



<https://doi.org/10.18800/dys.202201.005>

FECHA DE RECEPCIÓN: 28/03/2022  
FECHA DE APROBACIÓN: 27/06/2022

# FUENTES DEL DERECHO Y PRECEDENTES CONSTITUCIONALES: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DEL PERÚ

Sources of Law and constitutional precedents:  
agreements and disagreements in the justice  
system of Peru

Juan Carlos Díaz Colchado\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

---

\* Abogado por la Universidad San Pedro de Chimbote. Magíster en Derecho Constitucional y en Investigación Jurídica por la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Investigador P0069408 acreditado ante el Registro Nacional Científico, Tecnológico y de Innovación Tecnológica (RENACYT) en el Grupo María Rostworowski Nivel II del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales- GIDYCDF de la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor agradece a los miembros del GIDCYEF-PUCP los comentarios brindados a versiones previas de este trabajo. ORCID iD: 0000-0001-5602-7673. Contacto: [jdiazc@pucp.edu.pe](mailto:jdiazc@pucp.edu.pe)

**Resumen:**

En el trabajo se exploran las tensiones suscitadas dentro del sistema de justicia del Perú entre distintas fuentes jurídicas por la incorporación del precedente constitucional vinculante. El ordenamiento jurídico peruano se adscribe a la familia del *civil law*, donde la ley es la fuente de derecho por excelencia, no obstante, el precedente es una institución propia de sistemas de *common law*, donde este es la principal fuente del derecho, lo que genera encuentros y desencuentros. A ello, se suma la convergencia de dos procesos que están reconfigurando las fuentes del derecho peruano: la constitucionalización y convencionalización del derecho.

Por lo tanto, para el sistema de justicia peruano representa un desafío el tratamiento que debe darse al encuentro y desencuentro que provoca las tensiones entre el precedente constitucional con la ley, con el precedente ordinario y con los estándares interamericanos.

**Abstract:**

The paper explores the tensions raised within the Peruvian justice system between different legal sources due to the incorporation of binding constitutional precedent. The Peruvian legal system is ascribed to the family of civil law, where the law is the main source, however, the precedent is an institution of common law systems, where this is the most important source of law, which generates agreements and disagreements. Added to this is the convergence of two processes that are reconfiguring the sources of Peruvian law: the constitutionalization and conventionalization of law.

Therefore, for the Peruvian justice system, the treatment that should be given to the agreement and disagreement that provokes the tensions between the constitutional precedent with the law, with the ordinary precedent and with the inter-American standards, represents a challenge.

**Palabras clave:**

Ley – Jurisprudencia – Precedente constitucional – Tribunal Constitucional – Fuentes del Derecho

**Keywords:**

Law – Jurisprudence – Constitutional precedent – Constitutional Court – Sources of Law

**Sumario:**

1. Introducción – 2. El sistema de fuentes del Perú y el precedente cons-

titucional: encuadre teórico y normativo – 3. Los encuentros y desen-  
cuentros que genera la incorporación del precedente al ordenamiento  
peruano: constitucionalización y convencionalización del derecho – 4.  
Conclusiones – 5. Lista de referencias

## 1. INTRODUCCIÓN

Todo ordenamiento jurídico se estructura en base un conjunto de fuentes, a partir de las cuáles se extraen las normas (Guastini, 2004, pp. 99-105) que conforman el ordenamiento de una comunidad política y que rigen el comportamiento de las personas que lo integran. En esa dirección, los ordenamientos adscritos a la familia del *civil law*, como el peruano, han tenido como su principal fuente de derecho a la ley, en vista que tal instrumento se entendía como expresión de la voluntad general representada dentro del Parlamento (Rousseau, 2004, pp. 68-73) y que, por ende, era el titular de la soberanía del Estado (Rodilla, 2014, pp. 14-20).

En cambio, ordenamientos adscritos a la familia del *common law*, tenían como principal fuente de Derecho a las costumbres de la tierra o del reino (*law of the land*) que eran identificadas por los jueces y luego sus decisiones, reiteradas a lo largo del tiempo, constituían un cuerpo de normas vinculantes para la referida comunidad, dando origen al precedente vinculante (Bix, 2009, p. 205), basado en el principio de *stare decisis et quia non movere* (Legarre y Rivera, 2006, p. 112) (Bix, 2009, pp. 252-253).

A pesar de esta marcada diferencia, en los últimos setenta años se ha dado un proceso de progresiva convergencia entre ambas tradiciones jurídicas (Landa, 2010, p. 197), impulsado especialmente por la globalización (Serna de la Garza, 2013, pp. 75-78), cuyo signo de identidad viene dado por la incorporación de la institución del precedente en los ordenamientos de *civil law*, lo que provoca que adquiera perfiles propios que lo diferencian de su práctica en un ordenamiento de *common law*. La importación de este instituto genera tensiones entre las fuentes de origen legal y aquellas que se originan en las decisiones de los más altos tribunales de justicia.

El Perú tiene un ordenamiento jurídico adscrito a la familia del *civil law*, caracterizado por un marcado formalismo legal por parte de sus autoridades y funcionarios estatales, aunque inmerso en un proceso de consolidación de un Estado constitucional (Ferrajoli, 2020, pp. 19-49) (Sotomayor, 2019, pp. 199-203) debido a la influencia del constitucionalismo contemporáneo (Zagre-

belsky, 2011, pp. 9-20). En este contexto, en lo que al Derecho Constitucional se refiere, el año 2004 se incorporó el precedente constitucional vinculante con el Código Procesal Constitucional aprobado ese mismo año con la Ley 28237<sup>1</sup>. Debido a la práctica que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, se han presentado una serie de tensiones entre la ley y el precedente; así como entre diversos tipos de precedentes: el precedente constitucional y el precedente judicial, especialmente en ordenamientos que, como el peruano, cuentan con dos cortes de vértice (Mitidiero, 2016, pp. 95-103): un tribunal o corte constitucional y una corte o tribunal supremo, el primero encargado de defender la supremacía de la Constitución y el segundo comisionado para interpretar la ley, como última instancia de la jurisdicción ordinaria.

De forma complementaria, la progresiva apertura de los ordenamientos nacionales al Derecho Internacional, en especial, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Del Toro, 2005, pp. 331-343), y las dinámicas que se han generado por la incorporación del control de convencionalidad desde la jurisdicción interamericana hacia las jurisdicciones nacionales (Ferrer Mac-Gregor, 2011, pp. 561-591), trae como consecuencia la discusión sobre el carácter vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) (Ferrer Mac-Gregor y Queralt Jiménez, 2017, pp. 139-149) y, desde luego, la tensión entre la interpretación que de los derechos ha desarrollado esta Corte y la que desarrollan los tribunales nacionales.

Precisamente, en este trabajo se busca presentar lo que estos encuentros y desencuentros entre las fuentes mencionadas ocasionan dentro del Sistema de Justicia del Perú y los problemas que se han generado. De un lado, por la incorporación de una institución propia del *common law* a un ordenamiento perteneciente a la órbita del *civil law* (marcado por el fetiche de la legalidad) y, de otro lado, la interacción y tensiones que se presentan entre el precedente constitucional y las decisiones de la Corte IDH, todo ello en el marco del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico del Perú.

Por lo indicado, este trabajo, de corte descriptivo, no pretende brindar una solución, sino identificar un problema. Precisamente, su relevancia radica en el hecho de que puede ser empleado como una suerte de punto de partida para

---

<sup>1</sup> El Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley 28237 fue publicado el 31 de mayo de 2004, entrando en vigencia el 1 de diciembre del mismo año. El precedente fue incorporado en el artículo VII de su título preliminar. La Ley 28237 ha sido derogada por la Ley 31307 que aprueba el Nuevo Código Procesal Constitucional, publicado el 23 de julio de 2021 que entró en vigor al día siguiente. El precedente ha sido regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código que, en esencia, mantiene la regulación previa.

futuras líneas de investigación que busquen, principalmente, profundizar los aspectos teóricos involucrados y proponer soluciones que permitan resolver los problemas identificados en la tensión entre las distintas fuentes del ordenamiento peruano por la incorporación del precedente constitucional.

## **2. EL SISTEMA DE FUENTES DEL PERÚ Y EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: ENCUADRE TEÓRICO Y NORMATIVO**

Como se desarrolla en la doctrina, las fuentes son aquellos actos o hechos de los cuáles se extraen normas (Guastini, 2016, p. 99) a partir de las que los jueces (especialmente, aunque no solo ellos) deciden las controversias, habida cuenta que el concepto de fuente permite identificar y dotar de unidad al Derecho. En base a la fuente y su régimen jurídico, un juez, y cualquier operador del derecho, puede identificar una norma (o las normas) y su valor en el razonamiento jurídico justificador de la decisión que se adopta para resolver un caso (Aguiló, 2015, pp. 154-155).

De ahí que resulta sumamente importante conocer cuál es el sistema de fuentes de un determinado ordenamiento jurídico. En el caso de los países de *civil law*, el sistema de fuentes se ha basado en el paradigma del ordenamiento jurídico escalonado de Kelsen (1960, pp. 232 y ss.), basado en gradas o niveles. Para el caso peruano, tanto la doctrina (Rubio, 2009, pp. 109-209) como el Tribunal Constitucional ha construido el sistema de fuentes a partir de dicho paradigma (sentencia del Expediente N° 0047-2004-AI/TC, fundamentos 16 a 45). En esta, la jurisprudencia, y por extensión los precedentes que emanan de las sentencias, ocupan el quinto nivel dentro de una visión piramidal del ordenamiento jurídico y de las fuentes (sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 61). No obstante, la incorporación del precedente constitucional, habida cuenta de la dinámica que ha generado, trastoca dicha construcción —si cabe— estática de las fuentes y no toma en cuenta la dinámica que entre las mismas se presentan.

Sin perjuicio de lo indicado, sobre lo que se volverá más adelante cuando se aborde los encuentros y desencuentros que el precedente ha generado en nuestro ordenamiento, corresponde revisar nuestro sistema de fuentes.

En ese sentido y en virtud a la centralidad y el carácter normativo de la Constitución debidas a la afirmación del Estado constitucional y del constitucionalismo contemporáneo, las líneas directrices del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano deben encontrarse de forma necesaria en la vigente carta constitucional (Landa 2010, pp. 195-198).

En esa dirección, tenemos a la Constitución que tiene el carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico, a tenor de lo establecido de su artículo 51; así como por su resistencia a las reformas o cambios por las leyes ordinarias, dado que, para modificar su texto, se debe apelar a un procedimiento legislativo que es mucho más difícil de lograr, ya que según el artículo 206 de la Constitución se requiere que el proyecto de reforma sea aprobado por la mayoría absoluta del número legal de los miembros del Parlamento y ratificada mediante referéndum o, para obviar el referéndum, dicho proyecto debería ser aprobado en dos legislaturas ordinarias sucesivas por las dos terceras partes del número legal de los miembros del Congreso de la República.

Cabe añadir que el proyecto de reforma constitucional, además está sujeto a una serie de límites formales, como los ya indicados, así como materiales, tales como aquellos principios y signos de identidad que no podrían ser modificados por el legislador ordinario y que el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (fundamentos 74 a 77).

Asimismo, desde lo establecido en la Constitución y dada su posición en el sistema de fuentes, esta no puede ser trasgredida por alguna norma de rango legal o infralegal. En tal supuesto, los sujetos legitimados por la propia Constitución en su artículo 203 pueden emplear el proceso de inconstitucionalidad que procede contra las leyes y otras de rango equivalente, como el reglamento del Congreso, los decretos legislativos, decretos de urgencia, los tratados internacionales, las normas generales de alcance regional y las ordenanzas municipales; y en el caso de las normas de rango reglamentario, se podrá emplear el proceso de acción popular. Además, cuando estas normas de rango legal o reglamentario lesionan o amenazan con lesionar derechos fundamentales, los jueces constitucionales y ordinarios pueden inaplicarlas en el caso concreto mediante el ejercicio del control difuso (*judicial review*), ya sea en el marco de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, como en cualquier otro proceso ordinario, a tenor de lo establecido en el artículo 200.2 y 138 de la propia Constitución.

Cabe añadir que a la Constitución habría que incorporar a los tratados de derechos humanos, en la medida que por su artículo 55 estos forman parte del Derecho nacional y en virtud a su IV Disposición Final y Transitoria las disposiciones constitucionales que reconocen derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados sobre la materia ratificados por el Estado peruano. A lo que cabe añadir que el Tribunal Constitucional (sentencia del Expediente N° 5854-2005-PA/TC, fundamentos 22 y 23) y luego el Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo

VIII de su título preliminar), han establecido que para comprender el alcance de estos instrumentos internacionales se debe emplear la jurisprudencia que sobre ellos haya sido emitida por sus órganos de control o supervisión, como la Corte IDH.

Luego de la Constitución, dentro del sistema de fuentes, tendríamos a las normas con rango de ley, que son las enunciadas en el artículo 200.4 de la Constitución: leyes del Congreso, en todos sus tipos ordinaria, orgánica, general, marco, de presupuesto, etc., cuyo proceso de creación se encuentra disciplinado en la propia Constitución (artículos 107, 108 y 109); la producción normativa del Ejecutivo que tiene rango de ley: los decretos legislativos (artículo 104) y los decretos de urgencia (artículo 118.19); los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano que forman parte de su derecho y cuya materia no es de derechos humanos, como los tratados comerciales, de integración, de protección de inversiones, etc. (artículos 55, 56 y 57); así como las normas de alcance general que emiten los gobiernos regionales y las ordenanzas de las municipalidades (artículo 200.4).

En tercer lugar, tendríamos a los reglamentos, cuyo sustento constitucional está establecido en el artículo 118.8 de la Constitución que precisa que le corresponde al presidente de la República —Poder Ejecutivo— reglamentar las leyes sin desnaturalizarlas ni transgredirlas (Landa, 2021, pp. 225-226).

Cada una de estas fuentes, además, se encuentran reguladas por otras normas dadas por el Congreso de la República. En dicho sentido, el procedimiento de creación legislativa se encuentra desarrollado por el Reglamento del Congreso; la dación de los reglamentos se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; en tanto que las normas regionales de alcance general y las ordenanzas municipales, en cuanto a su procedimiento de creación y sus límites, se encuentran regulados en la Ley de Bases de la Descentralización y las correspondientes Leyes Orgánicas de Gobiernos Regionales y de Municipalidades.

Finalmente, cabría hablar de la jurisprudencia y el precedente (Taruffo, 2009, pp. 558-561). Al respecto, en la doctrina procesal es claro que la jurisprudencia es un concepto de alcance general que alude a las decisiones que los jueces y juezas emiten en el marco de los casos que resuelven y cuyos efectos se circunscriben a las partes del caso: eficacia *inter partes*, en tanto que la institución del precedente se reserva para aquellas sentencias judiciales a las que se les reconoce efectos generales vinculantes: efectos *erga omnes* (Delgado, 2018).

En el marco del sistema de fuentes del Estado peruano, los artículos 103 y 204 de la Constitución establecen, palabras más, palabras menos, que, por la declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley en una sentencia del Tribunal Constitucional, estas quedan sin efecto desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y, en virtud al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, cualquier juez en cualquier tipo de proceso puede inaplicar una norma con rango de ley en el marco de un caso concreto, con efectos restringidos solo para las partes.

Si bien el sistema de fuentes peruano se ha basado en el esquema desarrollado por Kelsen siendo central el concepto de validez en su acepción de compatibilidad o conformidad de una norma inferior con otra superior: la Constitución conforme a norma fundante básica, la ley conforme a la Constitución, el reglamento conforme a la ley (Kelsen, 1960, pp. 201-202); lo cierto es que la dinámica propia de las fuentes en los ordenamientos jurídicos contemporáneos como el peruano y las disposiciones de los artículos 103, 204 y 138 de la Constitución, hacen que la jurisprudencia no esté por debajo de las fuentes formales emanadas de los órganos elegidos por mandato popular, y que nuestro ordenamiento no sea meramente estático, sino dinámico, en donde la jurisprudencia tiene la capacidad de inaplicar o dejar sin efecto normas de rango legal y reglamentario. En buena cuenta, las decisiones judiciales tienen la capacidad de innovar el ordenamiento jurídico.

Además de ello, a través de fuentes legales, se ha introducido la institución del precedente, en el marco de los procedimientos administrativos, como de los procesos judiciales ordinarios y, especialmente, en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales: amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento. En dicho sentido, el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que constituyen precedente constitucional aquellas sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada a las que el Tribunal Constitucional establece como tales, debiendo este órgano judicial precisar el extremo de su efecto normativo, pudiendo apartarse del mismo motivando las razones de tal apartamiento (Castillo, 2008, pp. 55-74).

A ello, hay que sumar que la Constitución también reconoce carácter de fuente al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, dentro de su ámbito jurisdiccional (artículo 149); así como a los principios generales del derecho, que actúan en caso de vacío o deficiencia de la ley (artículo 193.8).

Estas distintas fuentes del Derecho peruano han merecido un tratamiento por parte del Tribunal Constitucional (sentencia del Expediente N° 0047-2004-AI/TC), además de haber sido desarrollados y complementados por



innumerables sentencias judiciales (especialmente las que recaen en procesos de inconstitucionalidad). Dentro de estas, la sentencia del Expediente N° 0024-2003-AI/TC es la que desarrolla una suerte de “mini” teoría del precedente constitucional, que vale la pena revisar para aproximarse al entendimiento que tiene el Tribunal sobre esta fuente del derecho (García Toma, 2010, pp. 413-420).

Pero, más allá de ello, para efectos del presente trabajo, corresponde revisar la dinámica que el precedente constitucional ha tenido, tanto en relación con la ley como con los estándares interamericanos y la problemática que ello ha generado.

### **3. LOS ENCUENTROS Y DESENCUENTROS QUE GENERA LA INCORPORACIÓN DEL PRECEDENTE AL ORDENAMIENTO PERUANO: ENTRE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

En el Perú la incorporación del precedente constitucional en el año 2004, con antecedentes desde 1982 (García Belaúnde, 2017, p. 83), se ha dado en el marco de dos procesos convergentes: la constitucionalización (Landa, 2018, pp. 13-36) y la convencionalización del Derecho (Landa, 2016), ambos profundamente caracterizados por la presencia de la interpretación judicial de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), por parte de dos órganos judiciales con competencias similares (interpretación de fuente jurídica): el Tribunal Constitucional y la Corte IDH, aunque con profundas diferencias en cuanto a la fuente a interpretar (Constitución y CADH) y en cuanto a las competencias (el primero controla la constitucionalidad de la ley y brinda tutela a los derechos fundamentales en procesos constitucionales; el segundo cautela el respeto de la CADH —y los derechos que ella reconoce— por parte de los Estado que la han ratificado, vía casos contenciosos y opiniones consultivas).

En dicho sentido, vamos a explorar las tensiones que la figura del precedente constitucional ha tenido con la ley y luego las tensiones entre el precedente constitucional y los estándares interamericanos.

#### **3.1 La sucesiva (re)interpretación del recurso de agravio constitucional: cuando el precedente constitucional interpreta la Constitución y ley para reducir o ampliar sus alcances**

De acuerdo al artículo 202.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional conoce de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas,

hábeas data y cumplimiento, en tanto que el Nuevo Código Procesal Constitucional<sup>2</sup> establece que la resolución denegatoria es aquella que en segunda instancia declara improcedente o infundada la demanda, y que frente a ella cabe interponer un recurso de agravio constitucional dentro del plazo de diez días, recurso que deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional como última y definitiva instancia en materia de procesos de tutela de derechos. En este panorama, tenemos que la citada disposición viene a ser una suerte de concreción del instituto de la “resolución denegatoria”, a la que se debe entender como aquella resolución que declara improcedente o infundada la demanda en segunda instancia.

Al respecto, el Tribunal tempranamente interpretó el recurso de agravio constitucional, para establecer una serie de requisitos y exigencias procesales adicionales que no fueron contemplados por el legislador procesal. Sin embargo, podría argumentarse que tales exigencias procesales eran razonables, en tanto se buscó hacer del mismo un mecanismo que permitiera al propio Tribunal manejar adecuadamente su propia carga procesal. En dicho sentido, en el caso Sánchez Lagomarcino (sentencia del Expediente N° 02877-2005-PHC/TC, fundamento 28) se estableció que el recurso de agravio constitucional además de las exigencias del artículo 18 del Código Procesal Constitucional del 2004, debía cumplir con las exigencias del artículo 5 del propio Código; y el caso no ser manifiestamente infundado o similar a uno que con anterioridad haya sido rechazado por el propio Tribunal.

Luego, vino una sentencia que despertó una gran polémica entre litigantes y especialistas. En esta, el Tribunal reinterpretó los alcances de la expresión “resolución denegatoria” del artículo 202.2 de la Constitución, bajo el argumento de que el Código Procesal Constitucional del año 2004 en su artículo 18 había recogido la dimensión subjetiva de la “resolución denegatoria”, pero que era posible, desde una perspectiva objetiva, que se entendiera que una “resolución denegatoria”, pasible de ser impugnada mediante un recurso de agravio constitucional, no es solo aquella que rechaza la demanda (declarándola improcedente o infundada), sino también aquella que aun cuando la declara fundada se emite con desconocimiento o no aplicando los precedentes

---

<sup>2</sup> El Código Procesal Constitucional aprobado por Ley 28237 del año 2004, hoy derogado, regulaba al recurso de agravio constitucional en su artículo 18. Este instituto ahora se encuentra regulado en el artículo 24 del Nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021 con una regulación exactamente igual a la contenida en su antecedente. Si bien hay ciertos matices vinculados con la audiencia pública obligatoria, esto no incide en la descripción y análisis que se presenta en el texto principal.

vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional, en tanto recogerían la interpretación autorizada del supremo intérprete de la Constitución (sentencia del Expediente N° 4853-2004-PA/TC).

Posteriormente y por motivos de carácter político sobre el que no cabe extendernos para efectos del presente trabajo, esta sentencia que, además, se estableció como precedente, fue dejada sin efecto luego de poco más de un año de vigencia (sentencia del Expediente N° 3908-2007-PA/TC). Increíblemente, a pesar de haberse cerrado la posibilidad de cuestionar mediante el recurso de agravio sentencias estimatorias, nuevamente por circunstancias contextuales, esta vez asociada a casos de corrupción judicial en la Corte Superior de Justicia del Callao, el Tribunal Constitucional decide, sin muchos argumentos, abrir la ventana para permitir el recurso de agravio constitucional contra sentencias estimatorias en casos de hábeas corpus que favorecieran a investigados a nivel fiscal o judicial por el delito de tráfico ilícito de drogas (sentencia del Expediente N° 2663-2009-PHC/TC), lo que luego se amplió al supuesto de lavado de activos (sentencia del Expediente N° 2748-2010-PHC/TC) y terrorismo (sentencia del Expediente N° 1711-2014-PHC/TC).

Además de estos supuestos, también se amplió el uso del recurso de agravio constitucional para que el Tribunal pudiera supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias por parte de los jueces de ejecución del Poder Judicial (resolución del Expediente N° 0168-2007-Q/TC), de sentencias definitivas recaídas en procesos de tutela de derechos emitidas por el Poder Judicial (resolución del Exp. 0201-2007-Q/TC) e incluso para supervisar la aplicación del instituto de la represión de actos lesivos homogéneos (sentencia del Expediente N° 5496-2011-PA/TC). Esta extensión de los supuestos en los que cabe emplear el recurso de agravio constitucional podría incluso considerarse inconstitucional, dado que la Constitución no ha establecido que el Tribunal Constitucional tenga competencia para supervisar la fase de ejecución de los procesos de tutela de derechos.

Actualmente, el recurso de agravio constitucional se rige por el precedente Vásquez Romero (sentencia del Expediente N° 0987-2014-PA/TC) que, en cierta forma, retoma los lineamientos establecidos por el caso Sánchez Lagomarcino, y agrega algunos elementos adicionales, como el requisito de la “especial trascendencia constitucional”, para hacer restrictivo el empleo del recurso de agravio constitucional.

Todas estas idas y vueltas generan inestabilidad y falta de predictibilidad en cuanto al empleo de esta institución tan medular en nuestro sistema de justicia constitucional, si consideramos que el recurso de agravio constitucional

se constituye en una suerte de “puerta de entrada” al Tribunal Constitucional, órgano de cierre de la justicia constitucional en el Perú.

### **3.2 La tensión entre ley y precedente constitucional: cuando la ley pretende eludir los alcances de la interpretación judicial**

Otro escenario de tensión entre la ley y el precedente no menos importante se ha presentado cuando la ley ha pretendido eludir los alcances de la interpretación del Tribunal Constitucional.

Al respecto, en la sentencia sobre la libre desafiliación (sentencia del Expediente N° 1776-2004-PA/TC), el Tribunal estableció tres supuestos para que los afiliados al sistema privado de pensiones pudieran iniciar los procedimientos para desafiliarse y retornar al sistema público de pensiones: a) cuando el afiliado al momento de suscribir su contrato de afiliación a una AFP ya hubiese cumplido los requisitos para acceder a una pensión en el sistema público de pensiones; b) cuando el afiliado de una AFP desarrolla una actividad laboral calificada como riesgosa o peligrosa; y, c) cuando al momento de afiliarse el afiliado no hubiese contado con información suficiente.

En relación con esta última causal, se estableció que los afiliados podían iniciar un procedimiento de carácter administrativo ante la propia AFP con impugnación ante la Superintendencia de Banca y Seguros con el objetivo de desafiliarse, siempre que no hubiesen contado con la información suficiente que les hubiera permitido evaluar los pros y los contras de tal decisión. Ello porque el artículo 65 de la Constitución garantiza a todo usuario de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, entre ellos el servicio de administración de fondos previsionales, tener información suficiente y accesible para tomar decisiones de consumo.

Ante tal decisión y ante las expectativas ciudadanas, el Congreso de la República aprueba la Ley de Libre Desafiliación Informada (Ley N° 28991), en la que se recoge la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional antes indicada, salvo en el supuesto de desafiliación por falta de información. Lo que motiva que sea el propio Tribunal el que, en un nuevo caso, mediante un precedente, establezca dicho supuesto como causal de libre desafiliación del sistema privado de pensiones:

[E]l Tribunal Constitucional considera menester establecer, en el presente proceso constitucional de amparo, precedente vinculante referido a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación en el siguiente sentido: (...) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que el Es-

tado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65° de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación (sentencia del Expediente N°. 07281-2006-PA/TC, fundamento 27).

Este caso pone en evidencia como pueden darse tensiones entre dos fuentes del derecho: la ley y el precedente, siendo que aun cuando no estamos frente a una contradicción en sentido estricto, si, frente a una suerte de elusión de lo decidido en una sentencia constitucional mediante la Ley de Libre Desafiliación Informada, lo que lleva a que se integre el vacío legislativo, con prevalencia de lo que ya jurisprudencialmente se había establecido. En ese sentido, el Tribunal señaló que entre las omisiones legislativas y los precedentes existe una relación de integración complementaria en lugar de jerarquía o exclusión. Más aún cuando en el caso en cuestión el derecho a la información tiene sustento constitucional directo en la propia Constitución (sentencia del Expediente N° 07281-2006-PA/TC, fundamento 28).

En situaciones como la reseñada, puede afirmarse que el Tribunal corrige lo que el legislador no quiere corregir, lo que pone en evidencia que la relación entre la ley y el precedente no es estática, sino dinámica, en función de la tutela de los derechos y principios constitucionales.

### **3.3 La rebelión de los jueces y la tensión entre precedentes: del precedente constitucional al precedente ordinario en la protección del derecho al trabajo**

En los años 2002 y 2003, el Tribunal Constitucional mediante los casos Fetra-tel (sentencia del Expediente N° 1124-2001-AA/TC, fundamento 12) y Eusebio Llanos Huasco (sentencia del Expediente N° 0976-2001-AA/TC, fundamentos 14 a 16), al interpretar el artículo 27 de la Constitución<sup>3</sup>, incorporó el concepto de “despido incausado”. Según este supuesto, el empleador cesa a un trabajador sin expresarle una causa que justifique el despido<sup>4</sup>. El Tribunal estableció

<sup>3</sup> El artículo 27 de la Constitución vigente establece que “[la] ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

<sup>4</sup> Las causas justas de despido de un trabajador se encuentran establecidas en los artículos 24 (causas vinculadas con la conducta del trabajador) y 25 (causas vinculadas con su desempeño laboral) del DS 003-97-TR (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

que frente en estos casos, surge la obligación de reponer al trabajador como forma de reparación de la lesión de su derecho fundamental al trabajo. Cabe mencionar que este criterio jurisprudencial, resultaba de aplicación tanto en el sector privado como en el público. De modo que, en el ámbito público si el Estado (empleador) no imputaba una causa justa de despido a sus trabajadores, estos podían obtener su reposición mediante un proceso de amparo.

Este criterio jurisprudencial fue modificado para el sector público el año 2015 a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC (caso Rosalía Huatuco) que, además, fue declarado como precedente vinculante. En este precedente se estableció que solo cabe la reposición de un trabajador despedido del sector público cuando este ingresó a trabajar por concurso público a una plaza previamente presupuestada. Entonces, por interpretación *a contrario sensu*, en supuestos distintos, no cabe la reposición, aun cuando el cese laboral no haya estado sustentado en una causa justa de despido (fundamentos 9, 15 a 18, 21 y 22).

Frente a este precedente constitucional, el mismo año 2015, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación. 8347-2014 Del Santa, estableció una serie de supuestos en los que el precedente del caso Rosalía Huatuco no resulta aplicable (considerando décimo segundo, página 8 de la sentencia)<sup>5</sup>. En ese mismo año, el Juez Mixto Permanente del Módulo Básico de Justicia de la Corte Superior de Justicia de la Libertad aplicó un control de convencionalidad sobre dicho precedente constitucional, porque consideró que el mismo no podía ser aplicado de forma inmediata a un proceso en trámite como lo había dispuesto el Tribunal Constitucional en los considerandos décimo primero al vigésimo cuarto de la sentencia.

---

<sup>5</sup> Lamentablemente la Corte Suprema no brindó mayores razones respecto del fundamento de estas exclusiones al ámbito de aplicación del precedente Huatuco. No obstante, de la lectura de los distintos supuestos excluidos y del marco fáctico del caso, se puede colegir que la Corte Suprema interpretó los alcances de su ámbito de aplicación en función a los hechos del caso en que se originó. En este la demandante, cuyo régimen laboral era el de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728), solicitaba su reposición a su puesto de trabajo al considerar que su contrato laboral temporal de suplencia se había desnaturalizado porque siguió trabajando para su empleador (el Poder Judicial) luego de haber desaparecido la causa que motivó su contratación temporal. Por lo que, a partir de estos hechos, la Corte Suprema entendió que el precedente Huatuco solo podía ser aplicable a los servidores del Estado bajo el régimen laboral privado. Por lo que no cabía su aplicación a otros regímenes laborales públicos (Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 1057, obreros municipales, etc.).

Esto evidencia una tensión en cuanto a la interpretación del alcance de la protección del derecho fundamental al trabajo entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema (y otros jueces del Poder Judicial), los que han mostrado cierta “rebeldía” frente a los precedentes constitucionales para lograr mayores y mejores niveles de protección del citado derecho fundamental. Indudablemente, esta tensión entre ambos altos tribunales genera cierta incertidumbre, especialmente en los jueces de primera y segunda instancia que tienen que aplicar precedentes que tienen alcances distintos y hasta contradictorios, lo que indudablemente no ayuda a la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho fundamental al trabajo.

### **3.4 La tensión entre el juez interamericano y el juez constitucional: el juez nacional entre los estándares interamericanos y los precedentes constitucionales**

La anticoncepción oral de emergencia (en adelante, AOE) o “píldora del día siguiente” es un método de planificación familiar empleado en situaciones de emergencia. Tiene diversos efectos en el organismo de la mujer que lo consume, pero en buena cuenta, funciona de tres formas: impide o retrasa la ovulación, actúa sobre el moco cervical para que los espermatozoides no puedan llegar al útero o impide que el óvulo se implante en el útero materno. En cualquier caso, resultará ineficaz si el óvulo fecundado ya ha sido implantado.

El año 2009, el Tribunal Constitucional con la sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC estableció que la AOE tendría presuntos efectos abortivos y por los principios *pro homine* y precautorio se ordenó al Ministerio de Salud que cese su distribución gratuita en los establecimientos de salud públicos adscritos al sistema nacional de salud (fundamento 53), aunque sí permitió que este método de planificación familiar pueda ser comercializado por farmacias privadas en el fallo de esta sentencia.

Posteriormente, el año 2012, la Corte IDH en la sentencia *Artavia Murillo vs Costa Rica* ha señalado que para efectos de la protección que dispensa el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el concebido será considerado sujeto de derecho solo desde la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, es decir, desde su implantación en el útero materno (párrafo 264 de la sentencia).

A raíz de esta última sentencia, se inició un proceso de amparo para que se ordene al Ministerio de Salud que reinicie la distribución gratuita de la AOE. En primera instancia, este proceso fue resuelto el año 2019 con sentencia que declaró fundada la demanda, argumentando que la sentencia del Tribunal

Constitucional violaba el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres y la igualdad y no discriminación, al haberse establecido que el Estado no puede distribuir gratuitamente tal método de planificación familiar, pero que las farmacias privadas sí pueden comercializarla (considerando vigésimo y vigésimo segundo)<sup>6</sup>.

Este proceso ha sido resuelto en segunda instancia en el año 2020<sup>7</sup>. Esta sentencia revoca la de primera instancia y declara improcedente la demanda, bajo el argumento de que un juez del Poder Judicial no puede evaluar los alcances o fundamentos de una sentencia del Tribunal Constitucional (considerando quinto del apartado V.1.4.2. de la sentencia de segunda instancia).

Este caso pone en evidencia la tensión que con el tiempo se irá presentando entre los precedentes constitucionales y los estándares que la Corte IDH genera y que se contienen en sus sentencias contenciosas y opiniones consultivas. Lo cual, indudablemente, no puede ser resuelto bajo la lógica del principio de jerarquía, sino de la interpretación integradora de las fuentes bajo el principio *pro persona* (Nogueira y Aguilar, 2016, pp. 13-43).

Precisamente, un nuevo capítulo de esta tensión entre los estándares interamericanos y decisiones judiciales internas, se presenta en el marco de la sentencia del Tribunal recaída en el Expediente N° 2010-2020-PHC/TC, mediante la cual se declara la nulidad de la Resolución 10, del 3 de octubre de 2018, expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria y se restituye el indulto humanitario al expresidente Fujimori otorgado mediante Resolución Suprema N° 281-2017-JUS.

Como es de sobra conocido, Fujimori fue condenado por hechos que según el derecho internacional constituyen graves violaciones a los derechos humanos y según el derecho penal nacional constituyen delitos de homicidio calificado y secuestro agravado en calidad de autor mediato. No obstante, el año 2017 fue indultado por el ex presidente Pedro Pablo Kuczynski por razones humanitarias. Este indulto fue objeto de revisión en el marco de una supervisión de la sentencia de los casos Barrios Altos y La Cantuta vs Perú por la Corte IDH (Resolución del 30 de mayo de 2018). Esta dispuso que los jueces nacionales realicen una revisión del indulto a partir de los estándares siguientes:

---

<sup>6</sup> Ver: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/P%C3%ADdora-del-d%C3%ADa-siguiente.pdf>

<sup>7</sup> Ver: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/11/Exp.-30541-2014-0-LP.pdf>



(...) en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en que mediante un proceso penal se fijó una pena proporcional a los bienes jurídicos afectados, el posterior perdón de la misma por una decisión del Presidente de la República conlleva una mayor afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares en lo que respecta a la ejecución de la pena dispuesta en la sentencia penal” (párrafo 56);

(...por ello...) es necesario que exista la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional de la misma, que permita realizar un análisis de ponderación respecto de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, y asegurar que sea otorgada de forma debida (...) resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares (párrafo 57).

Entonces, en este supuesto, la cuestión es más clara, debido a que, en el marco del caso, los jueces nacionales, incluyendo al Tribunal Constitucional, se encontraban sujetos a los estándares antes citados, de modo que, al revisar la validez del indulto, tales estándares debían ser evaluados y acatados. No obstante, la sentencia del Tribunal, adoptada en mayoría de sus miembros, no hace una evaluación de estos estándares, con lo cual, estaría eludiendo su efecto vinculante. En efecto, las razones de la decisión mayoritaria se sustentan en una presunta falta de competencia material de los jueces supremos que declararon la nulidad del indulto (fundamentos 10 a 13) y que, con independencia de esto, la decisión del Presidente de la República de conceder un indulto tiene el máximo grado de discrecionalidad, (fundamento 15), lo que es contrario a lo establecido por la Corte IDH y además niega el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, en el que no caben zonas exentas de control judicial.

#### 4. CONCLUSIONES

Ordenamientos jurídicos como el peruano, tributario de la tradición del *civil law* y caracterizado por un excesivo formalismo legal, ha visto trastocado su sistema de fuentes con la incorporación del precedente constitucional. Lo que se ha originado por dos procesos convergentes, de un lado el acercamiento con la tradición del *common law* y de otro, la apertura del derecho constitucional nacional hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especial-

mente, aquél que se ha ido formando con los estándares que ha generado la Corte IDH.

Esto da lugar a tensiones entre el precedente constitucional y la ley, siendo que los significados de los institutos constitucionales y legales pueden sufrir variaciones en cuanto a sus significados de modo muy variante en un corto período, lo que no abunda en la necesaria seguridad jurídica y predictibilidad de la actuación de los jueces constitucionales. El mismo escenario se presenta en las tensiones entre el precedente del Tribunal Constitucional y el precedente que genera la Corte Suprema. A todo lo cual, hay que sumar un escenario adicional de tensión entre los estándares interamericanos con los precedentes constitucionales.

Parece que la dinámica y tensiones entre la ley, los estándares interamericanos y los precedentes va reconfigurando el sistema de fuentes, lo que invita a un necesario replanteo de las bases sobre las que se ha conformado. Labor a la que se deberán dedicar otros estudios que tengan un mayor calado, porque, como se indica en el título, solo hemos tenido a bien presentar este mapa de problemas, las piezas que deberán ser agrupadas para tener un sistema de fuentes más estable y predecible.

## 5. LISTA DE REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2015). Fuentes del Derecho. En D. González Lagier, *Conceptos básicos del derecho* (pp. 149-174). Marcial Pons.
- Bix, B. H. (2009). *Diccionario de teoría jurídica*. UNAM.
- Castillo, L. (2008). Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano. *Jus Constitucional*(1), 55-74. <https://hdl.handle.net/11042/2075>
- Del Toro, M. I. (2005). La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, XXXVIII(112), 325-363. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3825>
- Delgado, C. (22 de abril de 2018). *Ars distinguendi: Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente. Sobre los grados de vinculación y el virtual apartamiento de precedentes en el proyecto de reforma del CPC*. <http://agnitio.pe/articulo/prueba-de-oficio-y-derecho-al-contradictorio/>
- Ferrajoli, L. (2020). *Iura Paria*. (A. Greppi, trad.). Trotta.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/151>
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Queralt Jiménez, A. (2017). Capítulo II: El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? En J. García Roca, y E. Carmona Cuenca (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 133-168). Thomson Reuters- Aranzadi.
- García Belaúnde, D. (2017). El precedente constitucional: extensión y límites. *Pensamiento Constitucional*, 22, 83-107. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940>
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (3ª ed.). Adrus.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Raguel Ediciones.
- Kelsen, H. (1960). *La teoría pura del Derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Landa, C. (2021). La posición constitucional del Poder Ejecutivo en el Perú. En D. García Belaúnde, C. Landa Arroyo, y M. Jamanca Vega (eds.), *Constitución y democracia. Libro homenaje a Valentín Paniagua* (pp. 219-244). Nomos & Thesis.
- Landa, C. (2018). *La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú*. Palestra Editores.
- Landa, C. (2016). *La convencionalización del Derecho peruano*. Palestra Editores.
- Landa, C. (2010). Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (14), 193-234.
- Legarre, S., y Rivera, J. C. (2006). Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372006000100007>
- Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes de vértice: cortes superiores y cortes supremas. En M. Taruffo, L. G. Marinoni, y D. Mitidiero, *La misión de los tribunales supremos* (pp. 77-122). Marcial Pons.
- Nogueira, H. y Aguilar, G. (2016). El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*(84), 13-43. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2016.43057>

- Rodilla, M. Á. (2014). ¿Soberanía popular en el Estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 13-36.
- Rousseau, J. (2004). *El contrato social*. Edimat Libros.
- Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (9° ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Serna de la Garza, J. M. (2013). Globalización y derecho constitucional comparado. En C. Astudillo, y J. Carpizo, *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina* (pp. 71-91). UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Sotomayor, J. E. (2019). Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de derecho al Estado constitucional. *Pensamiento constitucional*, 24, 197-231. Recuperado el 7 de julio de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/22677/21824>
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley, justicia, derecho* (11ª ed.). (M. Gascón, trad.). Trotta. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552005000100073>