

Guido Aguila Grados

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Hacia una teoría del Precedente en el Perú



Guido Aguila Grados

EL PRECEDENTE

CONSTITUCIONAL

**HACIA UNA TEORÍA
DEL PRECEDENTE EN EL PERÚ**

**EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL –
Hacia una teoría del Precedente en el Perú**

© **Guido Aguila Grados**

Abril 2017

© Diseño de Portada y Composición de interiores: Sonia Gonzales Sutta

Tiraje:

Hecho el Depósito Legal

En la Biblioteca Nacional del Perú

Reg. N°

ISBN

Registro de Proyecto Editorial N°

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del autor y de la Editorial

Impreso en Perú / Printed in Peru

*A Elizabeth Soledad y Guido Alberto,
por TODO y por TANTO.*

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Hacia una Teoría del Precedente en el Perú

ÍNDICE

PRESENTACIONES

- Diego López Medina 13
Universidad de los Andes (Colombia)
- Alfonso Santiago 25
Universidad Austral (Argentina)
- Manuel Quinche Ramírez 41
Corte Constitucional (Colombia)
- Natale Amprimo Plá 55
Universidad de Lima (Perú)

A. INTRODUCCIÓN 59

B. CONTEXTO EN EL QUE DEBE ENTENDERSE LA PRESENTE OBRA 72

SECCIÓN I: TEORÍA GENERAL DEL PRECEDENTE 75

1. LA FIGURA JURÍDICA DEL PRECEDENTE – ORIGEN Y SISTEMATICIDAD 75

- a. EL PRECEDENTE COMO INSTITUCIÓN DEL
“COMMON LAW” Y EL PRECEDENTE EN EL
SISTEMA DEL “CIVIL LAW” 79

a.1. El Surgimiento del Precedente en el <i>Common Law</i>	82
a.1.1. La Técnica del <i>Overruling</i>	87
a.1.2. La Técnica del <i>Distinguishing</i>	91
a.2. La Recepción del Precedente en el <i>Civil Law</i>	92
a.3. El Precedente y las Fuentes del Derecho	108
a.3.1. Teoría de las Fuentes del Derecho	108
a.3.2. La Fuente del Derecho vinculado con el Precedente en el <i>Common Law</i> y en el <i>Civil Law</i>	116
a.4. Las Secciones del Precedente (<i>Obiter Dicta</i> y <i>Ratio Decidendi</i>).....	124
2. EL PRECEDENTE, EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU FUNCIÓN LEGAL.....	129
a. PRECEDENTES CONSTITUCIONALES Y OTRAS INSTITUCIONES NORMATIVAS DE LAS QUE DEBE DIFERENCIARSE.....	129
a.1. Precedente Constitucional Vs. Precedente.....	129
a.1.1. Precedente Constitucional Vs. Precedente Administrativo.....	130
a.1.2. Precedente Constitucional Vs. Precedente Judicial.....	133
a.2. Precedente Constitucional, Jurisprudencia y <i>Leading Case</i>	137
a.2.1. Precedente Constitucional Vs. Jurisprudencia.....	137
a.2.2. Precedente Constitucional Vs. <i>Leading Case</i>	147
b. TIPOLOGÍA DE PRECEDENTES.....	148
b.1. Precedentes Verticales.....	149
b.2. Precedentes Horizontales	151
b.3. Autoprecedentes	154
c. FUNCIONES DEL PRECEDENTE	158
c.1. Función Institucional del Precedente.....	158
c.2. Función Legal del Precedente	160
c.3. Función Argumentativa del Precedente.....	161

SECCIÓN II:	
TEORÍA GENERAL DEL PRECEDENTE	
EN EL PERÚ	165
1. PRECEDENTES CONSTITUCIONALES	
EN EL PERÚ Vs. PRECEDENTES	167
a. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL PERUANO	
Vs. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO NACIONAL	171
b. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL PERUANO	
Vs. PRECEDENTE JUDICIAL NACIONAL	17
2. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL,	
JURISPRUDENCIA Y ACUERDO PLENARIO,	
SEGÚN EL ORDEN NACIONAL.....	187
a. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL PERUANO	
Vs. JURISPRUDENCIA NACIONAL	189
b. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL PERUANO	
Vs. ACUERDO PLENARIO NACIONAL.....	194
3. LA TEORÍA DE LA <i>RATIO DECIDENDI</i> Y	
DEL <i>OBITER DICTA</i> DEL PRECEDENTE	
CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....	198
4. TIPOLOGÍA DE LOS PRECEDENTES Y CÓMO	
SE ENTIENDEN EN EL ORDEN NACIONAL.....	206
a. EL PRECEDENTE VERTICAL EN EL ORDEN NACIONAL.....	206
b. EL PRECEDENTE HORIZONTAL EN EL ORDEN NACIONAL	219
c. EL AUTOPRECEDENTE EN EL ORDEN NACIONAL.....	220
5. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL	
CONTEXTO DE LAS DEMÁS JURISDICCIONES	
NACIONALES	226
a. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO	
EN LA JUSTICIA ORDINARIA	226
b. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO	
EN LA JUSTICIA ARBITRAL	234

c. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU INTERACCIÓN CON LA JUSTICIA INTERNACIONAL.....	237
6. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU USO PRÁCTICO INTERNO	243
a. LA CONSTRUCCIÓN DE UN PRECEDENTE	243
a.1. Sobre los Presupuestos y Condiciones para la Emisión de un Precedente.....	244
a.2. Cuestionamientos a los Llamados Presupuestos y Condiciones de un Precedente	247
b. EL TRATAMIENTO PRÁCTICO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: ¿PRECEDENTES QUE REGULAN PRECEDENTES?	247
b.1. Inicio del Uso de la Técnica.....	248
b.2. Cimentación del Concepto del Precedente Constitucional.....	251
b.3. Consolidación de la Doctrina del Precedente Constitucional	260
c. El <i>DISTINGUISHING</i>	266
d. El <i>OVERRULING</i>	270
7. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU INFLUENCIA EXTERNA: EL CASO DEL PARLAMENTO	279
8. NUEVOS DESARROLLOS LEGALES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.....	283
9. OBSERVACIONES FINALES	293
BIBLIOGRAFÍA.....	311

PRESENTACIONES

- Diego López Medina
Universidad de los Andes (Colombia)
- Alfonso Santiago
Universidad Austral (Argentina)
- Manuel Quinche Ramírez
Corte Constitucional (Colombia)
- Natale Amprimo Plá
Universidad de Lima (Perú)

PRESENTACIÓN

Diego López Medina*
Universidad de los Andes (Colombia)

El precedente constitucional en el Perú desde una perspectiva regional

El libro de Guido Aguila Grados, “El precedente constitucional – Hacia una teoría del precedente en el Perú” se inscribe dentro de una preocupación más bien reciente en el derecho mundial (y, en especial, en el latinoamericano): el notorio aumento de la importancia de los jueces y de su jurisprudencia dentro del cuadro general de las fuentes del derecho. Este libro ofrece una mirada amplia y más sistemática a la forma como la discusión se ha venido dando en el Perú a partir de varios trabajos anteriores que, con todo, juzga parciales e insuficientes.

El libro muestra de entrada sus preocupaciones y apuestas teóricas. Su aproximación al precedente constitucional no es ingenua ni laudatoria. El autor les ofrece a los lectores una presentación técnica que los apresta para el adecuado uso de esta fuente del derecho, pero en el camino editorializa, y ello con una voz clara y fuerte.

La primera de sus cautelas es política y es, en mi opinión, correcta. El precedente constitucional proviene, como es obvio, de la jurisdicción constitucional. Y esta, al menos normativamente, ha sido creada en todos los sitios para “proteger” y “garantizar” la Constitución y los derechos fundamentales. Esta aura bienhechora de la institución se traspasa inmediatamente a sus productos,

* DIEGO LOPEZ MEDINA. Profesor de Derecho de la Universidad de Los Andes (Colombia). Autor de la “Teoría Impura del Derecho” y “El Derecho de los jueces”

esto es, a sus sentencias y precedentes. Y se cierra así el argumento: el precedente constitucional “protege” y “garantiza” la Constitución y los derechos fundamentales. Este es en deber normativo, pero en algún punto de la cadena argumentativa el asunto del “deber” se pierde y las oraciones se vuelven descriptivas, como si estas instituciones lo hicieran siempre y efectivamente. El autor anota correctamente lo siguiente: porque una institución haya sido creada para proteger los derechos humanos y fundamentales no quiere decir que siempre lo haga, o que frecuentemente lo haga o que tengamos, *a priori*, que pensar que siempre que actúa busca ese fin. Instituciones diseñadas para propósitos benignos pueden producir resultados equivocados o contraproducentes, o peor aún, la benignidad aparente de sus fines oficiales puede ser una cobertura ideológica de un comportamiento generalizadamente perverso o hipócrita.

El precedente constitucional no es, *necesariamente*, la panacea para los ataques contra el espíritu de la Constitución o contra la violación de los derechos fundamentales. Mientras estoy sentado escribiendo estas líneas el Tribunal Supremo de Venezuela ha dictado una sentencia en la que dice proteger la Constitución mientras que, en realidad, la rompe en mil pedazos. El precedente constitucional es, tan solo, una fuente del derecho que puede “trabajar” o no en el establecimiento de una cultura efectiva de respeto a los derechos humanos. Aquí, como en todo lo humano, no puede uno deslumbrarse por las declaraciones institucionales de “misión” y “visión” que cuelgan del frontispicio institucional. (En el mundo organizacional de hoy en día, las misiones institucionales proceden de la reingeniería de procesos más que de la Constitución o de la ley). Corresponde, más bien, una observación y crítica rigurosas de cada decisión concreta que valide el logro (o no) de los fines y consecuencias valiosos que la retórica oficial cacarea con tanta facilidad. Este cierto grado de desconfianza (este “grano de sal” iba a decir) con el que comienza el libro es más que bienvenido.

Esta primera desconfianza del libro se inserta en otra segunda, mucho más amplia. El precedente constitucional es una fuente de derecho. Bajo las antiguas metáforas de la teoría jurídica (dominantes hasta hace muy poco), empero, los jueces nunca creaban derecho. Hoy en día, o bien han pasado a hacerlo, o, alternativamente, la doctrina ha llegado a aceptar lo que siempre, en todo caso, hacían. Esta constatación inserta a los jueces, para bien o para mal, en las élites políticas que crean normas. La idea de que la jurisdicción puede “tocar” o “transformar” el sentido mismo de las normas jurídicas (así sea mediante lecturas puramente textualistas con las que es usual que se prefieran políticas de signo con-

servador) es una forma de entrar en serio a las disputas de la separación de poderes, es insertarse en la lucha por el poder. Es, en últimas, entrar más fuerte y más de frente en la arena política. La doctrina jurídica ve esta “entrada” tanto con esperanza como con aprehensión. No hay acuerdos generalizados sobre el asunto, y solo los tendremos al final de esta “era” de “judicialismo” para saber si el mundo era mejor antes, o si esta renovación de las formas en la separación de poderes será cultural y políticamente permanente.

Antes, las fórmulas comunes que hablaban de “estricto respeto a la ley”, las fórmulas que apoyaban la legitimidad de la decisión jurídica en la estrictísima defensa del texto legal ofrecían, por el lado positivo, un cierto marco de pensamiento en el que podía llegar a florecer una cierta actitud ética: tomar decisiones judiciales era un trabajo humilde y escrupuloso de concretización de la voluntad política de alguien más. Este marco conceptual y ético generaba una retórica judicial que aborrecía cualquier forma de “hybris” política y situaba la jurisdicción en el campo menos polémico de la “mera” aplicación normativa. Bajo este esquema, además, las decisiones judiciales no tenían que ser juzgadas o evaluadas porque el verdadero “culpable”, en algún sentido, era el derecho previo que ya había tomado fatalmente la decisión.

Pero este ambiente retórico de contención, prudencia y obediencia estricta al derecho también tenía sus lados negativos. El escrúpulo legalista podía ser falso, incluso sibilino. Críticas al legalismo son presentadas por interpretaciones muy dominantes de la doctrina del Jesús de Nazaret neotestamentario, por Hugo en su irónica y magistral presentación del inspector Jaubert en *Les Misérables* o por Dickens en su cómica y desesperanzada *Bleak House*. La obediencia estricta al derecho podía ser una forma de negar la responsabilidad por decisiones que, en todo caso, había que tomar. El derecho abstracto toma decisiones pero existen numerosas y difíciles “contingencias” en su aplicación al caso concreto. Hay tanta distancia entre el derecho abstracto y la decisión concreta que sería mejor decir, no que el derecho “toma decisiones”, sino que en él se contienen “principios u orientaciones para la toma de decisiones”.

En efecto: El derecho es más ambiguo que lo que se cree bajo la presión argumentativa de contrapartes que no se ponen fácilmente de acuerdo sobre su significado. La ambigüedad del derecho no es solamente lógico-semántica, sino fundamentalmente político-pragmática. Además, los vacíos son frecuentes porque la vida variopinta y sorprendente no se deja agarrar y tipificar tan fácilmente. Y, muy importante, el derecho defiende tantos valores, tiene hoy en día tantas

dimensiones y normas, que es muy fácil alegar, por ejemplo, que lo que una dimensión del derecho ordena, otra lo prohíbe. (No hay litigio que no me recuerde esto último de manera dolorosa y yo también tengo nostalgia por aquella época en la que se dice que uno podía mantener un caso dentro de una sola dimensión del derecho donde un rango de valores prevalecía sobre otro y la valoración no se mezclaba con otras. Todo eso hacía las cosas ciertamente más manejables. Hoy en día, sin embargo, una cuestión de derechos humanos es, por otro lado, también de libre comercio y las resultas del pleito dependen, en primer lugar, del sitio concreto que resulte dominante como teatro de batalla. Así las cosas, antes de ir a las normas, hay que discutir sobre el teatro de batalla y esta discusión resulta mucho más ardua. Algunos teóricos hablan, por tanto, ya no del “transfondo”, sino más bien del “antefondo” o *foreground* de las disputas, del sitio previo de inserción y comprensión del pleito.)

Finalmente, y de manera muy fundamental, la última contingencia del derecho, sin importar que los positivistas se escandalicen con su sola mención: el derecho ordena una cosa que en el contexto y situación concreta de aplicación aparece “injusta” o “inequitativa”. Es posible que estas palabras no signifiquen nada (para un estricto positivista lógico de los años treinta), pero qué hacemos si las personas ordinarias (incluso bastante razonables) siguen “sintiendo” este tipo de paradoja ético jurídica. Los positivistas no han podido convencer a todo el mundo que la divergencia entre el derecho estricto y la justicia, en realidad, no existe. Este “descuadre” fundamental en la apreciación de la acción práctica sigue siendo uno de los principales motivadores de la política y también, a pesar del positivismo, del derecho. Y es afortunado que este “problema” difícil pero vital de la acción práctica no sea simplemente borrado de la experiencia jurídica. Su presencia quizás nos obligue a modificaciones de la teoría del derecho, a pesar de su aparente dificultad conceptual (o si no me creen, ¡pregunten al pobre Dworkin!).

En esta cuestión, el autor de este libro adopta más bien una posición ortodoxa en teoría del derecho. Describe cómo se ha formado el precedente constitucional en el Perú pero se preocupa enormemente porque este sea el escenario para el despliegue de una indebida *hybris* judicial. Una de las principales preocupaciones de este libro es lo que podríamos llamar el lado “imperial” o “autoritativo” del precedente constitucional. Y el remedio que busca el libro es reforzar el lado de “limitación” o “contención” que debe tener el precedente para los jueces. El autor tiene la esperanza que la aparición del precedente no sea el momento fundacional de una *juristocracia*. Se busca así conciliar la novel conciencia

en el papel creador del derecho judicial con mecanismos que nos aseguren, en todo caso, su respeto a la separación de poderes y su dependencia al derecho preexistente. Estas narrativas intermedias constituyen uno de los principales esfuerzos de la teoría jurídica liberal contemporánea y el autor busca instalarse allí, aunque la solución presentada a este dilema entre libertad y restricción decisional no sea siempre clara ni explícita. El libro insiste con frecuencia en la necesidad de sustraer a los jueces de los imperativos de la política y ello lo hace con un lenguaje teórico objetivista y moderno. Pero los detalles de esta posición teórica no abundan y caen dentro de la confianza ortodoxa de muchos juristas liberales.

Finalmente, una de las principales tesis de este libro se sitúa en el terreno del derecho comparado. A todo lo largo del libro se afirma que el precedente es un trasplante legal de tipo fundamental. Se revela así una marcada preocupación por los efectos que pueda tener la recepción del precedente en el ADN del sistema jurídico peruano. Y la comparación no es mala si se repara con cuidado: las fuentes del derecho constituyen, de alguna manera, el código genético básico de un sistema jurídico. Una mutación de ADN puede ser muy peligrosa, afirma el autor. Por lo tanto se impone que esa recepción se haga con esmero normativo, es decir, que el precedente constitucional logre insertarse adecuadamente dentro de la estructura y positividad del derecho peruano para que no sea simplemente una institución mal “pegada”. Este escrúpulo normativo es correcto y adecuado. Los peruanos también son dueños de la estructura de su propia “regla nacional de reconocimiento” y los cambios en ella deben lograr armonizar adecuadamente la concepción y funcionamiento del sistema de fuentes del derecho.

Pero allí no termina la cuestión del derecho comparado. El libro también se lanza a examinar las vías por las cuales llegó el precedente al derecho peruano. Si el precedente constitucional llegó al Perú, ¿por cuáles vía en realidad lo hizo? Aquí el libro afronta otro problema de genética. El estudio que hace es útil para los lectores al examinar la literatura y la tradición anglosajona al respecto, aunque en el tema de la filiación, *stricto sensu*, creo que llega a una conclusión equivocada. El texto asume, sin más, que el precedente es una institución del *common law* anglo-americano. Si ello es así, continúa, se trata de examinar el trasplante o el préstamo del precedente desde el *common law* al *civil law*. Y por esta vía se remonta a la historia del precedente en Inglaterra y a sus discusiones. Pero, pienso, el Perú no es la India, y el precedente constitucional latinoamericano (a pesar de su nombre de “precedent”) no es el fruto de la experiencia colonial inglesa. Esta tradición intervino recientemente y tuvo su impacto en las concepciones del derecho judicial latinoamericano, pero lo que le ha pasado al precedente constitucional

nuestro no fue, sin más, la recepción del inglés. Por lo tanto, en mi opinión, no vale simplemente hipostasiar esa tradición para situar nuestro precedente en la línea de Coke y sus seguidores. El precedente constitucional latinoamericano de hoy en día es fruto del desarrollo y de los vaivenes de nuestra propia jurisprudencia. Nosotros también hemos tenido una tradición jurisprudencial de siglos y en esa tradición también han circulado tanto ideas de obediencia al derecho, por un lado, y de creación del derecho, por el otro. En la historia del *civil law* (por usar el nombre que los anglo-sajones le dan quizás equivocadamente a nuestra experiencia jurídica) los jueces se han también debatido entre ser señores y ser súbditos. Tienen y ejercen poder, pero también niegan fieramente tal ejercicio. Esta dialéctica es nuestra también, aunque en los momentos de ejercicio del poder judicial para crear derecho no hayamos hablado tradicionalmente de “precedente”. Este uso lingüístico es reciente: es posible que el nombre de “precedente” haya dado concreción a una evolución regional y nacional del valor de la jurisprudencia que se hizo por motivos y en un contexto autónomo que no es el mismo, por ejemplo, de la historia doctrinal del precedente en la India. El precedente peruano, me temo, es más el fruto de su propia experiencia jurídica iluminada, más de cerca, por la de Colombia, Ecuador, Bolivia y México. A todo ello, no lo negaré, se ha allegado un aparato conceptual y metodológico proveniente del common law (pero más estadounidense que inglés), pero estas son aportaciones técnicas sobre una dinámica política y jurídica que es autónoma y que está más cercana a la historia del poder del oidor colonial, a la jurisprudencia constante francesa, a la doctrina legal española y, en últimas, a la historia del poder y de la obediencia de los tribunales peruanos. El anglocentrismo del libro resulta equivocado al hacer una explicación genética del precedente. Pero el error, en mi opinión, es tremendamente productivo porque, de todas formas, el lector puede beber de allí el aparato conceptual (*ratio, obiter, distinguishing, following, etc., etc.*) que sí resulta necesario para jugar el juego del precedente en nuestro propio patio.

En mis propios estudios sobre el tema he llegado a la conclusión que la doctrina y práctica del precedente están bien ya bien enraizadas y estabilizadas en el derecho colombiano. Y que ese proceso también está ocurriendo, aunque con variaciones y diferentes velocidades, en varias jurisdicciones de sur y centro América hispano parlantes. También es cierto que en muchos de estos países la doctrina teoriza el tema en diálogo con el mundo anglo-sajón, mientras que, quizás con el rabillo del ojo, están mirando a los usos y prácticas del precedente en su propia región. En todos estos países es fácil constatar que todavía existen algunas voces que se oponen a esta novedad en las fuentes del derecho frente a

la retórica más tradicional. Este debate es legítimo si se encamina, no a la cuestión descriptiva de si existe o no una disciplina del precedente (en el que el estado de la cuestión parece ser claro), sino más bien a la evaluación de la deseabilidad de este desarrollo.

Una primera cuestión tiene que ver, indudablemente, sobre la forma a como se ha llegado a la doctrina del precedente en Colombia y Perú: es cierto que esta doctrina se ha desarrollado fundamentalmente a través de la reinterpretación judicial de textos positivos opuestos al valor ampliado de la jurisprudencia que encarnaban una comprensión legocéntrica del sistema de fuentes. Pero estos textos no eran los únicos vigentes, sino que existían en medio de tensiones y antinomias parciales que permitieron concebir la necesidad y conveniencia de una doctrina del precedente en los derechos nacionales, fundamentalmente basada en la igualdad de trato y en la seguridad jurídica. La cuestión de las fuentes normativas positivas que justifican el precedente parece estar abierta para algunos y es serio motivo de análisis en este libro.

Pero pasado el tema, no fácil, de la positividad de la recepción del precedente, el debate cambia de sitio. La cuestión, pues, parece desplazarse a la deseabilidad del precedente como técnica de declaración del derecho y ejercicio del poder de concretización normativa. Desde esta perspectiva, entonces, el debate puede resumirse en dos interpretaciones alternativas: el precedente judicial es, en esencia, un método adicional de control de la arbitrariedad judicial o, por el contrario, se trata de una transferencia del ejercicio de concretización del derecho que convierte a los jueces en una juristocracia que no pasa por el tamiz de la democracia representativa y que, para muchos, es el único sitio posible de debate y decisión de nuestros desacuerdos. El debate está abierto, pues, en el punto si la doctrina del precedente ayuda a formar a una judicatura atenta y disciplinada que busca la coherencia interpretativa entre sus fallos y que está empíricamente interesada en estudiar y optimizar la solución del conflicto social; o si, por el contrario, el precedente es una forma de transferir el poder de tomar discrecionalmente decisiones políticas que aumenta la preeminencia de la rama y, por tanto, la hace más vulnerable a la cooptación y captura por parte del circuito político. La diferencia también puede ser capturada de otra forma: en el deber de la judicatura de respetar ella misma el precedente y mantener coherencia e integridad jurisprudenciales que optimicen el sistema jurídico o, del otro lado, en una doctrina del precedente que se usa para recordarles a los otros que tienen que obedecerla (obediencia *ad extra*), pero sin que a su vez obligue a los mismos

jueces a respetarla *ad intra*; en general: de coherencia normativa que se les enrosca a otros para que ellos la cumplan, o de la construcción de normas que ayudan también a generar autorrestricción interpretativa en el ejercicio de la jurisdicción.

En últimas, una confrontación entre una versión del precedente aplicado por jueces hercúleos que, aunque potentes, están comprometidos con el sistema jurídico, los derechos en serio y la optimización concretizadora del sistema jurídico, o una versión del precedente en la que los jueces asumen el poder normativo del derecho, reemplazan las convicciones sociales por las suyas propias y asumen con prepotencia un nuevo papel en la gobernanza que sería mejor que nunca hubieran tenido. Ambas son descripciones posibles de una realidad a pesar de ser profundamente asimétricas: cada una es incompleta y tiene sus sesgos; la escogencia depende de la calificación política que se otorgue a las doctrina generales y a las decisiones particulares a las que llegan las líneas jurisprudenciales; los fallos distribuyen derechos entre intereses en competencia y, por tanto, no pueden ser aislados de críticas jurídicas y políticas; ambas versiones, a su vez, circulan con fuerza en los debates ideológicos que se están dando en América Latina (y en el globo en general) sobre la deseabilidad del precedente como fuente del derecho en los sistemas jurídicos. Mientras escribo estas páginas llegan a mi correo electrónico anuncios de publicación de nuevos libros al respecto.

La revisión de la jurisprudencia de los últimos años también permite constatar un desplazamiento del centro de gravedad del debate iusteórico en América Latina. Hasta comienzos del presente siglo, el debate se daba todavía fundamentalmente entre “tradicionalistas” y “vanguardistas”: para los “tradicionalistas” los textos de la ley eran claros e inequívocos y, por tanto, negaban la necesidad, e incluso la posibilidad, de que el derecho se interpretara, a no ser mediante formas flagrantes de usurpación de funciones al legislativo. Los “tradicionalistas” eran, por tanto, juristas liberales y legocéntricos que bebían de la comprensión ilustrada del derecho que se cimentó a lo largo del siglo XIX y que luego ganó carta de identidad en varias formas de positivismo jurídico dogmático a lo largo del siglo XX. Los vanguardistas, en cambio, entraban a saco en la teoría contemporánea del derecho para afirmar que los textos legales no podían aportar significantes inequívocos y que, por tanto, el principal problema de la teoría del derecho radicaba en los métodos para lidiar con los significados que se “construían” en amplios espacios de indeterminación y libertad que el derecho necesariamente dejaba a sus aplicadores. La teoría del derecho, por tanto, se movía de un juego de lenguaje que privilegiaba la “restricción”, incluso la “compulsión”, a otro que rescataba la “libertad”, la “responsabilidad” o, en últimas, los espacios abiertos

(controlados o incontrolados) en los que terminaba arrojado el intérprete/aplicador en las situaciones concretas de la vida y del conflicto social. Los vanguardistas mostraban así una cierta sofisticación lingüística que rescataba de gran parte de la teoría jurídica contemporánea, tanto de positivistas como de antipositivistas. El vanguardismo, entonces, construyó un gran bloque de teoría contemporánea donde las diferencias parecían ser minimizadas en el esfuerzo por alcanzar una comprensión “interpretativista” de la actividad de aplicación y argumentación jurídicas.

En el debate sobre el valor del precedente, es obvio que los tradicionalistas se oponían al mismo (por defender el monopolio normativo de la legislación) mientras que los vanguardistas tenían que aceptarlo, según modelos alternativos, (i) como un fenómeno ineludible de la ciencia social (con resultados buenos o malos, según el caso), (ii) como el espacio para el ejercicio de la discrecionalidad o en versiones provenientes de Dworkin y Alexy (iii) como el espacio para optimizar la coherencia e integridad del derecho en la fase de su concretización.

Pero este debate, así descrito, ya no es dominante en la jurisprudencia reciente de algunos tribunales y autores: todavía se mantienen y reproducen serias diferencias ideológicas, pero ya todo el mundo parece ser vanguardista. Nadie defiende el positivismo legocéntrico en su versión del siglo XIX. El debate se ha modernizado en bloque y las diferencias, que todavía existen, se concentran en nuevos puntos. Se ha consolidado, por tanto, un nuevo centro de gravedad de la discusión iusteórica cuyos campos de oposición tienen la siguiente estructura, en mi lectura de la jurisprudencia constitucional latinoamericana: como hemos dicho, todo el mundo parece estar de acuerdo ahora que hay una distinción clara entre los textos y las normas. Los primeros son los insumos del proceso argumentativo y las segundas los resultados de dichos procesos. Esta distinción proveniente del positivismo genovés, que parecía hace pocos años heterodoxa y difícil de entender para los legocentristas monológicos, ya ha sido ampliamente asumida como una presuposición básica de la teoría del derecho. La discusión, pues, no se da alrededor de la textura abierta del derecho, o a la indeterminación de este (que son fenómenos ampliamente aceptados), sino en torno a la forma como los aplicadores e intérpretes del derecho deben reaccionar frente a este dato ineludible (que generaciones anteriores de juristas ilustrados quisieron negar a toda costa). Para algunos, la cuestión depende todavía de la dimensión (o el tamaño si se quiere) de la indeterminación que *afecta* al derecho: para las tesis más estabilizadoras, el derecho tiene espacios de indeterminación, pero estos son re-

siduales y controlables, mientras que se conserva un cierto núcleo de determinación semántica. Esta posición de raigambre hartiana, sin embargo, todavía retiene gran parte de la estructura del viejo debate entre tradicionalistas y vanguardistas. Para otros en cambio la distinción entre textos y normas permite aceptar la existencia de amplios espacios de indeterminación en el derecho. Esta indeterminación puede ser local o generalizada, pero el punto fundamental parece ser político: la aceptación de la existencia de ambigüedad, vacíos y contradicciones en el derecho abre el espacio para una amplia discrecionalidad judicial que debe ser resuelta, en términos generales, con la concesión de la mayor deferencia posible al legislador. El juez debe andar lo que pueda con impulso que le da el legislador, hasta donde sea posible; pero puede aceptar, sin problema alguno, que el derecho legislado se agota (rápido o tarde) y que allí se reabren espacios de “discrecionalidad”. En estos espacios de discrecionalidad, que los positivistas más duros aceptaban, pero cuya solución no describían de forma completa, el juez debe abrir espacios al legislador para que este pueda continuar con la construcción de consensos políticos para la decisión del conflicto social. En el entretanto, la solicitud de derechos se negará, en una actitud restrictiva y virtuosa, de autolimitación, hasta que no se encuentre en el derecho positivo una clara indicación de concesión de la libertad, del poder o de la competencia. Esta posición no niega el papel estabilizador de la jurisprudencia; la acepta, de hecho, pero recomienda un contenido estructural completamente diferente basado en comprensiones que podríamos llamar “neowaldronianas” de la separación de poderes. Esta posición teórica puede conservar los títulos de “conservadora” y “positivista”, pero comparada con las de antaño, se trata de formas contemporáneas de “neoconservatismo” y “neopositivismo”. Por oposición a este renovado “neopositivismo”, el “neovanguardismo” del debate escoge otra ruta argumentativa: parten también de la aceptación de la tesis de la indeterminación del derecho, por la existencia de ambigüedades, vacíos y contradicciones, pero afirman que estos no son males ni disfunciones que lo afecten, sino más bien características estructurales de este. Luego afirman que en tales sitios los jueces tienen una misión de optimización del derecho en su aplicación; que los jueces pueden ser fieles al derecho, *no con el retorno de la deferencia al legislador, sino con la interpretación coherente e integradora de los principios, fines prevalentes y políticas públicas que el derecho encarna*. Frente al agotamiento de la legislación, pues, hay una red de principios que permite continuar con las labores normativas, como si se tratara de una novela en cadena. Para esta teoría, la metáfora de la discreción es mala e irrelevante, y la devolución permanente de poderes al legislador implica, con frecuencia, la

declinación en la defensa de los principios fundamentales. Para estos “neovanguardistas”, el precedente es tan importante como para los “neopositivistas”. Para los primeros, el precedente es un instrumento de justicia en la expansión de derechos fundamentales; para los segundos de seguridad jurídica y deferencia al legislador. El nuevo centro de la discusión iusteórica mantiene importantes diferencias ideológicas, pero ha declarado la paz definitiva sobre el tema del precedente. Este ya parece ser una característica permanente en el de las fuentes del derecho. Sin embargo, la cuestión de su deseabilidad siempre permanecerá abierta por una sencilla razón: depende de sus consecuencias, de los principios y derechos que defiende, de los usos que de él se hagan. Sobre este tema siempre será necesario permanecer vigilantes. El precedente es una técnica; su evaluación moral y política depende de sus contenidos. Los jueces son magistrados republicanos cuyas sentencias dependen de la Constitución y de la ley; no son autócratas. La cuestión del precedente, como la cuestión entera de la teoría jurídica, se encamina a lograr una comprensión de las tareas del juez, una interpretación de su propio papel en una gobernanza digna. Y “tradicionalistas” o “vanguardistas”, la actitud de disciplina, servicio, profesionalidad, honorabilidad, humildad y decencia básicas serán siempre necesarias en el modelo del buen juez.

Y estos temas se encaran con rigor y entusiasmo en el libro de Guido Aguila que hoy he tenido el honor de prologar. De este libro he siempre aprendido cosas, aunque no siempre he estado de acuerdo. Y como dije al comienzo, si el libro no se limitaba meramente a la *laudatio* del precedente, el mejor homenaje que puedo hacer al autor y a su obra es plantear también los puntos de vistas y objeciones parciales que, seguramente de manera equivocada, tengo. Deseo que este libro disfrute de amplia difusión entre los estudiantes del derecho peruano y latinoamericano porque se lo merece. Me siento muy afortunado de haber sido uno de los primeros de haberlo tenido en mis manos.

DIEGO LÓPEZ MEDINA

Rionegro, 1º de abril de 2017

PRESENTACIÓN

Alfonso Santiago*
Universidad Austral (Argentina)

He aceptado con todo gusto la invitación a prologar este nuevo libro de Guido Aguila Grados *El Precedente constitucional. Hacia una teoría del precedente en el Perú*, que analiza de modo profundo y sistemático uno de los temas tal vez más actuales y destacados en el ámbito del derecho iberoamericano.

La creciente importancia de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de la región como de la Corte Interamericana plantea la compleja y ardua cuestión acerca de la obligatoriedad del seguimiento de esos precedentes, tanto por los tribunales nacionales inferiores como del propio tribunal que los ha dictado.

La obra del Dr. Aguila Grados analiza con profundidad y de modo detenido el régimen jurídico del precedente constitucional tanto en el Perú, como en los países de la región. Para ello, analiza, entre otras muchas cuestiones, el origen histórico de la institución del precedente en el sistema del *comon law* y cómo está siendo progresivamente receptado, adoptado y adaptado en los sistemas jurídicos de derecho continental.

Estas interesantísimas y trascendentes cuestiones están presentes a lo largo de las casi trescientas páginas que conforman la obra que estamos prologando.

La temática del valor y obligatoriedad del precedente nos proyecta casi de inmediato al concepto de derecho, de las fuentes del derecho y del valor que entre ellas ocupa la jurisprudencia, muy especialmente la jurisprudencia constitucional y la convencional, en la práctica jurídica de nuestros días.

* ALFONSO SANTIAGO. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral (Argentina). Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

El propósito general de estas líneas es precisamente situar la problemática del precedente en el marco teórico más amplio y hacer unas consideraciones sobre los puntos antes mencionados en el párrafo anterior. Este prólogo pretende ser tan sólo un marco conceptual dentro del cual brille con todo su esplendor el excelente cuadro del precedente constitucional pincelado por el Dr. Guido Aguila Grados.

A) Visión sistemática y problemática de la realidad jurídica

Existen dos visiones alternativas y en parte complementarias de la realidad jurídica. El derecho puede ser visto y definido en primer término como un conjunto de normas que regulan la conducta humana y la vida social. Podemos denominar a esta concepción como la visión sistemática del derecho, ya que la realidad jurídica aparece definida básicamente como un sistema de normas, de reglas generales que pretenden ordenar la convivencia social.

Alternativamente a ella, podemos considerar inicialmente a la realidad jurídica como el conjunto de problemas humanos, en sentido muy amplio, que deben ser resueltos con justicia para lograr la coexistencia armónica de las personas y grupos sociales que conviven en una comunidad política. Esta es la visión problemática del derecho, donde el foco principal de atención del análisis jurídico se sitúa no ya en las normas, sino en la resolución justa de los diversos problemas reales y concretos que plantea la convivencia humana.¹

Estos dos enfoques, que no son necesariamente excluyentes, condicionan el modo de aproximarnos y definir al fenómeno jurídico, al igual que los modos de concebir y realizar la investigación jurídica, la enseñanza del derecho y el ejercicio de las distintas profesiones jurídicas, como son las de juez, abogado, fiscal, legislador, funcionario público, escribano, etc.

Contra lo que a primera vista podría parecernos a nosotros, hombres de la modernidad jurídica, el momento histórico inicial del derecho se corresponde más con la visión problemática de aquel. Dado el carácter conflictivo propio del

1 Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema argentina desde el año 2006, advierte sobre la necesidad de comprender el Derecho tal como el funciona en la realidad, como “un instrumento para resolver problemas”. Y señala luego que “en nuestra cultura jurídica no es lo habitual, ya que se estudia la ley y la jurisprudencia de manera estática, es decir como una descripción del sistema de Derecho. Esta actitud es diferente de quien entiende que el Derecho es una herramienta para resolver problemas, y por lo tanto describe los conflictos y los modos de resolverlos. Ello implica concebir al Derecho como un discurso jurídico que es parte de la razón práctica”. *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2008, pág. 11.

comportamiento humano, siempre que ha existido convivencia entre los hombres han surgido y siguen surgiendo problemas y conflictos que deben ser resueltos por la autoridad que asume el gobierno de cualquier organización humana. Aún antes de que en las diversas organizaciones humanas se sancionen las primeras normas escritas por las que ellas se rigen, surgen los problemas humanos de convivencia y ellos deben ser resueltos con justicia por alguna clase de autoridad, de modo que se superen los conflictos y se recree la armonía y la paz grupal. Las normas generales suelen llegar en un segundo momento como modo de prevenir, encausar y solucionar los conflictos y de recoger con cierta sistematicidad las experiencias adquiridas previamente en su resolución². El problema suele preceder aunque no siempre, a la norma. Como afirma el Digesto "*non ex regula jus sumatur sed ex jure quod regula fiat*"³: no es de la regla de donde procede el derecho, sino que, por el contrario, la regla, la norma, ha tenido su origen en la solución justa de los casos concretos. En el mismo sentido, ha sostenido en nuestros días García de Enterría que "la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares"⁴. Podemos, por tanto, concluir que "*in principium erat casum*" y que el derecho sigue siendo una ciencia práctica orientada a la resolución de problemas concretos, del mismo modo que la medicina busca prevenir, curar y remediar las enfermedades humanas concretas y no debe ser confundida con las ciencias básicas con las que está relacionada y que le sirven de fundamento: la biología, la bioquímica, la física, etc. En un determinado sistema jurídico puede faltar la Constitución y las leyes generales escritas, pero nunca puede faltar para su operatividad la instancia de los jueces que deciden y resuelven los problemas concretos que le someten las partes⁵.

2 Así el Digesto elaborado en tiempos de Justiniano es fruto de una recopilación y elaboración de criterios jurisprudenciales elaborados por los pretores romanos a lo largo de muchos siglos. El 15 de diciembre de 530 el Emperador Justiniano encomendó al famoso jurista Triboniano que escogiera algunos colaboradores idóneos para acometer la compleja tarea de compilar con carácter oficial los precedentes jurisprudenciales que integraban el *ius*, pero que no estaban ya recogidos en *leges*. Para darle un carácter unitario se procedió también a ordenar y eliminar las repeticiones, y resolver los aspectos contradictorios de la ley existente e incluso variar el tenor literal de algunos documentos, si ello era necesario para lograrlo.

3 Digesto, 50, 17, 1.

4 Cfr. su Prólogo al libro de Viehweg, Th., *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

5 "Es el problema y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico", Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial de Derecho Privado*, Barcelona, 1961, pág. 9.

Con sabiduría y sencillez casi inigualables los romanos afirmaban: “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*”. El derecho surge connaturalmente con la existencia de la sociedad, con la coexistencia humana. Con osado atrevimiento me animo a introducir algún elemento adicional en ese parco adagio latino: “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi lis (de lis, litis: controversia, conflicto); ubi lis, ibi ius*”. Donde hay hombres, hay coexistencia humana, vida social. Donde hay vida social hay conflictividad⁶, problemas que requieren soluciones justas. Precisamente para solucionar esta necesidad humana y social surge espontáneamente el derecho, que en su origen y realidad última no es otra cosa que la solución justa a los conflictos concretos que se dan en el seno de una sociedad. Se puede pretender resolver los conflictos humanos bien por medio de la violencia, por la fuerza, bien mediante el derecho,

6 La conflictividad humana tiene muy diversas raíces. Se podría decir que una primera fuente es la diversidad humana, aún a pesar de tener una naturaleza común. Siendo cada persona humana única e irrepitable, esa diferenciación natural es fuente de conflicto (y también de complementación y enriquecimiento mutuos). También la especial dignidad de cada persona humana, su cierto carácter de absoluto y de fin en sí mismo, su apertura y sed de reconocimiento e infinitud, puede engendrar conflictos cuando entra en relación con otros seres que tienen esa misma dignidad y similares pretensiones. El destino universal de la mayoría de los bienes naturales y humanos, la necesidad de su justa distribución y la posibilidad de ser empleados en fines diversos y alternativos, son otras causas de conflictividad. Por otra parte, el desmedido afán de poder, de dominio y de poseer bienes es un motivo adicional, distorsivo aunque muy relevante, de la conflictividad humana y social. Hobbes plantea este último aspecto con particular patetismo: “Al ver que todo deleite es apetito y que el apetito presupone un fin ulterior, no puede existir satisfacción más que en el medio; y, por ende, no debemos maravillarnos cuando vemos que a medida que los hombres alcanzan más riqueza honores o poder, más crece continuamente el apetito; de modo que cuando alcanzan el máximo grado de un tipo de poder persiguen algún otro, en la medida en que se consideran detrás de cualquiera en algún aspecto. Así aquellos que han alcanzado el más alto grado de honor y riquezas han pretendido sobresalir en algún arte, como Nerón en música y poesía y como Cómodo en el arte de gladiador. También como efecto de esto algunos encuentran diversión y recreo para sus pensamientos en competir en el juego o en los negocios. Y los hombres consideran como un gran pesar no saber qué hacer. Por tanto la felicidad (que significa un deleite continuo) no consiste en haber prosperado, sino en prosperar... Aunque la comparación de la vida del hombre con una carrera no coincide en todos sus aspectos, se aviene tan bien a nuestro propósito que por medio de esta imagen podemos ver y recordar casi todas las pasiones arriba mencionadas. Pero debemos suponer que esta carrera no tiene otro fin ni otro galardón que ser el primero en ella. Esforzarse es siempre apetencia... Ser continuamente adelantado, humillación. Aventajar siempre al prójimo felicidad. Y abandonar la carrera, morir”, cfr. Hobbes, Th., *Elementos de derecho natural y político*, n° 7 y 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, págs. 143 y 168.

acudiendo para ello a procedimientos y razones comunes que permiten de modo civilizado y humano superar las naturales diferencias propias de toda convivencia humana⁷. Ese modo propio del derecho de resolver los problemas utiliza el diálogo, la racionalidad y la argumentación para llegar a soluciones razonables que buscan recrear autoritativamente la armonía social alterada.

La complejidad propia de una sociedad de dimensiones amplias como puede ser la urbe romana o el Estado moderno, lleva consigo la complejidad y desarrollo de todo el sistema jurídico. Para prevenir y solucionar mejor esos conflictos y para promover la cooperación entre las conductas humanas, se dictarán normas que ordenen de modo general las diversas situaciones y relaciones humanas que se dan en la sociedad⁸. Esas ordenaciones generales muchas veces recogerán las soluciones que en la experiencia histórica fueron dando a los casos concretos quienes tenían a su cargo resolverlos. Surgirán también quienes estudien de modo científico esas soluciones y den sus opiniones o formulen críticas. Esta es la función propia de la doctrina jurídica.

Todo este proceso se advierte con bastante claridad si se estudia el origen y desarrollo del Derecho Romano, el gran monumento jurídico de la antigüedad y nutriente siempre viva de nuestros sistemas jurídicos occidentales. Un sistema jurídico que fue gradualmente evolucionando del “casum” hacia la “regula”.

La llegada de la modernidad y de modo especial del racionalismo trajo como consecuencia el intento de centrar toda la atención del proceso jurídico en la ley. Esto agravado por dos circunstancias históricas:

-
- 7 Se afirma, a este respecto, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “*considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*”.
- 8 Santo Tomás, en pleno siglo XIII, se pregunta si es más conveniente que existan leyes que regulen la vida social o que, por el contrario, los jueces decidan libremente los casos que le son sometidos a su jurisdicción y se inclina por lo primero: “mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces. En primer lugar, porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular. En segundo lugar, porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios en los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que sólo tras el estudio de uno. Y, por último, porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros, mientras que los hombres que presiden en los juicios juzgan de asuntos presentes, asuntos en los que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión; y así se falsean los juicios”, *Suma Teológica*, I-II, q. 95,a.1).

- a) la aparición del Estado moderno que intentó monopolizar la creación del orden jurídico, arrogándose de modo exclusivo la potestad legislativa y reduciendo o subordinando las demás fuentes del derecho a la ley;
- b) la imposición del modelo matemático de ciencia en todas las áreas, incluida la jurídica. Ello motivó la búsqueda de lo universal, de lo claro y distinto, de la derivación lógica y el rechazo de lo particular y concreto, de lo opinable y prudencial, en definitiva, de lo propio de la razón práctica⁹.

Todos estos factores desembocaron en el intento utópico de la codificación y la exégesis: se pretendía de modo anticipado prever todas las posibles situaciones y conflictos y darle una única solución posible a cada una de ellas¹⁰. El juez, mera voz de la ley, limitaba toda su tarea a encuadrar el caso en el supuesto previsto y deducir la consecuencia. Si bien la práctica judicial se encargó de demoler tal intento, sin embargo, los resabios de esta concepción racionalista y legalista llegan con fuerza hasta nuestros días¹¹ e inspiran aún hoy muchos de los moldes jurídicos de las distintas disciplinas del Derecho.

9 Afirma Jesús Ballesteros que “las pretensiones de cientificidad han seguido un doble camino: o el formalismo matematizante que ve el derecho como un puro debe ser formalizable (iusnaturalismo racionalista) o simplemente formal, o bien el realismo que sigue las ciencias empíricas como la sociología o la psicología”, *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 52.

10 La tradicional cuestión de la imposibilidad de que una ley general contenga todas las soluciones a los problemas concretos que plantea la vida social, había sido ya abordado por la filosofía clásica. Así Platón sostiene que “una ley no podrá nunca abarcar a un tiempo con exactitud lo ideal y más justo para todos y luego dictar la más útil de las normas; porque las semejanzas entre los hombres y los actos y el hecho de que nada goza jamás, por así decirlo, de fijeza entre las cosas humanas, no permiten que ningún arte, sea el que sea, imponga en cuestión alguna ningún principio absoluto valedero para todas las cosas y para todo tiempo” (cfr. Platón, *El Político*, 294 b y d). Por su parte, Aristóteles, en el libro V de la *Ética* a Nicómaco, sostiene que “toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro (...). Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de las cosas, puesto que tal es, desde luego, la índole de las cosas prácticas” (cfr. Aristóteles, *Ética Nicomachea*, V, 10, 1137 b)

11 Para Luis Prieto Sanchís el modelo legalista es “uno de los mitos más persistentes de la ciencia jurídica de los últimos dos siglos”, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 101. Si bien ha sido ya superado conceptualmente por la doctrina iusfilosófica y dejado de lado por la práctica de los tribunales,

Este esquema legal característico del período inicial de la modernidad europea se hará aún más complejo con el establecimiento de las constituciones como normas supremas que fijan los procedimientos de creación normativa y los contenidos que las demás normas inferiores habrán de respetar necesariamente y atribuyen a los jueces la facultad de controlar y asegurar esa supremacía constitucional.

Adicionalmente, se puede señalar que desde la teoría jurídica y desde la sociología se habla actualmente de la llamada “crisis de la ley”, debilitada:

- a) por la crisis de la racionalidad propia de la posmodernidad;
- b) por la crisis de la política, afectada por los procesos sociales de fragmentación oligarquización y corporativismo, con la consiguiente pérdida de credibilidad de la ley;
- c) por la crisis de legitimidad del Poder Legislativo como consecuencia de la ruptura de la base de confianza entre los electores y sus representantes políticos, que hace que la ley no sea ya vista como expresión de la voluntad popular, sino tan sólo de la voluntad del Legislador;
- d) por la crisis de la propia ley a causa de su pérdida de efectividad, que se pone de manifiesto en los crecientes fenómenos de anomia, corrupción, inseguridad e impunidad;
- e) por la crisis del sistema legal, en base a la continua aparición de distintas clases de normas jurídica que lo “desordenan”, “fraccionan” y rompen su unidad y armonía que se buscaba alcanzar mediante la codificación. Continuamente aparecen nuevos subsistemas normativos con reglas, principios y procedimientos propios (defensa del consumidor, negociación colectiva laboral, medio ambiente, competencia, informática, propiedad intelectual, etc.) que amenazan la unidad y coherencia interna del sistema jurídico;
- f) por la inflación legislativa, fruto de un notable incremento de producción normativa, que devalúa su importancia y prestigio social.

Sistema y problema se reclaman y complementan mutuamente, son inescindibles e irreductibles el uno al otro. El sistema está elaborado en función de

especialmente de aquellos de más destacada actuación, sigue estando presente de modo preponderante en la enseñanza jurídica y en la mentalidad de muchos abogados, jueces y del público en general.

los problemas que deben ser resueltos y hacia esa finalidad se orienta¹². El problema reclama de un sistema para que se puedan dar respuestas fundadas y satisfactorias a las partes en conflicto¹³. El legalismo a ultranza, que piensa que el legislador puede pensar a priori todas las respuestas a los problemas que se suscitan y que reduce la tarea del juez al silogismo y la subsunción¹⁴, y la doctrina del derecho libre, que deja sin ningún marco jurídico a la tarea del juez, son visiones extremas poco realistas para dar cuentas del fenómeno jurídico tal como ocurre en la realidad¹⁵. Sistema y problema, interactuando permanentemente entre sí, se enriquecen mutuamente, se mejoran y realizan un aprendizaje continuo que suele llevar a que cada uno de ellos brinde lo mejor de sí. La visión problemática del derecho no niega al sistema normativo ni deja de ver la trascendente función que cumple en el mundo jurídico. Sin embargo, rechaza considerarlo como algo acabado, cerrado, completo. Nos propone, por el contrario, una imagen mucho más real, ya que lo considera algo abierto, incompleto, poroso, evolutivo, dinámico, instrumental. De acuerdo a esta visión, la tarea interpretativa adquiere una particular importancia, ya que el operador jurídico debe emplear activa y creativamente los medios que le ofrece el sistema para colaborar en el

12 Se ha señalado con razón que el derecho nace con el objeto de ser aplicado, cfr. Aparisi Miralles, Ángela, “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T IX, año 1992, pág. 249.

13 “Puede llamarse problema (...) a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente de un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”, Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

14 “El modelo partía de admitir una razón o capacidad todopoderosa y omnicomprendiva del legislador o creador del derecho, dispuesta a prever anticipadamente la totalidad de los casos que podrían llevarse ante los tribunales, y, en consecuencia, bastaba que el juez supiera armar un silogismo deductivo, para que el conflicto obtuviera mecánicamente la resolución establecida en la norma jurídica legal”, Vigo, Rodolfo L., *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, pág. 205

15 “En la escuela exegética sólo había lugar para la aplicación del Derecho, y no cabían las normas indeterminadas ni la creación judicial. A posterior se entendió que el Derecho es siempre interpretación creativa, realización de valores, ampliándose la actividad judicial. No hace mucho tiempo que se criticaba el rol limitado que la exégesis adjudicaba al intérprete, y se postulaba la incorporación de normas jurídicas abiertas, que permitieran un mayor desempeño autónomo del juez. Actualmente, y una vez admitido ese rol protagónico, discutimos sobre sus límites: ¿puede el juez dar un sentido subjetivo, o bien debe respetar parámetros objetivos?; ¿Dónde encontramos estos límites? ¿afecta la seguridad jurídica una aplicación casuística y subjetiva del Derecho?”, Lorenzetti, Ricardo, ob. cit., pág. 197.

cumplimiento de sus fines. Esos medios son fundamentalmente las fuentes del derecho, entre las que se encuentran la jurisprudencia y la doctrina.

a) La interpretación jurídica: la mediación entre el sistema y el problema

La interpretación jurídica, también la interpretación constitucional, se encuentra situada en el preciso lugar y momento en que *sistema y problema* entran en relación y se articulan entre ellos, aquel instante en que los distintos operadores jurídicos pretenden resolver el problema concreto que los desafía y ocupa, acudiendo a las posibilidades que ofrece un determinado sistema jurídico¹⁶. La cuestión central y decisiva de la práctica y hermenéutica jurídica no es tanto “aquí tengo un texto, ¿cómo lo interpreto?”, sino algo aún más real y acuciante: “aquí tengo un problema, ¿cómo lo resuelvo?”. Toda interpretación se hace finalmente desde el caso y para el problema que se quiere resolver. La interpretación jurídica es algo más que determinar el sentido y precisar el contenido de una norma general. El Derecho está llamado a abandonar la torre de marfil del mundo normativo y adentrarse en las arenas, a veces movedizas, de la realidad social y de los problemas concretos que debe contribuir a solucionar de modo razonable.

Indudablemente existen ciertos problemas más fáciles y sencillos de resolver, como podría ser una declaratoria de herederos sin mayores complicaciones, la ejecución de un pagaré impago, la condena a quien ha cometido un delito que no presenta mayores problemas probatorios. Pero aún en esos casos más sencillos pueden surgir cuestiones procesales y de fondo que reclamen de una decisión creativa por parte del juez.

Sistema y problema hallan su punto de encuentro en el caso concreto que deben resolver las partes y el juez. Podemos describir ese punto de encuentro acudiendo a una analogía: la de la esfera que está apoyada sobre un plano. Si bien la esfera se apoya e intersecta en un sólo punto con la superficie plana, aunque allí está depositado todo su peso. La esfera es el sistema jurídico, la superficie plana representa el mundo de los problemas humanos, ambos se intersectan en un punto concreto: el caso. En ese punto único se hace virtualmente presente la totalidad del sistema jurídico.

La tarea de la interpretación jurídica hace de puente, de nexo, de fuelle, de gozne, de transmisor, de amortiguador, de embudo, de catalizador, de pista de aterrizaje, de mecanismo de articulación, entre la generalidad del sistema y la

16 Afirma Viehweg que “para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema”, ob. cit., pág. 55.

particularidad del problema que presenta cada caso que debe resolverse¹⁷. Ese encuentro es muchas veces pacífico y se da una armónica continuidad entre ambas instancias. Pero en ocasiones el encuentro entre sistema y problema es traumático, se producen choques, se generan tensiones, porque el sistema no da una respuesta clara y precisa, porque ofrece muchas respuestas o porque no brinda respuestas adecuadas al caso concreto planteado. Estamos, entonces, en presencia de los “casos difíciles” (*hard cases*) al decir de Hart.

Esa mediación entre el sistema y el problema que es la interpretación jurídica es, en parte, un misterio, una auténtica “caja negra”, cuyos secretos pretenden ser descubiertos y revelados por la filosofía y la ciencia del derecho, sin que por el momento se haya alcanzado de modo pleno y definitivo ese objetivo a pesar de los miles de intentos que se han realizado. Se han esbozado decenas de teorías para explicar y reglar este “mágico” proceso de la decisión judicial, sin que el misterio haya desaparecido aún¹⁸. Se trata de una estructura básica, fundamental permanente y necesaria del quehacer jurídico, que está repleta de enigmas que aún no han sido plenamente develados ni comprendidos, aunque no por ello escapa al ámbito propio de la racionalidad humana¹⁹.

17 El encuentro entre sistema y problema genera una *descarga eléctrica*, una *chispa*, desde el primero hacia el segundo. Pero esa descarga que necesariamente se reclama y produce, no es mecánica ni automática, sino que requiere siempre de la mediación humana del juez.

18 En relación a la tarea de interpretación constitucional desarrollada por la Corte Suprema norteamericana, ha afirmado Lief Carter: "la teoría jurídica moderna está en una encrucijada... El determinismo de los textos legales, la inteligibilidad de las intenciones o los fines de los legisladores y el logro de un consenso nacional acerca de los valores políticos fundamentales, aparecen como ingenuas fantasías. Jueces con metas y valores políticos diferentes probablemente utilicen las mismas normas legales y técnicas de razonamiento para justificar, en un caso, diferentes conclusiones de las cuales ninguna es necesariamente errónea... Ninguna teoría jurídica explica con coherencia lo que ha hecho la Corte Suprema... La teoría constitucional luchó durante un siglo por reducir el fenómeno de modo de explicarlo en término de categorías fijas cuando precisamente debió buscar ensanchar las categorías para explicar los elementos obvios del fenómeno", Carter, Lief, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, 1992, págs. 125 y 127.

19 Así, Robert Alexy ha señalado veintiocho reglas que deben guiar el discurso argumentativo propio de la razón práctica, formulando una especie de “código procesal de la razón práctica”. Sintetizando su contenido señala Rodolfo Vigo que “la clave de bóveda de ese dialogo racional, discursivo o argumentativo lo constituye ‘la pretensión de corrección’ que acompaña toda aseveración humana. Aquellas reglas o exigencias para que el discurso práctico resulte racional se distinguen en dos grupos: en el primer grupo están aquellas reglas válidas para toda argumentación práctica racional como las siguientes: no contradicción, universal-

Lo que es difícil de conocer, describir y reglar con exactitud es el procedimiento de decisión judicial (¿cómo deciden los que deciden?), no tanto su producto final que es la sentencia. El fallo es, generalmente, perfectamente conocible, analizable y criticable y suele contener una de las varias soluciones posibles que podía tener el problema planteado y que fue finalmente elegida por el juez en base a un complejo motivacional no plenamente cognoscible ni accesible al observador externo y, a veces, al propio decisor²⁰. Es fácil conocer el *qué* de la

dad, claridad lingüística y conceptual, verdad empírica, atención por las consecuencias, y ponderación; y las del segundo grupo tienen un carácter no monológico y se expresan en el plano de la argumentación las ideas de libertad e igualdad entre las personas, siendo las más importantes las siguientes: quien puede hablar puede tomar parte en el discurso; todos pueden problematizar cualquier aserción; todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso; todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades, y, por último, ningún hablante puede impedirle ejercer esos derechos por coacción externa o interna. La teoría del discurso confía en la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan aquellas reglas, por eso es centralmente una teoría procedimental de la corrección práctica”, Vigo, Rodolfo L., “La teoría discursiva dialógica de Robert Alexy y su confrontación con el realismo jurídico clásico”, (en prensa). También otros autores contemporáneos han pretendido formular reglas del proceso argumentativo específicamente jurídico. Entre ellos, cabe mencionar, p. ej., a J. Wróblewski, J. Finnis, G. Tarello, Messineo, Cicu y A. Aarnio.

- 20 Eduardo Sodero intenta describir en parte este proceso interno y señala: “no puede negarse que muchas veces los jueces tienen una solución intuitiva en sus cabezas cuando se encuentran con el caso, tienen un “intuitive judgement”, estructurado a partir del “hunch” (intuición o corazonada) al que aludiera Joseph C. Hutchenson Jr. con su trabajo “The Judgement Intuitive: The Function of the ‘hunch’ in Judicial Decision” (14 Cornell Law Quarterly [1924], pág. 274; algunos años después de que Holmes enseñara que ‘el mérito del Common Law reside en que el caso se decide primero y el principio se determina después. (...) De hecho los juristas, como otros hombres, muchas veces ven perfectamente lo que tienen que decidir, dada una serie de hechos, sin tener claro en absoluto la ratio decidendi’ (Holmes Jr., Oliver Wendell, “Codes and Arrangements of the Law”, en 5 American Law Review [1870], pág. 1). Respecto de esta polémica hay que decir que en definitiva descubrir el proceso psicológico seguido por el juez para adoptar la decisión carece de importancia práctica, pues en cualquier caso es el material decisional (o sea, los argumentos ofrecidos como fundamentación) el único que interesa porque es el que permite el control sobre la labor del juez (a lo que se agrega la imposibilidad o dificultad que presenta el acceso al material psicológico, que motivara la elocuente observación de Dreier al decir que el estudio de cómo se alcanza la decisión judicial es problema que sólo puede resolverse en el sofá del psiquiatra (Dreier, Ralf, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation”, en Dreier, Ralf/Schwagemann, Friedrich, “Probleme der Verfassungsinterpretation: Dokumentation einer Kontroverse”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976, pág. 31)”, “Sobre la responsabilidad científica del juez”, en Santiago, Alfonso (Dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Ábaco, Bs. As., 2006, Tomo II, pág. 469.

decisión su judicial y el *por qué* expresado en los fundamentos del fallo, más allá de que las corrientes del realismo norteamericano, del estudio crítico del derecho y del desconstruccionismo advierten que los motivos jurídicos alegados no suelen ser las causas más reales y profundas para explicar el contenido de la sentencia. En cambio, el *cómo* de la decisión judicial siempre permanece en el misterio de la decisión prudencial del juez.

A brindar dar elementos técnico y conceptuales para ilustrar, entender. intentar explicar y poder analizar este “misterio” que es cada decisión judicial están dirigidos muchos de los contenidos de la obra que estamos presentando acerca del valor del precedente la jurisprudencia. Quien aproveche el contenido del libro, sabrá leer, entender, analizar, valorar y aprovechar inteligentemente el contenido de cada sentencia o fallo que lea.

Como sostiene Couture, “el instante supremo del derecho no es del día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante, realmente dramático, es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: ‘ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución’”²¹. En el mismo sentido, ya afirmaba Alberdi, “la ley es un dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Este la hace ser sabia o inicua”²². Más acá en el tiempo, otro célebre jurista tucumano, Carlos Cossio, aludía a esta misma realidad cuando señalaba que “la ley reina y la jurisprudencia gobierna”²³. Mientras que el legislador decide de modo general y hacia el futuro, el juez, por medio de la sentencia, juzga “en concreto” y sobre hechos que ya han ocurrido²⁴, aunque sin dejar de prever las consecuencias futuras de sus decisiones. Cada fallo es una cierta hora de la verdad del derecho, donde la ilusión jurídica se traduce de modo efectivo en una realidad concreta.

b) La función pretoriana de creación jurídica y el precedente jurisprudencial

No obstante que los jueces, a través de sus sentencias, establecen normas individuales en principio sólo obligatorias para las partes, es innegable la función

21 Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil*, 2da. ed., Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 95.

22 Alberdi, Juan Bautista, *Las Bases*, Cap. XXXIV.

23 Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Ed. Kraft, Bs. As., 1945, pág. 167.

24 Cfr. Montejano, Bernardino, “Filosofía de la función judicial”, en AAVV, *La función judicial*, Depalma, Bs. As., 1981, pág. 4.

pretoriana de creación del derecho que ellos ejercen. Así, en el ámbito del derecho argentino, son numerosísimas las instituciones jurídicas que tienen origen jurisprudencial, habiendo recibido luego, en algunos casos, reglamentación legislativa o incluso constitucional. Podemos mencionar, entre otros muchos, los siguientes ejemplos relacionados con el derecho constitucional: acción de amparo⁽²⁵⁾, recurso extraordinario por sentencia arbitraria⁽²⁶⁾ o gravedad institucional⁽²⁷⁾, supremacía de los Tratados sobre las leyes⁽²⁸⁾, apelación per saltum⁽²⁹⁾, objeción de conciencia⁽³⁰⁾, admisión del derecho de réplica⁽³¹⁾, indexación de las deudas⁽³²⁾, etc.⁽³³⁾.

La tarea jurisdiccional de los jueces no se limita a ser meros aplicadores de las normas dictadas por el Poder Legislativo, sino que ellos tienen una tarea considerable en la creación jurídica. "Cuando cumplen debidamente su función, los jueces no son fonógrafos. Son servidores del derecho para la realización de la justicia y contribuyen a la producción del derecho en tarea común con los legisladores"⁽³⁴⁾.

Al respecto, señala Lief Carter: "Describí la jurisprudencia norteamericana como bloqueada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista según el cual los jueces siempre hacen y nunca encuentran el derecho que imponen a los litigantes y el punto de vista opuesto, según el cual nunca lo hacen. Como cualquier otra pesadilla y cualquier otro sueño, los dos son, ese mi punto de vista, ilusiones, aunque tienen mucho valor para enseñar al jurista en sus horas de insomnio. La verdad, quizás poco excitante, es que los jueces a veces hacen una cosa y a veces la otra"³⁵.

25 Fallos, 239:459

26 Fallos, 207:72 y 228:161.

27 Fallos, 248:189

28 Caso Ekmekdjian, LL, 1992-C-543.

29 Caso Dromi, LL, 1990-E-97 y Reiriz, LL, 1994-E-520.

30 Caso Portillo, LL, 1989-C-401.

31 Caso Ekmekdjian, LL, 1992-C-543

32 Fallos, 295:973.

33 Para otros ejemplos sobre esta función pretoriana, cfr. Dromi, Roberto, *El Poder Judicial*, Ed. Ciudad Argentina, pag. 83 y ss.

34 Oyhanarte, J., *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, pag. 74.

35 Carter, Lief, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, 1992, pág. 130.

Esta tarea de creación pretoriana del derecho es más intensa en el derecho norteamericano, que sigue las bases del *comon law*. Sin embargo, en nuestros sistemas jurídicos de base legal, la interpretación e integración de las normas y su aplicación conforme a las directivas constitucionales, otorga también a los jueces un papel destacable ⁽³⁶⁾.

Si bien la Corte Suprema argentina ha sostenido que "la ingente misión que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces debe cumplirse sin arbitrariedades y no llega hasta la facultad e instituir la ley misma" ⁽³⁷⁾, cabe decir que ello tan sólo vale como principio general, junto al que hay que considerar numerosas excepciones.

En *Las Bases*, Juan Bautista Alberdi preveía esta función pretoriana a cargo de los jueces cuando señalaba: "La jurisprudencia es el gran medio de remediar los defectos de las leyes... Cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta" ⁽³⁸⁾.

Esta función de creación pretoriana reviste aún más importancia cuando es llevada a cabo por los tribunales supremos o constitucionales, ya que las doctrinas que generalmente se establece deben ser seguidas por los tribunales inferiores, de acuerdo a la doctrina de la autoridad institucional de sus fallos ⁽³⁹⁾.

La creación pretoriana otorga al trabajo de la Corte y de las demás jueces la elasticidad necesaria para que puedan a través de ella actualizar el derecho a las necesidades presentes y encontrar las soluciones adecuadas a cada caso cuando ellas rebasen las, a veces estrechas, previsiones normativas.

Es innegable el componente político de esta potestad del Poder Judicial, que acompaña, complementa, suple y, a veces, hasta modifica la tarea legislativa del Congreso. Ella puede ser utilizada como un instrumento al servicio de una postura activista del tribunal.

36 "Tiene fuerte arraigo entre nosotros la idea limitada de la función judicial diseñada por Montesquieu...Esta influencia de tinte afrancesado...nos ha impedido advertir dos cosas: primero, los jueces tienen poder político; segundo, no sólo dicen el derecho que la ley ha creado, sino también, en ciertas ocasiones, lo crean. Y más aún, ejercen también, en ocasiones, poder constituyente". Bianchi, A, *Control de Constitucionalidad*, Ed. Abaco, pag. 115.

37 Fallos 234:82.

38 Alberdi, Juan Bautista, *Las Bases*, cap. XXXIV.

39 Para un tratamiento exhaustivo del efecto vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema, remitimos a Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Astrea, pag. 77 y ss.

La doctrina del precedente potencia aún más esta función pretoriana de creación jurídica que ejercen los tribunales constitucionales en nuestros días. Ella transforma la “res iudicata” de caso concreto que se resuelve, en “res interpretata” vinculante para los demás jueces que integran el sistema judicial de un país. Podríamos decir que el precedente tiene “cuerpo de sentencia”, pero “alma de ley”, de norma general obligatoria para todos los ciudadanos y todos los jueces, aunque ellos no hayan sido parte del proceso en que se elaboró el precedente.

La legitimidad política de esta transformación jurídica que implica el precedente constitucional variará según su obligatoriedad haya sido establecida por la propia Constitución, por una ley del Congreso o por propia decisión del tribunal constitucional. También será distinta si su carácter vinculante es absoluto o relativo, admitiéndose excepciones a la “obediencia debida” al tribunal constitucional.

Dado la imprecisión connatural y propia de una sentencia que debe empezar a operar como norma general, será necesario una adecuada técnica jurídica que distinga entre “holding” y “obiter dictum” para establecer cuál es el alcance y obligatoriedad propia del precedente.

Otro problema que presenta la práctica de precedente constitucional es la posibilidad y legitimidad de su modificación y no seguimiento por el propio tribunal constitucional que lo estableció en el pasado. La práctica del “overruling” provoca complejas cuestiones que están lejos de haber alcanzado respuestas pacíficamente aceptadas.

Felicitemos al Dr. Guido Aguila Grados por su valiosa obra que analiza con profundidad y de modo sistemático la doctrina sobre el valor del precedente jurisprudencial en nuestros días y de modo específico en la realidad del derecho peruano. Su obra destaca por la claridad, profundidad, seriedad y sistematicidad, notas propias de los buenos trabajos de investigación jurídica.

DR. ALFONSO SANTIAGO

PRESENTACIÓN

Manuel Quinche Ramírez*

Corte Constitucional de Colombia

El Doctor Guido Aguila ha tenido la gentileza de invitarme para que haga la presentación de su nuevo texto *El precedente constitucional. Hacia una teoría del precedente en el Perú*. La trascendencia del tema, su inquietante actualidad y sobre todo, las notables consecuencias que tiene en los países de la región el suceso que el texto aborda, han hecho que acepte el encargo con la inquietud de quien encara un tema polémico.

Un cierto hábito de la literatura jurídica latinoamericana y de algunos de sus autores, que aún subsiste, ha consistido en que nuestros abogados parten al exterior para adelantar estudios, entrando en contacto con instituciones, teorías y modelos, procediendo tras su regreso, al acomodamiento de la realidad local, sus hechos e instituciones, dentro de las categorías aprendidas. En este sentido asisten al encuadramiento de los hechos locales a un modelo, para luego desde allí, proponer las reformas que consideran convenientes, o plantear la continuidad de la rutina institucional, si es que esta resulta conforme al modelo aprendido.

Así se hizo en el pasado y continúa haciéndose en buena medida. La experiencia del Derecho Administrativo en la región es bien aleccionadora. Los abogados partían hacia tierras francesas donde adelantaban estudios en Derecho Público, regresando a los países de origen imbuidos de derecho público francés, el que resultaba impuesto a la administración, las instituciones, las prácticas locales y los sistemas de juzgamiento, con algunos excesos histriónicos, como el acontecido con un autor colombiano, quien en la embriaguez del entusiasmo llegó a decir que el Consejo de Estado francés y el colombiano eran “prácticamente lo mismo” y que habían tenido una evolución similar.

* MANUEL QUINCHE RAMÍREZ. Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

El texto del Doctor Aguila Grados tiene la virtud de haber adoptado el camino inverso, y como ha ocurrido en los buenos momentos de nuestra literatura jurídica, ha tomado como punto de partida los hechos. Esto puede sonar muy obvio, pero no lo es. Los hábitos o el simple colonialismo han impedido algunas veces la consideración de los hechos locales, propiciando la imposición precipitada de modelos jurídicos, culturales o de cualquier otra clase.

La investigación que aquí se presenta partió de los hechos y estos indican dos cosas: (i) que en nuestros países acontece la recepción de técnicas, prácticas, saberes e instituciones relacionadas con el precedente del *common law*, que vienen siendo incorporadas por vía judicial, las que han entrado en contacto y tensión con prácticas e instituciones establecidas por el modelo del *civil law*, y (ii) que dicha recepción e incorporación tienen lugar en el escenario de la jurisdicción constitucional, del establecimiento de los tribunales constitucionales y de la formulación del Neoconstitucionalismo, que aunque criticado como modelo, es moneda corriente en los debates que se desarrollan en la región.

Los nuestros son países postcoloniales y dentro de esta comprensión, la casi totalidad de nuestras instituciones políticas y jurídicas, corresponden a sucesivos procesos de recepción, provenientes de países productores de instituciones y de teorías. Salvo el caso de algunas figuras jurídicas de alcance local, con escenarios de aplicación definidos, mantenidas por las prácticas de las comunidades indígenas, nuestras instituciones, modelos, normas y sistemas de juzgamiento han sido recibidas de otros países y escenarios, desde donde viajaron junto con sus teorías explicativas. Los parlamentos, congresos, cámaras de diputados o asambleas legislativas, son instituciones de origen anglosajón, que en su momento viajaron con la teoría de la representación política y sus autores; la división entre los poderes públicos y las teorías acerca de su relación, tuvieron una versión británica, otra francesa y otra norteamericana, y todas ellas llegaron hasta nosotros; más recientemente ha llegado a la región el sistema acusatorio de la jurisdicción penal, de origen norteamericano, que viene siendo implementado en nuestros países; similar el caso de la Defensoría del Pueblo, una institución de origen escandinavo, presente en las constituciones recientes de la región; igual puede decirse del arbitramento, implementado como sistema de juzgamiento de élite; o los procedimientos judiciales, el más reciente de ellos relacionado con la implementación de la oralidad, que es otro escenario de encuentro de instituciones provenientes del sistema anglosajón con otras que venían del sistema continental europeo.

Este texto sobre el precedente constitucional, da cuenta de un nuevo viaje, de una nueva recepción y de las tensiones surgidas en ese encuentro. Del viaje

iniciado por la institución del precedente, sus instituciones y teorías, propias del sistema del *common law*; de la recepción que de ellas acontece en los modelos jurídicos de los países latinoamericanos, cuyo derecho fue establecido e implementado desde el modelo legislado continental europeo; y de las tensiones originadas en los derechos locales, con ocasión de ese viaje y de esa recepción. Dentro de esta comprensión, lo que el autor nos presenta básicamente es una experiencia problemática, un acontecimiento, relacionado con el modo como los países de la región vienen haciendo esa recepción y los efectos que ella origina, especialmente en Perú.

1. El restablecimiento del Estado constitucional como escenario de recepción del precedente

La Constitución Política escrita es otra de las instituciones que tuvo origen foráneo y que fue recibida por los países latinoamericanos.

Löwenstein considera que el *Instrument of Government* de Cromwell, expedido en 1654, es la primera Constitución escrita válida del Estado moderno, idea luego abandonada por los ingleses, quienes prefirieron mejor la regulación de su orden fundamental mediante leyes individuales (el *Bill of Rights* de 1668, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Act of Settlement* de 1700), hasta edificar un Estado constitucional sin Constitución escrita.

Sin embargo la idea de la Constitución escrita se desarrollaría en Norteamérica y en Francia, de modo concurrente con la de poder constituyente. En Norteamérica mediante el proceso de independencia de las antiguas colonias inglesas, materializado en la expedición de las Constituciones de las colonias americanas y posteriormente con la Constitución Federal de 1787. En el caso de Francia lo que se tuvo fue la expedición sucesiva de cuatro documentos, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a la que sobrevino la expedición de las Constituciones escritas de 1791, 1793 y 1795, todo ello “en el establecimiento de un documento constitucional formal que se convirtió en el sello del nuevo orden social, siendo considerado como la garantía de que, de una vez para siempre, el Gobierno constitucional no podía ser otra cosa que Constitucionalismo democrático sancionado a través de una Constitución escrita”⁴⁰.

Lo que sucedió después es conocido. La técnica de la Constitución escrita fue trasplantada a otros escenarios, el primero de ellos el del naciente constitucionalismo hispanoamericano, que contó con la Constitución de Cádiz de 1812 y las

⁴⁰ Löwenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1965, página 159

constituciones escritas de las nuevas repúblicas, que son el origen del constitucionalismo latinoamericano⁴¹, a lo que sobrevino la expedición de cartas políticas en otros países europeos, hasta convertirse la constitución escrita en una institución global de tal alcance, que salvo el caso de Inglaterra y Nueva Zelanda, no puede concebirse hoy la existencia de un Estado que no tenga una Constitución escrita, concurrente con las ideas de soberanía popular y de poder constituyente.

En lo que tiene que ver con el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, Macquardt identifica seis fases del constitucionalismo moderno en la región⁴², que corresponderían a las etapas de lo que él llama la *transformación originaria* del Estado republicano de la ilustración política (1810 – 1847); el *alto liberalismo* latinoamericano (aproximadamente desde 1848 hasta la década de 1880); el Estado constitucional en la era del *alto nacionalismo* (aproximadamente 1880 – 1916); la fase del *complemento* del republicanismo liberal por el constitucionalismo socio-económico (1817 – 1949); el Estado iberoamericano en la crisis de la transformación de la sociedad industrial y *anti-constitucionalismo dictatorial* (aproximadamente 1950 – década de 1980); y *restablecimiento* del Estado constitucional en Iberoamérica y la transformación al *constitucionalismo pluralista* (desde los años 80 del siglo XX).

Ese autor introduce en la quinta fase, la característica del *anti-constitucionalismo dictatorial*, caracterizado por el establecimiento de dictadores militares, juntas cívico – militares, y presidentes autoritarios elegidos democráticamente, que mantuvieron el poder en las condiciones del Estado de emergencia o de excepción, como también se lo denomina. El autor describe el asunto señalando que “A pesar de que las dictaduras se autojustificaron típicamente con el argumento de la necesidad de salvar la constitución y la democracia, frente a amenazas como el comunismo, la corrupción, la ineficiencia o el caos, se transformaron con regularidad en manifestaciones del anti-constitucionalismo con comportamientos hostiles hacia el núcleo de los valores del constitucionalismo moderno, pues negaron la separación de poderes, la legislación parlamentaria, los derechos fundamentales y la función limitadora de la norma de normas”⁴³.

⁴¹ Brewer, Allan. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810 -1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, páginas 21 y 22

⁴² Marquardt, Bernd. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*. Ibáñez, Bogotá, 2016, página 64

⁴³ Marquardt, Bernd. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*. Ibáñez, Bogotá, 2016, página 451

Esta quinta fase, que duraría hasta bien entrada la década de los ochenta, daría lugar a los intentos de restableciendo del Estado constitucional en la región y la transformación hacia el constitucionalismo pluralista, marcado por un proceso de transición hacia regímenes democráticos y la expedición de nuevas constituciones, algunas de la década de los noventa y otras que corresponden a los inicios del siglo XXI, en las que como elementos novedosos señala los siguientes⁴⁴: normas claras contra el *estado-de-sitismo* de la quinta fase; la introducción del constitucionalismo ambiental étnico, la activación material de la justicia constitucional como actor correctivo y creativo, el desarrollo de una mentalidad pro-iushumana y pro-iusfundamental, con el establecimiento concurrente de tribunales constitucionales en cuyas sentencias acontecería el encuentro del precedente originario del sistema del *common law*, con la tradición jurisprudencial del derecho continental europeo, que dio lugar entre otros elementos, al precedente constitucional, que es el objeto de la investigación del profesor Aguila Grados.

2. La jurisdicción constitucional, los tribunales constitucionales y el precedente

Favoreu señala que “un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos”⁴⁵. Según este autor, la historia de dichos tribunales puede ser dividida en tres etapas, que coinciden con los momentos de expansión inicial en Europa, luego extendida al continente asiático y la América Latina. En todos los casos, la recepción es referida a los intentos de establecer un Estado constitucional democrático en los distintos países.

La primera etapa iría de 1920 a la segunda guerra mundial, con tres momentos decisivos: el nacimiento del Alto Tribunal Constitucional de Austria, fundado en el proyecto kelseniano vertido en la Constitución de Austria del 1 de octubre de 1920; el Tribunal Constitucional Checoslovaco, creado por la Constitución del 29 de febrero de 1920, y el Tribunal de Garantías Electorales, creado en España por la Constitución de 1931, que fue abolido por la dictadura de Francisco Franco. El segundo momento, citado como el más importante, es posterior a la segunda guerra mundial. Evidenciado el fracaso del modelo estatalista en virtud

⁴⁴ Marquardt, Bernd. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*. Ibáñez, Bogotá, 2016, página 524

⁴⁵ Favoreu, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Ariel, Barcelona, 1994.

de la guerra, los antiguos estados fascistas fueron reconfigurados como Estados constitucionales y como Estados sociales de derecho, reivindicando la supremacía y el valor normativo de la Constitución y el control estricto de constitucionalidad. Así, Austria establece su Tribunal Constitucional en 1945, se crea el Tribunal Constitucional Italiano en 1948 y el Tribunal Constitucional Alemán en 1949, siendo luego recepcionada la figura en Turquía en 1961 y en Yugoslavia en 1963. La tercera etapa daría inicio con los años setenta, durante los cuales la institución se expande por varios países de Europa, llegando a los estados antiguos miembros de la Unión Soviética. Destaca allí el autor la creación del Tribunal Constitucional Portugués en 1976 y del Tribunal Constitucional Español, surgido de la Constitución de 1978, siendo este último uno de los referentes más fuertes del constitucionalismo de algunos países latinoamericanos, donde los tribunales constitucionales también arribaron.

En comparación con sus antecesoras, las cortes de casación, según Favoreu, los constitucionales ofrecen cuatro características: son instaurados en países donde acontece la dualidad o pluralidad de jurisdicciones, y no la unidad total de jurisdicción como ocurre en Estados Unidos; se trata de órganos con un alto grado de independencia, hasta el punto de ser colocados en algunos casos, fuera del sistema de jurisdicciones, como acontece en los casos alemán y español; ejercen el monopolio de la justicia constitucional y son los órganos de cierre del sistema, de modo tal, que en materia constitucional, sus competencias son privativas y supremas, al punto que sus decisiones obligan a la totalidad de los operadores jurídicos; adicionalmente los tribunales constitucionales no eligen a sus miembros por cooptación y tienden a establecer sistemas mixtos de elección, en el que tengan cabida profesionales provenientes de distintas vertientes del derecho como pueden serlo académicos, litigantes y funcionarios, en la idea de que la Constitución y el control de la misma le pertenezca a todos y no solo a quienes han permanecido en la vida judicial.

La recepción de los Tribunales Constitucionales en América Latina ha sido progresiva⁴⁶ y registra el establecimiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); del Tribunal de Garantías Constitucional de Ecuador (1978-1983); del Tribunal Peruano de Garantías Constitucionales (1979), ahora Tribunal Constitucional en la Carta de 1993; la transformación de la Suprema Corte de Justicia de México, conservando su nombre, en un tribunal constitucional por medio de las reformas constitucionales de 1987 y 1994; de la Corte

⁴⁶ Nogueira, Humberto. *El derecho procesal constitucional a inicios del Siglo XXI en América Latina*. Universidad Autónoma de México – Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010

Constitucional colombiana (1991) del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2009); el Tribunal Constitucional de República Dominicana (2010); y la Corte Constitucional de Ecuador (2008), entre otros. En sentido concurrente puede señalarse también la creación de las Salas constitucionales autónomas en las Cortes Supremas de El Salvador (1983-1991); Costa Rica (reforma constitucional de 1989) y Paraguay (1992).

El punto es que el establecimiento de la jurisdicción constitucional y de los tribunales constitucionales en la región, está fuertemente relacionado con la recepción del precedente, así como con la reconfiguración de las prácticas judiciales y de algunas instituciones tradicionales del derecho procesal, como pueden serlo la noción de acción pública, de proceso, de procedimiento y de la sentencia, en este caso específico, de la sentencia constitucional.

3. La sentencia constitucional como tipo específico de sentencia que da lugar al precedente constitucional⁴⁷

Tradicionalmente se ha entendido que una sentencia es una providencia judicial que dirime un conflicto jurídico entre las partes concurrentes, poniendo fin a un litigio o a un proceso. Pero la sentencia constitucional es mucho más que eso. Como señala Gozaíni, “La sentencia constitucional es mucho más que una decisión para las partes. Es un mensaje al legislador, una fuente de derechos donde podrán abreviar nuevas conjeturas, o una decisión que por su fuerza vinculante tendrá efectos normativos”⁴⁸.

La sentencia constitucional es un mensaje al legislador, porque cuando menos en el caso del control abstracto, le indica y hasta le censura al Congreso el haber expedido leyes contrarias a la Constitución, a las convenciones internacionales o a los derechos humanos. Es una fuente de derechos, en la medida que la sentencia constitucional contiene la regla de la decisión, que puede ser usada como precedente para otros casos constitucionales o de jurisdicción ordinaria; y es también una decisión con efectos normativos, como se percibe fácilmente al considerar las sentencias aditivas o condicionadas de control abstracto, donde finalmente lo que se impone es una regla que contiene la interpretación del Tribunal Constitucional.

⁴⁷ Este segmento es tomado de Quinche, Manuel. “La sentencia constitucional y el derecho de las personas transexuales”. En: *Derecho procesal constitucional*. Legis – Universidad Santo Tomás. Bogotá, 2015, páginas 293 - 616

⁴⁸ Gozaíni, Osvaldo. “Hacia una teoría general de la sentencia constitucional”. En: *Derecho procesal constitucional*. Legis - V C Editores, Bogotá, 2014, páginas 495 a 508

Un segundo punto tiene que ver con la fundamentación o los fundamentos de la sentencia constitucional. Tratándose de la sentencia constitucional no basta con *fundar* la decisión, sino que es necesario *motivarla*, siendo el centro aquí la teoría de la argumentación y la práctica de la argumentación concreta en el caso. Para fundar un fallo o una decisión, la jurisdicción ordinaria y las prácticas usuales indican que basta con señalar la ley o las normas en las que se funda la decisión. En sentido contrario y para el caso de la sentencia constitucional, las normas no bastan, siendo necesario ir hasta la motivación, puesto que la simple declaración de voluntad del juez o del Tribunal debe ser suplida con una argumentación sólida.

La exigencia de la argumentación es especialmente sensible en los casos de ejercicio del control abstracto, donde no hay partes en sentido procesal. En esta medida y como no hay propiamente pretensiones ni partes planteando posiciones en litigio, entonces lo que se impone son interpretaciones y declaraciones del tribunal. En dicho escenario argumental las simples referencias a la ley o a las normas deben dar paso a las técnicas y las metodologías, como lo son ahora la proporcionalidad, la ponderación, la solución por principios, el precedente y el derecho viviente.

Un tercer aspecto derivado del anterior, dispone que la fundamentación y la argumentación en la sentencia constitucional se convierten en una *garantía* articulada alrededor de la supremacía de la Constitución, del derecho convencional y la primacía de los derechos humanos, lo que según el mismo autor, impide la arbitrariedad, pues “Al ser una garantía, la formación ideológica de la sentencia representa una salvaguarda que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si la razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad”⁴⁹.

Un asunto muy importante de la sentencia constitucional, es el relacionado con la facultad que tiene el Tribunal Constitucional de *construir* el tipo de decisión que mejor le permita la defensa de la Constitución Política y la protección de los derechos fundamentales. Como fundamento de esa facultad la Corte Constitucional de Colombia habló de la *modulación* de los efectos de sus fallos, entendién-

⁴⁹ Gozaíni, Osvaldo. “Hacia una teoría general de la sentencia constitucional”. En: *Derecho Procesal Constitucional*. Legis – V C Editores, Bogotá, 2014, páginas 495 - 508

dola como *técnica* en virtud de la cual, “Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución”⁵⁰. A modo de simple referencia baste señalar que el ejercicio de la modulación ha dado lugar a la clasificación de los fallos de constitucionalidad en sentencias simplemente declarativas, sentencias inhibitorias, sentencias condicionadas, sentencias integradoras, sentencias temporales o de inconstitucionalidad diferida, sentencias de inconstitucionalidad por consecuencia y sentencias exhortos conminatorios⁵¹.

4. El precedente constitucional en la región y en el Perú

Los asuntos de la jurisdicción, el tribunal constitucional, el precedente constitucional y la sentencia, se dan cita en el texto del profesor Guido Aguila. Los temas generales de la investigación son dos: el acontecimiento del precedente constitucional, como figura que tiene suceso en numerosos países de la región; y el precedente constitucional en el caso específico del Perú.

El lector va al encuentro de un texto escrito con ánimo objetivo y crítico, que gira alrededor de varias preguntas inquietantes: ¿Cómo es posible la recepción del precedente, una institución que cumple funciones estabilizadoras en un sistema cambiante y flexible como el *common law*, cuyo funcionamiento implica un rol preponderante del juez, en el escenario de un derecho de herencia romanista, en el que el legislador ha sido la figura central y donde la actividad de los jueces ha consistido en la aplicación de lo dispuesto en la ley?; ¿Cómo ha operado esa recepción en el caso de Perú, qué consecuencias le ha traído al sistema de justicia, especialmente en materia de coherencia, predictibilidad, sistema de fuentes y sobre todo, cuáles son los riesgos inherentes a la recepción del precedente, en un escenario que no cuenta con instituciones complementarias que permitan la adecuada recepción de una figura extraña a nuestras tradiciones?; y adicionalmente, ¿Cuál ha sido el rol del Tribunal Constitucional Peruano en ese proceso de recepción, y cuáles han sido los criterios de recepción, elaboración y aplicación del precedente constitucional en el país?

En el plano estructural, la obra fue dispuesta en dos zonas bien definidas, presentadas al modo de secciones. La Sección Uno fue destinada a la teoría general del precedente y la Sección Dos a la teoría general del precedente en el Perú.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-203 de 2002, M.P. consideración No. 4.1

⁵¹ Quinche, Manuel. *Derecho constitucional colombiano*. Temis, Bogotá, 2015, páginas 630 - 640

La teoría general del precedente

En la primera parte del texto el lector irá al encuentro de la interacción de tres categorías: el precedente constitucional, el precedente judicial y la jurisprudencia, alrededor de las cuales serán dispuestos los elementos reconstructivos, analíticos, descriptivos y propositivos de la investigación.

El plano reconstructivo es el inicial y consiste en una cierta presentación de los escenarios de origen y desarrollo que le han correspondido, tanto al *common law* y su precedente, como al *civil law* y su jurisprudencia. Esta presentación cumple una función estratégica que va más allá de la simple descripción, en el sentido que explicita los elementos compositivos, los asuntos y problemas propios del precedente del *common law*, que es necesario identificar y atender, si se aspira a su adecuada recepción.

La zona analítica de esta primera parte anticipa algunas de las afirmaciones críticas que serán desarrolladas al examinar el caso del precedente constitucional en Perú. En este segmento el lector entra en contacto con los elementos dogmáticos, sustantivos y empíricos del precedente. El texto describe algunos de los elementos sociológicos de su establecimiento, relacionados con la manera como los jueces británicos vertieron reglas éticas y elementos de la práctica social en sus sentencias; refiere igualmente la función estabilizadora que cumple el precedente; y presenta los elementos estáticos del análisis de las sentencias judiciales, también recepcionados en nuestro continente, como lo son la *ratio decidendi*, el *obiter dicta* y el *decisum*, así como los elementos dinámicos de la práctica judicial, materializados en el *distinguishing*, el *overruling*, el *harmonizing*, el *criticizing*, el *limiting* y el *questioning*, que son un llamado de atención acerca de difícil labor de trasplante entre instituciones de origen diverso.

La referencia al *civil law* en la primera parte del texto, advierte un hecho problemático, como lo es la confusión terminológica y eventualmente conceptual, que viene aconteciendo en el continente alrededor de las expresiones *precedente*, *precedente constitucional*, *precedente judicial* y *jurisprudencia*. En mi opinión uno de los grandes aciertos del texto consiste en que se detiene a examinar a qué nos referimos cuando usamos cada una de esas expresiones, determinando la pertinencia de su uso, en un juego de contrastes y tensiones.

Esta primera parte del texto finaliza con dos temas inevitables, como son la clasificación del precedente y la función del precedente. El texto propone una clasificación tripartita, diferenciando entre el precedente vertical, que establece una regla de derecho vinculante para jueces y tribunales de jerarquía inferior,

cuya aplicación ha provocado tensiones de todo tipo entre los tribunales constitucionales y las cortes de casación; el precedente horizontal, en el que la regla de origen judicial tiene carácter simplemente persuasivo, en tanto que limita su operación en tribunales del mismo nivel; y el autoprecedente, que obliga a los Tribunales a observar y seguir sus propias decisiones, por razones de coherencia, integridad y seguridad jurídica.

Las funciones del precedente son también presentadas en tres rangos. La primera de ellas es la función institucional, que está relacionada con la tarea de dar unidad al sistema legal y judicial. En este sentido se habla también de la función unificadora e integradora de la jurisprudencia y del precedente, en tanto que permite unificar las interpretaciones alrededor del derecho. En segundo término estaría a la función legal del precedente, referida por el autor como la creación de reglas generales en los casos de lagunas del sistema constitucional o en los eventos de colisión entre principios constitucionales. Como elemento problemático de esta función se refiere la ausencia de controles efectivos sobre la actividad creadora del Tribunal Constitucional. Finalmente se tiene la función argumentativa del precedente, que atiende a las diferencias de peso que los distintos jueces dan a las secciones obligatorias (la *ratio decidendi*) y no obligatorias (*obiter dicta*) de un precedente. Esta función es determinante pues atiende al delicado asunto de los usos legítimos e ilegítimos del precedente, que será uno de los temas recurrentes en la segunda parte del texto.

La teoría general del precedente en Perú

La segunda parte de la investigación es de carácter analítico, crítico y propositivo, y tiene como punto de partida una advertencia hecha en la primera sección, de acuerdo con la cual *“la incorporación de una institución foránea como el precedente, para que funcione, requiere de una serie de instituciones y estructuras legales propias del sistema de donde ha sido tomado”*, lo que conducirá a una de las tesis fuertes del texto, aquella que señala que el precedente constitucional en el Perú evidencia la adaptación, la deformación y la transformación del precedente originario del *common law*.

El recurso metodológico utilizado para la articulación de la segunda parte del texto es todo un acierto, en el sentido que fueron tomadas las categorías de análisis desarrolladas en la primera sección, para ser aplicadas al caso peruano. La estructura de la sección fue dispuesta en ocho segmentos temáticos y uno de observaciones finales colocado al final del texto.

El tema del primer segmento es el del precedente constitucional peruano y sus tensiones con el precedente administrativo nacional y el precedente judicial nacional. Como punto de partida se registran los usos particulares del precedente constitucional en el país, reiterando que “*será de acuerdo a la forma como cada Estado incorpora el precedente que aquella institución tendrá efectos en la teoría de las fuentes del derecho de aquel sistema y del funcionamiento de la justicia constitucional como extensión*”, contrastándolo con la fuerza vinculante del precedente judicial, que sería mejor entendido si se lo llamara “*jurisprudencia vinculante*”.

El segundo apartado desarrolla nuevas distinciones analíticas alrededor de las expresiones *precedente constitucional*, *jurisprudencia constitucional* y *acuerdo plenario*. El autor reconoce desde las sentencias del Tribunal Constitucional, que debe diferenciarse entre el precedente constitucional y la jurisprudencia constitucional, aunque el desarrollo de la distinción sea aún una tarea pendiente. Respecto de los acuerdos plenarios, señala el texto que consisten en vehículos por medio de los cuales se cristaliza la doctrina uniforme y se evidencia la jurisprudencia vinculante del sistema, por fuera de la resolución de un caso y de la potestad jurisdiccional. Igualmente se aboga por su claridad doctrinal.

El tercer segmento es decisivo, pues aborda el tema de la *ratio decidendi* y del *obiter dicta* en el precedente constitucional del Perú. Este es un asunto que han tenido que enfrentar cada uno de los sistemas jurídicos de la región, poniendo de presente las dificultades advertidas por el profesor Aguila Grados: se trata de elementos propios del *common law* que fueron puestos en operación en los sistemas del *civil law*, sin contar con los presupuesto institucionales que posibilitaran su integración pacífica en el sistema. Si bien en el caso de Perú se cuenta con el artículo VII del Código Procesal Constitucional que señala:

“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.”

La cuestión presenta aspectos problemáticos como la distinción entre el precedente constitucional y la sentencia; la identificación de la *ratio decidendi* en el fallo por el Tribunal; los criterios de identificación de la misma cuando el Tribunal no lo ha hecho; la ausencia de la *ratio decidendi* en el fallo; la distinción con el *obiter dicta* y la función de este último.

Efectuado lo anterior, el segmento cuatro desarrolla la clasificación de los precedentes estudiada en la primera parte de la obra, pero aplicada al caso concreto del Perú. En este sentido se retoma la tipología del precedente vertical, del horizontal y del auto precedente, en el espacio de las aplicaciones concretas, con

una nueva identificación de los elementos problemáticos, que se explicitarán en el apartado quinto, que examina la presencia y función del precedente constitucional frente a las demás jurisdicciones nacionales.

El tema de la tensión entre la jurisdicción constitucional y las demás jurisdicciones, entre el Tribunal Constitucional y las demás cortes y tribunales, es otra de las problemáticas comunes en los países latinoamericanos. El punto es que la instalación de los tribunales constitucionales y la justicia constitucional resultó traumática por numerosas razones, entre las que se cuentan razones jurídicas, sistémicas, de prestigio y hasta de vanidad entre jueces y cortes, lo que resulta entendible si se considera que el monopolio del control y del poder judicial estuvo instalado durante décadas en las cortes supremas o en los tribunales supremos de justicia, los que además de ocupar el lugar más alto en la jurisdicción, tenían la última palabra en la unificación del derecho.

Ocurrió sin embargo que esa atmósfera de aparente tranquilidad institucional se trastocó con la llegada de los tribunales constitucionales, los que hicieron lugar al precedente y a las técnicas contemporáneas de interpretación, argumentación y adjudicación el derecho, impactando las prácticas centenarias de quienes habían crecido y vivido bajo el dominio del derecho civil, propiciando los problemas y desajustes que este texto documenta.

Finalmente y tras el examen de los anteriores temas y problemas, el texto indaga alrededor de asuntos prácticos relacionados con la manera de construir precedentes, el modo de leerlos e identificarlos y sobre todo, la manera de aplicarlos de un modo técnico y adecuado, sugiriendo la instalación de una dinámica propia en Perú, construida por vía judicial, que cuenta con un lenguaje de referencia y con elementos sustantivos y procedimentales que la dinamizan permanentemente.

Dicho todo lo anterior, sea el momento de felicitar al Doctor Aguila Grados por la escritura y publicación de la obra, agradecer sus contribuciones y extender una cálida invitación a la atenta lectura de *El precedente constitucional. Hacia una teoría del precedente en el Perú*, un texto crítico, reflexivo, bien documentado, que además de contribuir a la discusión pública de los problemas en tiempos de complejidad, invita a la corrección de algunas prácticas, recordándonos además, que la labor de los jueces es decisiva para la defensa de la democracia.

MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ

Bogotá, marzo de 2017

PRESENTACIÓN

Natale Amprimo Plá*

Universidad de Lima

He recibido el honroso encargo de prologar el libro del destacado jurista Guido Aguila Grados, Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, titulado “El Precedente Constitucional: Hacia una teoría del precedente en el Perú”.

El precedente es considerado como la decisión anterior de un órgano jurisdiccional o administrativo que establece una línea de interpretación para casos futuros, sustancialmente idénticos, en relación con ciertas situaciones fácticas y jurídicas para su aplicación como antecedente con fuerza vinculante que produce una regla o principio que se constituye en fuente de derecho.

El estudio del precedente obliga a remontarnos al derecho anglosajón, a la doctrina del *stare decisis* en el *common law* o derecho común, de naturaleza consuetudinaria. Esta doctrina se traduce en el aforismo “*estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto*”.

El *common law* se ha sustentado en la autoridad obligatoria del precedente judicial que le confiere seguridad jurídica al ordenamiento jurídico. Es esa naturaleza coercitivamente vinculante la que distingue al sistema anglosajón. Mientras que el precedente anglosajón es obligatorio, en el sistema romano civilista la jurisprudencia si bien ha tenido históricamente un rol esclarecedor y persuasivo, no fue aceptada como fuente de derecho. A lo más, la jurisprudencia fue relegada a fuente material a diferencia de la ley calificada como la fuente formal por excelencia. Así, ha constituido el sustento histórico y jurídico de las sentencias de la Suprema Corte estadounidense.

* NATALE AMPRIMO PLÁ. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

La doctrina del *stare decisis* no ha existido como principio en el sistema jurídico continental o civilista, donde la jurisprudencia es relevante si se reitera en el tiempo y engendra una costumbre. Sin embargo, en décadas recientes se ha generado una confluencia entre los dos grandes sistemas jurídicos, afirmándose el rol de la jurisprudencia como fuente de derecho en el sistema romano civilista.

Como bien señala el autor, la doctrina del precedente, desde el *common law*, tiene dos vectores: el *stare decisis* horizontal y el *stare decisis* vertical. El precedente horizontal que alude a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El *stare decisis* vertical que presupone una organización en la cual rige una jerarquía entre órganos judiciales, en los que los inferiores están obligados a seguir los precedentes establecidos por los superiores.

El autor incluye dentro de la tipología del precedente horizontal a los auto-precedentes, que se refieren a sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales y que son obligatorias para ellas mismas.

En Estados Unidos, la Suprema Corte sigue sus propios precedentes pero goza de la facultad de dejarlos sin efecto mediante la técnica del *overruling*, que es explicada con precisión por el autor. El *overruling* es una suerte de derogación judicial. Como ha señalado la Corte sus decisiones permanecen como precedente vinculante hasta que ella considere adecuado reconsiderarla: *Hohn v. United States*, 534 U.S. 236, 252-253 (1998).

Sobre los alcances de la fuerza vinculante del precedente se debe subrayar que en el *common law*, no todo el contenido de la sentencia de casos anteriores sienta precedente. Para denominar la parte que tiene fuerza vinculante, los ingleses la llaman *ratio decidendi* que significa razón para decidir o razón suficiente.

La *ratio decidendi*, que es el contenido indispensable de una sentencia para resolver la controversia, debe diferenciarse del *obiter dictum*, que es el contenido no indispensable aun cuando persuasivo para esa finalidad. Así, se ubican en el *obiter dictum* todos los enunciados de derecho que carecen de la fuerza de la *ratio decidendi*, en cuanto no corresponden directamente con el análisis de los hechos del caso sometido a juzgamiento.

Asimismo, debe resaltarse otro concepto derivado del precedente, el de *distinguishing*, que se aplica a casos en los cuales hay una inexistencia de similitud con un determinado precedente lo que permite o facilita al operador jurisdiccional distinguirlos.

En el Perú, con el Código Procesal Constitucional, la ley de desarrollo constitucional de los procesos constitucionales, en su artículo VII del Título Preliminar se asume el sistema anglosajón del precedente en los siguientes términos: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

El autor después de una investigación basada en los antecedentes del derecho anglosajón, la doctrina más autorizada y un estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha arribado a las siguientes conclusiones o reflexiones finales, con las cuales coincidimos:

- El precedente constitucional debe ser emitido por el Tribunal Constitucional cuando la materia controversia hace necesario adoptar una regla abstracta en aquel momento inexistente o debido a la necesidad de establecer una regla abstracta que logre resolver incompatibilidades legales en el sistema jurídico.
- El precedente constitucional debe ser seguido por los tribunales ordinarios, cuando los hechos, del caso que tienen bajo análisis lo justifique.
- El precedente constitucional debe estar conectado a un caso concreto, por tanto, debe incluirse en la *ratio decidendi* de la sentencia. En consecuencia, si el precedente constitucional fuese incluido en el obiter dicta, habrá una contradicción entre la obligatoriedad objetiva de la regla creada por nuestro Tribunal Constitucional y el carácter no obligatorio de las secciones dicta.
- Si los tribunales ordinarios concluyen que los hechos de un caso bajo análisis justifican la aplicación de un precedente constitucional pero que, su aplicación podría generar un resultado injusto, los mismos estarán autorizados a inaplicar el mismo –mediante la técnica del distinguishing– que expresen y justifiquen aquella decisión.
- La sección donde se incluye el precedente constitucional debe ser identificado por el Tribunal Constitucional.
- Los precedentes constitucionales deben tener en cuenta las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado en materia de derechos humanos, pues aquellos instrumentos y las interpretaciones efectuadas por sus órganos de aplicación son parte del ordenamiento jurídico nacional.

Guido Aguila Grados

- Los precedentes constitucionales no pueden contener reglas que efectúen una reforma constitucional implícita o encubierta.
- Los precedentes constitucionales no constituyen el único tipo de precedente reconocido en el orden nacional.

El libro de Guido Aguila Grados contribuye para la determinación del alcance que el concepto del precedente constitucional ha adquirido en el ámbito del sistema jurídico peruano, constituyendo un valioso aporte para su estudio y aplicación por los operadores jurisdiccionales.

NATALE AMPRIMO PLÁ