

**LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y EL PRECEDENTE  
CONSTITUCIONAL VINCULANTE: UNA APROXIMACIÓN  
A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DESDE  
LA TEORIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO**  
*THE JURISPRUDENTIAL DOCTRINE AND THE CONSTITUTIONAL  
BINDING PRECEDENT: AN APPROACH TO THE CONSTITUTIONAL  
JURISPRUDENCE FROM THE THEORY OF SOURCES OF LAW*

**Ursula Indacochea Prevost\***  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

---

*The debate on how to understand the legal figure of “jurisprudence” is still relevant in Constitutional Law and, in general, in the Theory of Law, in countries where the legal system follows Civil Law and also in those that are under Common Law systems.*

*The Peruvian Constitutional Procedure Code has introduced in its Preliminary Title two figures that are related to constitutional jurisprudence: the jurisprudential doctrine and the constitutional binding precedent.*

*In the present article, the author makes an approach to both figures from the theory of the sources of Law. She presents an overview on how the “production of Law” is understood in doctrine, and on how the constitutional jurisprudence could take a place in this order, taking into account the form in which the role of the Judge is considered.*

**KEY WORDS:** *Constitutional Law; constitutional jurisprudence; jurisprudential doctrine; constitutional binding precedent; theory of the sources of Law.*

*En el Derecho Constitucional y, en general, en la Teoría del Derecho, el debate sobre cómo entender la figura jurídica “jurisprudencia” sigue vigente, tanto en los países cuyo sistema jurídico se afilia al Civil Law como en aquellos que pertenecen al Common Law.*

*En el Perú, el Código Procesal Constitucional ha introducido dos figuras relacionadas con la jurisprudencia constitucional: la doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante.*

*En el presente artículo, la autora realiza una aproximación a ambas figuras desde la teoría de las fuentes del Derecho. Así, presenta un panorama sobre cómo se entiende la “producción del Derecho” en doctrina, y luego cómo podría encajar la jurisprudencia constitucional en este esquema, teniendo en cuenta cuál es el papel que se considera cumple el Juez.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho Constitucional; jurisprudencia constitucional; doctrina jurisprudencial; precedente constitucional vinculante; teoría de las fuentes del Derecho.*

---

\* Abogada. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cofundadora de Constitucionalismo Crítico. Contacto: ursula.indacochea@gmail.com.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 20 de julio de 2015, y aceptado por el mismo el 22 de julio de 2015.

## I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

La elaboración de este artículo me sorprende con una hermosa coincidencia: la celebración del 50 Aniversario de THĒMIS-Revista de Derecho, con un número dedicado al Derecho Constitucional. Qué mejor manera que ésta de celebrar tan importante hito en su vida institucional, construida a partir del sueño, la dedicación, la mística y, sobre todo, el legado de cientos de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que hoy son destacados abogados y académicos de nuestra comunidad jurídica.

Y es que, si hay alguna pieza con una vocación de permanencia en un determinado ordenamiento jurídico, es su texto constitucional, y es a partir de la dogmática constitucional que se desarrolla en torno a ella que éste se reinterpreta, se nutre de realidad y se adapta a los nuevos tiempos, manteniendo siempre sus principios-valores fundamentales. Del mismo modo en que nuestra querida Revista lo ha hecho, manteniendo ese importante legado de excelencia, pero enriqueciéndolo con el talento, las ideas y la energía de las nuevas generaciones de miembros.

Me siento especialmente honrada por la posibilidad de felicitar y agradecer a THĒMIS-Revista de Derecho a través de estas líneas, y en nombre de muchos ex miembros que, como yo, observan con orgullo cómo cada nueva generación mantiene vivo nuestro sueño. Las líneas que siguen son un regalo para la Revista, y una renovación de votos por ese sueño compartido.

## II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y EL PROBLEMA DE LAS FUENTES

Nuestro Código Procesal Constitucional, en los artículos VII y VI de su Título Preliminar, ha introducido las figuras del precedente constitucional vinculante y de la llamada “doctrina jurisprudencial”, ambas con distintos alcances en cuanto a la intensidad de la vinculación que generan respecto de los demás órganos jurisdiccionales, y de los poderes públicos en general. Se trata, en ambos casos, de distintas variaciones de la figura del precedente vinculante –*binding precedent*–, propio de la tradición jurídica del *Common Law*, en donde la figura del Juez tiene un papel central.

La introducción de estas figuras en un ordenamiento como el peruano, de tradición jurídica europeo-continental, e insertado en la familia jurídica del *Civil Law*, exige una reflexión crítica a partir de la teoría de las fuentes del Derecho, con un objetivo práctico: (i) brindar claridad acerca de su ubicación en el sistema de fuentes del Derecho peruano; (ii)

dilucidar las relaciones de esta figura con otros parámetros normativos con los que puede entrar en conflicto –como la ley–; y, finalmente y a la postre, (iii) construir una teoría general que sea capaz de integrarlas armónicamente y explicar el sistema de relaciones que surge de su interacción. En esa línea, el presente trabajo pretende ser el primer paso de una reflexión más amplia en ese sentido, abordando el tema de la jurisprudencia constitucional en general, y de ambas figuras en particular, como “fuentes del Derecho”.

El problema de la jurisprudencia como fuente del Derecho nos conduce necesariamente a abordar el problema de la “producción normativa”, que probablemente sea uno de los que más desacuerdo suscita en la Teoría del Derecho. En efecto, cuando nos preguntamos acerca de la posibilidad del Juez –en general– de crear Derecho, se abre inmediatamente un abanico de otras interrogantes. ¿Qué lugar ocupa el Juez dentro del esquema de producción de las normas? ¿Cuál es la relación que se establece entre el Juez y el Legislador, a partir de dicho esquema? ¿La actividad de los jueces, al dictar sentencias, puede ser entendida como un acto de “producción” o “creación” del Derecho en el mismo sentido que la actividad del Legislador, o en un sentido distinto? ¿A qué nos referimos cuando decimos que los jueces constitucionales “crean Derecho”?

En las líneas que siguen intentaremos abordar este tema, a efectos de poner en evidencia que la cuestión de las fuentes del Derecho, y el lugar que en ella ocupa la jurisprudencia constitucional, depende del concepto de “fuente de Derecho” que se adopte como punto de partida, lo cual, a su vez, está íntimamente ligado con una determinada concepción del Derecho y de una noción de norma jurídica.

Asimismo, intentaremos establecer algunos matices en relación al papel de la jurisprudencia constitucional dentro del sistema de fuentes, sea que se la entienda como una sucesión de decisiones judiciales en un mismo sentido, es decir, como **costumbre judicial**, o bien que se la entienda como **precedente judicial**, figuras entre las cuales encontraremos algunas diferencias. Estas dos figuras parecen corresponderse, como veremos, con la llamada “doctrina jurisprudencial” y el precedente constitucional vinculante, existentes en el ordenamiento jurídico peruano.

## III. LA NOCIÓN DE “FUENTE” DEL DERECHO

### A. Distintos enfoques para un mismo problema

El término “fuentes del Derecho” no es unívoco, constatándose una multiplicidad de definiciones, lo que ha generado un gran desorden conceptual,

pues se utiliza este término para hacer referencia a cosas muy diferentes entre sí<sup>1</sup>. Sin embargo, como lo ha señalado Ross<sup>2</sup>, ello se debe a que se trata de aproximaciones realizadas desde diversos enfoques metodológicos, que pueden reducirse a tres: (i) sociológico jurídico (científico-causal); (ii) ético; y, (iii) teórico-jurídico.

Esto también ha sido anotado por Aguiló<sup>3</sup>, quien, además, ha advertido una complicación adicional. Dicha complicación es la utilización de la palabra “Derecho” para referirse a dos objetos de análisis diferentes: (i) por un lado, al Derecho entendido como un todo, es decir, como ordenamiento jurídico; y, (ii) por otro, a las normas jurídicas, entendidas como un componente de ese todo.

En consecuencia, los enfoques metodológicos, y el modo como éstos se han referido a las “fuentes del Derecho”, serían los siguientes:

- a. El enfoque **explicativo-social o sociológico**, desde el que se trata de indagar acerca de las causas que explican que un ordenamiento jurídico exista, o bien, las causas por las que llegan a realizarse los actos creadores de Derecho en un determinado ordenamiento jurídico, llegándose a considerar como “fuentes del Derecho” ciertas relaciones sociales y/o económicas de poder, intereses de clase, costumbres, tradiciones históricas, concepciones religiosas, e incluso las concepciones morales entendidas como fenómenos sociales.<sup>4</sup>

Ahora bien, desde este enfoque, el ordenamiento jurídico como un todo es entendido como un orden social y, por lo tanto, se considera que su existencia y contenido podrían explicarse con referencia a hechos sociales complejos, sin que sea necesario acudir a justificaciones de tipo moral. Podemos ubicar aquí a la tesis de las “fuentes sociales” del Derecho, propia del positivismo jurídico moderno o post-kelseniano.

Por otro lado, si desde este enfoque se analiza el origen de una norma jurídica concreta, ello supondrá remitirnos a factores sociales concretos –reales o ideológicos–, que expli-

carían desde la oportunidad de su creación, hasta su contenido específico. Ubicaríamos aquí a las tesis funcionalistas, que reivindican la función social del Derecho, a las conflictualistas, e incluso a las que se refieren a las “fuentes materiales del Derecho”, entendidas como aquellos elementos que efectivamente sirven para justificar decisiones jurídicas, más allá de que su pertenencia al orden jurídico pueda o no ser identificada mediante criterios formales.

- b. El enfoque **justificativo o valorativo**, que se formula el problema ético del fundamento o de la justificación, entendiendo como tal “el principio general que tiene como consecuencia la fuerza moralmente vinculante”<sup>5</sup> que se le atribuye al ordenamiento jurídico o a las normas jurídicas concretas. Esta justificación suele considerarse, entonces, como la “fuente última”, y encontrarse en la voluntad de Dios, en la razón, en el contrato social, etcétera.

Si se aplica este enfoque a la indagación sobre el origen del ordenamiento jurídico como un todo, se partirá de la premisa de que estamos ante un orden **justificado** y, por lo tanto, se buscará esa justificación, por ejemplo, en la conexión del Derecho con la Moral, o resaltando que el razonamiento jurídico es un tipo especial del razonamiento práctico, al que se afirmará como unitario. Asimismo, tendrían que ubicarse aquí las tesis iusnaturalistas que afirman que el orden jurídico se justifica por su conexión con el Derecho natural.

En cambio, si de lo que hablamos es de la justificación ética de las normas jurídicas, se presupondrá que éstas responden a la realización de ciertos valores, o cuando menos, que persiguen la obtención de ciertos estados de cosas que se consideran valiosos, en los cuales se encontraría la “fuente última” de su legitimidad.

- c. El enfoque **sistemático, formalista o técnico-jurídico** pretende encontrar criterios para distinguir lo que es Derecho de aquello que no lo es, y presupone una noción del or-

<sup>1</sup> En efecto, Legaz y Lacambra identifica hasta seis sentidos que comúnmente se le atribuyen a esta expresión. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. “Filosofía del Derecho”. Quinta edición. Barcelona: Bosch. 1979. p. 509.

<sup>2</sup> ROSS, Alf. “Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007. p. 356.

<sup>3</sup> AGUILÓ, Josep. “Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)”. Barcelona: Editorial Ariel. 2000. p. 23.

<sup>4</sup> ROSS, Alf. Óp. cit. pp. 356-360.

<sup>5</sup> Ibídem.

den jurídico como **sistema**<sup>6</sup>. De esta manera, cuando se afirma que la ley es “fuente del Derecho”, lo que se pretende es reafirmar su **pertenencia** a dicho sistema y, por lo tanto, la posibilidad de justificar objetivamente una decisión jurídica<sup>7</sup>.

Se suele recurrir a este enfoque, normalmente, para determinar la **validez** de las normas jurídicas desde el interior del propio sistema<sup>8</sup>, a las que se suele denominar “fuentes formales del Derecho”. No obstante, puede aplicarse también a la indagación acerca del origen del ordenamiento jurídico como un todo, si se le considera como un orden autónomo que se autorregula, es decir, que regula su propia creación, modificación y extinción, como sería el caso de la teoría pura del Derecho de Kelsen.

En el presente trabajo, utilizaremos el enfoque **sistemático** para abordar el tema de la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho. Sin embargo, previamente, es necesario efectuar unas precisiones adicionales, aunque breves, en torno a las dos concepciones del Derecho, que se suelen encontrar detrás de las diversas posiciones sobre la “producción jurídica”. Asimismo, nos referiremos a la noción formal y material de “fuente” que se maneja desde este enfoque, para luego decantarnos por una definición de fuente que nos permita entrar al objeto de nuestro análisis.

## B. Dos concepciones antagónicas acerca del Derecho y del papel del Juez: el legalismo y el realismo jurídico

Como ha sido señalado, la aproximación al problema de la creación judicial del Derecho se encuentra íntimamente ligada a una determinada concepción del mismo, pues ello condiciona el lugar que se le otorga al Juez dentro del esquema de la “producción jurídica”. En otras palabras, cuando nos planteamos este tema, desde una u otra postura, estamos defendiendo una determinada idea del Derecho en donde el Juez ocupa una posición concreta<sup>9</sup>.

Gregorio Peces-Barba<sup>10</sup> ha identificado básicamente los siguientes dos paradigmas, a los cuales presenta como antagónicos:

- a) El “legalismo” o doctrina de identificación del Derecho con la ley, propia del positivismo del siglo XIX, supone un monismo en la producción normativa y la exclusividad o preeminencia de la ley como fuente del Derecho. Considera el Derecho positivo como un sistema completo y cerrado, compuesto por normas abstractas y generales que son expresión de una voluntad soberana; aunque reconoce que pueden existir otro tipo de normas de Derecho **delegado** –como las provenientes de la autonomía de la voluntad– y de Derecho **recibido** –como la costumbre–, pero siempre supeditadas a la existencia de su reconocimiento por parte de la ley.

En este modelo, los jueces no son órganos de creación del Derecho, y, a lo mucho, se les reconoce la capacidad de interpretarlo, aunque siempre dentro del marco trazado por la ley<sup>11</sup>. Aguiló ha caracterizado este pa-

<sup>6</sup> En opinión de Lopez Ruiz, esto supone considerar que el orden jurídico se identifica con los siguientes rasgos: (i) identidad de fuente de producción: forman parte del sistema todas las normas producidas por una sola fuente; (ii) común derivación material: pertenecen al sistema todas las normas derivables de una sola norma, atendiendo a su contenido; (iii) común derivación formal: delegación del poder por parte de su titular a otros sujetos, para que produzcan normas jurídicas; (iv) común proyección institucional: pertenecen al sistema todas las normas que regulan una misma institución; (v) comunidad de usuarios: pertenecen al sistema las normas usadas y reconocidas como válidas por un órgano público; (vi) pertenencia cultural: forman parte del sistema aquellas normas que la tradición cultural, por cualquier motivo, ha reunido en el sistema. LOPEZ RUIZ, Francisco. “Sistema jurídico, interpretación y criterios de producción normativa”. En: Derechos y Libertades 2. 1993-1994. p. 246.

<sup>7</sup> A esto se refiere Cueto Rúa cuando señala que las fuentes son, justamente, los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo. CUETO RUA, Julio. “Fuentes del Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1982. p. 27.

<sup>8</sup> De allí que se afirme la existencia de una concepción **sistemática** de la validez de las normas; véase: WRÓBLEWSKY, Jerzy. “Tre concetti di validità”. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 36. 1982. p. 586.

<sup>9</sup> ANSUÁTEGUI, Javier. “Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma”. En: ANSUÁTEGUI, Javier. “El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano”. Madrid: Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. 2006. p. 525.

<sup>10</sup> PECES-BARBA, Gregorio. “La creación judicial del Derecho desde el ordenamiento jurídico”. En: Poder Judicial 6. 1983. p. 21.

<sup>11</sup> Al respecto, Prieto Sanchís señala que, ante la existencia de lagunas o leyes oscuras o de alcance dudoso, los juristas decimonónicos “eluden la dificultad, «suponiendo» que el Derecho ofrece siempre una solución correcta, ya sea indagando en la voluntad del legislador, ya sea obteniendo unos principios generales a partir del material jurídico positivo, etc.” Ello dará lugar, según el autor, al desarrollo de unos métodos de interpretación, pero siempre manteniendo la imagen del “juez técnico”. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho”. Lima-Bogotá: Palestra-TEMIS. 2005. pp. 58-59.

radigma como un “deductivismo extremo”, con el propósito de enfatizar que en éste “la aplicación de normas no aporta nada al Derecho objetivo”<sup>12</sup>.

Asimismo, este paradigma legalista postula una clara separación entre la función del legislador y la del juez, y se correspondería con el positivismo teórico, identificado por Bobbio.

- b) El segundo planteamiento corresponde a la versión extrema de la Escuela del Derecho Libre, y afirma la posición autónoma del Juez como creador del Derecho, así como el rechazo del valor jurídico de las normas abstractas y generales. Es lo que Aguiló ha denominado “judicialismo extremo”, cuya nota característica sería el escepticismo frente a las normas jurídicas como guías de conducta, y la consideración de las decisiones judiciales como actos de voluntad. A este planteamiento corresponderían las corrientes realistas que definen al Derecho como “aquello que hacen los jueces”<sup>13</sup>.

Como es evidente, la pregunta acerca de la capacidad normativa del Juez, y del Juez Constitucional en particular, desde la primera de ambas posturas, es rotundamente negativa; mientras que la segunda termina subrayando el protagonismo del Juez como la única autoridad jurídica capaz de producir Derecho.

Por tanto, esta pregunta sólo puede ser planteada desde aquellas concepciones que reconozcan, cuando menos, que no existe una oposición tajante entre el papel del Legislador y el del Juez, y que reconozcan alguna relevancia a la sentencia judicial en el proceso de producción del Derecho. Esto puede hacerse desde algunos planteamientos positivistas, pues, como ha sido destacado, no debe entenderse que el positivismo se encuentra reñido con la afirmación de la capacidad normativa del Juez.<sup>14</sup>

Prueba de ello sería precisamente la teoría pura del Derecho de Kelsen, en cuyo marco la sentencia judicial no es sólo un acto de aplicación de una norma general y abstracta que se encuentra en un

nivel superior en el sistema, sino también la creación de una norma jurídica **individual**.

Del mismo modo, en el normativismo corregido de Hart se reconoce que los jueces ejercen su discrecionalidad judicial y, por lo tanto, crean Derecho, cuando el ordenamiento no les provee de una respuesta para el caso concreto, viéndose obligados a acudir a pautas extrajurídicas para resolverlo. Esta tesis es discutida por Dworkin, para quien el Juez no actúa nunca discrecionalmente, ya que el Derecho le provee siempre de una única respuesta correcta, de modo que lo único que debe hacer es encontrarla. Lo que sucede, como sabemos, es que detrás de la concepción dworkiniana del Juez se encuentra una determinada concepción del Derecho, no formado exclusivamente por reglas, sino también por principios<sup>15</sup>.

### C. La noción formal y material de “fuente del Derecho”

Según Guastini<sup>16</sup>, cuando se afirma que algo es una “fuente de Derecho”, desde el enfoque sistemático que venimos adoptando en este trabajo, se puede estar haciendo referencia a dos cosas: (i) a que estamos ante un hecho o acto jurídico **que produce** normas; o, (ii) a que estamos ante un hecho o acto **disciplinados por** normas sobre la producción de normas y que, por lo tanto, constituye el supuesto de hecho de una norma distinta, que es precisamente la que regula la manera en que se puede crear Derecho.

Si nos atenemos al primero de tales significados, que es el utilizaremos en este trabajo, encontramos una noción **material** y una noción **formal** de “fuente de Derecho”<sup>17</sup>.

De acuerdo a la noción **material**, un hecho o acto jurídico es fuente del Derecho en virtud de su contenido normativo (si es un acto) o en virtud de su resultado normativo (si es un hecho). Esto significa que la expresión “fuente de Derecho” debe utilizarse para todos aquellos hechos o actos que, de hecho, **produzcan Derecho**.

En este esquema, la “producción del Derecho” tendría que entenderse en sentido amplio, para no limitarnos solamente a la producción de nuevas

<sup>12</sup> AGUILÓ, Josep. Óp. cit. p. 103.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> ANSUÁTEGUI, Javier. Óp. cit. pp. 527-528.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ, César. “La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin”. Bogotá: Universidad de los Andes. 2005. pp. 66-88.

<sup>16</sup> GUASTINI, Riccardo. “Concepciones de las fuentes del Derecho”. En: Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 11. 1999. p. 99.

<sup>17</sup> Ibid. pp. 100-108.

normas jurídicas, sino más bien referirnos a cualquier modificación del orden jurídico existente, es decir, a la introducción de nuevas normas, la derogación de otras que ya existían o su sustitución por normas nuevas.

Como se puede apreciar, esta noción material de “fuente del Derecho” presupone asumir un determinado concepto de norma jurídica, entendida como una prescripción **general y abstracta**.

Por tanto, desde esta perspectiva no podrían considerarse “fuente del Derecho” aquellos hechos o actos que fueran repeticiones o derivaciones lógicas de normas ya existentes en el sistema, con lo cual se estaría excluyendo a la jurisprudencia, siempre que se considere que, a través de sus sentencias, el Juez no hace sino aplicar el Derecho ya existente (lo que, como veremos, puede ser cuestionado dependiendo de cómo se conciba la labor judicial), o siempre que se sostenga que la labor judicial supone la creación de normas concretas y particulares para cada caso que se somete a su decisión (lo que también puede ser cuestionado, si tenemos en cuenta que las decisiones judiciales tienen una vocación de universalidad, a lo que nos referiremos más adelante).

No ocurriría lo mismo respecto de los precedentes vinculantes dictados por los tribunales de mayor jerarquía de un ordenamiento –como es el caso de los precedentes del Tribunal Constitucional peruano–, siempre que de ellos se deriven disposiciones de aplicación general que puedan identificarse con el concepto de norma jurídica que se está manejando, y siempre que su observancia sea obligatoria.

Debe advertirse además que, dado que el criterio para determinar el carácter de fuente del Derecho es el resultado –la “producción jurídica”–, no se podría realizar dicha calificación *a priori* en base a elementos puramente formales, como por ejemplo el procedimiento seguido para su adopción, sino solo *a posteriori*, luego de identificar su contenido o su resultado normativo. “Todo acto que esté provisto de contenido genuinamente normativo (es decir, de un contenido general y/o abstracto) constituye una fuente del Derecho cualesquiera que sean sus connotaciones formales”<sup>18</sup>.

Como corolario de lo anterior, Guastini señala que esta noción material no depende del contenido positivo del ordenamiento jurídico de que se trate,

pues desde esta perspectiva no resulta importante la manera en que un ordenamiento determinado haya regulado la creación del Derecho, sino únicamente si el acto o el hecho tienen un resultado o un contenido normativo.

Por otro lado, la noción **formal** de “fuente del Derecho” sí requiere remitirse al contenido del ordenamiento jurídico del que se trate y, concretamente, a las normas que regulan la producción del Derecho en dicho ordenamiento, o “normas de producción de normas”, en los términos de Gregorio Peces-Barba<sup>19</sup>.

De acuerdo con esta noción, un hecho o un acto jurídico sería “fuente del Derecho” si existe una norma que lo **autoriza** a crear Derecho, más allá del contenido que este producto tenga. Es decir que, a través de esta noción, pueden considerarse fuentes aquellos hechos o actos que no tengan un contenido o resultado propiamente normativo –como por ejemplo, las normas que establecen definiciones– o que produzcan disposiciones de carácter particular, ya que el contenido resulta irrelevante.

Asimismo, desde este punto de vista, una fuente de Derecho podría ser identificada *a priori* mediante la referencia a criterios formales, como el procedimiento de su producción, por ejemplo. En buena cuenta, la determinación de una fuente desde el punto de vista formal conduce a afirmar que, en un ordenamiento jurídico, es Derecho lo que éste califica como tal.

Ahora bien, Guastini ha señalado también que la noción de fuente manejada por los juristas es una noción mixta, que suele combinar elementos materiales y formales. Así, señala que “para identificar las fuentes del Derecho, los juristas utilizan a veces un criterio formal, a veces un criterio material. Por un lado (criterio formal) tienden a considerar fuente del Derecho todos los actos y hechos autorizados a crear normas aunque, de hecho, no tuvieran contenido normativo (como ocasionalmente sucede). Por otro lado (criterio material) tienden también a considerar fuentes del Derecho todos los actos y hechos que, *de facto*, producen normas, aunque no exista una norma sobre la producción jurídica que autorice a producirlas”<sup>20</sup>.

Si ello es así, parece que estas nociones podrían resultar insuficientes para explicar el fenómeno de la creación judicial del Derecho. Por ello, a conti-

<sup>18</sup> Ibid. p. 102.

<sup>19</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>20</sup> GUASTINI, Riccardo. Óp. cit. p. 109.

nuación vamos a exponer la propuesta de Josep Aguiló, a partir de la cual ha intentado dar una respuesta a este tema.

#### D. Las fuentes-acto y las fuentes-hecho

Aguiló toma como punto de partida una definición clásica de “fuente del Derecho”, que es la formulada por Bobbio en su obra “Teoría General del Derecho”, según la cual “fuentes del derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”.

Particularmente, lo que Aguiló resaltaré de esta definición es la diferencia entre **hechos** y **actos** jurídicos que la dogmática jurídica ha realizado a partir de una clasificación de los hechos de los que se derivan consecuencias jurídicas y en los que se advierte una acción humana<sup>21</sup>. De acuerdo a dicha clasificación:

- (i) Actos jurídicos serían aquellos supuestos de hecho en los que, para la generación de la consecuencia jurídica, es relevante la voluntad del actor de provocarla; y,
- (ii) Hechos jurídicos (en sentido estricto) serían aquellos supuestos de hecho en que la consecuencia se genera con independencia de la voluntad que tenga el sujeto que actúa de provocarla.

Considera el autor que, a partir de esta distinción, puede formularse el binomio “fuentes-acto/fuentes-hecho”, entendidos como resultados institucionales o cambios normativos, los cuales presuponen los siguientes tipos de normas:

- (i) Las fuentes-acto presuponen una norma que confiere poderes, es decir, una regla que indica que, dado un cierto estado de cosas, si cierto sujeto realiza ciertas acciones entonces consigue producir cierto resultado institucional o cambio normativo; mientras que,
- (ii) Las fuentes-hecho presuponen una norma que se denomina “puramente constitutiva”, es decir, una norma que indica que, si se da un determinado estado de cosas, se produce dicho resultado institucional o cambio normativo.

Nótese que en este segundo escenario, el de las fuente-hecho, puede también existir la voluntad del agente, pero ella es irrelevante para la producción de los efectos, que se producen exista dicha voluntad o no.

Pues bien, teniendo en cuenta tal distinción, Aguiló analiza distintos tipos de normas jurídicas.

Empezará por aquellas normas que provienen de autoridades políticas –como las leyes, los reglamentos, entre otras, a las que denominará genéricamente como “legislación”–, para concluir que pueden calificarse como fuentes-acto, ya que son el producto de la aplicación de reglas de competencia, que recogen en su antecedente las condiciones necesarias y suficientes para su producción.

Asimismo, su creación sería consecuencia de la voluntad de una autoridad normativa, es decir, un sujeto investido de poder o competencia para crear Derecho, que deliberadamente decide realizar un acto de creación normativa –mediante un procedimiento preestablecido–, lo que genera como resultado una norma jurídica. Por esa razón sostendrá el autor que las normas así creadas constituyen Derecho **deliberado** (en el sentido de creado intencionalmente), Derecho delegado (por oposición al Derecho **reconocido o recibido**) y Derecho prescrito (porque, mediante su autoridad, ordenan a otros a que se comporten de una determinada manera).

Seguidamente, Aguiló analizará las normas provenientes de ciertas prácticas sociales y, particularmente, de la costumbre jurídica, entendiéndola como aquella regla social que se repite de manera uniforme, constante, pública y respecto de la cual existe una conciencia de obligatoriedad **jurídica**. En tales casos, la juridicidad de la costumbre no provendría de su reconocimiento por el sistema de fuentes, sino de su propio contenido, que tendría que ser coherente con el ordenamiento jurídico en el cual se inserte.

Para Aguiló, este tipo de costumbre sería considerada una fuente-acto, dado que su generación no es intencionada, es decir, su existencia no depende de un acto de voluntad de una autoridad, sino simplemente de la verificación de un cierto estado de cosas. Se trataría, por ello, de Derecho **espontáneo**, de Derecho **recibido** –en el sentido que no

<sup>21</sup> En este punto cabe hacer una precisión, pues Aguiló sostiene que, cuando clasificamos algo como un hecho o como un acto jurídico, solemos creer que estamos haciendo una clasificación de los supuestos de hecho de las normas cuando en realidad lo que clasificamos son los *nomen iuris*, que son resultados institucionales creados por el Derecho para enlazar, a través de ellos, una serie de hechos a ciertas consecuencias jurídicas. Por ello, para este autor, las fuentes “son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos”. AGUILÓ, Josep. Óp. cit. p. 63.

es resultado del ejercicio de ningún poder normativo– y de Derecho **no prescrito**.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO

Finalmente, nos corresponde abordar el análisis de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano, por lo que nos referiremos tanto a la figura del precedente constitucional vinculante como a la llamada “doctrina jurisprudencial”, reguladas en los artículos VII y VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Para ello, partiremos con algunas reflexiones generales sobre las normas de origen judicial o, dicho de otro modo, de la manera como los jueces **crean** normas jurídicas, en la medida que ello resulte también aplicable al Juez Constitucional.

Sin embargo, antes de profundizar este tema, cabe aclarar que no nos referimos a la creación de normas particulares y concretas, que solo vinculan a las partes a quienes alcanza los efectos de la decisión judicial, sino más bien a la creación de normas, en el sentido de prescripciones generales y abstractas.

Dicho lo anterior, debemos partir por distinguir con Aguiló<sup>22</sup> dos tipos de normas, que son relevantes para la labor del Juez:

- (i) Las disposiciones de Derecho objetivo, es decir, aquellas que el Juez tiene el deber de aplicar, que en el caso de los jueces constitucionales y, en particular, del Tribunal Constitucional, son las disposiciones contenidas en la Constitución; y,
- (ii) La norma que el Juez aplica, y que constituye la premisa mayor de su razonamiento jurídico expresado en la sentencia.

Se trata de una distinción determinante, según resalta Aguiló, para comprender la labor creativa del Juez, pues mientras que las primeras son normas condicionales que correlacionan casos genéricos con soluciones normativas, y son básicamente normas **derrotables**, el segundo tipo de norma es “construida” o “creada” por el Juez a partir de las primeras, luego de tener en cuenta todas las circunstancias y propiedades relevantes del caso concreto, y por ello no sólo tiene carácter definitivo, sino que trae consigo la fuerza del Derecho, por ser la expresión de la **unidad** del ordenamiento.

Es decir que el Juez, para elaborar la premisa mayor de su razonamiento, tiene en cuenta las normas del Derecho objetivo y las relaciones sistemáticas que existen entre ellas, lo cual ocurre incluso en aquellos casos sencillos en que la labor judicial se limita a la aplicación de una única disposición, pues lo que importa es el tránsito que se produce del carácter *prima facie* de la disposición a su carácter **definitivo**, el que además debe ser **justificado** por el Juez.

Entendida así la labor judicial, ¿puede considerarse que las decisiones adoptadas por los Jueces, en general, son normas jurídicas?

De acuerdo con el autor que venimos siguiendo, la justificación de una determinada decisión –en este caso, la justificación de la norma creada y utilizada como premisa mayor de la decisión judicial– supone necesariamente que ésta satisfaga una exigencia de **universalidad**, en el sentido de que pueda ser formulada en términos de cuantificador universal, lo cual implica, además, que puedan reconocerse sus implicancias hacia el futuro.

En otras palabras, que una decisión sea universal significa que, al formularla, el Juez asume el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos futuros que compartan los mismos aspectos relevantes, salvo que exista alguna propiedad relevante que la distinga del caso original y que amerite una solución diferente, o bien que pueda justificar un error en su razonamiento anterior que deba ser corregido mediante un cambio en el sentido de la decisión. Ello, además, satisface la exigencia de igualdad formal en la aplicación del Derecho.

Por tanto, si por efecto de su universalidad, la nueva norma creada por el Juez le genera una vinculación hacia el futuro, ello quiere decir que esta nueva norma se incorporaría al Derecho objetivo, es decir, al conjunto de normas que el Juez tiene el deber de aplicar, y que deberá considerar y evaluar nuevamente, a la luz de todos los elementos que lo integren, cuando se le presente la oportunidad de resolver un caso semejante.

Sin embargo, ello no parece ser suficiente para afirmar que esta nueva norma sea una “fuente del Derecho”, pues para ello sería necesario que la vinculación derivada de ella se proyecte con alcance general.

Esta conclusión nos remite, por ello, a formular la pregunta de la jurisprudencia como fuente del Derecho, a propósito de dos supuestos específicos:

<sup>22</sup> AGUILÓ, Josep. Óp. cit. pp.106-107



(i) el primero, referido a la jurisprudencia entendida como la reiteración de fallos judiciales en un mismo sentido; y, (ii) el segundo, referido a la figura del precedente judicial.

El primer supuesto se corresponde, precisamente, con la llamada “doctrina jurisprudencial” regulada en el Artículo VI del Código Procesal Constitucional peruano<sup>23</sup>, el cual dispone la vinculación de los jueces a la interpretación de los preceptos constitucionales “que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”, en lo que parece una referencia a una **pluralidad** de sentencias de las cuales se desprendería una interpretación común. Desde esta perspectiva, la expresión “doctrina jurisprudencial” no podría utilizarse para hacer referencia a una única sentencia constitucional, sino a una pluralidad de ellas, de las que se pueda desprender –por reiteración– determinada interpretación común de los preceptos y principios constitucionales.

La jurisprudencia, así entendida, es considerada en muchos países de la familia jurídica del *Civil Law* como fuente de normas jurídicas generales; sin embargo, cabe advertir que en este modelo la incorporación de las normas no se produce porque un Juez –que normalmente se encuentra ubicado en el vértice de la estructura judicial, como ocurre en el caso de nuestro Tribunal Constitucional– haya tomado la decisión de adoptar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones en el mismo sentido, que son independientes entre sí.

Ello aproxima la “doctrina jurisprudencial” a las llamadas fuentes-hecho, pues la producción del resultado institucional no se encuentra –del todo– bajo el control del propio Tribunal, no sólo porque su composición va variando a través del tiempo, sino porque sus decisiones son adoptadas por diversas secciones o “salas”, cuyos criterios podrían no coincidir entre sí, o coincidir solo parcialmente. Esto quiere decir que, aun cuando su voluntad sea relevante para la adopción de cada una de las decisiones individuales que contribuyen a conformar la “línea jurisprudencial”, esto último es el resultado de la sola reiteración de decisiones en un mismo sentido, de las cuales se desprendería una interpretación común que vincula a los jueces ordinarios.

El segundo supuesto, en cambio, se identificaría con la figura del precedente constitucional vinculante regulado en el Artículo VII del Título Preliminar del mismo Código, que le atribuye, de manera expresa, efectos normativos:

Artículo VII del Código Procesal Constitucional.- “Precedente

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

En este caso, a diferencia de la “doctrina jurisprudencial”, basta una decisión singular para establecer un criterio obligatorio para el mismo Tribunal Constitucional y para todos los órganos jurisdiccionales –ordinarios o constitucionales– al momento de resolver casos futuros. Por tanto, el modelo del precedente constitucional vinculante y, en general, del precedente judicial, se aproxima al de las fuentes-acto, pues el resultado institucional es consecuencia de la voluntad deliberada de un sujeto investido de autoridad, que adopta una determinada decisión luego de seguir un determinado procedimiento, con la intención de otorgarle carácter normativo.

No obstante, para Aguiló, la caracterización de la jurisprudencia y del precedente judicial como fuente-hecho y fuente-acto, respectivamente, no es exacta. Ello porque, en su opinión, no es posible encontrar en las decisiones judiciales una “disposición” en el mismo sentido que en las fuentes-acto, dado que en la estructura de las decisiones judiciales se aprecia una división entre la *ratio decidendi* –la regla o principio que resuelve el caso– y los *obiter dicta* –razones o criterios incidentales que van más allá de lo necesario para resolverlo–, lo que, en su apreciación, implicaría concluir que en ellas “las palabras usadas por el Juez en la sentencia no vinculan”<sup>24</sup>.

Asimismo, el precedente judicial podría caracterizarse como Derecho **delegado**, a diferencia de la jurisprudencia, que tiene más bien un componen-

<sup>23</sup> Artículo VI del Código Procesal Constitucional.- “Control difuso e interpretación constitucional [...]”

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

<sup>24</sup> AGUILÓ, Josep. Óp. cit. p. 117.

te de espontaneidad, con lo cual podría decirse que se trata de Derecho **recibido**. Sin embargo, ello choca con un obstáculo, referido a la imposibilidad de calificar a la jurisprudencia como Derecho recibido si tenemos en cuenta que las autoridades jurisdiccionales son, precisamente, autoridades delegadas.

Pese a estas dificultades teóricas, consideramos que la calificación de ambas figuras como parte de una categoría más general, que podríamos identificar como jurisprudencia en sentido lato, resulta útil, en la medida que permite esclarecer en qué términos y bajo qué presupuestos éstas pueden ser consideradas como “fuentes del Derecho”, para efectos de un análisis posterior, re-

ferido al posible sistema de relaciones con otras fuentes:

¿Es posible considerar que una decisión judicial vinculante ha quedado **derogada** por una posterior, cuyo contenido es incompatible con la anterior? ¿El lugar que ocupa la jurisprudencia en el sistema de fuentes depende de la jerarquía de la norma que interpretan y aplican? ¿Pueden establecerse relaciones de jerarquía, de precedencia cronológica o de especialidad en la jurisprudencia, en función a los órganos que la emiten, y entre ésta y otros parámetros normativos? Existen aún muchas preguntas sin resolver, que serán objeto de una investigación de más largo aliento; aunque el camino sea ahora más corto. ¶