

El precedente constitucional: extensión y límites *

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE **

Resumen

El precedente es una técnica muy antigua que viene de una familia jurídica distinta a la nuestra: *el common law*. Pero poco a poco ha ido introduciéndose en los países de tradición romanista como el nuestro con diversas variantes. En el Perú esto sucedió por vez primera a nivel de derecho positivo en el año 1982 con la primera ley de hábeas corpus y amparo, y se fue extendiendo lentamente al resto del ordenamiento jurídico, en especial el penal y el civil en ámbito judicial. Sin embargo, el precedente tiene ciertos problemas que aquí se analizan en relación con su funcionamiento, sobre todo en el ámbito jurisprudencial y en especial en el Tribunal Constitucional. Se pasa revista a algunos casos que existen en la América Latina y de manera especial a la *súmula* brasileña así como el controvertido concepto de “autonomía procesal”. Se hace finalmente diversas consideraciones sobre los precedentes y el importante y debatible tema de la creación del derecho en sede tribunalicia.

Palabras clave: Precedente. Precedente constitucional. El precedente en el *common law*. *Súmulas* brasileñas. Autonomía procesal. Creación del Derecho.

Sumilla

1. El precedente como concepto
2. Las familias jurídicas
3. El *common law*
4. El *common law* en los Estados Unidos
5. Su irradiación en el resto de nuestra América
6. *Súmula* vinculante en el Brasil
7. ¿Creación del derecho?
8. La creación de precedentes
9. Precedente constitucional y creación del Derecho
10. Un desliz semántico: la «autonomía procesal» en la experiencia peruana
11. Algunas consideraciones finales
12. Bibliografía

* Conferencia inaugural del «III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional» dedicado al precedente constitucional y organizado por el Tribunal Constitucional de República Dominicana (Santo Domingo, 12-14 de octubre de 2016). Revisado en mayo de 2017.

** Abogado y doctor en Derecho. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Maestría en Derecho Constitucional). Secretario general ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1. El precedente como concepto

Como tantas palabras en el idioma castellano, la de «precedente» puede significar muchas cosas. En sentido general es algo que «antecede en el tiempo y en el espacio a otra cosa o persona que se toma como referencia» o «precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos» según como lo definen algunos diccionarios cuyas definiciones transcribimos. Y esto tiene una aplicación de orden general. Así, en materia de protocolos diplomáticos u oficiales, alguien siempre precede a alguien, o sea, va delante de él, con lo cual se entiende que hay un cierto orden o prelación. Se ve también en los actos litúrgicos; en el ordenamiento de las instituciones (por ejemplo en las Fuerzas Armadas). Lo mismo puede decirse desde el punto de vista cronológico, cuando denota que por antigüedad o edad alguien va delante de otra o que cierta obra o idea antecede a otras. Sin embargo, en el aspecto jurídico esto tiene una fisonomía específica y tiende a concentrarse en el aspecto judicial, o sea, dentro de lo que comúnmente se llama administración de justicia, impartición de justicia, servicio o sistema de justicia. Aquí es en donde el concepto de «precedente» tiene un mayor valor y adquiere una connotación especial que, por cierto, tiene muchas aristas y en donde existe abundante doctrina que no es pacífica. Pero este tópico es propio de un sistema jurídico determinado como veremos más adelante al tratar de las familias jurídicas. Y desde donde se expandió lentamente a otros países del orbe desde el siglo XIX.

Adelantemos que en el mundo del *common law* lo que se usa simplemente es la palabra «precedente» a secas y como consecuencia del principio de *stare decisis*, que está referido a lo que hacen los jueces al resolver casos sometidos a su despacho y por el cual toman en consideración la jurisprudencia existente con anterioridad. Esto quiere decir que el precedente se aplica a todo el universo jurídico y así se le llama. Cuando por el contrario, se centra en un área determinada como la que aquí nos interesa, entonces se habla de «precedente constitucional», o sea, que afecta al mundo constitucional, pues hay otro mundo de precedentes vinculados a las áreas civil, penal, mercantil, etc. Por el contrario, en la América Latina en un principio se pensó básicamente en el precedente constitucional, por su importancia, si bien hoy se encuentra en otras ramas del Derecho. Y este traslado de una institución perteneciente a una tradición jurídica a otra, es lo que se conoce como «fenómeno de la recepción», que por lo general crea problemas de acomodamiento, de inserción y además cierto tipo de resistencias, mayores en el mundo constitucional que, por ejemplo en el mundo comercial, en donde figuras norteamericanas como el *leasing* se han adaptado perfectamente y con éxito en el mundo de los negocios. Esto, como se comprenderá, ha motivado que no sean pocos los que cuestionen esta «copia» o «trasplante» de una institución de un sistema a otro, con multitud

de razones que aquí no vamos a analizar. Pero al margen de lo que estas críticas signifiquen, es obvio que el «precedente» se ha instalado entre nosotros y en nuestra América y así hay que considerarlo pues no nos abandonará. El problema es otro: cómo debe ser, que configuración le damos y cómo debe aplicarse.

2. Las familias jurídicas

Para mejor ubicarnos, tengamos presente que así como hay lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio por los comparatistas y que hay que tener presente. Así, podemos tomar como referencia la obra del gran comparatista francés René David (cf. *Les grands systèmes de droit contemporains*, L.G.L.J, París 1969; hay traducción castellana) que distingue cuatro «familias» jurídicas:

- a) Familia romano-germánica: Es la que se ha formado sobre la base del Derecho Romano en el llamado *corpus iuris civile*. Es también conocido como sistema romano-civilista. En el mundo anglosajón se le conoce como *civil law system* a todos aquellos que proceden de Roma. René David señala que agrega el calificativo de «germano» en homenaje al esfuerzo desplegado por las universidades y los profesores alemanes —sobre todo en el siglo XIX— en el estudio, sistematización y difusión del Derecho Romano; por eso prefiere la expresión «romano-germánica» que *brevitatis causa* puede denominarse simplemente como «derecho» o «familia romanista».
- b) Familia del *common law*, que se origina en la Inglaterra del siglo XIII y que se cristaliza a través de un largo y lento proceso. El *common law* junto con los derechos romanistas, son las dos familias —o si se quiere «tradiciones»— que imperan actualmente en el mundo occidental, con las modificaciones y transformaciones que el tiempo y las circunstancias han puesto en cada lugar. Partiendo de Inglaterra, se encuentra en países que fueron sus antiguas colonias, como es el caso de los Estados Unidos, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, etc.
- c) Familia de los derechos socialistas, inspirados en la filosofía marxista y que han surgido en oposición radical a los derechos occidentales. Aparece primero en Rusia a raíz de la revolución comunista de 1917 y luego se expande lentamente con diversos matices, a otros países del entorno (las llamadas Democracias Populares, Yugoslavia, China, etc.). Tras la caída de la URSS en 1991, ha quedado enormemente limitada y de aplicación prácticamente reducida a la actual China, que por lo demás en lo económico practica una economía de mercado que ha virado cada vez más hacia el capitalismo. Y en lo que América se refiere, el caso peculiar de Cuba, que ha emprendido un viaje de retorno aún lento y no precisado.

d) Derechos religiosos y tradicionales: Son aquellos basados fundamentalmente en sistemas filosóficos y religiosos de antigua data. Pueden mencionarse especialmente el Derecho musulmán, el Derecho hindú, el Derecho judío, el Derecho japonés, etc. Este tipo de Derecho es lo que predomina en el Oriente y mantiene —sobre todo en determinados países— una sorprendente actualidad que alcanza incluso al mundo político.

La clasificación anterior no desdice la diversa multiplicidad que existe al interior de cada una de dichas «familias», ni tampoco la especificidad y carácter nacional que pueden tener muchas de ellas. Incluso las mutuas influencias recibidas. El Derecho latinoamericano es ubicado, como es fácilmente comprensible, dentro de la familia romano-germánica o romano-civilista. O simplemente «romanista», como usaremos aquí. Por cierto, existen otras clasificaciones de interés, en las que aquí no nos extendemos (cf. Alessandro Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Edt. Laterza, Roma-Bari 2014).

Acotemos finalmente que René David modificó en posteriores ediciones de su gran obra esta clasificación cuatripartita, incluyendo otras modalidades en relación sobre todo con el Oriente, pero reafirma su punto de vista en el sentido de que las principales familias jurídicas del mundo actual son, sin lugar a dudas, el *common law* y la romanista.

3. El *common law*

Nace como ya se ha dicho en Inglaterra, lo que hoy conocemos como Reino Unido que incluye Inglaterra propiamente dicha, Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Este lugar apartado del continente europeo ha tenido una historia muy accidentada y peculiar, pasando de mano en mano de acuerdo a las invasiones y sucesivas ocupaciones (desde los celtas, la ocupación romana, hasta las últimas expediciones germánicas y nórdicas). Pero el punto de quiebre lo constituye el año 1066 con la llamada invasión normanda que encabeza Guillermo el Conquistador y que marcará un antes y un después. La organización del país empieza entonces, en forma lenta pero segura y ya no se detendrá. Incluso será una monarquía con una vida agitada y voluble pero sin interrupciones, salvo el período de liderazgo de Oliver Cromwell (1649-1658). Es en esa época, principios del siglo XIII en que se empieza a armar lentamente la estructura judicial —o sea, el sistema de justicia— que conlleva a la larga cierta uniformidad de las normas y de su aplicación. De esta suerte, el Rey enviaba jueces itinerantes para resolver los conflictos que se daban a lo largo del territorio y que periódicamente se reunían en Westminster para intercambiar experiencias y acordar puntos de vista comunes para crear un modelo estándar en el país y que no tuvo en cuenta el Derecho romano —que había cesado de aplicarse

siglos atrás y parcialmente— sino las costumbres y usos de los pobladores que antes habían estado sometidos a los pueblos más disímiles con cierto predominio germánico. Se trata de un derecho práctico, no teórico, que se formula y ordena con la idea de que sea el derecho común de la isla y por eso su nombre de *common law*. Es hecho por jueces y no son leyes sino casos que se acumulan con el tiempo. Ya a fines del siglo XV es una tendencia generalizada, con lo cual el cuerpo de casos tiende a ser orientador y a ser considerado el «derecho de la tierra». Esto no impide, por cierto, que el Parlamento sancione leyes, pero son todavía muy pocas y llegado el caso no pueden ir contra el *common law* (este es, como se sabe, el principio sostenido por el juez Coke en el célebre caso Bonham de 1610).

Surge así la teoría del *stare decisis*, o sea, atenerse a lo resuelto, que en terminología cotidiana es lo que constituye el precedente: la norma previa que debe ser seguida si las situaciones son similares. Al principio los precedentes eran persuasivos, algo así como recomendaciones en aras de crear una igualdad de trato y de uniformar criterios jurídicos creando cierta predictibilidad en casos futuros, reforzando la seguridad jurídica. Luego vino su carácter más vinculante entre los siglos XVI-XVIII: el gran teórico es el jurista Blackstone que en su día sistematiza todo el derecho inglés y que además tendrá una gran influencia en las colonias de América. Y finalmente su carácter obligatorio a mediados del siglo XIX, cuando en paralelo empieza a aumentar la legislación.

Los precedentes trajeron muchos problemas que fueron materia de debate. Lo primero fue si eran obligatorios o solamente persuasivos. La doctrina distinguió entre precedentes obligatorios, cuasi-obligatorios, declarativos y persuasivos. Y también el nivel, o sea, si era vertical —de arriba hacia abajo— u horizontal. O si eran «declarativos» de algo que ya existía, o meramente «constitutivos».

El siglo XX ve precisarse mucho más este debate. Incluso hay problemas no resueltos. Y si bien con excepciones, al final se llega a la conclusión de que solo lo dispuesto por el más alto tribunal era obligatorio, o sea, la Cámara de los Lores a través de su Comité Judicial compuesto por doce lores, llamados *Law Lords*. Hoy existe desde 2005 y en funciones desde 2009 la Corte Suprema del Reino Unido, que ha consistido en un simple traslado de los *Law Lords* a un ente independiente y que fue creado para ofrecer una percepción de independencia en el máximo tribunal, pues la separación de poderes nunca ha existido en Inglaterra (ficción, como se sabe, creada por Montesquieu). Los tribunales ingleses son un cuerpo aparte e independiente y con una estructura muy compleja fruto de la evolución política del país, pero a la nueva Corte Suprema van muy pocos casos: casi todos se resuelven en los tribunales inferiores. Lo importante es que solo el tribunal más alto de la organización puede apartarse de sus precedentes, si bien la elasticidad del precedente es algo relativo.

Hay que tener en cuenta que se ha distinguido desde un primer momento la *ratio decidendi* —o *holding*— que es el argumento o argumentos centrales de una decisión y que en puridad son el precedente —del *obiter dicta*—, consideraciones colaterales del tribunal que no tienen mayor importancia (si bien podrían servir en el futuro para nuevos pronunciamientos judiciales, al igual que los votos singulares). Finalmente, señalar que los precedentes no modifican las leyes —muchas veces se crean a partir de estas— pero las leyes pueden modificar precedentes.

4. El *common law* en los Estados Unidos

Curiosamente en los Estados Unidos se empieza a utilizar el precedente solo a partir de la independencia, o sea, desde fines del siglo XVIII y por tanto va a ser más flexible que en el Reino Unido.

Algunas características que podemos observar son las siguientes:

- a) El seguimiento de un precedente no significa que sea obligatorio, pues es modificable si se considera erróneo o injusto.
- b) Se presta atención al desarrollo político y social de la nación, lo que ha permitido incluso que cambien criterios jurisprudenciales con motivos de hechos tales como la Guerra de Secesión (1861-1865) y que inciden en los derechos civiles.
- c) Los que lo cambian son por lo general los altos tribunales: las cortes supremas de los estados o de las que hacen sus veces. Siendo un país federal, no es de extrañar que se utilicen precedentes de cortes de otros estados, pues los de la Corte Suprema federal con sede en Washington son relativamente escasos, si bien muy importantes (el último y de gran repercusión es el referido al matrimonio homosexual de junio de 2015: *J. Obergefell vs. Huges*).
- d) Los cambios en los precedentes se guían sobre todo por la utilidad social, en un pueblo eminentemente pragmático y en donde el Derecho se concibe como un instrumento para la convivencia pacífica.
- e) La existencia de un país federal, que además tiene Constitución escrita y ha tenido tan rápida expansión geográfica (sobre todo en el siglo XIX) y tanta influencia a nivel mundial, ha hecho que el precedente haya crecido mucho y haya trascendido más allá de sus fronteras.
- f) El único precedente realmente válido y de alcance general es el que emite la Corte Suprema federal, la cual no se considera ligada por sus precedentes anteriores, si bien trata de hacerlo. Esto obliga a los tribunales estatales.

Los precedentes tienen varias aristas, algunas de las cuales son las siguientes:

- a) Los casos resueltos —me refiero a los del máximo tribunal— no se llaman necesariamente precedentes. Son resoluciones judiciales que fijan posiciones y que por tanto tienden a ser seguidas, en menor o mayor medida, por el resto de los tribunales tanto los de la federación como los de los estados. Su aceptación opera en principio, pero su firmeza solo la da el tiempo.
- b) La obligatoriedad de los casos tiende a aumentar conforme ellos se repiten y se ratifican. En tal sentido, un precedente bien puede ser fijado por un solo caso, pero no tendrá la misma fuerza sino es reiterado por otros posteriores que lo confirman. De esta manera, lo que lo lleva a convertirse en precedente nace precisamente en el hecho de que la primera vez que este aparece es fruto de un desarrollo lento en donde se fijan criterios y luego se repiten. Es decir, van precedidos por una serie de casos que construyen lentamente lo que luego será el rompecabezas armado en su totalidad.
- c) Los precedentes no son eternos, pero tienden a durar y sobre todo cambian cuando hay que hacerlo. Por ejemplo, el famoso caso «Plessy vs. Ferguson» de 1896 que estableció el principio de separados pero iguales solo fue revocado en 1954, al prohibirse la segregación racial en las escuelas públicas («Brown vs. Board of Education»). Otros no menos célebres son el de «Miranda vs. Arizona» (1966) y el del aborto «Roe vs. Wade» (1973) que siguen vigentes, con diversas matizaciones.
- d) La obligatoriedad del precedente se incrementa con el tiempo. Y cuando en el camino surge uno muy notorio y de gran repercusión, se convierte en un caso paradigmático que confirma lo anterior y señala rumbos hacia el futuro. De ahí el término *leading case* que es más bien de uso periodístico.
- e) Existen varias maneras de matizar y atenuar el precedente, como son las técnicas de *distinguishing* y el *limiting* y que se emplean cuando se advierte que las situaciones no son iguales o que deben ser precisadas. En situaciones así se apartan de un precedente y lo hacen más acotado. Y en relación con el tiempo pueden ser retroactivos (o sea, para las partes involucradas) o prospectivos, hacia un futuro que puede ser cercano o lejano.
- f) Y por cierto pueden ser revocados (*overruling*) total o parcialmente y con modulaciones en el tiempo.

5. Su irradiación en el resto de nuestra América

Como es sabido, la influencia de los Estados Unidos fue muy importante en las recién independizadas colonias españolas, a las cuales antecedieron en el tiempo.

A diferencia de la Revolución Francesa que cambió de un régimen a otro pero que siguió siendo el mismo país (antiguo régimen a nuevo régimen, cambio de monarquía a república) los Estados Unidos se independizaron de una potencia externa, nacieron como un nuevo país y se dieron su propia organización que antes no existía: estructura federal y régimen presidencial. Todo esto fue prontamente conocido entre nosotros por la difusión efectuada por los viajeros, por los cronistas y sus publicaciones, por la lectura de «El Federalista» y la influencia de los manuales de la época prontamente traducidos al castellano y sobre todo por el clásico «La democracia en América» de Tocqueville cuyo primer tomo fue publicado en francés en 1835 y traducido casi de inmediato al castellano. Y si bien la herencia legal fue romanista (fuentes romanas, derecho castellano y legislación de Indias) algo llegó del *common law* sobre todo a nivel constitucional, como lo demuestra la experiencia de varios de nuestros países. Esto se refleja a fines del siglo XIX en donde comienza a cobrar verdadera importancia la jurisprudencia que los autores empiezan a compilar y sistematizar, y que luego tendrá importante papel en el desarrollo jurídico del área. Así vino de suyo la importancia de los casos decididos judicialmente, es decir, de la jurisprudencia y de sus alcances. Veamos algunos de ellos:

- a) En México la importancia de la jurisprudencia se manifiesta en las llamadas «tesis» que constituyen el criterio jurídico utilizado en los casos más importantes y que se han desarrollado ampliamente y que originalmente estaban centrados en la Suprema Corte de Justicia y en los tribunales colegiados de circuito. Pero lo característico fue la obligatoriedad de la jurisprudencia resuelta en procesos de Amparo, donde ella se consolida cuando es producto de una votación mínima de ocho (8) jueces si lo adopta el Pleno de la Suprema Corte y de cuatro (4) si lo hacen las salas. A lo que debe añadirse que es necesaria una ratificación ininterrumpida de cinco (5) sentencias consecutivas en el mismo sentido, luego de lo cual surge su carácter imperativo, pudiendo ser contradicha o modificada en el futuro. En materia de Amparo esto opera desde 1882 y continúa en la reciente reforma constitucional llevada a cabo en 2011. En la actualidad, la jurisprudencia obligatoria se encuentra a todo nivel, siempre que medien las condiciones para ello; las que no lo obtienen, tienen la categoría de «tesis» que son las que no alcanzan la formalidad de cinco sentencias consecutivas y «tesis de jurisprudencia» que son obligatorias.
- b) También hay que considerar que en materia de acciones abstractas de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales (conflictos de atribuciones y de competencias entre *órganos y poderes* del Estado) se puede establecer jurisprudencia (obligatoria) en un solo caso, siempre que exista una votación de ocho (de los once magistrados) en el pleno de la Suprema Corte de Justicia.

Así como cuando se trate de resolver una contradicción de criterios entre Tribunales Colegiados de Circuito.

- c) La Argentina fue un gran receptor de la influencia norteamericana desde el siglo XIX y se acentúa en el siglo XX si bien adquiere fisonomía propia a partir de 1930. En el mundo jurídico la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es importante, al extremo de que en alguna oportunidad ha tenido creaciones judiciales garantistas, como son los casos de Siri (1957) y Kot (1958) si bien no fueron creaciones *ex nihilo*. Es decir, en estos dos procesos se pedía protección para ciertos derechos fundamentales a través de un recurso de Hábeas Corpus y la Corte Suprema lo que hizo fue crear pretorianamente el proceso de Amparo por una reconducción interesante: acomodó el proceso de Hábeas Corpus existente para la libertad individual y lo reconvirtió en uno para la protección de los demás derechos distintos a la libertad ambulatoria y le dio nuevo nombre. Fue una creación sugestiva pero no salió de la nada, y por cierto no fue creación procesal sino en todo caso conversión procesal. Es un poco lo que sucedió en el famoso caso «Marbury vs. Madison»: la Corte Suprema norteamericana no creó ninguna forma procesal, pues se trataba de un caso que venía como *writ of mandamus*, en el que se aprovechó la oportunidad para desarrollar una facultad implícita que permitió a la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de una ley. O sea, afirmar el principio de supremacía constitucional que antes no existía, por lo menos de manera explícita.

El precedente como tal no existe en la Argentina. Lo que hay son casos que se conocen, se siguen, se observan y crean una corriente de opinión favorable en el resto del ordenamiento. Incluso esto se ve en su manera de citar: primero va el nombre de las partes y luego la publicación donde aparece: «Fallos 239:1156» en donde el primer número es el tomo y el segundo la página.

- d) Colombia tiene una Corte Constitucional desde 1991 creada en la Constitución de ese año, la cual recogió novedades y tradiciones que venían de atrás, en especial en materia de control constitucional. Sin embargo, y pese a la utilización del artículo 230 constitucional, la figura del precedente no está consagrado expresamente en este texto, lo que ha hecho que exista cierta resistencia en adoptarlo, pues no era considerado fuente del Derecho, lo cual fue además materia de un intenso debate doctrinario. Pero en los últimos años la figura del precedente se ha abierto paso a golpe de sentencias de la Corte Constitucional, con una general aceptación, si bien no tiene la fuerza que tiene en otras partes, presentándose más bien como un fuerte precedente persuasivo. E igual ha sucedido en otros temas como producto de la intensa actividad tribunalicia de la Corte Constitucional.

- e) En el Perú como en el resto de América Latina, se ha seguido siempre la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien en forma no compulsiva, sino persuasiva. Incluso el Pleno de la Corte Suprema de Justicia cuando se enfrentaba a problemas nuevos y complejos, tomaba acuerdos que se condensaban en un documento que bajo el nombre de «Circular» y con fecha precisa y firma del Presidente de la Corte, era remitido a todos los jueces del país a través de los titulares de cada distrito judicial y en calidad de «recomendaciones», que con el tiempo adquirieron mayor fuerza (véanse los «Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia», cuyo primer tomo se publicó en 1906 y que continúa en curso). Esta situación que venía desde atrás fue en parte matizada con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 y que se instaló en 1982, con facultades de conocer en casación, básicamente, los procesos de Hábeas Corpus y Amparo. Tiempo después se aprobó la ley 23506 en 1982, que es la primera que regula en su integridad ambos procesos constitucionales, y que incluye pioneramente el precedente en su versión clásica y así consta en su artículo 9:

Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

La importancia de este texto de 1982 es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de «precedente». Y que en cierta forma es tomado de la vertiente norteamericana. Lo que viene después no se entiende sin este primer paso.

En la actualidad la normativa pertinente se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente desde mayo de 2004 y que dice así:

Artículo VII.- Precedente

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

A diferencia del enunciado normativo de 1982 que pasó casi inadvertido, el de 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente imitado en otras aéreas del ordenamiento peruano (el primero en reproducirlo fue la modificatoria introducida en el entonces vigente Código de Procedimientos Penales pocos meses más tarde a través del artículo 301-A, del cual es prácticamente una copia y al que siguieron otros similares).

Adicionalmente existe la curiosamente denominada «doctrina jurisprudencial», de menor valor y con menos fuerza y más bien con sentido orientador (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Más aun, cuando muchas veces el propio Tribunal Constitucional no la considera y la cambia con frecuencia. De ahí que no solo tenga un nombre impropio, sino que ha sido utilizado arbitrariamente como si fuese «vinculante» cuando en realidad no lo es.

La jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa (no pasan de cincuenta desde el año de su creación) pero no ha sido ni firme ni coherente: no ha tenido un norte definido. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado *ex nihilo* un precedente en el caso «Vásquez Romero» que ha yugulado la actividad del Tribunal Constitucional con tendencia al abandono del garantismo.

El Poder Judicial por su parte ha tenido en los últimos años ciertos enfrentamientos con el Tribunal Constitucional por diferencia de criterios, si bien en los demás ámbitos trata de unificar su jurisprudencia a través de «Acuerdos Plenarios», adoptados en la Sala Plena de la Corte Suprema en materias diversas (laboral, civil, penal, etc.). La misma tendencia, con matices diversos, se ha extendido a la administración pública (Indecopi, Tribunal de Contrataciones del Estado, Tribunal Registral, etc.).

- f) Bolivia ha creado con la Constitución de 2009 un Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) y luego ha aprobado un Código Procesal Constitucional en 2012, que ha tenido un funcionamiento sin estridencias, pero sin poder apartarse demasiado del poder político. El mencionado Código, como si estuviésemos en pleno siglo XIX, dice que en materia interpretativa debe primar la intención del legislador constituyente (art. 2) si bien reconoce otro tipo de fuentes. Pero su artículo 15 señala claramente la vinculatoriedad de las decisiones de dicho Tribunal que alcanza a las instituciones del Estado y a la Administración, lo que no impide, por cierto, cambiar de criterio en el futuro. Ello sin embargo remonta en sus orígenes al artículo 44 de la ley 1836 de 1998, que dispone la obligariedad y vinculatoriedad de las decisiones del entonces Tribunal Constitucional, si bien en forma no muy precisa pues no tenía reconocimiento de fuente de Derecho y además tuvo problemas en su aplicación, en especial por cierta resistencia de la Corte Suprema. El actual texto constitucional de 2009 confirma en su artículo 203 la vinculatoriedad de los fallos en sede constitucional, con lo cual el problema ha quedado zanjado en este punto. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional no ha hecho más que acentuar la existencia de un precedente constitucional, si bien no petrificado.

g) República Dominicana es el último de los países latinoamericanos —y del Caribe— que ha incorporado un Tribunal Constitucional en su Constitución de 2010. Ella misma trae el siguiente artículo 184 que señala textualmente:

Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

La nueva Constitución de 2015 —que recoge prácticamente el íntegro de la anterior del 2010— repite el precepto en los mismos términos, que por lo demás fue precedido por legislación anterior, si bien en forma no tan precisa. Es quizá la versión más radical de lo que es o podría ser el precedente, pues tiene a nivel constitucional una dureza que no se observa ni siquiera en el caso brasileño. Sus características son las siguientes:

- a) Es precedente vinculante todo lo que resuelve el Tribunal Constitucional, sin distinción del tipo de resoluciones (pueden ser sentencias o no serlo).
- b) No se distingue en las resoluciones lo accesorio de lo principal, equiparando ambas.
- c) Se señala que son definitivas e irrevocables, o sea, son intocables. Si bien entendemos que a nivel supranacional podrían ser revisadas en función de los compromisos internacionales que haya asumido el país.

La Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales sancionada en 2011 ha matizado en su artículo 31 los alcances antes mencionados, posibilitando el cambio y modulación de los precedentes constitucionales, lo cual se refleja en la jurisprudencia existente.

6. *Súmula* vinculante en el Brasil

La doctrina brasileña es acorde cuando sostiene que la unidad del sistema reposa necesariamente en la observancia del precedente y esto desde tiempo atrás. Todo ello centrado en el Supremo Tribunal Federal, el más alto del país, el de mayor extensión en la América y con una estructura federal que se pronuncia a través del llamado «Recurso Extraordinario» pensado básicamente en problemas constitucionales.

En este país existe desde 1964 lo que se conoce como *súmula*, o sea, una sumilla presentada en un párrafo de pocas líneas, que establece una directriz en una materia determinada, de carácter genérico y de corte teórico-doctrinario. Lo peculiar de esta *súmula* es que brota o nace de un caso concreto y de él se extraen principios o directrices que se vuelcan en ella. La *súmula* clásica no es un precedente, sino

una simple guía u orientación para los usuarios del servicio de justicia y para los jueces. Es una facilidad para el litigio y para el litigante, pero no son obligatorias. De ahí su diferencia con los precedentes de otros países, pues se presentan como una cápsula principista de enunciados generales que además no son obligatorios y que por su carácter abstracto permiten aplicaciones flexibles. Posteriormente, mediante expresa reforma constitucional (llamada enmienda en la terminología brasileña) se creó en diciembre de 2004 la llamada «*símula* vinculante» (EC-045) al modificarse el artículo 103A de la Constitución vigente de 1988.

Algunas peculiaridades de este dispositivo son los siguientes:

- a) Obliga a todos los poderes públicos y a la Administración.
- b) Se aprueba por los dos tercios de los miembros del Supremo Tribunal Federal, sobre un tema que haya recibido pronunciamientos anteriores en materia constitucional y que el Supremo Tribunal considere necesario consolidar.
- c) La *símula* vinculante puede ser modificada por el mismo Tribunal.

Sigue la forma de las anteriores *símulas*, pero tienen mayor alcance y la misma forma de presentación; además, son aprobadas con cautela y no son numerosas. Y a diferencia de las anteriores son vinculantes y esto desde 2004, si bien las primeras *símulas* vinculantes se aprobaron recién en mayo de 2007.

La *símula* clásica no es en realidad un precedente: es una simple guía para los procesos judiciales de carácter orientador. La «*símula* vinculante» no llega a ser tal, pero se le aproxima, tal como puede verse en la ley reglamentaria aprobada en 2006. Y porque además tiene esa vinculatoriedad que es su distintivo. Pero es difícil decir que pueda ser un precedente, pues su construcción y manera de presentarse se asemeja más a una regla o norma general que a un precedente judicial o jurisdiccional.

7. ¿Creación del Derecho?

El concepto de «creación» no es unívoco y más bien está relacionado con la capacidad de que surja algo nuevo sin antecedentes, o sea, que salga de la nada y que no tenga relación alguna con lo existente. En tal sentido, el significado primigenio de la «creación» en su origen bíblico es que surge algo en donde no había nada. De ahí viene la frase *creatio ex nihilo*. Este, pues, sería el sentido fuerte del concepto de creación, que en realidad casi no tiene uso, pues con tantos siglos de civilización y más aun de intercambios entre los pueblos y las culturas, añadido a la globalización de las últimas décadas, es casi imposible que pueda hablarse estrictamente de una creación *ex nihilo*. Incluso, en el campo de las creaciones científicas, como decía Freud, uno siempre se apoya en quienes lo han precedido, por lo que cabe admitir

un sentido fuerte y un sentido débil de «creación». En lo primero, creación hoy por hoy es sumamente difícil y altamente improbable. En lo segundo, es frecuente que esto ocurra en diversos campos.

En el campo del Derecho la situación esquemáticamente es así: en un principio los dos sistemas o familias jurídicas vigentes en Occidente eran creadoras y esto se aprecia en el período formativo del Derecho romano —la codificación justiniana es un condensado final— y en el desarrollo del *common law*, en donde sobre la base de usos y costumbres ancestrales, se van creando instituciones y prácticas que se asentarán con los años.

En ambos sistemas ha habido debate sobre el tema, pero mientras que en el *common law* la idea es más bien pacífica en el sentido de que existe o se acepta la creación judicial y dentro de determinados límites, en el mundo romanista la situación ha sido a la inversa. Y eso se debe en gran parte a la estructura del sistema. Así, mientras que el eje central en el *common law* es el juez, en el mundo romanista es la ley o si se quiere el Código.

La Revolución francesa trajo consigo, fruto de los excesos del *ancien regime*, la figura de un juez que no podía invadir los ámbitos del cuerpo legislativo, depositario de la voluntad popular y por tanto, debería ser un fiel cumplidor de la ley. Para eso surgió, si bien con antecedentes, la Corte de Casación que inicialmente dependió del parlamento.

Lo que no se advirtió en un primer momento es que cuando un juez resuelve, pasa *grosso modo* por dos momentos: interpretación de la ley y aplicación al caso concreto. Esto fue identificado como un silogismo en el cual la norma era la premisa mayor, el caso en debate la premisa menor de la cual salía una conclusión. Es lo que luego se ha llamado la «subsunción» que existe hasta ahora, si bien acotada para determinados casos, en especial los llamados «fáciles». Es decir, no era un paso, sino dos. Aun así, la doctrina era clara; el juez debería limitarse a aplicar la ley en sentido estricto y nada más. Fruto de esta concepción nació la Escuela de la Exégesis —a raíz de la aprobación del Código de Napoleón— la cual tuvo una gran ascendencia durante todo el siglo XIX, con decisiva influencia en Francia y en el resto de Europa, y por cierto en la América Latina. En el siglo XX la situación cambiará lentamente y en forma acelerada, sobre todo después la Segunda Guerra Mundial, en donde se amplió grandemente el espectro del Derecho al cual se superpuso una normativa supranacional, que en años iba a cambiar el panorama. Y esto coincidente con el renacimiento del iusnaturalismo, que se refleja en diversos hechos y actitudes, sobre todo en la llamada «fórmula Radbruch», planteo acuñado por este famoso teórico alemán después de la Segunda Guerra Mundial, modificando así su criterio anterior a la guerra.

Y es que en sentido débil, toda aplicación del Derecho supone cierto nivel de creación. Pues hoy es pacífico admitir que, a) las leyes no cubren todo el panorama ni el universo de problemas, b) tampoco resuelven o tienen la solución de todos los que se presentan, c) el ordenamiento contiene tal cantidad de instituciones y de principios, que pueden usarse precisamente para afrontar situaciones no previstas, d) las leyes envejecen y no siempre pueden prever problemas que surgen tiempo después de que ellas entraron en vigencia y e) los jueces no pueden dejar de fallar en ningún caso.

Cabe recordar que ni siquiera en el clásico positivismo se niega esta posibilidad. Así, Kelsen, autor emblemático al sustentar la necesidad y conveniencia teórica de un Tribunal Constitucional (en su famosa ponencia de 1928) estableció la calidad de «legislador negativo» de ese órgano, con lo cual dio a entender que la «expulsión» de una norma es en puridad creación, pues moldea, modifica y altera lo existente. Y más tarde, al publicar la primera edición de su célebre «Teoría Pura del Derecho» en 1934, acotó que la norma es un marco abierto a varias posibilidades y que el juez escoge libremente una de ellas, no por un acto de conocimiento, sino de voluntad. Tesis que mantuvo hasta el final.

El caso más palpable o si se quiere más notorio, es el pensamiento jurídico norteamericano que nace modernamente con Oliver W. Holmes, continúa con Roscoe Pound y tiene sus más conspicuos representantes en Jerome Frank y Karl N. Llewellyn, quienes acentúan la importancia de la labor del juez y sus motivaciones, que son de distinto orden y que nada tienen que ver con el razonamiento deductivo y lógico. Crean, pues derecho y al hacerlo tienen en cuenta diversos elementos que no aparecen a primera vista y muchas veces nada tienen que ver con las normas. Y así sucesivamente, con variantes hasta nuestros días.

El problema pues no es saber si los jueces crean Derecho —pues admitimos que lo hacen— sino en saber cómo lo hacen y dentro de qué límites. Y aquí hay varios problemas, de los que enunciamos solo algunos:

- a) Toda creación debe ser considerada estrictamente necesaria, si bien dentro de este concepto débil, hay creaciones de poca monta y otras de mayor calado.
- b) La creación debe ser efectuada recurriendo a otros elementos del Derecho positivo, en la medida de que sea aplicable.
- c) Debe tenerse presente el marco constitucional y los valores que consagra y adicionalmente el ordenamiento supranacional, más aun si es que el Estado se ha adherido a tales instrumentos internacionales, sobre todo los de derechos humanos.
- d) Toda decisión debe observar mínimamente las reglas de la lógica elemental y los principios lógicos clásicos (no contradicción, identidad, etc.).

- e) Debe tenerse presente las consecuencias de tal decisión, sin que esto sea el único criterio a tomar en cuenta.
- f) Debe salvarse en la medida de lo posible las opciones adoptadas por el legislador democrático (para lo cual existen varios medios, como la distinción entre «disposición» y «norma»).
- g) En pocas palabras, lo que se «crea» no debe ser arbitrario, es decir, debe ser razonable y en cierto sentido necesario.

8. La creación de precedentes

La creación del precedente está en cierto sentido vinculado con la «creación» del derecho y por cierto con la especial manera de cómo el o los jueces ven el Derecho. Un precedente normalmente rompe la lógica de sus antecedentes y postula algo nuevo o distinto a lo anterior y con la pretensión de provocar seguimientos. Lo que falta por ver es si es un precedente o no. En términos generales, la distinción entre «jurisprudencia» (decisión de los tribunales) y «precedente» no es fácil, ya que todo precedente es una resolución judicial, pero no toda resolución constituye un precedente. El otro problema por ver es cómo distinguir y darnos cuenta de que estamos ante un precedente, lo cual depende de cada ordenamiento. Así, en el sistema norteamericano la jurisprudencia es orientadora e irradia su ejemplo en el resto del sistema judicial, como factor sobre todo persuasivo para el resto de la judicatura. Que esta lo siga o no, depende de muchos factores que aquí no vamos a desarrollar. Pero cuando se trata de casos de cierta trascendencia que las cortes o tribunales repiten o reiteran, podemos decir que estamos ante un precedente, pues por la naturaleza del sistema —*stare decisis*— tienden a perdurar y a imponerse. El reciente caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de matrimonio homosexual tiene ese alcance, y si bien es reciente, es obvio que provocará seguimientos y será un precedente importante.

Ahora bien, lo relevante de la génesis del precedente en el sistema norteamericano, es que sus elementos se forman lentamente, caso por caso y en forma acumulativa, hasta que llega un momento en que lo que eran atisbos o adelantos parciales, se configuran y a partir de ahí empiezan a regir en forma plena; es el caso «Miranda...» que pese a matizaciones, sigue vigente y lo aplica la policía en todos los estados de la Unión.

El caso peruano es distinto: el artículo VII del Código Procesal Constitucional establece —si bien con antecedentes que se remontan a 1982— la existencia de un precedente vinculante cuando el Tribunal Constitucional así lo determine, lo cual debió haberse entendido de la mejor manera, como una facultad pero prudente.

Pero lamentablemente, si bien pocos en número, su elaboración ha sido algo errática: han nacido generalmente en un solo acto —como Minerva nació entera y con armadura de la cabeza de Zeus— sin relación con el tema en cuestión y además contrariando normas e incluso violando la propia Constitución a la cual interpretan en forma mañosa (como la limitación del recurso de agravio constitucional en los últimos años) si bien felizmente en cuanto a su número no son muchos.

En otras situaciones como la argentina, los precedentes se imponen solos y con el tiempo, y en este sentido está más cerca de la tradición norteamericana. Igual podríamos decir del caso colombiano, si bien es más reciente.

9. Precedente constitucional y creación del derecho

De acuerdo a lo señalado, los precedentes en general existen en el mundo romanista, pero enormemente diferenciados de los que se dan en el mundo anglosajón, del cual nos separan muchos matices. Pero es obvio que la idea es que los precedentes existan, en cierta manera para ordenar la producción tribunalicia y en parte para dar seguridad a los justiciables y favorecer la igualdad entre ellos (o sea, no ser tratados en forma distinta en situaciones iguales). Siempre existirá el problema de cómo se llegó a ello y qué parte se impone sobre el resto, bajo qué modalidades y por cuánto tiempo. Eso a la larga depende de muchos factores siendo el más importante tener presente que no son eternos, sino más bien sometidos a los rigores del tiempo y de la evolución social, política y económica de una determinada comunidad. Y que además no tienen eficacia plena, que de sus partes unas son de seguimiento y otras no y adicionalmente que pueden ser matizados, precisados, modificados y revocados, total o parcialmente.

Y por cierto, dentro de todo ello, los precedentes generalmente —pero no siempre— contienen aspectos creativos pero en el sentido que hemos anotado anteriormente, o sea, no son absolutamente nuevos sino relativamente nuevos, si bien se dan casos de precedentes que rompen con todos los antecedentes e instauran algo nuevo, como puede verse, sobre todo, en el mundo norteamericano.

En cuanto a los precedentes, es obvio que ellos abarcan o tienden a abarcar a todo el Derecho o a varias de sus áreas. Así, existen precedentes —algunos persuasivos, otros obligatorios según los ordenamientos— que recaen en aspectos civiles, penales, laborales, etc. Y también constitucionales. Es decir, existen precedentes constitucionales que son tan precedentes como cualquiera: es decir, son parte de una teoría general del precedente que los explica. La única diferencia de los precedentes constitucionales en relación con los que no lo son, es que ellos son determinantes para el ordenamiento en su totalidad. Así, mientras que un precedente en cortes

ordinarias es importante y altera, modifica o encauza conductas en ciertas aéreas o zonas del ordenamiento, el de naturaleza constitucional tiene un mayor campo de influencia y cualitativamente es más valioso, sobre todo por su carácter expansivo.

10. Un desliz semántico: la «autonomía procesal» en la experiencia peruana

Uno de los aspectos más curiosos de la experiencia jurisprudencial peruana es la llamada «autonomía procesal» que el Tribunal Constitucional se ha arrogado desde el año 2005. Para eso partió de dos consideraciones no explicitadas pero conocidas: a) la tesis de Peter Häberle quien sostiene que el «derecho procesal constitucional» no es más que «derecho constitucional concretizado» y por tanto aquel no debe tener relaciones en la medida de lo posible con el derecho o teoría procesal y, b) la monografía de Patricia Rodríguez Patrón sobre *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional* editada por Civitas en 2003, precedido por otros trabajos de la autora. Veamos cada uno de ellos:

- a) La tesis de Häberle sobre la inexistencia del «derecho procesal constitucional» es algo aislado en el pensamiento jurídico alemán, en donde el término se encuentra firmemente aceptado, como puede verse en los manuales de la materia. Aún más, existe acuerdo en que el Tribunal Constitucional Federal (TCF) debe ceñirse a las normas y figuras procesales, si bien en virtud de la incomplección de la ley que regula su actividad puede tomarse ciertas licencias para su mejor funcionamiento y con determinadas limitaciones.
- b) Patricia Rodríguez Patrón analiza una práctica jurisprudencial y le da un nombre que considera práctico y explicativo. El término alemán *verfahrensautonomie* significa en realidad «autonomía procedimental», o sea, los pasos varios que se dan al interior de un proceso y no sobre el proceso en sí mismo. La autora lo reconoce expresamente y dice que lo usa por comodidad y para distinguirlo de la «autonomía reglamentaria», pero como quiera que es el único texto que durante años circuló sobre el tema en el ámbito iberoamericano, fue apropiado para sus usos por el Tribunal Constitucional peruano y de esa manera justificar sus excesos y también algunos estropicios, cuando a mediados de la década del 2000 entró en un activismo inusual. Hubo pues una mala traducción y de parte del receptor un entendimiento perverso, cuyos efectos aún se mantienen.

Algunos reparos que pueden oponerse a esta tesis son los siguientes:

- El Derecho en cuanto tal es una unidad y para efectos prácticos cada rama o área del Derecho no es autosuficiente. En tal sentido, se distingue con validez hasta ahora la presencia de un derecho sustantivo al lado de un derecho adjetivo o instrumental. Decir que el Derecho Procesal Constitucional es un derecho

constitucional concretizado —al margen de que sea una metáfora feliz— es lo mismo que decir que el Derecho Procesal Civil no es más que «derecho civil concretizado», lo que entendemos no ha sido postulado por nadie.

- Hay que tener cuidado con el uso de una palabra polivalente como es la de «autonomía», ya que etimológicamente puede significar no depender de nadie, pero también regirse por sus propias normas (*auto* y *nomía*, darse a sí mismo normas que lo regulan). En tal sentido, se dice que determinados órganos del Estado son autónomos, como por ejemplo los clásicos poderes del Estado y en ciertos países el Ministerio Público. En este caso, es obvio que los fiscales actúan con autonomía, pero eso no significa que no investiguen ni menos que acusen sin pruebas, pues tienen normas que regulan sus actuaciones. Por tanto, en esta línea es claro que los Tribunales Constitucionales son autónomos, pero ellos se rigen por la Constitución, en primer lugar y secundariamente por las leyes relativas a su organización y los procesos que se llevan ante él. No tienen, pues, autonomía externa y menos en relación con terceros pues aquí existen límites.
- Decir que existe una «autonomía» procesal es lo mismo que decir que existe una autonomía de la voluntad o una autonomía en un proceso penal o administrativo. La autonomía bien entendida es capacidad de crear algo de la nada y eso no es factible en normas de orden público como son las normas procesales y que además, representan una garantía contra la arbitrariedad. Existe, si se quiere, «autonomía relativa», que en el fondo es aptitud o capacidad de interpretación o integración y teniendo como marco el orden jurídico. Más que autonomía estamos ante un «principio de elasticidad» de la norma procesal como lo señala la moderna doctrina. Y por cierto de la capacidad de los jueces al resolver casos sometidos a su jurisdicción.
- Cuando el Tribunal Constitucional peruano ha invocado la «autonomía» o se respalda en ella, es precisamente para incurrir en desatinos o excesos, como fue, por ejemplo, violar la Constitución en varios casos, como en forma reciente lo ha hecho en el precedente vinculante «Vásquez Romero» (2014) en donde ha desactivado las salas del Tribunal Constitucional, ha desaparecido el derecho a la instancia consagrado en la Constitución y ha yugulado el derecho de defensa y a ser oído, que son derechos fundamentales de las partes.
- Otra argumentación recae en los siguientes temas: a) la incomplección de la ley reguladora de la actividad del TCF que es más bien parca en sus enunciados, y b) la insuficiencia de los métodos de integración jurisdiccional del Derecho. Esto es, llenar vacíos y siempre al interior de un proceso y generalmente desprendidos de la ley o en aplicación analógica. Y todo para el mejor logro de sus fines, sobre todo en la fase de ejecución. Dentro de este espectro se

modelan nuevos tipos de sentencias, ampliamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia italianas. Son, pues, «perfeccionamientos», «afinamientos» y «precisiones» a partir del proceso que no afecta la división de poderes ni menos el ordenamiento constitucional. Se trata de una «autonomía» acotada, o mejor dicho vista la impropiedad del nombre, de elasticidad y discrecionalidad que, dicho sea de paso, la tienen todos los jueces en todo tipo de procesos. Si esto no se observa, como se ha visto en varios casos del Tribunal Constitucional peruano, estamos simplemente ante una arbitrariedad descontrolada.

Si se revisa bien los fundamentos del libro mencionado de Rodríguez Patrón, se podrá advertir por de pronto que la «autonomía procesal» que estampa en el título por comodidad y que pone entre comillas para resaltar su peculiaridad —o quizá su arbitrariedad— no existe en los hechos, pues lo que se da es una «autonomía procedimental» que tiene muchos límites y que en la práctica se limita a la integración del orden jurídico con elementos tomados de otras partes del ordenamiento procesal alemán o con interpretaciones ingeniosas. Es decir, mucho ruido y pocas nueces que ha terminado «justificando» situaciones no queridas por la autora.

En el caso concreto del Tribunal Constitucional peruano, al margen de ciertos casos esperpénticos (por ejemplo, haber creado un amparo contra amparo, un recurso a favor del precedente, una revisión de lo resuelto por el máximo órgano electoral cuando la Constitución no lo permite, la revisión y modificación de laudos arbitrales, el desconocimiento de sentencias firmes emitidas por la Corte Suprema dentro de procesos no constitucionales, el *per saltum* en la ejecución, haber modificado el sentido de «sentencia estimatoria» entendiéndola al revés, haber eliminado los plazos para que los procuradores en cuanto abogados del Estado puedan interponer determinados recursos aun cuando los plazos estuvieran vencidos, haber nombrado un fiscal supremo desconociendo que esa facultad la tiene por mandato constitucional el Consejo Nacional de la Magistratura, haber resuelto un conflicto universitario utilizando el Código Civil, etc.), ha tenido algunos aciertos que la doctrina pondera como «aportes» que aparentemente justificarían esta «autonomía» que nadie le concedió al Tribunal Constitucional, entre los cuales se señalan básicamente los siguientes :

- Creación del *amicus curiae*.
- Incorporación del *litisconsorte* facultativo.
- Creación del «partícipe» y del «tercero».
- Informe de hechos en las audiencias.
- Adecuación de plazos.

- Reconversión de ciertos procesos para una mejor consecuencia de los fines que se pretende.
- Tipología de las sentencias constitucionales.

Como se ve, estos temas son inocuos, tienen un fin garantista y favorecen el desarrollo de los procesos constitucionales y no rompen ninguna prohibición normativa y en última instancia esto lo hace cualquier Tribunal que se estime y sin necesidad de recurrir a conceptos inatingentes como el de «autonomía procesal». Pero es solo el Tribunal Constitucional el que incurre en excesos notorios *contra legem* y *contra constitutionem*. Más aun, cuando con no disimulada soberbia se proclamó hace algunos años como «vocero» del poder constituyente, encargo que, por cierto, nadie le ha asignado.

11. Algunas consideraciones finales

En los principales países de la América Latina fue importante desde un principio la ley y su fiel cumplimiento. Pero poco a poco fue matizándose y ya en el siglo XX se dio una mayor importancia a lo resuelto por los jueces. O sea, la jurisprudencia en diversas áreas, en especial las clásicas de orden civil y penal, que si bien no eran compulsivas, eran orientadoras y buscaban sistematizar lo existente y que presenten claros signos de predictibilidad para los justiciables. Fue algo temprano en algunos países y más tarde en el resto. Pero el movimiento a favor de esta jurisprudencia más o menos vinculante se hace extensivo a partir de los años cincuenta del siglo pasado y aun antes. Es ahí cuando las influencias y corrientes de opinión dejan de guiarse únicamente del Derecho francés y español y empiezan a considerar el mundo sajón norteamericano. Esto último, evidentemente, como producto de las inversiones que se realizan en nuestros países y además por un mejor conocimiento de la tradición del *common law* y de los intercambios universitarios, culturales y comerciales así como por la firma de tratados de libre comercio. Pero en general este fenómeno de la recepción empieza en el siglo XIX y se proyecta en el XX. Dentro de él aparece la figura del «precedente» que con este nombre o sin él se incorpora a nivel constitucional o legal en forma plena a partir de los años 80 del siglo pasado. Y esto nos muestra en términos generales dos extremos: por un lado el precedente peruano, bastante ceñido y más aún el dominicano que es más reciente. Y por otro, la experiencia argentina y en cierto sentido la colombiana, que son más flexibles, más la primera que la segunda. El caso del Brasil es curioso, pues siendo posterior a la normativa peruana tiene obligatoriedad pero con un diseño y armado *sui generis*, que lo coloca como un esfuerzo distinto a lo que es frecuente en el resto de la América Latina, aun cuando quizá los fines que se persigan sean los mismos.

La incorporación del «precedente» no deja de suscitar problemas y cuestionamientos, ya que es una institución propia de una familia jurídica distinta a la nuestra y aún más la forma como se incorpora y sus modalidades de aplicación. Pero pasado el tiempo, la figura del precedente se ha impuesto en nuestros ordenamientos, en especial el constitucional y no retrocederá. Es decir, no obstante su origen foráneo llegó para quedarse. Pero permanece como tarea pendiente saber cómo opera, qué alcanza, cuáles son sus modalidades y con qué características. Y sobre todo que no caiga en arbitrariedades y excesos. Y son las experiencias surgidas a su amparo las que motivan cuestionamientos y reflexiones que siguen vivas y además en forma no pacífica. Ese es el reto que ante sí tienen abogados, jueces y académicos, de lo que aquí hemos querido dejar constancia en forma por demás sumaria y superficial.

12. Bibliografía

Sobre el tema del precedente, la literatura, sobre todo en inglés, es inabarcable. Lo existente en el ámbito hispánico es generalmente de divulgación y de segunda mano, al margen de traducciones no siempre acertadas. Aquí nos limitaremos a lo esencial. Un enfoque panorámico, cf. Th. F.T. Plucknett, *A concise history of common law*, Boston: Little Brown and Co, 1956. En lo referente a los Estados Unidos, cf. Mark Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015 y André y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, México: UNAM, 1957 (trae un largo capítulo sobre el precedente). Sobre Inglaterra, cf. Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 10th edit., Abingdon (Reino Unido): Routledge, 2013. Sobre el precedente en general, vid. Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford University Press, 2008; Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008; Thomas G. Hansford y James F. Springs II, *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2008 y Saul Brenner y Harold J. Spaeth, *Stare Indecisis. The alteration of precedente on the Supreme Court: 1946-1992*, Nueva York: Cambridge University Press, 2006 (provocador desde el título). Un panorama global sobre el tema lo desarrolla Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*, Nueva York: Basic Books, 2012 (entre lo «no escrito» figura en lugar destacado las interpretaciones de la Corte Suprema federal). Entre aquellos que han escrito sobre el tema en castellano, yendo directamente a las fuentes y sin intermediarios (lo cual no es usual) destacan el de Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: McGraw-Hill, 2001 y Victoria Iturralde Sesma, *El precedente en el common law*, Madrid: Civitas, 1995; en línea similar se encuentra Robert

S. Barker, *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Lima: Grijley, 2014 (si bien escrito originalmente en inglés, el autor lo hizo especialmente a mi pedido y para ser traducido y publicado en el Perú, primero en 2009 en una revista especializada y luego revisado y con agregados en 2014 como libro). Un gran panorama que recoge ponencias de un congreso mundial, cf. Carlos Bernal Pulido y Thomas Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Sobre el problema de la creación en el Derecho, cf. Eugenio Bulygin, Los jueces ¿crean derecho?, *Isonomía*, 18, abril de 2003 y más ampliamente Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México: FCE, 1956 (con reimpressiones).

En lo referente a países, anotamos los siguientes. Para México véase Ignacio Burgoa, *El juicio de Amparo*, México: Porrúa, 1995, pp. 817-836 y los más recientes relacionados con las modificaciones constitucionales: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, *El nuevo juicio de Amparo. Guía de la reforma constitucional y de la nueva ley de Amparo*, UNAM-IMDPC-Porrúa, 2013; Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho de Amparo*, México: UNAM-Porrúa, 2011 y la voz *Jurisprudencia judicial* a cargo de Ezequiel Guerrero Lara en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo IV, México: Porrúa-UNAM, 2002. Para la Argentina, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, 3 tomos, Buenos Aires: Ediar, 1996-1997; Néstor P. Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 2007 y Daniel A. Sabsay (dir.) y Pablo L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 5 tomos, Buenos Aires: Hammurabi, 2010-2016. En el caso de Colombia: Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005; Diego E. López Medina, *El derecho de los jueces*, 2da edic., Bogotá: Legis, 2008; Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 4ta edic., Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2012; Manuel F. Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, Temis, Bogotá: Temis, 2015. En el Perú: Susana Castañeda Otsu (dir.), *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: Grijley, 2010; Jhonny Tupayachi Sotomayor (comp.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, 2da edición, Lima: Adrus, 2014; Luis Castillo Córdova, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: Gaceta Jurídica, 2014; AA.VV., *Código Procesal Constitucional*, 3ra edic., Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2008 (contiene todos los antecedentes, desde su primera versión puesta en circulación en 2003 en calidad de anteproyecto y que circuló ampliamente, hasta el proyecto final, el debate parlamentario y la aprobación del texto oficial a principios de 2004). Un comentario detenido de la ley 23506 y

sus antecedentes, cf. Alberto Borea Odría, *Las garantías constitucionales: Hábeas Corpus y Amparo*, Lima: JVC ediciones, 1992. De acuerdo a datos proporcionados por la revista *El Magistrado*, 61, agosto de 2016, en el periodo enero-julio de ese año, se instalaron y sesionaron cinco plenos jurisdiccionales en la Corte Suprema peruana. Sobre la «autonomía procesal» véanse César Landa Arroyo, *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú en AA.VV., Proceso y Constitución*, Giovanni F. Priori Posada (ed.), Lima: Ara Editores-PUCP, 2011; Gerardo Eto Cruz, *Una problemática no resuelta en la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. ¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales? en la obra del mismo autor: Constitución y procesos constitucionales*, tomo II, Lima: Adrus, 2013 y Edwin Figueroa Gutarra, *El principio de «autonomía procesal». Notas para su aplicación material*, *Pensamiento Constitucional*, 19, 2014. Un análisis crítico en Juan Monroy Gálvez, *La Teoría del Proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional peruano: Sobre la presunta «autonomía procesal constitucional»*, *Revista Peruana de Derecho Público*, 16, enero-junio de 2008. En el caso de Bolivia: *Sistematización de la jurisprudencia constitucional y precedentes obligatorios en derecho procesal penal*, José Antonio Rivera (cons.), tomo I, Sucre: Tribunal Constitucional y Cooperación Técnica Alemana, 2008; AA.VV. *Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano*, Memorias del Segundo Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2014 (trae un interesante artículo de Jorge Asbun sobre el precedente) y AA.VV., *Código Procesal Constitucional*, Richard E. Cardozo y William Herrera Nuñez (coords.), Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2014. En el Brasil: Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, Sao Paulo 2013; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, segunda edición, Sao Paulo: Edit. Rev. Dos Tribunais, 2011 (hay traducción castellana, incompleta) y André Ramos Tavares, *Nova ley da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários á Lei 11.417 de 19.12.2006*, 2da edic., Sao Paulo: Editora Método, 2007. La edición de la Constitución hecha por la prestigiosa editorial Saraiva en 2014 recoge hasta ese momento 32 *súmulas* vinculantes en un periodo de 10 años, cada una con una extensión aproximada de cinco líneas condensadas en un párrafo. Para República Dominicana vid. Juan Jorge García, *Derecho Constitucional Dominicano*, Santo Domingo: Tribunal Constitucional, 2016; AA.VV. *Constitución comentada*, Santo Domingo: FINJUS, 2011 y Franklin E. Concepción Acosta, *El precedente constitucional en la República Dominicana*, Santo Domingo: s/e, 2014.

Las únicas fuentes sobre la denominada «autonomía procesal» se encuentran en los trabajos de Patricia Rodríguez Patrón, interesantes pero sin mayor conocimiento del mundo procesal que, como decimos, ha sido interpretada antojadizamente en los predios peruanos y en algunos países del área y además partiendo de una

traducción incorrecta que soslaya la diferencia entre «procedimiento» y «proceso». Ellos son: La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho Procesal, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, mayo-agosto de 2001 en donde leemos a pie de la página 129, nota 16 lo siguiente: «Aquí hemos preferido la traducción de *Verfahrensautonomie* por “autonomía procesal” para evitar equívoco respecto a la “autonomía reglamentaria”...»; *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*, Madrid: Thomson-Civitas, 2003 y *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Madrid: Iustel, 2005 en donde señala que «...la polivalencia del concepto de autonomía ha contribuido a su diversidad de aplicaciones que se alejan de las primeras asociadas al Derecho Privado... una de esas aplicaciones ha tenido como objeto a la potestad de los órganos constitucionales de regular todo aquello que tiene que ver con su organización y funcionamiento» (p. 36) que es la «autonomía normativa»... las otras dos que estudia la autora son la «autonomía organizativa» y la «autonomía presupuestaria» (*sic*). Como se aprecia, el uso de «autonomía» es demasiado libre y poco riguroso.

Entre los relativamente escasos estudios generales en el área, señalamos: Alejandro M. Garro, Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del Derecho Comparado, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, septiembre-diciembre de 1988; José Antonio Rivera Santivañez, Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, 2005; Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, Palestra edit., Lima 2007 y Eduardo Oteiza, El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 10, 2007.

Útiles me han sido la información y criterios intercambiados con diversos colegas, entre los que menciono a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Hermógenes Acosta de los Santos, Edgar Carpio Marcos, Luis Sáenz Dávalos, Francisco Morales Saravia, Pablo L. Manili, Alan E. Vargas Lima, Luis Castillo Córdova y Edward Alexander Dyer Cruzado. *Last, but not least*, Robert S. Barker, por las valiosas orientaciones que me dio en referencia al precedente en el mundo sajón.