuenta que una revaloración de sus precedentes podría ayudar mucho con el dinamismo del derecho, en tal sentido la técnica del overruling debe ser tomada en cuenta siempre que sea necesario, atendiendo en lo posible a las variables antes indicadas.

2.9. La aplicación de la Técnica del Distinguishing para el apartamiento de un Precedente Vinculante.-

Una segunda técnica que permite un apartamiento de un precedente es el distinguishing. Este tipo de apartamiento dista un tanto del overruling, pues en este tipo de apartamiento, el magistrado se aparta del precedente sin eliminar el anterior, únicamente se aparta ya que los hechos del caso que se encuentra resolviendo dista de los hechos de los hechos que originó el precedente vinculante. Podemos utilizar la definición que realiza Juan Monroy Gálvez: “El distinguishing es una técnica que permite al órgano jurisdiccional de grado inferior reducir la vinculación al precedente judicial invocado, e inclusive eliminar cualquier afectación de éste al caso por

⁹⁸ Eto Cruz, Gerardo (2014), Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia, Revista Pensamiento Constitucional N°19, pág. 315.

resolver, acreditando que hay hechos distintos en la configuración de la ratio decidendi respecto de los hechos del caso a ser resuelto”⁹⁹. Y no me adentro más dando definiciones de esta herramienta, pues al igual que en el punto anterior, esta técnica ya ha sido definida en el punto 1.4.1. de la presente investigación.

Entonces, tomando la definición antedicha, podemos establecer que para la aplicación de un distinguishing, el juez primero tiene que distinguir la ratio decidendi del precedente del cual se pretende apartar, es decir que tiene que encontrar la razón fundamental por la cual el Tribunal resuelve en un determinado sentido, o en otras palabras, el juez debe encontrar la hipótesis de incidencia del precedente. Una vez encontrada la ratio decidendi, contrastará este con el caso en concreto, diferenciándolo para así poderse apartar.

Al parecer resulta ser una operación sencilla, sin embargo requiere de mucha responsabilidad, pues existen precedentes donde la ratio decidendi no se encuentra definida expresamente, es decir existen precedentes donde el Tribunal no indica que parte constituye vinculante, entonces es labor del magistrado analizar el precedente y definir la ratio decidendi. Por otro lado, en los casos en donde el Tribunal define la parte de su resolución que es vinculante, la labor que debe realizar el magistrado se vuelve más sencilla. Sin embargo, si por un lado resulta fácil determinar la ratio decidendi, es complicado demostrar la necesidad del apartamiento.

Por un lado tenemos el concepto que para aplicar el distinguishing es necesario distinguir los hechos que motivaron el precedente, pero ¿Qué hechos? Únicamente los hechos relevantes, y luego se tienen que contrastar con los hechos relevantes del

⁹⁹ Monroy Gálvez, Juan (2008), Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Lima, pág. 21.

casos en el cual se pretende aplicar la técnica. Una vez contrastado los hechos, la tarea no termina ahí, sino que el magistrado debe demostrar tal distinción mediante una motivación razonada y con fundamentos fuertes. En esta línea señala Guilherme Marinoni: “Para realizar, el distinguishing, no le basta al juez apuntar hechos diferentes, debiendo argumentar para demostrar que la distinción es material, y que, por tanto, hay justificación para no aplicar el precedente. Es decir, no es cualquier distinción la que justifica el distinguishing. La distinción fáctica debe revelar una justificación convincente, capaz de permitir el aislamiento del caso objeto del juicio frente al precedente”¹⁰⁰. Entonces, no basta con determinar la distinción sino que se debe corroborar tal distinción, en segundo lugar la distinción debe justificar un apartamiento, es decir debe ser necesario para la resolución del caso concreto, y en tercer lugar debe fundamentar el magistrado, con razones suficientes el motivo de su apartamiento. Caso contrario, es decir si no logra justificar la distinción entre ambos casos, el magistrado si se aparta estaría en falta, pues se estaría apartando sin justificación y no habría motivación necesaria para el apartamiento.

Esta sería la primera forma para aplicar un distinguishing, es decir mediante la comprobación de una diferencia material en los hechos del caso del precedente con el caso actual. Sin embargo existen otras formas de aplicar esta misma técnica, tal como lo desarrolla Da Rosa Bustamante al señalar: “El distinguishing puede ser descrito como una judicial departure que se diferencia del overruling porque el apartamiento del precedente no implica su abandono, sino solo su no aplicación en determinado caso concreto, sea por medio de la creación de una excepción a la norma adscrita establecida en la decisión judicial o de una interpretación restrictiva de esa

¹⁰⁰ Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C. pág. 376 y 377.

misma norma, con el fin de excluir sus consecuencias para otros hechos no expresamente comprendidos en su hipótesis de incidencia”¹⁰¹. Respecto del primer caso, el magistrado no es que cree una excepción, sino que luego de analizado el caso, determina en el caso en concreto circunstancias especiales por las cuales es conveniente un apartamiento, o por el contrario el magistrado clasifica los hechos del caso como diferente a los hechos del precedente. Siendo que respecto del segundo caso, el magistrado realiza una interpretación de la norma expuesta en el precedente, sin embargo, este tipo de apartamiento no resulta útil en nuestro sistema, pues los precedentes que emite el Tribunal Constitucional a diferencia de los precedentes en el Common Law, no son normas abstractas que son pasibles de interpretación, sino que son situaciones definidas de aplicación inmediata sin mayor interpretación.

Entonces me concentraré en el primer tipo de apartamiento (creación de una excepción), en este caso puede ser por la aparición de circunstancias especiales, las cuales pueden estar tanto en los hechos del caso como en el marco normativo que se va aplicar para la resolución del caso. En tanto al segundo caso, los hechos tienen que ser revalorados por el magistrado determinando una distinción. En los dos casos en los cuales el juez crea una excepción a la regla, tiene que comprobar la existencia de tales excepciones, no basta con anunciarlas, las debe fundamentar adecuadamente demostrando que efectivamente existen.

Sin embargo, debe entenderse que en la aplicación de un distinguishing no significa un arreglo del precedente anterior, es decir no se permite modificar ninguna parte del precedente ni menos eliminarlo del sistema jurídico. Tampoco implica que el nuevo

¹⁰¹ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 479.

criterio tomado luego de la aplicación del distinguishing se va a convertir en una nueva regla a seguir, la modificación o no del precedente depende siempre del Tribunal.

En el Perú, la aplicación de esta técnica no es común, sin embargo en los últimos años se ha visto utilizada por la rigidez de los precedentes del Tribunal Constitucional. Tal como lo podemos apreciar en las Sentencia 27013-2013 de la Corte Superior de Lima donde el ponente es Omar Toledo; y en la Sentencia 58-2014 de la Corte Superior La Libertad donde actúa el Juez Félix Ramírez. En ambos casos, los magistrados se apartan de las reglas contenidas en el precedente denominado Huatuco Huatuco, fundamentando su decisión de apartamiento en que los hechos materia de Litis no se ajustan a los hechos que originaron el caso del precedente.

La rigidez de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional provoca que los magistrados opten por técnicas que les permita mayor libertad al momento de juzgar, ya que tal como se indicó en los acápites precedentes, el juez es llamado para impartir justicia y la aplicación del precedente vinculante en los casos antes citados, lo iba llevar a una decisión que no iban de acorde al derecho reclamado, es decir iba a crear indefensión en el demandante. Sin embargo, la aplicación de la presente técnica no sirve para que el juez pueda apartarse de precedentes que no le convienen o que no le gustan por tener un criterio personal¹⁰². El juez debe ser prudente y objetivo al momento de aplicar esta técnica de apartamiento, necesita de razones suficientes y razonadas que le permitan justificar su decisión.

¹⁰² Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C. pág. 376.

Para los fines de esta investigación, está claro que la aplicación de esta técnica resulta ser la más fiable por la cual un Juez de primera y de segunda instancia en un proceso Constitucional pueda apartarse de un precedente vinculante. Ya que en primer lugar, están facultados de utilizarla pues no existe ninguna obligación legal que les impida aplicar la técnica. Por otro lado, su apartamiento no implica una variación del precedente vinculante, ni tampoco significa que en ningún caso volverá aplicar el precedente. Es una medida excepcional que un juez puede optar para resolver un caso de la mejor manera sin la necesidad de seguir el criterio tomado por el Tribunal Constitucional.

Debemos tener en cuenta además que los jueces son jueces de casos concretos en donde cada caso puede tener circunstancias especiales, y de acorde a estas circunstancias es que el magistrado optara el mejor criterio para decidir el fondo del asunto. Por otro lado, en el voto en discordia del magistrado Blume Fortini, en el precedente denominado Huatuco Huatuco, señaló: “No hay que obviar que el precedente constitucional vinculante implica la generación de reglas obligatorias, pero vinculadas al supuesto de hecho que se discute en el caso en el que se emite. Esa es una características principal y al mismo tiempo una de las condicionantes de los propios alcances que tendrá”¹⁰³. Entonces, de acorde a lo indicado por el magistrado Blume Fortini, los magistrados obligados a seguir el precedente, lo primero que tendrán que hacer es verificar si los hechos van de acorde con los hechos del precedente vinculante en cuestión, de ser una respuesta negativa, pues no lo aplicaran y resolverá el caso de acuerdo a su criterio.

¹⁰³ Expediente N° 5057-52013-AA/TC, voto en discordia del magistrado Ernesto Blume Fortini; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA%20Aclaracion.pdf>

Por otro lado, también es necesaria la aplicación de la presente medida, pues constituye una fuente para actualizar los criterios plasmados en el precedente vinculante, pues tal como lo indique en el acápite anterior, constituye una de las variables por las cuales el Tribunal puede considerar un cambio de criterio. En esta línea afirma Nuria Gonzales Martin que: “Hay una formula de invocación conocida como distinguishing y permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando la existencia de particularidades que diferencian a un caso del anterior. Esta es, de hecho, la principal vía para actualizar el Common Law”¹⁰⁴. Entonces, si resulta ser esta técnica la principal vía para actualizar el Common Law, debe ser la principal vía para actualizar el criterio que se debe seguir en la resolución de procesos constitucionales, es decir que debe servir para que el Tribunal Constitucional sea impulsado para revalorar sus precedentes.

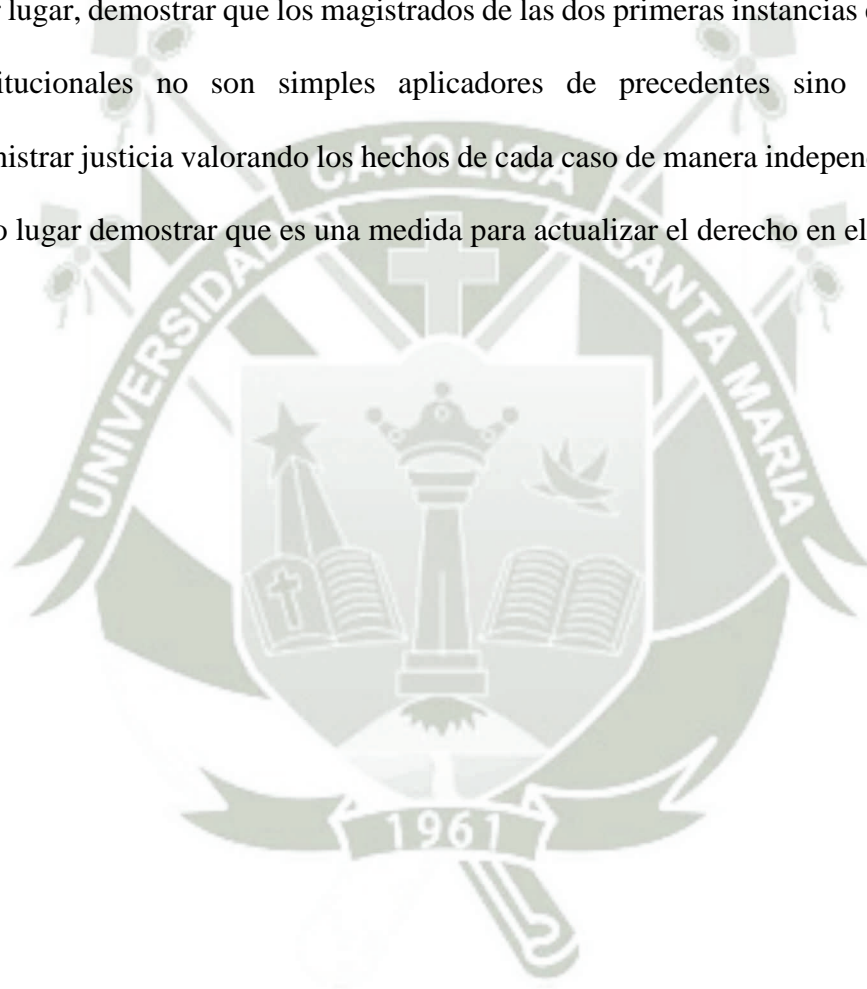
Asimismo, la aplicación del distinguishing es una forma de presionar al Tribunal para que cambie de criterio en ciertos casos, tal como lo indica Da Rosa Bustamante: “El juez apela, en esos casos, por una nueva regla jurídica que conduce a un resultado diverso de lo previsto por el precedente”¹⁰⁵. Y digo en ciertos casos, ya que puede ser que el precedente sea bueno pero por las circunstancias del nuevo caso es necesario apartarse del mismo, lo cual no significa que se desee cambiar el sentido del criterio del Tribunal. Pero pueden existir en otros casos, que el segundo motivo para aplicar el distinguishing (siendo el primer motivo distinguir los hechos del caso actual con los hechos del precedente), que se desee un cambio de criterio

¹⁰⁴ Gonzales Martin, Nuria (s.f.), Los Restatement of the Law en Estados Unidos, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>, accedido el 17 de abril de 2017.

¹⁰⁵ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 397.

jurisprudencial por estar el precedente errado o desfasado por no ir de acuerdo al contexto social en el que se producen los conflictos de intereses.

En tal sentido, a mi parecer el distinguishing es la mejor herramienta que cuentan los jueces para apartarse de un precedente vinculante, y no solo eso, es la mejor manera de demostrar al tribunal que en primer lugar sus precedentes no pueden ser absolutos, en segundo lugar que su criterio no es el correcto, está desfasado o tiene errores, en tercer lugar, demostrar que los magistrados de las dos primeras instancias en procesos constitucionales no son simples aplicadores de precedentes sino que deben administrar justicia valorando los hechos de cada caso de manera independiente, y en cuarto lugar demostrar que es una medida para actualizar el derecho en el país.



3. CAPÍTULO 3: POSIBILIDAD DE APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES

3.1. Las Ventajas y Desventajas que conlleva el Apartamiento de un Precedente Vinculante.-

En este punto expondré tanto las ventajas como desventajas que implica el apartamiento de un precedente vinculante en la resolución de un proceso constitucional. Comenzaré primero con las ventajas.

- **La primera ventaja** que ha sido advertida en la presente investigación es la de la expedición de sentencias con decisiones más justas. En este sentido, el hecho que el Tribunal Constitucional haya establecido como precedente vinculante un criterio para resolver un determinado proceso, no significa que sea para todos los casos la decisión más justa. El juez debe siempre buscar el criterio más adecuado que vaya de acuerdo a las circunstancias de cada caso, de manera que no se vulnere derechos de las partes involucradas en el conflicto de intereses. Y en este sentido afirma Tomas Alves Villegas que: “La configuración del precedente vinculante no puede llevar a afirmar ciegamente que estamos ante la mejor razón, la mejor solución o la respuesta más justa al problema”¹⁰⁶. El magistrado que esta frente a un proceso constitucional siempre está en la potestad de buscar el criterio más favorable a la solución de un conflicto de intereses, claro está que no se trata de un apartamiento simple, sino que deberá al igual que en todos los casos de apartamiento demostrar que si se aplica un determinado criterio establecido en

¹⁰⁶ Gálvez Villegas, Tomas (s.f.), Los Precedentes Vinculantes, disponible en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_3_precedentes_vinculantes.pdf, accedido el: 17 de abril del 2017.

un precedente, su decisión devendría en injusta, en otras palabra deberá demostrar en qué medida su decisión se vuelve injusta.

- **Una segunda ventaja** sería que al darse el apartamiento de un precedente se le permite al Tribunal Constitucional que corrija los errores que haya podido tener en su precedente vinculante. Tal como se indicó en el anterior punto, la emisión de un precedente vinculante no es sinónimo de un criterio correcto. Por el contrario, también los criterios que emite el Tribunal Constitucional pueden contener errores, más aun si el precedente únicamente ha sido adoptado por una simple mayoría entre los magistrados que conforman el Tribunal, es decir que se reconoce que el precedente emitido no es perfecto, pero si perfectible. Por lo tanto, el apartamiento de un precedente vinculante puede servir que el Tribunal Constitucional reconsidere su precedente a fin de corregir los errores que pueda tener.
- **Como tercera ventaja** tenemos que el apartamiento de un precedente puede tener su razón en que existe un vacío en el precedente vinculante, en donde el magistrado a fin de resolver correctamente debe apartarse del criterio jurisprudencial constitucional. En este caso, como el precedente vinculante tiene efectos parecidos a los de una ley (sentencia 0024-2003-AI/TC), este puede contener vacíos, es decir no cubre todas las circunstancias posibles, de modo que si originarse un conflicto de intereses en donde los hechos no se enmarcan completamente en la hipótesis de incidencia del precedente vinculante, el juez debe llenar tal vacío, imponiendo su criterio para poder de esta manera resolver el proceso. Pues de lo contrario, es decir que el magistrado a sabiendas que los hechos del caso no se enmarcan completamente o parcialmente dentro del

precedente vinculante, decide aplicar de todas maneras el precedente, estaría violentando los artículos VIII y IX del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, así como también el derecho de defensa de los justiciables y el derecho a una tutela judicial efectiva, pues su decisión no sería razonable ni acorde a derecho. Entonces, el apartamiento también sirve como una especie de denuncia de vacíos jurídicos, a fin de que el Tribunal llene tales vacíos, y que no se vea desprotegido el derecho de las partes en un proceso.

- **Una cuarta ventaja** es que el apartamiento de un precedente también significa un llamado al Tribunal Constitucional a que elimine o cambie un determinado precedente vinculante. Tal como lo mencione en los acápites precedentes, el apartamiento de un precedente también cumple una función de revaloración de los mismos, dado que el Tribunal Constitucional al verificar que en varios procesos los jueces se han apartado con razones justificadas, pues decidirá tomar cartas en el asunto revalorando su precedente y decidiendo un cambio de criterio eliminando de esta manera el anterior precedente vinculante. En esta línea, Da Rosa Bustamante señaló que el apartamiento de un precedente es una forma de apelar al criterio impuesto por el Tribunal, a fin de que éste último cambie su criterio¹⁰⁷. Por otro lado, también cumple una función de actualización jurisprudencial, y esta es la función primordial que cumple el apartamiento en los países regidos por el Common Law (sistema en donde la figura del precedente es propia)¹⁰⁸. Y no significa que el nuevo criterio que utiliza el magistrado luego de apartarse de un precedente vinculante constituye la actualización, sino que tal

¹⁰⁷ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 397.

¹⁰⁸ Gonzales Martin, Nuria (s.f.), Los Restatement of the Law en Estados Unidos, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>, accedido el 17 de abril de 2017.

como se indicó, es un medio de presión al Tribunal Constitucional a que cambie de criterio, es decir que actualice sus precedentes vinculantes a fin de que vayan de acorde al nuevo contexto social. Por otro lado, los casos en que se produzcan constantes apartamientos de un determinado precedente, también constituye una de las variables por las cuales el Tribunal puede decidir aplicar un overruling¹⁰⁹.

- **Como quinta ventaja** tenemos que el apartamiento constituye una fuente para controlar el poder que tiene el Tribunal Constitucional. Los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional no pueden ni deben ser absolutos, siempre deben estar sujetos a críticas y modificaciones, para lo cual debe contribuir los magistrados de las dos primeras instancias, pues al fin y al cabo son ellos quienes aplicaran tales precedentes para resolver conflictos (ya que el Tribunal Constitucional es una vía residual). Si no existiese un control del poder del Tribunal Constitucional estaríamos en una especie de dictadura jurisprudencial, pues los criterios del tribunal serian sacrosantos, y se condenaría a todo aquel que no estuviese de acuerdo con los criterios del Tribunal. Y esto no puede ser así, en un Estado de Derecho cada institución debe tener sus límites y también cada institución es posible de ser controlada, a fin de que no vaya más allá de sus potestades. A través del apartamiento podemos crear una especie de “feed back”, es decir una retroalimentación en el cual los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional son calificados positivamente (si se aplican sin mayor problema en cada caso que se resuelva) o negativamente cuando se produce constantemente la figura del apartamiento, de tal manera que el criterio jurisprudencial no se vea estancado por el autoritarismo del Tribunal Constitucional.

¹⁰⁹ Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pág. 403.

Por otro lado habiendo indicado las ventajas que a mi parecer cumple el apartamiento de un precedente vinculante, pasaremos a indicar las desventajas.

- **La primera desventaja** advertida es que de producirse un apartamiento se estaría rompiendo la seguridad jurídica de un país. Y esto es relativo, pues si bien por un lado se entiende que un apartamiento es desconocer la potestad que cuenta el Tribunal Constitucional de emitir precedentes vinculantes a fin de asegurar mejor el derecho de los ciudadanos. Esto no significa que en todos los casos un juez se va a apartar, solo en determinadas circunstancias y con la debida fundamentación se apartara de un precedente vinculante. Luego, la decisión de apartamiento no es inimpugnable, está sujeta a revisión posterior, en tal sentido, no se vería afectada la seguridad jurídica de las partes intervinientes en un proceso constitucional. Habría más riesgo de violar la seguridad jurídica cuando se aplica un precedente que contiene un criterio erróneo, o que afecta derechos fundamentales, el hecho que sea un precedente no significa que siempre vaya resguardar derechos, pueden ocurrir circunstancias que ocasionen que el precedente sea inútil.
- **La segunda desventaja** sería que al producirse un apartamiento se estaría perdiendo predictibilidad en las decisiones judiciales. Pero no podemos sacrificar decisiones justas por predictibilidad. La justicia es lo primero que debe primar al momento de resolver un conflicto de intereses. Un magistrado está en la obligación de valorar cada circunstancia por separado y tomar la decisión más justa, y si la decisión más justa implica un apartamiento lo tendrá que hacer sin mayor problema. Luego, el hecho que la aplicación de precedente implique predictibilidad, esto no significa que los justiciables conozcan de antemano la decisión que va a tomar el juzgador, pues de ser así ni siquiera sería necesario un

proceso, ni la figura de un juez, pues cualquier persona podría aplicar el precedente y fin de la controversia. El juez es llamado para administrar justicia, por lo tanto tiene la obligación de valorar el caso concreto, y si luego de valorarlo considera que es menester aplicar el precedente lo hará. En tal sentido, la predictibilidad supone únicamente un grado de anticipación de la decisión final, más no la certeza del sentido de la decisión.

- **La tercera desventaja** es que se pierde la finalidad del precedente para garantizar una igualdad entre los ciudadanos. En este sentido, habrá igualdad únicamente si se presentaran casos iguales, y se aplicará el mismo criterio para resolver cada caso. Sin embargo, tal como lo indicamos en los acápites precedentes, no existen casos completamente iguales, cada caso tiene sus propias particularidades, en tal sentido, el juez al advertir que las particularidades de un caso determinado no se enmarcan dentro del criterio establecido por el precedente, no tendrá otra opción que apartarse del precedente a fin de resolver correctamente el proceso. Y en este sentido no se está perdiendo igualdad, pues se tratan de casos completamente distintos que deben ser tratados necesariamente de manera distinta.
- **La cuarta desventaja** es que se pierde uniformidad en las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo debemos preguntarnos ¿Debe existir uniformidad para resolver procesos que cuentan con circunstancias particulares que los vuelve distintos unos de otros? A mi parecer la respuesta sería negativa, pues el juez debe resolver un conflicto de intereses con una decisión que no afecte derechos, y si la aplicación del precedente implica la vulneración de algún derecho, no tiene la obligación de aplicar tal precedente, sino que buscara el criterio más razonable que no vulnere derechos de las partes involucradas en el conflicto. En tal sentido,

no se pierde uniformidad, pues no en todos los casos tomara tal decisión (apartarse del precedente vinculante), sino que en casos excepcionales lo hará fundamentando adecuadamente su decisión.

- **Finalmente**, ante el hecho que un precedente tiene efectos parecidos a los de una ley ¿Un juez al apartarse de un precedente vinculante estaría cometiendo delito de prevaricato? La respuesta es no, pues el juez tiene independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo tanto tiene la potestad de apartarse de un precedente si es necesario para la resolución del conflicto, pero tiene la obligación de fundamentar adecuadamente su decisión de apartamiento comprobando la necesidad del apartamiento. Por el contrario, si no fundamenta su decisión de apartamiento, sí estaría cometiendo delito, pues estaría decidiendo en forma contraria al precedente y de manera antojadiza, lo cual no debe ser permitido ni justificado.

3.2. Facultad de los Jueces Constitucionales de Apartarse de un Precedente Vinculante en Primera y en Segunda Instancia.-

En principio de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, solo los miembros del Tribunal Constitucional tienen la potestad de apartarse de sus propios precedentes. Es decir, que los magistrados de las instancias inferiores, y en general los magistrados del Poder Judicial, no pueden apartarse de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, soy de la consideración, y tal como lo he indicado en la presente investigación, que un magistrado si tiene la potestad de apartarse de un precedente vinculante por las siguientes razones:

- En primer lugar, los procesos constitucionales, en las dos primeras instancias son tramitados en sede del poder judicial, por lo tanto se rigen por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y en su artículo 22 segundo párrafo, dispone que en casos excepcionales, los magistrados del poder judicial podrán apartarse de los criterios establecidos en los precedentes vinculantes siempre y cuando fundamenten adecuadamente su decisión¹¹⁰. En tal sentido, al ser los magistrados del Poder Judicial quienes tramitan y resuelven el proceso constitucional en sus dos primeras instancias, están facultados de apartarse de un precedente vinculante. Esta facultad debe ser tomada en cuenta siempre, pues tenemos que tener en cuenta que es en estas dos primeras instancias donde se va a resolver el conflicto de intereses en definitiva, pues la justicia que imparte el Tribunal Constitucional es residual (es decir solo determinados casos llegaran a ser ventilados por los miembros del Tribunal). En tal sentido, es necesario que los magistrados de las instancias jerárquicamente inferiores al Tribunal puedan apartarse de un precedente vinculante, siempre y cuando sea de suma necesidad para la resolución de un conflicto de intereses de manera correcta, y no solo correcta, de manera justa.
- El Perú sigue siendo un país que se rige por el Civil Law, es decir que su máxima fuente normativa es la Ley. En tal sentido, y tal como lo prescribe el artículo 146 de la Constitución, el juez solo está sometido a la Constitución y a la Ley. Y se debe tener en cuenta que la ley debe ser aquella norma jurídica que ha sido emitida por el Congreso de la Republica. Por lo tanto, por más que el tribunal constitucional indique que sus precedentes vinculantes tienen efectos similares a

¹¹⁰ Artículo 22, del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder judicial – Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

los de una ley no lo es, pues si lo fuera estaría supliendo funciones que no le pertenecen, estaría usurpando las potestades que solo cuenta el Poder Legislativo. Ahora, si bien el Perú ha adoptado los precedentes vinculantes como una forma de crear predictibilidad, uniformidad e igualdad, es cierto que los magistrados le deben respeto a tales precedentes, pero no puede significar que tales precedentes sean absolutos, es decir que sean aplicados por más que sea un criterio erróneo o desfasado, en otras palabras aplicar porque sí. Ni siquiera en los países donde el precedente es una fuente normativa (Common Law), es decir donde el juez crea el derecho, tales precedentes no son absolutos, existen mecanismos por los cuales un juez se puede apartar y tal apartamiento no genera sanción alguna. El juez esta en toda su potestad de decidir si es necesario aplicar el precedente o no. Asimismo, el Tribunal Constitucional a través de sus precedentes no está en la facultad de variar el sistema jurídico, es decir no puede decidir por sí solo, que desde ahora en adelante nuestra fuente normativa básica serán sus precedentes vinculantes¹¹¹, al realizar eso se estaría yendo en contra del Estado de derecho y Democrático. Y se estaría convirtiendo la justicia constitucional en una especie de autoritarismo impartido por el Tribunal.

- Por otro lado la misma constitución faculta a los magistrados del Tribunal Constitucional independencia en su función. Así el artículo 139 en su inciso 2 establece el principio constitucional de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es decir que el tribunal constitucional a través de sus precedentes vinculantes no pueden interferir en la manera de cómo va a resolver un magistrado un conflicto de intereses. Si bien el precedente vinculante es de

¹¹¹ Monroy Gálvez, Juan (2008), Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Lima, pág. 19.

obligatorio cumplimiento, esto no puede significar que reste funciones jurisdiccionales a los magistrados, el juez sigue teniendo la potestad de decidir según el caso, de apartarse de un precedente vinculante con el fin de optar por la decisión más justa. En esta línea señala Enrique Chirinos Soto lo siguiente: “Estando en trámite un proceso judicial, ninguna autoridad ni organismo puede avocarse a su conocimiento ni interferir en el ejercicio de la función”¹¹². Y es claro que ninguna autoridad puede interferir en la resolución de procesos, los jueces deben optar por la decisión más justa. Y el Tribunal Constitución a través de sus precedentes no puede de ninguna manera imponer criterios absolutos para resolver conflictos de intereses. Sigue siendo el Poder Judicial un poder independiente, y no puede ceder ante el autoritarismo de criterio que pretende imponer el Tribunal Constitucional. Y asimismo lo señala Monroy Gálvez cuando indica: “No se puede impartir justicia teniendo un cancerbero que actúa como una máquina demoníaca, guillotinando y tirando al vacío a quien lo contradice. Está en juego la posibilidad de juzgar en libertad, ni más ni menos. Si el Poder Judicial cede a esta imposición, que es también una afrenta, habrá perdido no sólo la posibilidad de su reivindicación histórica con la sociedad, sino la opción de seguirse llamando Poder”¹¹³. Entonces, si son los jueces del poder judicial quienes van a resolver prácticamente en definitiva un proceso constitucional, son independientes al momento de resolver la causa que están tramitando, lo cual no quiere decir que no deban respetar un precedente vinculante, lo tienen que respetar siempre que las circunstancias no ameriten un cambio de criterio para resolver de la mejor manera el proceso, y el tribunal

¹¹² Chirinos Soto, Enrique (2010), *La Constitución, Lectura y Comentarios*; Editorial Rodhas S.A.C., sexta edición, pág. 368.

¹¹³ Monroy Gálvez, Juan (2008), *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Lima, pág. 59.

constitucional no puede condenar tales actitudes, pues la decisión de optar por un criterio diferente responde a una razón de justicia y tutela jurisdiccional. Es más, si no se permitiese el apartamiento de precedentes, el Tribunal Constitucional sería una entidad sin control, ya que ¿Cómo es posible que un mismo organismo se auto controle y se auto regule? En esta línea Chirinos Soto citando a Segundo Linares Quintana señala: “El principio de la división de los poderes gubernativos, requiere la independencia entre estos, sobre la base de su coordinación, equilibrio y control recíproco. Apenas uno de los órganos estatales cae en subordinación o dependencia de otro, el sistema falla por su mismo eje, desapareciendo la esencialísima, y característica función de fiscalización que incumbe a cada uno de ellos con respecto a otro”¹¹⁴. Y lo que está pasando en el Perú, es que el Poder Judicial está quedando subordinado a lo que decida el Tribunal Constitucional, perdiendo de esta manera independencia en sus funciones. El Tribunal Constitucional no puede ser una entidad autónoma que no tenga control por ningún poder, menos aun no puede ser una entidad que subordine a los demás poderes del estado, dejaría de ser el Perú un Estado de derecho. En tal sentido, no se le puede prohibir a los magistrados del Poder Judicial apartarse de un precedente vinculante, ellos haciendo uso del poder que el Estado les ha dado pueden resolver con el criterio que mejor se adecue a derecho, claro está que deberán respetar ante todo la Constitución y la Ley (artículo 146 de la Constitución). Y con esto no quiero decir y lo vuelvo a repetir, que el precedente vinculante no sea tomado en cuenta en ningún caso, sino que su aplicación siempre dependerá a las circunstancias de cada caso.

¹¹⁴ Chirinos Soto, Enrique (2010), *La Constitución, Lectura y Comentarios*; Editorial Rodhas S.A.C., sexta edición, pág. 405.

- Por otro lado, un juez está en la obligación de observar en todo momento el debido proceso y la Tutela Jurisdiccional, y así lo ha dispuesto el artículo 139 en su inciso 3. Entonces atendiendo a este principio, un juez no puede sacrificar el debido proceso y la tutela jurisdiccional por la aplicación de un precedente vinculante; recordando que en la presente investigación he indicado que no se puede tomar de manera indiscutible un precedente como el criterio más correcto. Un precedente vinculante puede tener un criterio incorrecto, pues los magistrados del Tribunal Constitucional, al igual que cualquier magistrado del Poder Judicial se puede equivocar. Por lo tanto, al advertir un juez que la aplicación de un precedente va causar un alejamiento al debido proceso o a una tutela jurisdiccional, tendrá que apartarse impartiendo un criterio que vaya acorde con los principios antes citados. La tutela jurisdiccional consiste en que los tribunales de justicia y los procedimientos judiciales tienen la obligación de proteger a los ciudadanos contra un posible exceso que podría presentarse en la resolución de un proceso¹¹⁵ mediante la aplicación de un precedente vinculante. En tal sentido, el juez en un proceso constitucional al ser el director del proceso, debe tomar las decisiones que no afecten principios constitucionales, por lo tanto dependiendo de las circunstancias de un caso concreto decidirá si es conveniente un apartamiento de un precedente vinculante.
- Luego, mediante el principio de motivación escrita de las resoluciones judiciales, establecido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, un Juez está en la obligación de motivar adecuadamente sus decisiones plasmadas en sus sentencias. En tal sentido, si pretende un apartamiento de un precedente

¹¹⁵ Chirinos Soto, Enrique (2010), La Constitución, Lectura y Comentarios; Editorial Rodhas S.A.C., sexta edición, pág. 370.

vinculante, tendrá que motivar adecuadamente su decisión a fin de no romper con el principio antes indicado, sin embargo no es un impedimento de los jueces de apartarse, siempre y cuando motiven tal decisión. Claro está que en los fundamentos que tendrá que exponer, tendrá que demostrar la necesidad de un apartamiento, describiendo la circunstancia y demostrando las consecuencias que tendría si es que no se aparta del precedente, si no hiciera esto estaría en falta, y tendría que enfrentar la responsabilidad que corresponda.

- Luego, el principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, establecido en el inciso 20 del artículo 139 de la Constitución. En base a este principio, un juez cuando no se encuentre en una situación justificante que le permita apartarse de un precedente vinculante, deberá aplicarlo de todas maneras, sin embargo dentro de sus fundamentos, podrá realizar un análisis del precedente y podrá indicar los errores o la razón de porque no se encuentra de acuerdo con el precedente. Esta también es una manera de llamar al Tribunal Constitucional a que haga una revisión de los criterios impuestos en sus precedentes. En esta línea señala Javier Adrián Coripuna: "La sistematización, difusión y crítica de la jurisprudencia constitucional, es un elemento de suma importancia para su revalorización, pues solo cuando los operadores jurídicos, la comunidad académica y sobre todo los ciudadanos, puedan conocer y así efectuar críticas constructivas a las soluciones ofrecidas por la magistratura constitucional, esta última buscará fortalecer los argumentos expuestos o variarlos según respondan o no a los valores más significativos, relevantes y generalmente aceptados en nuestra comunidad, de manera que su

labor contribuya a recuperar y afirmar la supremacía del derecho”¹¹⁶. En tal sentido, también es responsabilidad de los magistrados del Poder Judicial analizar los precedentes que van a aplicar, a fin de poder hacer un llamado al Tribunal Constitucional a que corrija su criterio cuando sea necesario.

- En base al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, principio establecido en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución. De acuerdo a este principio, ante la posibilidad que un precedente vinculante en cuestión ya no cumple la finalidad por la cual fue expedido, el juez por esta causa no puede dejar de administrar justicia y aplicar de todos modos el precedente. Debe seguir administrando justicia, para lo cual se apartara del precedente y aplicará los principios generales del derecho. Si bien el presente principio indica expresamente vacío o deficiencia de una ley, el Tribunal Constitucional ha establecido que sus precedentes tienen un efecto parecido a los de una ley, por tal motivo cuando determinados precedentes resulten defectuosos o tengan vacíos jurídicos, el juez no podrá aplicar tal precedente, sino que tendrá que buscar otra fuente de derecho que le permita sustentar su decisión. En este caso el juez también deberá fundamentar su decisión de apartamiento, es decir, deberá corroborar la deficiencia o el vacío que presente el precedente vinculante constitucional.
- Finalmente, un juez puede apartarse de un precedente vinculante por un criterio de justicia. Un juez es llamado por el Estado para administrar justicia, lo cual le permite apartarse de un criterio jurisprudencial, cuando su aplicación implica una

¹¹⁶ Adrián Coripuna, Javier (s.f), Sobre la interpretación constitucional vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial, Pensamiento Constitucional Año VIII, N°8, pág, 544 y 545.

decisión injusta. El juez no puede ser indiferente con los derechos de las partes, y aplicar precedentes porque si, más aun si sabe que la aplicación del precedente conlleva un resultado injusto. Ni siquiera en los sistemas del Common Law se permite al juez tomar decisiones injustas por la aplicación del precedente, pues ellos están en la facultad de apartarse del precedente si se percata que fruto de la aplicación del precedente su decisión va a ser injusta, por más de que el principio del stare decisis los obliga a seguir el precedente. Este es un caso excepcional, por lo cual deberán argumentar la razón de su apartamiento y aplicar la decisión que a su consideración es justa.

- En el derecho comparado, tenemos que en Colombia en el artículo 230 de su Código del Procedimiento Civil, indica que los jueces, en sus providencias (sentencias) solo están sometidos al imperio de la ley; siendo que la equidad, la jurisprudencia, solo son criterios auxiliares de la actividad judicial; es decir que al igual que en Perú los jueces solo se someten a la Ley, y la jurisprudencia solo es una herramienta que puede ayudar a los magistrados a motivar sus decisiones. Asimismo, en Colombia se permite el apartamiento, cuando existan diferencias relevantes entre ambos casos, cambio social, cambio en el ordenamiento jurídico, cuando el precedente es contrario a los principios, valores y derechos que lo fundamenta. Estas situaciones, no son propias de Colombia, tales situaciones son factibles de ocurrir en el Perú, por lo tanto, un juez peruano también debería estar en la condición de apartarse de un precedente vinculante cuando cualquiera de estas circunstancias sucedan.

3.3. Requisitos para el Apartamiento de Un Precedente Vinculante en un Proceso Constitucional.-

Antes de entrar al tema de los requisitos que debe seguir un magistrado para apartarse de un precedente, debemos señalar cuales son las circunstancias por las cuales se debe permitir el apartamiento.

Tal como lo advertí en la presente investigación, solo en determinadas circunstancias un juez podrá apartarse de un precedente vinculante. La primera circunstancia sería cuando el magistrado advierta que por la aplicación de un determinado precedente su decisión va a devenir en injusta. Está claro que los jueces ante todo deben resguardar los derechos de las partes intervinientes en el proceso, por tal motivo los actos que decida realizar un magistrado siempre deben estar de acorde a derecho. Un juez no puede perjudicar a las partes de un proceso por la aplicación de un precedente vinculante, deberá valorar los hechos de cada caso con sus propias características, y si de advertir que el criterio vertido en el precedente es injusto para la resolución de un caso, se apartará. Esta facultad de apartamiento también la tienen los jueces de cortes regidas por el Common Law, tal como lo indicó Michele Taruffo: “En Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y solo si considera que aplicando el precedente llega a un conclusión que él piensa que es justa”¹¹⁷. Entonces, si en un país como Estados Unidos que se rige por el principio de Stare Decisis, un juez puede apartarse cuando su decisión va a devenir en injusta, un juez peruano también está en la posibilidad de apartarse más aún si se tiene en cuenta que debe respetar el principio del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. El juez no puede ser ciego de la justicia, sino estaría yendo en contra de la función principal por la cual fue nombrado por el Estado, la función de Administrar Justicia.

¹¹⁷ Taruffo, M. (2017). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revistas.pucp.edu.pe*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>, acezado el 18 de abril del 2017.

La segunda circunstancia que justificaría un apartamiento, sería cuando la aplicación de un precedente causa indefensión en alguna de las partes del proceso. Pero ¿Es posible que un precedente vinculante cause indefensión? Sí, pues si bien al momento que se expidió el precedente fue con la finalidad de resolver ciertas circunstancias, tales circunstancias con el paso del tiempo pueden cambiar, llegando al punto que el fundamento por el cual fue emitido el precedente haya cambiado, creando indefensión en las partes si se aplica un precedente que su fundamento ya no es vigente. Pero la otra pregunta sería ¿No causaría más indefensión el apartamiento? Dependiendo de las circunstancias de cada caso, la aplicación de un precedente debe responder siempre al fundamento de cautelar los derechos de los ciudadanos, en tal sentido, si se aplica un precedente que no cautele los derechos por los cuales fue emitido, la decisión de apartamiento no crearía indefensión, sino una manera excepcional de preservar el derecho de las partes intervinientes del proceso. Tal como lo indique, el juez no puede ser un aplicador mecanizado de precedentes, siempre como juez debe valorar cada circunstancia, y siempre ante la situación de preferir un precedente o el derecho de las partes, debe optar por la segunda opción. El ser justo dista mucho de la aplicación de un precedente, siempre se debe valorar, razonar y decidir lo mejor para ambas partes. En tal sentido, un juez siempre estará en la posibilidad de apartarse de un precedente cuando denote que la aplicación del criterio jurisprudencial, causa indefensión.

Una tercera circunstancia sería cuando el juez advierta que la aplicación del precedente vinculante resulta contener un criterio desfasado para resolver el conflicto de intereses. Como bien se sabe, el derecho no es estático, al igual que el contexto social siempre tienen que ir en paralelo. El derecho debe ser capaz de resolver todas las circunstancias que el nuevo contexto social presenta. En tal sentido, no concibo

la idea que un juez deba estar obligado a aplicar un precedente que no responde a las circunstancias del contexto social, por lo que a mi parecer ante tal situación debe apartarse de tal criterio a fin de encontrar un criterio que si se amolde a las necesidades del caso en concreto. Al respecto señala Tomas Gálvez Villegas: “Un juez puede apartarse de un precedente vinculante cuando las circunstancias que justificaron al precedente vinculante mutaron. Es decir cuando se produce un cambio esencial en la valoración jurídica de los hechos que justificaron el precedente”¹¹⁸. Pero ¿Quién es el encargado de verificar el cambio esencial en la valoración jurídica de los hechos? Pues es el mismo magistrado, ya que él es el encargado por un lado de valorar los hechos de cada caso que va a resolver, por lo tanto él es el indicado de verificar tal mutación. Claro está que luego de verificar la variación de los hechos, tendrá que demostrarlo, mediante fundamentos contundentes que revelen que efectivamente los hechos que motivaron el precedente vinculante han variado, por lo tanto ya no es factible la aplicación de tal precedente al caso concreto.

Una cuarta circunstancia será cuando los hechos que motivaron el precedente son distintos a los hechos del caso concreto. En este caso pueden ocurrir dos circunstancias, la primera de ellas, se da cuando los hechos del caso concreto se amoldan parcialmente a la hipótesis de incidencia del precedente vinculante, para tal caso el juez deberá valorar la necesidad de la aplicación del precedente, es decir tendrá que merituar si la aplicación del precedente resulta ser más favorable o no a la resolución del caso. Claro está que la decisión de adopte deberá ser la más idónea, y al decir idónea quiere decir que la decisión tiene que ser aquella que favorezca más a la partes intervinientes en el proceso. Por otro lado, la segunda situación se dará

¹¹⁸ Gálvez Villegas, Tomas (s.f.), Los Precedentes Vinculantes, disponible en: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_3_precedentes_vinculantes.pdf, accedido el: 18 de abril del 2017.

cuando los hechos del caso presente no encuadran completamente en los hechos que originaron el precedente vinculante. Para tal caso, es claro que si los hechos son completamente distintos a los del caso que origino el precedente vinculante, no es necesaria la aplicación del precedente en cuestión; en este caso Gálvez Villegas afirma que este caso no se trataría de una desvinculación, pues no se estaría aplicando el precedente por la razón de que se trata de dos supuestos distintos¹¹⁹. En ambos casos, es factible la utilización del distinguishing, para apartarse del criterio jurisprudencial, así mismo será necesaria la corroboración de tales diferencias en los fundamentos del fallo del magistrado, y también, en el primer caso, deberá probar la necesidad de apartarse del precedente.

Una quinta circunstancia, y la que a mi consideración es la que más responsabilidad genera sobre los magistrados, será cuando el magistrado llega a un criterio más adecuado, que permita una mejor protección del derecho fundamental discutido. En este caso tal como lo indicamos en la presente investigación, los criterios vertidos por el Tribunal Constitucional no siempre son los correctos, por lo tanto pueden existir criterios que sean mejores que los del Tribunal, ya que como la finalidad del juez es administrar justicia respetando el derecho de ambas partes, él puede establecer un mejor criterio para resolver una determinada causa. Al respecto el Tribunal Constitucional había indicado en el expediente N°4853-2004-PA/TC: “Si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizado con intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien

¹¹⁹ *Ibídem.*

constitucional determinado”¹²⁰. Sin embargo, tal precedente vinculante ha sido retirado del ordenamiento jurídico por el Tribunal. Por otro lado, cabe la posibilidad que un magistrado encuentra la manera de dar una mejor protección al derecho discutido, en tal sentido se apartara del precedente. Pues tal como lo afirma Dyer Cruzado, el hecho que el tribunal sea la última instancia en resolver procesos constitucionales, así como ser el encargado de ejercer el control abstracto de las normas con rango de ley, es una cosa muy distinta que por esta razón deba ejercer una especie de monopolio de la autoridad interpretativa¹²¹. Los magistrados del Poder judicial también está en la posibilidad de interpretar, si se le quitase tal facultad serian simples aplicadores de leyes y precedentes. Claro está que cuando se trate de interpretaciones de preceptos constitucionales, el magistrado deberá seguir la interpretación del Tribunal por ser el supremo intérprete de la Constitución. Entonces, el juez se podrá apartar de un precedente vinculante en base a esta circunstancia cuando el precedente vinculante impone reglas procedimentales o soluciones procesales, mas no podrá apartarse de la interpretación que realiza el tribunal respecto a algún principio constitucional o derechos fundamentales plasmado en la constitución.

Bueno, estas son las cinco circunstancias que a mi consideración un juez puede apartarse de un precedente vinculante, ahora expondré los requisitos mínimos que deberá tomar en cuenta un magistrado para apartarse.

En primer lugar, el apartamiento debe responder a una causa objetiva. Siendo que dicha causa deberá estar contenida dentro de las cinco circunstancias establecidas

¹²⁰ Expediente 4853-2004-PA/TC; extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.html>.

¹²¹ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.263.

líneas arriba. Esto tiene su razón, en que el magistrado no puede de manera caprichosa apartarse de un precedente, tiene que tener una causa suficiente que justifique tal decisión, de no ser así el magistrado estaría en falta y tendría que ser sancionado.

En segundo lugar, el apartamiento de un precedente vinculante solo puede ser excepcional. Es decir, que no siempre un magistrado podrá estar en la condición de apartarse de un precedente vinculante, solo podrá apartarse si se encuentra dentro de las circunstancias antes descritas, y no solo eso, deberán ser comprobadas. Es decir, por más que un magistrado no esté de acuerdo con un precedente, no podrá apartarse, siempre y en todo caso, el apartamiento debe ser de última ratio.

En tercer lugar, la decisión de apartamiento debe ser motivada. Y es claro que toda decisión debe ser motivada, pues de no tener motivación su decisión de apartamiento, estaría cometiendo delito de prevaricato, por apartarse de un criterio vinculante sin razón alguna. Y no solo eso, sino que afectaría enormemente el derecho de defensa, debido proceso y tutela jurisdiccional de las partes en el proceso. Asimismo estaría yendo en contra del principio de motivación escrita de las decisiones judiciales, establecido en el artículo 139 inciso 5 de la constitución.

En cuarto lugar, la motivación que debe realizar el magistrado debe contener argumentos contundentes que le permita demostrar en primer lugar la circunstancia de apartamiento y en segundo lugar la necesidad de apartarse del precedente en cuestión. De no ser así, por más de que se encuentre en alguna de las circunstancias antes planteadas, si no demuestra la necesidad de apartamiento, tendrá que aplicar el precedente de todas maneras. La decisión de apartamiento no puede ser una decisión

caprichosa del magistrado, debe responder a causas razonables y necesarias para poder resolver de la mejor manera un conflicto de intereses.

Finalmente, cuando un magistrado no encontrándose dentro de las circunstancias antes expuestas, tendrá la opción de exponer en sus fundamentos, las razones por las cuales no se encuentra de acuerdo con el precedente vinculante, sin embargo deberá aplicarlo de todas maneras. Asimismo, cabe resaltar que ninguna de las circunstancias de apartamiento antes descritas supone un abandono total del precedente, ni tampoco una variación del precedente vinculante, únicamente resulta ser un apartamiento para uno solo caso.

3.4. Necesidad de una modificación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.-

Teniendo en cuenta los argumentos de los acápites anteriores, considero que se debería modificar el segundo párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, pues no concibo la idea de que dentro de un Estado de Derecho exista una entidad que no sea regulada ni controlada por los demás poderes, y que en todo caso sea una entidad autoritaria que imparte criterios absolutos que no pueden ser refutados por ningún poder de la República.

En tal sentido, el artículo VII, que establece en su segundo párrafo: “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”¹²². Soy de la consideración que tal facultad de apartamiento no debe ser exclusiva de los integrantes del Tribunal Constitucional,

¹²² Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

pues tal como se indicó en un proceso constitucional van a ser las dos primeras instancias quienes van a resolver en definitiva el proceso, y van a ser ellos quienes apliquen efectivamente la regla jurisprudencial, es decir son ellos quienes materializaran el criterio vertido en el precedente. Por tanto ante las circunstancias que expuse en el acápite precedente, podrán apartarse excepcionalmente si se logra probar la circunstancia y la necesidad de un apartamiento.

Por lo que el artículo VII debería ser modificado de la siguiente manera: “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. Asimismo, excepcionalmente un magistrado de todas las instancias judiciales se podrá apartar de un precedente vinculante cuando se encuentre dentro de las siguientes circunstancias: 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 un 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”.

Esta demás decir que la aplicación de las circunstancias antes expuestas, no implica de ninguna manera el abandono definitivo del precedente, es decir no se elimina el precedente vinculante ni se modifica. Tal facultad (de eliminación o cambio de

criterio jurisprudencial), es exclusiva del Tribunal Constitucional. Por lo tanto El tribunal Constitucional no tendrá que incurrir en ninguna de las circunstancias expuestas por ser la máxima autoridad tratándose de procesos constitucionales.

Sin embargo, la adopción de tales excepciones para apartarse de un precedente vinculante sirven además como una medida de actualización del criterio jurisprudencial, a fin de que el tribunal Constitucional, revalore constantemente sus criterios cuando sea necesario, funciona en si como una especie de retro alimentación, donde el Tribunal verificará que precedente siguen siendo útil para la resolución de conflicto, y cuales ya no responden a las circunstancias por las cuales se justificó su expedición. Asimismo, constituye una medida de control de los poderes que cuenta el Tribunal, teniendo en cuenta que no puede existir una entidad sin control dentro de un Estado de Derecho. En este sentido, no por ser un criterio emitido por el Tribunal constitucional y ser de obligatorio cumplimiento, son correctos y poseen una validez indiscutible. El derecho necesita criterios jurisprudenciales que vayan de acorde con el contexto social, para lo cual es labor de todos los magistrados de la republica contribuir a la actualización de los criterios jurisprudenciales. Siempre se debe tener en cuenta que la línea del derecho no se puede quedar estancada.

4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS.-

4.1. CONCLUSIONES.-

- Como **primera** conclusión, podemos indicar que la figura del precedente vinculante se encuentra presente tanto en los Sistemas del Civil Law y Common Law. Siendo que en el primero actúa como una herramienta auxiliar para ayudar a un magistrado a fundamentar sus fallos, por lo tanto no son absolutos, sino que el magistrado está en la potestad de decidir si lo aplica o no. Mientras que en el Common Law, la figura del precedente constituye la principal fuente normativa, básicamente su sistema judicial se rige a base de ellos; sin embargo, inclusive en este sistema el precedente no es absoluto, pues un juez puede apartarse en tanto la aplicación del precedente conlleva a una decisión injusta.
- **Segundo**, 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.
- **Tercero**, 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 le 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.

- **Cuarto**, 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.
- **Quinto**, 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.
- **Sexto**, 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.

- 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 un 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.

4.2. SUGERENCIAS.-

- Sugiero la aplicación de plenos constitucionales. Es decir, que se realicen plenos donde intervengan tanto los miembros del Tribunal Constitucional, magistrados del Poder Judicial, representantes de los Colegios de abogados y representantes de instituciones públicas, donde el tema principal sean los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dichos plenos se deberán llevar a cabo en forma periódica cada año, a fin de determinar que precedente siguen cumpliendo la función para la cual fueron expedidos y cuáles no, o para determinar un cambio de criterio en algún precedente vinculante, así mismo también se podrán discutir sobre la expedición de un nuevo precedente vinculante que ayude a afrontar los conflictos que se presenten en la resolución de procesos. De esta manera se contribuiría a perfeccionar la justicia constitucional, asimismo ayudaría a realizar una actualización de los criterios jurisprudenciales. Por otro lado las decisiones que se adopten en tales plenos tendrían más fuerza vinculante pues la expedición de un nuevo precedente o el cambio de criterio jurisprudencial ya no sería impuesto por un solo organismo, sino que sería un acuerdo adoptado tanto por los funcionarios que tienen jurisdicción y tienen la labor de aplicar tales precedentes, los abogados que tienen la labor de hacer valer el derecho, representantes de las instituciones públicas, y el público en general que serán ellos quienes estarán favorecidos por los precedentes vinculantes. Y de esta manera además se estaría realizando un control del poder que cuenta el Tribunal Constitucional.
- Ante la necesidad de la figura del apartamiento de un precedente vinculante, sugiero la modificación del artículo VII del Título Preliminar del Código

Procesal Constitucional, a fin de que se integren los presupuestos por los cuales un juez en un caso determinado pueda apartarse de un precedente vinculante. En tal sentido, es menester integrar en el texto del artículo antedicho, las siguientes causales de apartamiento: “Asimismo, excepcionalmente un magistrado de todas las instancias judiciales se podrá apartar de un precedente vinculante cuando se encuentre dentro de las siguientes circunstancias: 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 un 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”.

IV. BIBLIOGRAFÍA.-

- Adrián Coripuna, Javier (2012). Sobre la interpretación Constitucional Vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial. Pensamiento Constitucional Año VIII N°8. Recuperado: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3290/3132>.
- Alvarado Tapia, K. (2009). “EL COMMON LAW Y LA FUNCION CONSTITUCIONAL”. Artículos Usat .blogspot.pe. Disponible en: <http://articulosusat.blogspot.pe/2009/08/el-common-law-y-la-funcion.html>.
- Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Extraído de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9119>
- Amado Mendoza, A. M. (2014) Guía del taller de investigación jurídica. Arequipa: Escuela Profesional de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.
- Bermúdez Rioja, Alexander (2016), El Precedente vinculante, Tercera edición, Jurista editores, Lima.
- Cáceres Arce, J. L.; Amado Mendoza, A. M. & Chirinos Pacheco de Rivero, C. P. (2011) Guía académica para la investigación jurídica. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.

- Calderón Sumarriva, A., Águila Grados, G., & Castillo Arredondo, V. (2014). El Precedente Constitucional Vinculante y su Doctrina Jurisprudencial. Segunda Edición. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Castillo Córdova, Luis (2008). La jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Reposito Institucional Piura, de la Universidad de Piura.
- Castro Miranda, Ery Ivan (2013). Carácter Vinculante y Cumplimiento Obligatorio. La Gaceta Jurídica. Extraído de: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Caracter-vinculante-cumplimiento-obligatorio_0_1781821875.html
- Chirinos Soto, Enrique (2010), La Constitución, Lectura y Comentarios; Editorial Rodhas S.A.C., sexta edición.
- Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Díaz Cabello, Jorge Luis (s.f.), El Precedente Constitucional Vinculante y la Doctrina Constitucional, disponible:http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2092_01_el_precedente_constitucional_vinculante.pdf
- Dyer Cruzado, Edward (2015). El Precedente Constitucional: Análisis Cultural del Derecho. Primera Edición. Lima: ARA Editores E.I.R.L.

- Eto Cruz, Gerardo (2014), Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia, Revista Pensamiento Constitucional N°19, Lima.
- Fernandois Vohringer, Arturo (s.f.) Efecto Vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Mito o Realidad?. Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado de: http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/tribunal-constitucional/2005_%20Efecto%20vinculante%20de%20las%20sentencias%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf.
- Figueroa Gutarra, Edwin, (s.f.) Precedentes Vinculantes: ¿Consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?, disponible en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/>.
- Gálvez Villegas, Tomas (s.f.), Los Precedentes Vinculantes, disponible en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_3_precedentes_vinculantes.pdf.
- Gonzales Martin, Nuria (s.f.), Los Restatement of the Law en Estados Unidos, disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>.
- Gran Diccionario de la Lengua Española (2001). SPES Editorial S.L.
- Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C.

- La Constitución Política del Perú (2011). Primera edición. Gaceta Constitucional S.A.
- Monroy Gálvez, Juan (2007), La autonomía procesal y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada, Revista Oficial del Poder Judicial, Lima.
- Monroy Gálvez, Juan (2008), Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Lima.
- Morineau, Marta (s.f.), Introducción al Sistema del Common Law, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/844/3.pdf>.
- Orue, (2017). El Common Law y el Civil Law. Es.slideshare.net. Disponible en: <https://es.slideshare.net/edgarjogarcia/el-common-law-y-el-civil>.
- Oteiza, Eduardo (s.f.), Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República de Argentina, disponible en: <http://www.aadproc.org.ar/pdfs/Panel%20V%20Oteiza.pdf>.
- Quiroga León, A. (2009). Los Precedentes Vinculantes y el Overruling en el Tribunal Constitucional. Extraído de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroya-derechoprocesal/2011/01/11/los-precedentes-vinculantes-y-el-overruling-en-el-tribunal-constitucional/>
- Rivera Santivañez, José Antonio (s.f.). Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Recuperado de: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/AIJC.009.016.pdf>.

- Rubio Correa, Marcial (2014). El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Taruffo, Michele. (2012). El precedente judicial en los sistemas del Civil Law. Extraído de:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>





UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“POSIBILIDAD DE APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES,
POR PARTE DE LOS JUECES DEL PODER JUDICIAL, , AREQUIPA, 2017”**

**Proyecto de Tesis presentado por el
Bachiller en Derecho:**

José Carlos Rivera Delgado

Para optar el Título Profesional de

Abogado

Asesor: Dr. Mauricio Matos Zegarra

AREQUIPA – PERÚ

2017

**“POSIBILIDAD DE APARTAMIENTO DE PRECEDENTES
VINCULANTES, POR PARTE DE LOS JUECES DEL PODER JUDICIAL,
AREQUIPA, 2017”**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En materia constitucional el artículo VII del Título Preliminar del C.P.C., establece que únicamente es el TC quien tiene la facultad de apartarse del precedente vinculante emitido, expresando los fundamentos y razones por los cuales decide apartarse.

Como es de verse, únicamente la máxima instancia tratándose de procesos Constitucionales tiene la facultad de apartarse de los precedentes vinculantes que se hayan dictado, mas no lo pueden realizar los Jueces de primera y segunda instancia, ocasionando de esta manera una barrera con la cual impide que los procesos constitucionales sean más céleres, puesto que los jueces inferiores están sometidos a las reglas que dicta el órgano máximo en materia constitucional (TC).

Sin embargo, en materia Civil, no sucede lo mismo, puesto que de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial, tanto los jueces de primera y segunda instancia están facultados de apartarse de los Precedentes Judiciales dictados por la Corte Suprema, motivando adecuadamente su resolución, e indicando el precedente del cual se están apartando, favoreciendo de esta manera a la celeridad procesal; todo esto en razón a que nuestro sistema judicial no se rige por el principio anglosajón “stare decisis”, mediante el cual los tribunales de menor jerarquía están obligados a ceñirse a lo dictado por los tribunales de mas alta jerarquía (Corte Suprema).

Teniendo en cuenta lo anterior, es de verse que existe una desigualdad en los Procesos Constitucionales y los demás procesos que se ventilan en el Poder Judicial, pues si

bien se tratan de dos procesos que se inician y ventilan en la misma sede, las facultades que cuentan los jueces son distintas, ocasionando problemas jurídicos, pues si bien el hecho de no dar potestad a los jueces de apartarse de los precedentes vinculantes dictados implica seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones, se debe tener en cuenta que el apartamiento de precedentes vinculantes también puede significar decisiones más justas, corrección de los precedentes dictados, una interpretación correcta de las normas y la rectificación de los errores que puedan tener los precedentes vinculantes.

A manera de ejemplo se puede apreciar en cuanto a la corrección de los precedentes dictados, en el caso Salazar Yarlenque (Expediente 3741-2004/AA-TC) y el caso Consorcio Requena (Expediente 4293-2012-AA-TC), en los cuales se tuvo que esperar 9 años para que el Tribunal Constitucional cambiase su criterio jurisprudencial y corrigiese el precedente vinculante dictado en el año 2005 (caso Salazar Yarlenque), todo esto debido a que los jueces no pueden bajo ninguna circunstancia apartarse de los precedentes dictados por el TC.

Por otro lado en cuanto a la revisión de los precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional ha establecido en el Expediente 00987-2014-AA/TC en su fundamento 49 punto c y d, que no se puede cuestionar una decisión judicial con RAC (Recurso de Agravio Constitucional), cuando la cuestión de derecho contradiga un precedente vinculante o cuando se haya resuelto de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales, sin embargo ¿Qué pasa si es necesario una revisión del precedente vinculante o en todo caso, que pasa si el criterio del precedente vinculante genera indefensión o el precedente resulta desfasado?, el TC ha establecido en el mismo expediente, que procederá el RAC excepcionalmente cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente

la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental, pero ¿Quién determina ambos supuestos?, es el mismo TC quien determina el carácter de urgencia o la necesidad de la resolución para solucionar el conflicto de relevancia; es decir que los magistrados del Poder Judicial deben seguir resolviendo de acuerdo los precedentes vinculantes sin importar que dichos precedentes resulten equivocados o desfasados, pues no están facultados para determinar el carácter de urgencia de una revisión de los precedentes vinculantes o en todo caso de apartarse del mismo cuando considere que la aplicación de dicho precedente resulte equivocado; causando en muchos casos diversos problemas tales como decisiones injustas, interpretaciones erróneas de la norma e indefensión en las partes intervinientes en un proceso constitucional, esto último considerando que son los magistrados del Poder Judicial quienes resuelven en definitiva el conflicto de intereses en las dos primeras instancias.

2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El impedimento de no apartamiento de precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional que cuentan los jueces que tramitan procesos constitucionales, constituye un problema jurídico, pues si bien la Constitución Política del Perú garantiza la protección de los derechos de ambas partes (demandante y demandado) en los procesos judiciales, al parecer en los procesos constitucionales el juez se encuentra limitado a seguir el criterio dado por el Tribunal Constitucional, sin considerar una mejor manera de resolver el conflicto de intereses, favoreciendo el derecho de la parte demandante y dejando de lado los fundamentos del precedente vinculante.

En la actualidad, existen diversos casos que dadas las circunstancias, los precedentes vinculantes emitidos no favorecen al derecho de los demandantes que solicitan la

resolución del conflicto de intereses en el cual se encuentran. Siendo que en los procesos civiles, que también se tramitan por jueces del Poder Judicial, estos últimos están facultados para tomar un criterio diferente al de la Corte Suprema para resolver un conflicto de intereses determinado, claro eso sí, haciendo una debida motivación de su apartamiento del precedente judicial. Pero por el contrario, si se tratase de un proceso constitucional como por ejemplo uno de Amparo, los jueces de primera instancia bajo ninguna circunstancia pueden apartarse del precedente vinculante, dejando la posibilidad de una resolución más favorable o que está más acorde con el derecho del demandante o demandado.

Constituye un problema el no apartamiento de precedentes vinculantes pues, al estar dentro de un Estado de Derecho que se rige bajo el sistema del Civil Law, todos los jueces de la Republica deberían estar facultados para tomar sus propios fundamentos para resolver un conflicto de intereses, sin tener que seguir siempre el criterio del Órgano Supremo o en el caso de materia constitucional el del Tribunal Constitucional. Es necesario analizar si debe existir una igualdad de reglas que deben seguir los jueces del Poder Judicial, sin existir distinciones entre procesos civiles o constitucionales, más aun si se tiene en cuenta que son los jueces de las dos primeras instancias son quienes resuelven en definitiva el conflicto, ya que el Tribunal Constitucional es una instancia residual. O en todo caso tal como sucede en el derecho comparado, en España, las demandas constitucionales son dirigidas directamente al Tribunal Constitucional Español, sin ser tramitadas previamente por los magistrados del Poder Judicial, todo esto por la razón de ser dos organismos constitucionalmente autónomos.

Ahora, los Jueces de acuerdo al artículo 139 de la Constitución Política del Perú, podrían apartarse de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional en base al principio de independecia en el ejercicio de la función

jurisdiccional, ya que cada magistrado es independiente al momento de adoptar un criterio en la resolución de un conflicto de intereses. Luego de acuerdo al principio de motivación escrita de las resoluciones judiciales, los jueces están obligados a exponer las razones y fundamentos de las decisiones a las que arriban. Asimismo, de acuerdo al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, los jueces en el caso que el precedente constitucional dictado no eficiente en la resolución de un conflicto de intereses, el magistrado debe en todo momento formar un criterio diferente al del precedente, en base a los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Por último el principio constitucional de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, en este caso haciendo una interpretación extensiva, los jueces también estarían facultados de realizar análisis y críticas de un precedente vinculante, a fin de determinar su criterio para resolver un conflicto.

Por otro lado para Michele Taruffo, señala que :” en el Sistema jurídico del Civil Law, el precedente no existe, ya que la figura del precedente es propia del sistema jurídico del Common Law, en donde la principal función, no la única, es lograr la igualdad de las personas frente a la ley, sin embargo en los llamados precedentes del Civil Law, jamas se habla de igualdad, sino de previsibilidad, uniformidad y como una herramienta para realizar una reducción de la sobrecarga de trabajo del sistema judicial”.¹²³ La figura del precedente en el sistema del civil law es reciente, pues se implementó como una medida para uniformizar la jurisprudencia en el país, sin embargo no es una figura propia de éste sistema, sino más bien del Common law anglosajón. Asimismo esta figura, en nuestro sistema jurídico resulta ser muy

¹²³ TARUFFO, Michele, ELPRECEDENTE JUDICIAL EN EL CIVIL LAW, Revista Ius et Veritas, 2012, pág. 92.

autoritario, pues el juez debe ante todo administrar justicia aplicando la ley, e interpretando la ley de acuerdo a los hechos de cada caso en particular, siendo que cuando se aplica un precedente vinculante se deja de lado los hechos específicos de cada caso, provocando en algunos casos que la decisión final a la que arriba el juez, puede devenir en injusta. Por lo tanto, los jueces ordinarios tienen la posibilidad de apartarse del precedente vinculante, ante la circunstancia que de aplicar el precedente vinculante la decisión deviene en injusta, pues el juez analizando los hechos del caso particular determina un criterio acorde con el derecho reclamado.

Guilherme Marinoni, señala que:” los jueces sometidos al sistema del Civil Law, no están obligados a decidir de acuerdo con el tribunal superior, pues de ser así pierden su libertad de juzgar de acuerdo al caso, lo que no significa que puede adoptar decisiones antojadizas en todo momento, ya que eso significaría un desprecio al Poder Judicial y desconsideración para con los usuarios del servicio jurisdiccional, pues éste debe el respeto a las decisiones que adopte el órgano superior, sin embargo él puede con la debida justificación, alterar la decisión del superior demostrando la diversidad del caso que le fuere sometido, y por consiguiente no aplicar la decisión del tribunal superior”¹²⁴. En tal sentido, no se trata que el juez tiene la potestad de apartarse de un precedente vinculante en todo momento, sino que atendiendo las características del caso sometido a su jurisdicción, este puede apartarse del criterio adoptado por el tribunal superior, estableciendo las razones o justificaciones necesarias del apartamiento, a fin de realizar una solución al caso más justa.

Ahora bien en el derecho comparado, en España, el artículo 164 de la Constitución Política del Estado, señala que: “Las Sentencias del Tribunal Constitucional que

¹²⁴ GUILHERME MARINONI, Luiz, PRECEDENTES OBLIGATORIOS, Palestra Editores, 2013, pág. 70.

declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza del ley, y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Es decir que los jueces ordinarios tienen la potestad de apartarse del criterio arribado por el Tribunal Constitucional, cuando lo decidido por este último ha versado sobre derechos subjetivos.

Finalmente, en Estados Unidos, país que se encuentra regido por el Common Law, el juez aplica el precedente solo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que él piensa que es justa, si la aplicación del precedente en el caso, lo lleva a una conclusión que considera injusta simplemente no aplica el precedente determinando que si lo aplicase, su decisión no sería justa. Es decir que, incluso en el Common Law, donde la figura del precedente vinculante es propia de este sistema, los jueces no están realmente obligados a aplicar un precedente vinculante en todos los casos.

3. ITEMS DE ESTUDIO

Apartamiento de Precedentes Vinculantes:

- Orientación jurisprudencial
- Contenido de la norma
- Criterio doctrinario
- Sistemas Jurídicos
 - Common Law
 - Civil Law

4. INTERROGANTES

- ¿Cuál es la importancia de un precedente Vinculante?
- ¿Por qué se diferencia la aplicación del precedente vinculante en materia constitucional y civil?
- ¿Qué ocurre cuando el precedente vinculante es equivocado o desfasado?
- ¿Cuál es el contenido de la norma respecto del apartamiento de precedentes vinculantes realizado por los magistrados en un proceso constitucional?
- ¿Cuál es la orientación de la jurisprudencia en cuanto al apartamiento de los precedentes vinculantes?
- ¿Cuál es el criterio doctrinario respecto del apartamiento de precedentes vinculantes?
- ¿Qué características cuenta el sistema jurídico del Common Law en cuanto a la emisión Precedentes vinculante?
- ¿Qué características cuenta el sistema jurídico del Civil Law en cuanto a la emisión de Precedentes Vinculantes?
- ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del apartamiento del precedente vinculante?

5. OBJETIVOS

- Determinar los aspectos relevantes tanto del sistema Jurídico del Civil Law en la emisión de Precedentes Vinculantes, y los aspectos relevantes del Sistema Jurídico del Common Law en la emisión de Precedentes Vinculantes.
- Determinar y analizar los sistemas jurídicos que rigen en el Derecho. (Civil Law y Common Law)
- Determinar el criterio doctrinario sobre apartamiento de precedentes vinculantes.
- Determinar la orientación jurisprudencial respecto del apartamiento de precedentes vinculantes, realizado por los magistrados en un proceso constitucional.
- Determinar las consecuencias de un precedente vinculante equivocado o desfasado.
- Determinar la conveniencia del apartamiento de precedentes vinculantes por parte de los magistrados del Poder Judicial en un Proceso Constitucional.
- Determinar las razones por las cuales un juez cuenta con la facultad de realizar un apartamiento de un precedente vinculante.
- Determinar las circunstancias por las cuales un juez de primera o segunda instancia podrá apartarse de un precedente vinculante.

6. HIPÓTESIS

Dado que, los jueces del Poder Judicial que tramitan procesos constitucionales en primera y segunda instancia, en determinadas circunstancias tales como: los hechos que motivaron el precedente son distintos a los hechos del caso concreto, el precedente vinculante causa indefensión, resulta desfasado, cuando el juez considere que la

aplicación del precedente genera una decisión injusta, cuando el apartamiento resulta indispensable para resolver un conflicto;

Es probable que, pudieran apartarse de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional, al estar dentro de un Estado de Derecho que se rige por el Sistema Jurídico del Civil Law, realizando una debida motivación doctrinaria y principista de su decisión de apartamiento.

7. MARCO TEÓRICO

1. CAPITULO 1: CONCEPTOS BÁSICOS

1.1. Precedente Vinculante.

1.1.1. Definición.

1.1.2. Características.

1.1.3. Régimen legal.

1.2. Sistemas Jurídicos.

1.2.1. Common Law.

1.2.1.1. Definición.

1.2.1.2. Características.

1.2.2. Civil Law.

1.2.2.1. Definición.

1.2.2.2. Características.

1.3.El Prospective Overruling.

1.3.1. Definición.

1.4.El Distinguishing.

1.4.1. Definición.

2. CAPITULO 2: EL APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES

2.1.Contenido de la Norma.

2.2.Apartamiento de precedentes vinculantes en procesos Constitucionales.

2.3.Apartamiento de precedentes vinculantes en otros tipos de procesos.

2.4.El Criterio doctrinario respecto del Apartamiento de Precedentes Vinculantes.

2.5.El Criterio Jurisprudencial respecto del Apartamiento de Precedentes Vinculantes.

2.6.Los Precedentes Vinculantes en el Sistema Jurídico del Civil Law.

2.6.1. Facultad de los Magistrados de Apartarse de un Precedente Vinculante.

2.7.Los Precedentes Vinculantes en el Sistema Jurídico del Common Law.

2.7.1. Facultad de los Magistrados de Apartarse de un Precedente Vinculante.

2.8.La aplicación de la Técnica del Prospective Overruling para el apartamiento de un Precedente Vinculante.

2.9.La aplicación de la Técnica del Distinguishing para el apartamiento de un Precedente Vinculante.

3. CAPÍTULO 3: POSIBILIDAD DEL APARTAMIENTO DE PRECEDENTES VINCULANTES

2.10. Las Ventajas y Desventajas que conlleva el Apartamiento de un Precedente Vinculante.

2.11. Facultad de los Jueces Constitucionales de Apartarse de un Precedente Vinculante en Primera y en Segunda Instancia.

2.12. Requisitos para el Apartamiento de Un Precedente Vinculante en un Proceso Constitucional.

2.13. Necesidad de una modificación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

8. CONCEPTOS BÁSICOS

- **Precedente Vinculante:** Según el artículo VII del Código Procesal Constitucional, un precedente vinculante resulta ser una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, que haya adquirido la calidad de Cosa Juzgada y finalmente que así se haya señalado expresamente en el contenido de la sentencia. Al respecto Nelson Ramirez Jimenez señala que “los precedentes vinculantes

emitidos por el tribunal Constitucional resultan ser necesarios, pues su emisión evitan la confrontación entre los tribunales, o en otras palabras evitan las guerras de cortes.

Por otro lado, su creación amerita mucha responsabilidad, por lo que el TC ha establecido en qué casos procede fijarlos¹²⁵. En otras palabras, los precedentes vinculantes son sentencias cuya utilidad recae en crear uniformidad en las decisiones judiciales, a fin de tener un criterio único al momento de resolver un conflicto de intereses.

- **Sistema Jurídico del Civil Law:** El sistema jurídico del Civil Law es un modelo de administración de justicia que se basa sobre todo en la Ley como fuente de resolución de controversias, asimismo es formal, y utiliza la figura del juez como sujeto que resuelve en definitiva el conflicto de intereses. Ahora bien para Rudy Aguedo del Castillo “El Termino Civil Law deriva del ius civile, la cual señala que la ley es aplicada a todos los civil o los ciudadanos. Sus Origenes y modelo se encuentran en la compilación monumental del derecho romano encargado por el emperador Justiniano en el siglo VI D.C”¹²⁶. Este modelo como es de verse tuvo su nacimiento en Roma, para luego extenderse por toda Europa, en el presente sistema, se crearon Código, que eran fuentes legislativas la cual proporcionaba soluciones y procedimientos para todas las situaciones que se presentasen.

¹²⁵ Ramírez Jiménez, Nelson (2013), Jurisdicción Constitucional. Guerra de Cortes, Subtitulo V: EL efecto vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales. Artículo extraído de Dialogo con la Jurisprudencia N°178.

¹²⁶ Aguedo del Castillo, Rudy Renzo (2014), La Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las Resoluciones Judiciales. Lima, pág. 31.

En este sistema, los jueces están limitados a realizar interpretaciones de la ley, pues ya se contaba con un cuerpo legal determinado, en tal sentido las interpretaciones son realizadas por los juristas o los propios legisladores. Por otro lado tal como lo afirma Aguedo del Castillo el civil law tenía la característica de ser muy autoritario, y en tal sentido tal hecho iba en contra de la Libertad¹²⁷; es decir tal sistema podía ser utilizado como un instrumento de opresión hacia los ciudadanos. Sin embargo, el civil law a lo largo del tiempo ha ido evolucionando, contando con dos subsistemas, uno Acusatorio Garantista, el cual ha sido adoptado por el sistema Judicial Peruano, en el cual el Juez no forma parte del proceso, sino que solo resuelve al final de este, en este caso nuestro sistema penal ha adoptado este subsistema; y uno Inquisitivo, en el cual el juez participa en el proceso, investigando, disponiendo de pruebas, dirigiendo el proceso y resolviendo la controversia, este subsistema ha sido adoptado por nuestro sistema penal.

- **Sistema Jurídico del Common Law:** Al respecto Edward Dyer Cruzado parafraseando a Victoria Iturralde Sesma sobre las características del Common Law señala que:” este sistema se presenta como un conjunto de principios y practicas no escritas cuya autoridad no reside en una declaración singular y positiva a través de una explícita fuente de origen legislativo, en este sistema las cortes inferiores están obligadas a seguir las decisiones de las cortes superiores, es fundamentalmente practico y no teórico”¹²⁸. En tal sentido podemos señalar que el sistema jurídico del Common Law, se basa en la jurisprudencia y la

¹²⁷ Aguedo del Castillo, Rudy Renzo (2014), La Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las Resoluciones Judiciales. Lima, pág. 34.

¹²⁸ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.100.

costumbre como fuente primordial para la resolución de conflictos, es meramente oral y sin formalidades, en este caso es el pueblo quien cuenta con la decisión final para resolver un conflicto.

Este sistema jurídico cuenta con un principio denominado *stare decisis*, por el cual le impone a los magistrados de menor jerarquía la obligación de seguir las decisiones de sus superiores. Este tipo de sistema es mayormente utilizado por el derecho anglosajón, sin embargo a lo largo del tiempo se ha visto que diversos países han adoptado características tanto del sistema del Civil Law y Common law a fin de garantizar una correcta resolución de conflictos de intereses.

- **Stare Decisis:** Según Cornell University Law School, el Stare Decisis “es la doctrina del precedente, mediante el cual la corte cita el stare decisis cuando un problema llevado a juicio ya ha sido previamente solucionado por la corte superior”¹²⁹.

Por otro lado Dyer Cruzado señala que “el Stare Decisis es aquella doctrina que requiere que todos los tribunales relativos a una jurisdicción inferior acepten las decisiones de las cortes superiores a modo de derecho declarado, sin ninguna intención de modificar o rechazar su sentido”¹³⁰. En otras palabras por intermedio de esta doctrina los jueces se encuentran obligados a seguir los criterios dictados por el órgano superior para resolver un conflicto determinado, sin tener la posibilidad de modificar el criterio adoptado por la corte superior, ni menos tiene la posibilidad de adoptar su propio criterio al momento de resolver.

¹²⁹ Stare decisis. (2017). LII / Legal Information Institute. Disponible en https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis, extraído el 19 de enero del 2017.

¹³⁰ Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Lima, pág.101.

- **Apartamiento:** Según el gran diccionario de la Lengua Española, apartamiento significa “un alejamiento o separación de una persona o cosa respecto de otras o de un sitio”¹³¹. En otras palabras apartar, resulta ser un distanciamiento respecto de una persona, para el tema que nos ocupa, es un distanciamiento del criterio tomado por un Juez de mayor jerarquía, a fin de resolver un conflicto de intereses con un criterio particular.

9. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

- Aguedo del Castillo, Rudy Renzo (2014), La Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las Resoluciones Judiciales. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6146?show=full>
- Dyer Cruzado, Edward Alexander (2014), Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5666>
- Taruffo, Michele. (2012). El precedente judicial en los sistemas del Civil Law. Artículo extraído de la revista Académica Ius Et Veritas, (Nº45), páginas 88-95.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>

¹³¹ Gran Diccionario de la Lengua Española (2001). SPES Editorial S.L.

- Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho Themis, (N°58), paginas 71-80.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9119>
- Ramirez Jimenez, Nelson (2013), Jurisdicción Constitucional. Guerra de Cortes, Subtitulo V: EL efecto vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales. Artículo extraído de Dialogo con la Jurisprudencia N°178.
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechogeneracionydesarrollo/2013/09/23/precedente-vinculante-constitucional/>
- Quiroga Leon, A. (2009). Los Precedentes Vinculantes y el Overruling en el Tribunal Constitucional. Blog de Anibal Quiroga Leon.
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroya-derechoprocesal/2011/01/11/los-precedentes-vinculantes-y-el-overruling-en-el-tribunal-constitucional/>
- Salinas Quero, Celesre Estefania (2010). Dialogo de competencias entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional a la luz del recurso extraordinario del proyecto de ley para un nuevo código procesal civil. Tesis para optar el grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Santiago.
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-salinas_c/html/index-frames.html

10. MARCO OPERATIVO

10.1. Fuentes de Consulta:

- **Primarias:** Doctrina Nacional y Extranjera.
- **Secundarias:** Legislación Nacional y Extranjera, Jurisprudencia.

10.2. Estrategia metodológica:

- Primero se realizara una revisión de la doctrina nacional y extranjera acerca de precedentes vinculantes en los dos grandes sistemas jurídicos: Civil Law y Common Law, a fin de diferenciar las características que presentan los precedentes vinculantes en ambos sistemas, y como se trata el tema de apartamiento o modificación de un precedente vinculante.
- Luego se revisara el marco legal, por el cual un juez puede apartarse de un precedente vinculante, comparándolo con la doctrina, a fin de determinar la posibilidad que cuentan los magistrados para cambiar el criterio dictado por el superior.
- Finalmente luego de analizar tanto el marco legal y la doctrina, se determinara la posibilidad de un magistrado de primera instancia de apartarse de un precedente vinculante, y la posible modificación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

11. Cronograma:

AÑO 2017

TAREA	COMIENZO	FIN
Planteamiento del Problema	25/11/2016	01/12/2016
Presentación del Proyecto	20/01/2017	01/02/2017
Recopilación de la información	03/02/2017	15/02/2017
Revisión de la Bibliografía	17/02/2017	15/03/2017
Redacción del Informe Final	16/03/2017	20/04/2017

12. Bibliografía

- Guilherme Marinoni, Luiz (2013). Precedentes Obligatorios. Primera Edición. Sao Paulo – Brasil. Traducido por Palestra Editores S.A.C.
- Da Rosa de Bustamante, Thomas (2016). Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales. Primera Edición. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Dyer Cruzado, Edward (2015). El Precedente Constitucional: Análisis Cultural del Derecho. Primera Edición. Lima: ARA Editores E.I.R.L.

- Calderón Sumarriva, A., Aguila Grados, G., & Castillo Arredondo, V. (2014). El Precedente Constitucional Vinculante y su Doctrina Jurisprudencial. Segunda Edición. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Rubio Correa, Marcial (2014). El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Alvim Wambler, Teresa Arruda (2010), La Uniformidad y la Estabilidad de la Jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law. Extraído de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9119>
- Taruffo, Michele. (2012). El precedente judicial en los sistemas del Civil Law. Extraído de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>
- Quiroga León, A. (2009). Los Precedentes Vinculantes y el Overruling en el Tribunal Constitucional. Extraído de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroga-derechoprocesal/2011/01/11/los-precedentes-vinculantes-y-el-overruling-en-el-tribunal-constitucional/>
- Adrián Coripuna, Javier (2012). Sobre la interpretación Constitucional Vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial. Pensamiento Constitucional Año VIII N°8. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3290/3132>.
- Rivera Santivañez, José Antonio (s.f.). Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Recuperado de:

file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/AIJC.009.016.pdf.

- Castillo Cordova, Luis (2008). La jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Reposito Institucional Piura, de la Universidad de Piura.
- Castro Miranda, Ery Ivan (2013). Carácter Vinculante y Cumplimiento Obligatorio. La Gaceta Jurídica. Extraído de: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Caracter-vinculante-cumplimiento-obligatorio_0_1781821875.html
- Fernandois Vohringer, Arturo (s.f.) Efecto Vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Mito o Realidad?. Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado de: http://www.fernandois.cl/publicaciones/arturo-fernandois/tribunal-constitucional/2005_%20Efecto%20vinculante%20de%20las%20sentencias%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf.
- Gran Diccionario de la Lengua Española (2001). SPES Editorial S.L.
- La Constitución Política del Perú (2011). Primera edición. Gaceta Constitucional S.A.
- Amado Mendoza, A. M. (2014) Guía del taller de investigación jurídica. Arequipa: Escuela Profesional de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

- Cáceres Arce, J. L.; Amado Mendoza, A. M. & Chirinos Pacheco de Rivero, C. P. (2011) Guía académica para la investigación jurídica. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.

13. ANEXOS

13.1. Ficha Bibliográfica:

FICHA BIBLIOGRÁFICA N°			
Autor			
Título			
Editorial		Lugar y Año	
Biblioteca			