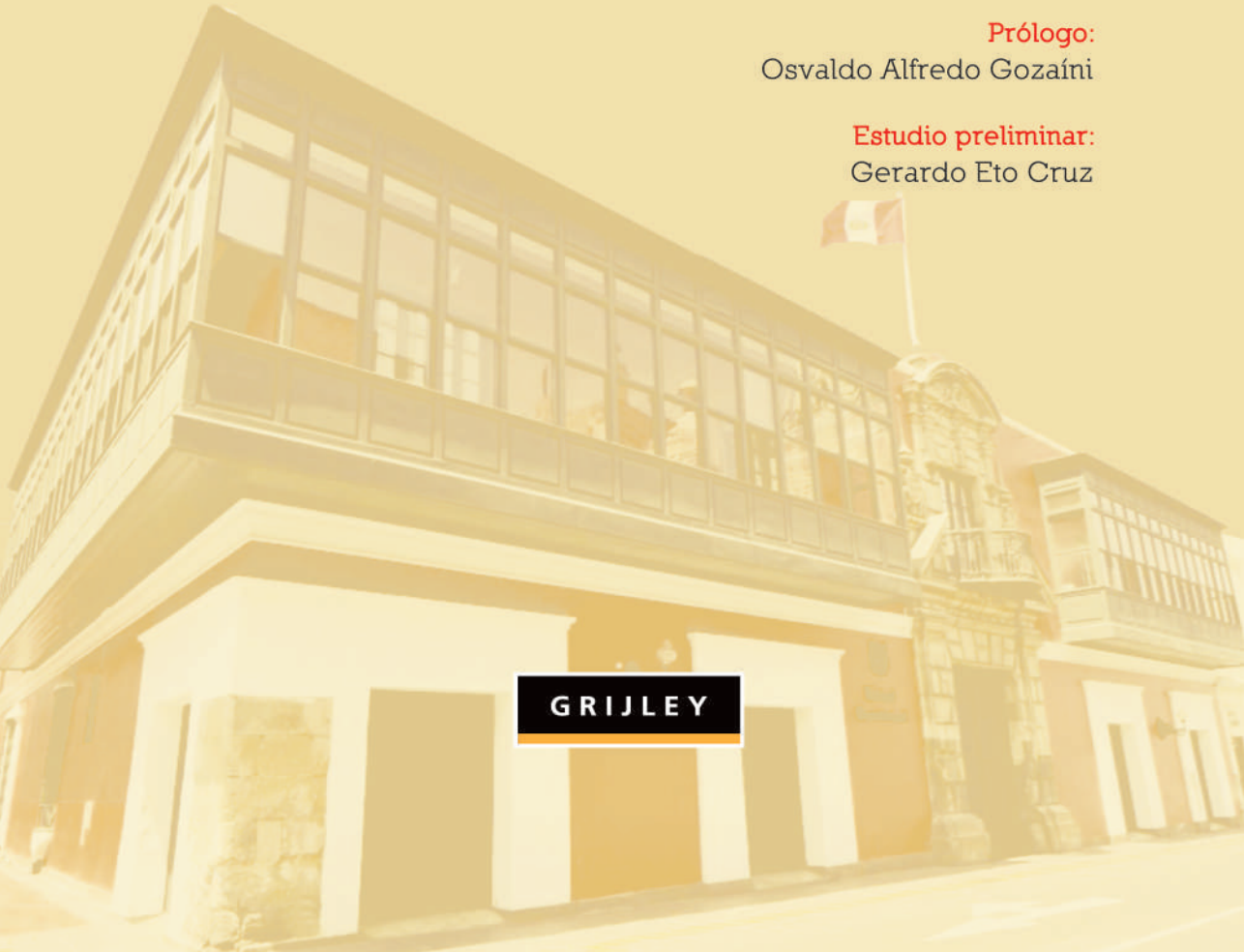
José Humberto Ruiz Riquero

La teoría del precedente vinculante

y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia

Prólogo:
Osvaldo Alfredo Gozaíni

Estudio preliminar:
Gerardo Eto Cruz



GRIJLEY

José Humberto Ruiz Riquero
Abogado por la Universidad Católica
Santo Toribio de Mogrovejo

LA TEORÍA DEL PRECEDENTE VINCULANTE Y LA ARGUMENTACIÓN INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL DE LA JURISPRUDENCIA

PRESENTACIÓN
Katherinee del Pilar Alvarado Tapia
Edwin Figueroa Gutarra

PRÓLOGO
Osvaldo Alfredo Gozaíni

ESTUDIO PRELIMINAR
Gerardo Eto Cruz

GRIJLEY

Primera edición: junio de 2021

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2020-02848

Registro del Proyecto Editorial: 31501012000167

ISBN: 978-9972-04-665-0

© 2021, **La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia**

© 2021, **José Humberto Ruiz Riquero**

© 2021, **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.**
Jr. Azángaro 868, Lima
Tlfs.: 01-7768008 • 923054974
ventas@libreriasgrijley.com

Diseño y diagramación
Libia Huamalí Sánchez

Composición e impresión
Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1075, Lima
Tlf.: 337-5252
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1 000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N.° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la editorial.

Índice

Presentación de Katherinee del Pilar Alvarado Tapia..... 17
Presentación de Edwin Figueroa Gutarra 21
Prólogo de Osvaldo Alfredo Gozaíni 25
Estudio Preliminar de Gerardo Eto Cruz 37
A modo de introducción de José Humberto Ruiz Riquero..... 79
Normas y abreviaturas..... 99

Capítulo Primero

LOS RASGOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Un restablecido modelo institucional del derecho

1.1. Neoconstitucionalismo y función judicial 105
1.2. Rasgos distintivos como teoría del Derecho..... 119
1.2.1. Una presunción principialista desde la reflexión hermenéutica..... 119
1.2.2. Un repensar a la ponderación y a la proporcionalidad como técnicas de interpretación constitucional... 123
1.2.3. Función y dinamismo de la Constitución..... 126

1.2.4. Materialización del control constitucional..... 133

1.3. Consecuencias del Neoconstitucionalismo 154

1.3.1. Cambio de tesis y mayor complejidad en la determinación de los derechos fundamentales 156

1.3.2. Delimitación conceptual y plena vigencia de los derechos fundamentales..... 160

1.3.3. Revalorización de la posición de los jueces constitucionales como órganos de producción jurídica..... 164

1.4. La reformulación de la teoría clásica de la interpretación de las fuentes del derecho 173

1.5. La función jurisdiccional del Tribunal Constitucional en un sistema jurídico abierto y dinámico 179

1.5.1. Los Tribunales Constitucionales como órganos de creación normativa 180

1.5.2 La función jurisdiccional en el ámbito constitucional.. 183

Capítulo Segundo

LA TEORÍA GENERAL DEL PRECEDENTE

Aspectos conceptuales básicos

2.1. Aspectos conceptuales básicos: el precedente vinculante en la jurisdicción constitucional actual..... 192

2.1.1. El umbral del precedente constitucional 194

2.1.2. Definición y apología de su realidad..... 209

2.1.3. Fundamentos cardinales al interior del precedente constitucional vinculante..... 217

2.2. Componentes del precedente vinculante 243

2.2.1. La vinculación a la *ratio decidendi* contenida en el precedente vinculante 248

2.2.2. El carácter persuasivo de la interpretación contenida en un *obiter dicta* 255

2.2.3. La vinculación del precedente vinculante propiamente dicho 259

2.3. La diferenciación entre doctrina jurisprudencial constitucional y precedente constitucional vinculante 281

Capítulo Tercero

EXPLORACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE A PARTIR DE LA EXÉGESIS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Marco legal y jurisprudencial

3.1. Reflexión sobre el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional 298

3.1.1. Inglaterra y su equilibrio institucional al precedente... 315

3.1.2. El *stare decisis* norteamericano y su efecto vinculante.. 324

3.2. La base constitucional del precedente vinculante. Caso Salazar Yarlenque 358

3.3. El Poder Judicial y el precedente constitucional: la invocación de la independencia judicial. ¿Los jueces se pueden o no se pueden apartar del precedente constitucional vinculante? 365

3.4. El esclarecimiento del precedente constitucional vinculante según el Tribunal Constitucional (caso Municipalidad Distrital de Lurín) 380

3.5. Presupuestos básicos para emitir un precedente constitucional vinculante según el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 0024-2003-PI/TC y Exp. N.º 3741-2004-PA/TC) 382

3.6. Ubicación del precedente constitucional vinculante dentro de la pirámide normativa 390

Conclusiones 395

Cartografía bibliográfica (Post-scriptum) 399

ANEXOS JURISPRUDENCIALES

Estudios al precedente constitucional peruano de la última década (2005 - 2018) 445

Emisión de sentencias con precedentes vinculantes por materia procesal constitucional..... 446

Emisión de sentencias con precedentes vinculantes por materia pensionaria 466

Sentencias con precedentes vinculantes por materia de derecho administrativo..... 503

Sentencias con precedentes vinculantes por materia laboral 519

Sentencias con precedentes vinculantes por materia tributaria 531

Sentencias con precedentes vinculantes por materia procesal penal ... 540

Sentencias con precedentes vinculantes por materia de procesos en sede parlamentaria..... 549

Sentencias con precedentes vinculantes por materia de ratificación de magistrados 556

Sentencias con precedentes por materia de arbitraje 569

Sentencias con precedentes por derecho..... 575

Presentación

¿Cuál es el objetivo de la enseñanza del Derecho? Esta es una pregunta importante y necesaria para quienes nos dedicamos cotidianamente a esta actividad. La misma nos invita a una toma de conciencia de nuestro hacer y quehacer en el ámbito universitario.

En primer lugar, forma parte de nuestra labor docente tener la convicción que es posible enseñar Derecho de manera respetuosa, rigurosa, comprometida, pero en especial, útil. En este escenario, el profesor guía al alumno en adquirir destrezas para identificar un problema, plantearse una pregunta y formular una respuesta. La realidad jurídica en nuestro país evidencia la falta de formación de abogados que argumentan su posición en torno a un caso y presentar sus contraargumentos respecto a la posición de la otra parte de forma clara y precisa.

En segundo lugar, de manera específica encontramos las implicancias sobre la enseñanza del Derecho Constitucional, las cuales son de interés para todos aquellos vinculados a la formación jurídica, dado que tiene como elementos integrantes la política, la ética y el derecho. La política, como percepción de la realidad; la ética, como marco axiológico; y el derecho constitucional, como resultado de aquellos y, eventualmente, instrumento de racionalización de los procesos sociales. Plasmar en la realidad estos contenidos en cada Facultad de Derecho supone un desafío incesante, y que debe irradiar la totalidad de los actuales procesos de reforma de la sociedad peruana.

La relación enseñanza-aprendizaje del Derecho puede transformarse en una aterradora catarata de normas y conceptos sin articulación alguna, si es que no se solidariza con la realidad. Esto es, precisamente, lo que reclama y exige una reivindicación teórica fuerte, como herramienta crítica del conocimiento, sobre todo si consideramos que el derecho constitucional ha cobrado, en los últimos años, una relevancia capital tanto en los estudios jurídicos como en otras disciplinas del saber, que ven en las constituciones un proyecto de conformación del derecho y de la sociedad, según parámetros racionales de justicia.

Son, pues, nuestros alumnos los grandes protagonistas de este proceso. Necesitamos estudiantes comprometidos con una ética constitucional, siempre prestos a adquirir nuevos conocimientos y nuevas aptitudes. Nuestra orientación no solo debe motivarlos a ir descubriendo, poco a poco, dónde yacen sus especiales talentos, sino también ayudarlos a que sean conscientes de esas destacadas capacidades.

Es así como, José Humberto Ruiz Riquero (autor de este libro), a quien considero uno de mis más destacados y entrañables estudiantes, reconoció casi inmediato su singular perfil académico, dado que desde los primeros años de estudio en las aulas universitarias siempre se mostró como un alumno sumamente hábil, como aquel que califica de manera especial para la profesión de juez, o aquel dotado de una argumentación ingeniosa y singular, la cual es esencialmente apta para hacer ciencia.

Resulta inevitable añadir y, por supuesto, resaltar las altas cualidades humanas de José Humberto, de quien doy fe ha sido y será un devoto admirador de su señora madre, quien le inculcó valores y grandes enseñanzas y a quien supo guiar con su ejemplo, y hacer de él un buen hijo, hermano y mejor amigo.

En relación con la temática abordada por Ruiz Riquero, podemos reconocer que en la actualidad el Derecho Constitucional no solo debe ser enseñado y estudiado en sus dos dimensiones; por un lado, partiendo de los inicios de la historia constitucional y de la historia del derecho, y, por otro lado, siendo comparada en un espacio. Sino también, el

derecho constitucional debe ser analizado como la presentación del derecho constitucional positivo de un país, siendo este el caso de la investigación desarrollada pulcramente por el autor.

Este trabajo constituye un estudio exploratorio, dado que mediante él se pretende analizar y comprender el fenómeno de la convergencia entre sistemas legales en el contexto de la globalización jurídica, de forma particular, dos de sus principales familias o tradiciones jurídicas, el *common law* y el *civil law,* en el ámbito de la integración latinoamericana.

Es sumamente gratificante escribir estas breves líneas para presentar e invitar a la lectura y meditación del presente libro, que no es un tratado de estilo rancio; por el contrario, es una recopilación ágil, breve, pero a la vez clara y completa que el autor nos ofrece como fruto maduro de sus reflexiones en torno al tema del precedente vinculante y la posición que ocupa en el sistema constitucional como valioso aporte a la comunidad jurídica nacional.

Chiclayo, enero de 2021

Katherinee del Pilar Alvarado Tapia
Catedrática de Derecho Constitucional de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Miembro asociada de la Asociación Peruana
de Derecho Constitucional

Presentación

Nuestro dilecto amigo José Humberto Ruiz Riquero nos ha solicitado esbozar algunas ideas a propósito de la presentación de su primer libro en relación al precedente vinculante en el Perú, estudio de por sí valioso en la medida en que desarrolla un análisis de las tradiciones jurídicas imperantes sobre esta figura; por un lado, en el *common law*, disciplina en la cual se forja el precedente en su esencia histórica y, por otro lado, hay una vinculación parcial con la concepción del derecho continental, figura a la que se adscribe el principio de legalidad, del cual parte, también, la evaluación de la regla jurídica y su vinculación con el precedente.

El aporte de Humberto Ruiz aborda tres ejes principales: incidencias del neoconstitucionalismo respecto del precedente, la teoría de la argumentación y su campo de aplicación respecto al precedente y, finalmente, la relación entre el precedente y el Código Procesal Constitucional.

Los tres temas vinculados son muy propicios y de directa imbricación con el precedente. Por un lado, se basa, precisamente, en el neoconstitucionalismo de la visión de actualización de los postulados dogmáticos del precedente. En otros términos, muy poco hubiese avanzado el precedente en nuestro país de no haber mediado esa concepción abierta del neoconstitucionalismo en relación al derecho, distinguiendo entre disposición y norma. Más aún, si partimos de la idea de que el precedente nace en un proceso *inter partes* y, luego, se extiende con una calidad *erga omnes*; entonces, es verdadero que una fundamentación de la doctrina del precedente solo puede darse desde esta visión flexible del neoconstitucionalismo.

De otro lado, la argumentación juega un rol clave en el esbozo de las ideas planteadas: la sustentación de razones para la fijación de un precedente requiere más fundamentación de razones, más aún si ya no hay una visión de positivismo jurídico como escuela, en el planteamiento de la figura del precedente. Aquí el autor rescata con acierto la proyección persuasiva que el precedente debe asumir, lo cual nos lleva a los fundamentos de Perelman al plantear la figura de la retórica como escuela argumentativa.

Adicionalmente, después de las importantes abstracciones en relación al precedente, contenidas en los dos primeros capítulos de su libro, Humberto Ruiz apunta a consolidar las bases normativas del precedente mismo y enfoca dos cuestiones importantes: por un lado, la referencia a la independencia de los jueces en relación al precedente y, en segundo lugar, aporta el autor algunos casos emblemáticos ante el Tribunal Constitucional, en relación a procesos de inconstitucionalidad, como enfoque central del tema.

La independencia de los jueces es una cuestión que no se ve afectada con la existencia del precedente, en tanto es propio de un Estado de derecho respetar el reparto de competencias que prevé la Constitución. De esa forma, podemos discrepar los jueces con las decisiones del Tribunal Constitucional en relación a los precedentes, pero es una carga democrática legítima en un Estado de derecho: respetar los lineamientos del supremo intérprete de la *Lex Legis*. Aquí es importante entender una función de legitimación de la Constitución, y no que las competencias de un poder del Estado, como lo es el *corpus iuris*, se vean afectadas.

Por otro lado, el autor trabaja en un intento de definición normativa del precedente, lo cual resulta un ejercicio valioso, dado que parte del enfoque macro del tema del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Respecto a esto, el autor trabaja en sustentar las bases conceptuales esbozadas sobre esta figura, a partir de sentencias en procesos de inconstitucionalidad, ejercicio que nos parece muy valioso, pues se trata del esbozo de una fuente dogmática.

En resumen, creemos que se trata de un trabajo bien planteado y es menester para el autor, ya una vez encaminado hacia la publicación de su primer libro, sentar las bases para nuevos aportes relevantes en materia constitucional, supuesto que abrigamos con esperanza académica.

Chiclayo, enero del 2021

Edwin Figueroa Gutarra
Juez Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque
Profesor asociado de la Academia de la Magistratura del Perú
Miembro asociado de la Asociación Peruana
de Derecho Constitucional

Prólogo

Prologar el libro de un novel autor es un compromiso que no suelo eludir. Primero porque recuerdo siempre mis primeras experiencias de edición, cuando un personaje siniestro de la cultura jurídica, hoy felizmente olvidado por la historia, me dijo que si quería editar un libro primero debía ser «alguien» y, después de ello, tener derecho a conversar con su alta egolatría. Jamás olvidé esa bofetada a las ilusiones, ese hostil comportamiento de un cualquiera que creyó ser «alguien». El tiempo fue testigo de las casualidades, porque diez años después de aquella anécdota volví a cruzarme con el encumbrado profesor, solo que en esa oportunidad yo era su jefe, como decano de una facultad de derecho donde aquel se desempeñaba. Yo había llegado a ser alguien, y así se lo hice saber. Recuerdo haberle dicho: un maestro se hace con ejemplos de rectitud y ejemplos de vida para los otros, ese es el mejor reconocimiento que podemos esperar. A veces, los concursos universitarios nos ponen un lugar en el sitial, pero ninguno vale tanto como ser reconocido por otros como maestro. ¿A usted lo llaman maestro?, le pregunté al impávido profesor que no recordaba aquel encuentro que tanto me había conmovido una década antes.

Conocí a José Humberto Ruiz Riquero en una visita académica a Chiclayo, donde luce la Escuela Constitucional de Lambayeque con muchos juristas que tras maestros de la talla de Domingo García Belaunde o Gerardo Eto Cruz (quien hace un estudio preliminar de esta obra que presentamos) han seguido sus pasos y cultivado investigaciones orientadas por otros grandes profesores como Miguel Ángel Falla Rosado. Con aquel joven inquieto y atento no tuve más que conversaciones

efímeras, pero profundas en lazos invisibles para el mundo exterior que se enhebran en la dimensión de las ideas compartidas. Por entonces, en lo personal venía pensando una teoría procesal de las sentencias constitucionales donde para mí era vital mostrar las asimetrías de las decisiones judiciales comunes respecto de las sentencias constitucionales y su proyección en los efectos de la cosa juzgada. Con la memoria de la transitoriedad, cuando recibí la invitación por redes sociales de prologar este libro, abrí al recuerdo aquella experiencia contada y de inmediato respondí afirmativamente. No hay que pisar los brotes, sino protegerlos para que crezcan, esa es mi idea, mi fuerza, y quiero con ello dar mi primera felicitación al investigador que presentamos.

La obra analiza la consistencia del precedente judicial enarbolando varias cuestiones constitucionales que no encuentran respuestas en la teoría decimonónica. El libro quiere encontrarlas en el llamado neoconstitucionalismo y, para ello, parte de formular interrogantes agudas y certeras. ¿El precedente vinculante invade la esfera de los demás poderes? ¿Condicionan acaso las decisiones legislativas y/o jurisdiccionales? ¿Es cierta la afirmación que sostiene la conveniencia política del precedente como resguardo de la estabilidad y la seguridad jurídica? Estos problemas llevan a otros que, enfocados desde la perspectiva de la justificación, ensayan planteamientos con el activismo judicial responsable y valiente; o la teoría de la argumentación que dándose como elemento central no tiene en cuenta que es un mecanismo más apropiado para construir sentencias del *common law*.

La lectura se hace amena y ordenada. No parece ser producto del entusiasmo arrojado de un investigador incipiente, todo lo contrario, hay en todo momento un método prolijo y llevadero que comienza instalando el significado actual que tiene el Estado constitucional de Derecho, donde los poderes públicos actúan como sujetos de derecho, y bajo la orientación dispuesta por el manto protector de los derechos fundamentales que limitan y condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho. Con la materialización del control constitucional, afirma el autor que la norma básica del Estado deja de ser una plétora de reclamos o un postulado de principios, para

ser una norma en sí misma que consagra reaseguros con el formato de garantías que se resguardan con dos formatos básicos para conseguir la eficacia: el control constitucional dual y paralelo que reflejan los métodos difuso y concentrado.

Sin embargo, este espacio, que es útil para confrontar la eficiencia que tiene que encumbrar la actividad del Tribunal Constitucional como eje de este objetivo de certeza, permite desde nuestra posición traer otro emergente planteamiento que se formula muy bien en el ensayo.

En efecto, una de las cuestiones de mayor complejidad que tiene que investigar el mundo de la eficacia de la cosa juzgada debe partir por comprender la naturaleza jurídica de la llamada «sentencia constitucional», concepto que puede despertar confusiones inmediatas en los países donde el control de constitucionalidad lo tienen todos los jueces, de modo que al aplicar en sus decisiones el principio de la supremacía y el deber de controlar la eficacia de los derechos y garantías fundamentales, cualquier sentencia sería constitucional por sus efectos (*v. gr.*, Argentina o México); pero que, en lugares donde el control de constitucionalidad es concentrado, el desconcierto se atenúa porque la sentencia que profiera el Tribunal (político o jurisdiccional) será constitucional por esencia y una derivación directa de la teoría del órgano, que define la naturaleza de la decisión por la institución de la que proviene. Inclusive puede ocurrir que el sistema permita que sean tribunales especiales y jueces ordinarios los que fiscalicen el cumplimiento de la norma fundamental, supuesto en los que la naturaleza constitucional de la sentencia podrá ser común.

Claro está que el modelo mixto o compartido que tiene Perú agudiza la interrogante en los llamados procesos constitucionales (amparo, *habeas data, habeas corpus*, acción de cumplimiento, etc.) donde la sentencia dictada, lógicamente también sería «constitucional». En este caso, por el tipo de procedimiento, así como por los efectos y alcances del pronunciamiento. Lo cierto es que el panorama está abierto a varias interpretaciones, llevando a la necesidad de definir cuándo se está ante una sentencia constitucional y poder, así, cualificar su esencia y calidad.

Hemos dicho que la cuestión tiene que analizar al precedente en su relación con el modelo que se tiene para la construcción de la sentencia. En primer plano, queda de manifiesto que es diferente de una decisión común donde la razón del derecho se divide en ganadores y perdedores. Aquí no se focaliza la persona y la cuantía de su argumento fundado porque la mirada se pone en el derecho constitucional afectado, de manera que la bilateralidad de testimonios puede quedar solapada por la aplicación de principios propios y específicos de la interpretación constitucional. Es en este tramo donde anida buena parte del desarrollo doctrinario, que sin haber analizado el presupuesto anterior (naturaleza jurídica) clasifican las sentencias constitucionales sin explicar por qué se pueden apartar del modelo tradicional de elaboración. Esto se constata inclusive en la redacción de nuevas cartas constitucionales que confunden la actividad jurisdiccional propia del control de constitucionalidad, con la eficacia potestativa de la sentencia, convirtiéndola en un mandato impropio o casi en una legislación indirecta.

Este aspecto no se puede soslayar, dado que replantea la discusión sobre la jurisdicción y la legislación o, dicho en otros términos, en la posibilidad de tener jueces que con sus sentencias creen derechos como si fueran legisladores. Precisamente, es el paso siguiente que da Ruiz Riquero al advertir la proyección que importa la eficacia *erga omnes* del precedente cuando postula situaciones donde el punto de partida no puede ser tan seguro.

Nos referimos a la creencia —como presupuesto— de que el Tribunal Constitucional es infalible, donde el autor nos muestra un sinnúmero de casos que testimonian errores notables que han quedado afincados en el inseguro modelo de la ausencia de error del intérprete. Desde este planteamiento, el libro comienza un estudio más que interesante como es reconocer los componentes del precedente vinculante diferenciando como tesis, vale decir, bifurcar la *ratio decidendi* (que sería lo vinculante) del *obiter dicta* (que no lo es). Mientras uno tiene efectos jurídicos cuasilegislativos, el otro solo se aplica como guía u orientación, con un teñido sentido de persuasión.

Es claro que la elaboración técnica de una sentencia filtra cuestiones de menor formalidad, pero de mayor trascendencia. La ideología, en una sentencia constitucional, es un tema inocultable, donde no son únicamente consideraciones dogmáticas las que fluyen, al poder cimentar los fundamentos con la impronta de los hechos, o el crédito de la doctrina, o la influencia del precedente; cuando no en motivaciones políticas o de interpretación pura que demuestran la necesidad de abordar esta faceta.

Cuando Ruiz Riquero piensa que con herramientas de la interpretación se puede mejorar el esquema, asume que apoyar la razón de una sentencia en la ley puede ser genuino, pero no asegura la legalidad constitucional de cuánto se resuelva. Por eso, actualmente, la legislación comparada proclama un derecho fundamental más amplio, destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa. En España, son partes del derecho a la tutela judicial efectiva que se ensancha con la obligación de motivar las decisiones impuestas por el juez. De este modo, se equilibra la situación al servir de instrumento de control de las resoluciones por los tribunales superiores y la ciudadanía. Cuadrar la diferencia supone esclarecer cuánto significa fundar una sentencia en ley (de modo que, si la ley se aplica, no hay conflictos eventuales) respecto de motivar la decisión (que radica el fundamento en el aporte de razones). La distancia puede ser importante teniendo en cuenta que los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma. En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable.

Cuando nosotros afirmamos que la obligación de motivar es más que un principio constitucional al emplazarse como una «garantía» que se debe al justiciable, y que forma parte del debido proceso, estimulamos dentro del concepto la creación de un sistema de reaseguros que las constituciones democráticas deben crear para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Pero además de esta garantía, se apunta también a un principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del

mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos. Las dos funciones que se observan, la procesal que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función política que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada. La ventaja que tiene esta condición, coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades, al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso, al juez no solo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si este fuera un requisito formal, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

La tesis consagra una asimetría advertida con atención evidente. La jurisprudencia constitucional no es igual a la solución que imparte un precedente vinculante. Las distancias se evidencian desde el comienzo, porque no es lo mismo decidir un conflicto patrimonial entre partes que disputan, respecto de interpretar el alcance constitucional de un derecho individual homogéneo. Un proceso constitucional tiene diluida la bilateralidad procesal cuando la tarea específica es el control de constitucionalidad que, de algún modo, no tiene en cuenta el interés particular ni las pretensiones expuestas. De mayor claridad es el proceso en cuestiones de interpretación consultiva o, en abstracto, donde no hay partes en sentido procesal. No hay pretensiones ni posiciones, solo interpretación y declaración. Podemos aceptar que ciertos procesos constitucionales como el amparo contra actos de particulares pueda quedar encuadrado en el litigio que se debe resolver con las formas del juicio controversial, donde uno gane y el otro pierda; pero aun así, la forma de expresar la aplicación del derecho no sigue el principio de congruencia estricto (es decir, lo que cada parte plantea como suyo), dado que se puede modalizar la decisión, darle un alcance distinto (eficacia expansiva de la sentencia) o abrir un compás de espera para que reviertan los hechos, o el acto lesivo se pueda reconducir con la actividad legislativa (sentencia exhortativa).

En nuestro libro titulado «Teoría de la sentencia constitucional», afirmamos que esto mismo sucede con otra característica derivada de la contradicción técnica (derecho a oír a todas las partes antes de resolver). Un proceso constitucional, sin mirar el objeto que la demanda persiga (es decir, si quiere la declaración de inconstitucionalidad, la reparación de un derecho afectado o la prevención de perjuicios ante una amenaza cierta) siempre atiende la calidad del derecho fundamental cuya lesión o eventual vulneración se manifiesta; de ahí que gráficamente se pueda decir que cuando se golpea a las puertas de un juez constitucional, el interrogante que planteará para permitir la entrada a su fuero, no será preguntar ¿quién es?, sino ¿qué quiere?; vale decir, no atenderá las cuestiones de legitimación procesal (derechos o intereses del que pide), sino la entidad de las garantías individuales o colectivas que se perturban (derecho constitucional afectado). En otras palabras, los juicios constitucionales observan la Constitución; los procesos comunes, al Código Procesal.

Por eso, cuando se elabora la sentencia el resultado no debe conducir necesariamente a darle razón a uno u otro, porque la declaración no pretende zanjar un conflicto, sino conseguir la eficacia del derecho constitucional o de raigambre convencional. Al postergar en las prioridades del proceso, las preferencias de quienes litigan, para darle prelación al principio de supremacía constitucional, suben al escenario dos temas esenciales: las formas y la sustancia. Las primeras resolverán el modo de construir una sentencia constitucional; las otras referirán a los modelos de fundamentación. Podrán llegar de la razón suficiente, que se apoya en el análisis deductivo de los hechos con relación al derecho aplicable o, en su caso, se basarán en argumentos de cobertura supletoria o accidental que se instalan en la parte de motivaciones destinadas a conseguir la reflexión del sujeto violador; o para hacer apostillas que sin resultar imprescindibles para fundamentar la decisión se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

En todo este amplio espacio de la arquitectura de sostén para una decisión diferente al modelo tradicional de la sentencia, se obtienen áreas singulares que trascienden cuanto responde al pronunciamiento

definitorio. No solo es la sentencia de valor ejecutivo la que se designa, sino también todo aquello que se desprende con autonomía del fallo alcanzado. Es el tiempo de los llamados *obiter dictum* o de la *ratio esendi* o, también de la *ratio decidendi* que son expresiones latinas que se formulan como integrantes y significan algo más que una parte del cuerpo del decisorio. El *obiter dicta* es lo que se dice fuera de contexto, pero con una fuerte vinculación a consecuencias previsibles o que se quieren expresar de paso en la providencia; es decir, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las «consideraciones generales», las descripciones del argumento jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa que se decide.

El *obiter dicta* no tiene fuerza vinculante y constituye un criterio auxiliar de la interpretación. En cambio, la *ratio decidendi* son argumentos de la motivación; hacen al fundamento central que elude la pura discreción o la arbitrariedad de quien resuelve. No son justificativos, sino razones de fondo que obligan a expresarlas para darle sentido justo a la sentencia constitucional.

Ahora bien, cuando nuestro autor interroga ¿qué sentido tiene la obligatoriedad del precedente vinculante?, ¿no es contradictorio fomentar la interpretación y, al mismo tiempo, condicionarla con el deber de acatamiento a un pensamiento establecido como deber de aplicación? Esta es la base sobre la que edifica el capítulo III y las conclusiones que cierran la investigación. Estas atinadas reflexiones se pueden confrontar con otros emergentes. Países de control difuso puro como Argentina, no razonan ni reconocen una cosa juzgada que no sea estrictamente procesal. No se admiten proyecciones normativas porque las sentencias resuelven tan solo en casos concretos, y cuando se dispone un efecto expansivo de la cosa juzgada, no suele asignarse la calidad de *erga omnes* (para todos), sino para el grupo o sector afectado (incidencia colectiva que permite reconocer la identidad de cada perjudicado). Nunca, ni siquiera en estos casos, la jurisprudencia se extiende, pues aunque sea «para todos», siempre la referencia es «del caso». Este primer aspecto de la cosa juzgada tomada como valor normativo, entonces, queda

inerte ante el régimen constitucional imperante. Sin embargo, el aspecto procesal tiene fuertes resistencias apenas se ve en la cosa juzgada un impedimento que, amparado en la seguridad jurídica o en el derecho de propiedad (como la Corte Suprema de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada. Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia, sino, en todo caso, una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Por eso, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

La elaboración transita por carriles de preferencias donde el entorno influye y adiciona un plus de equilibrio o de sin razón. Por ejemplo, uno bien puede afirmar que la tasa mayor de accidentes se da entre automóviles, y la menor, en accidentes de aviación; sin embargo, cuando se asciende a un vehículo o a un avión, ¿dónde se tiene más miedo? Entonces, como resulta obvio que la perfección judicial dista de ser posible, por lo que la certidumbre se transforma en lo más parecido a la seguridad jurídica, se han recreado desde la teoría de la decisión una serie de entornos que hagan de la sentencia judicial una construcción más realista y menos técnica, donde lo primero trabaja solo bajo condiciones óptimas de decisión y, a menudo, crea hipótesis, para ser probadas; lo segundo, se forma con proposiciones algo alejadas de la realidad cotidiana. Ambos espacios concurren y son inescindibles; pero, en el campo constitucional, las premisas mayores fundamentan y se prefieren a las menores. Es el campo de la equiparación o de la jerarquía de los derechos. En suma, el juez constitucional tiene ante sí un panorama proclive a insinuaciones y retos que le inhiben la neutralidad absoluta. A sabiendas que tiene un rol político, su tarea y audacia consiste en alejarse de lo concreto para observar la generalidad; de medir el espacio de las individualidades afectadas y las incidencias colectivas.

Estas líneas reflejan nuestro pensamiento en la tesis sustentada por el inteligente abogado e investigador prometedor, que me honra con su invitación. Cada una de las posiciones que se exponen resguarda un temperamento propio en los que pueden sumarse convicciones y

creencias que aumentan los materiales propios de una obra intelectual como es la sentencia que se quiere convertir en precedente. Es indudable que lo intuitivo forma parte del elenco, pero en la rigidez de los principios impuestos para la justificación o la argumentación, su alegato bien podría ser llamado «designio de arbitrariedad». Para evitar la dispersión y provocar una suerte de «función nomofiláctica» o depuradora de la decisión, la tendencia a seguir lo resuelto por tribunales superiores es una manifestación elocuente. En los tribunales constitucionales es un designio habitual, pero en los modelos de control difuso, donde se resuelve por caso, la validez del criterio uniforme y repetido no tiene tantos adeptos ni defensores. Algunos afirman que esto es un riesgo por el poder que tiene el juez, quien se aísla para dar convicciones singulares según su criterio.

> Los tribunales de superior jerarquía o de último grado, aparte de la preeminencia jerárquica, formal o material, que están investidos por sobre los jueces y tribunales que les siguen en grados inferiores, ejercen una cierta autoridad implícita que viene determinada a nuestro modo de ver por los siguientes factores: a) generalmente están integrados por los jueces mejor calificados, con mayor experiencia, aquellos que gozan de cierto prestigio o reconocidas cualidades al realizar su función; b) encabezan a un gran número de jueces que por lo regular procuran que sus fallos no sean revocados por sus superiores jerárquicos, con el fin de propiciar las condiciones que les permitan ascender en el organigrama judicial, y c) el número de jueces que los integran permite inferir que los criterios por ellos sustentados tienen como base análisis exhaustivos, seriamente discutidos y razonados acerca de la cuestión planteada, por lo cual deben tomarse como pautas a seguir por el resto de los juzgadores[1].

El precedente es un concepto huidizo es cierto que a los efectos de formar y fundar la sentencia constitucional recibe el contrapeso de varios contingentes. Uno es el concepto propio para entender cuándo

---

(1) CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 83, 1995, p. 233.

hay precedente vinculante; otro es la reiteración del supuesto fáctico; además cercena el *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y limita el principio teórico de la jurisdicción afincado en el poder del *iudicium* (decir el derecho) porque otro lo dice por él.

La jurisprudencia tiene un enorme interés práctico al dar certidumbre y previsibilidad al justiciable. Sin embargo, cuando el precedente es de seguimiento obligatorio tiene el contrapeso de impedir al juez la libertad de interpretación. ¿Conspira ello con su independencia funcional? A veces, la decisión judicial está liberada de ataduras, y cualquiera sea la jurisdicción que intervenga puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar. De suyo, el sistema no impide que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

¿Qué nos dice Ruiz Riquero?, pues hilvana respuestas a tono con el tipo del precedente (administrativo, jurisdiccional y especial o vinculante). Es evidente que el modelo de análisis es más que interesante. El control de constitucionalidad se otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional, siendo, entonces, necesario adecuar la potestad del control directo, propio del mecanismo concentrado, respecto de las actuaciones que se originan en casos concretos donde intervienen jueces no constitucionales, propiamente dicho. En suma, las diferentes formas de enfocar una misma cuestión genera cierta complejidad para entender si es todo el precedente el que se aplica, en el sentido de despejar los hechos y seguir el mismo resultado; o verlo objetivamente y resolver qué es lo que tiene eficacia de precedente (que lleva a distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*). De igual modo, un precedente debe reconocer un esquema de influencias porque no será cualquier decisión la que deba seguirse, sino aquellas que por la organización de los tribunales provocan una relación de autoridad y jerarquía. En este espacio suele referirse a precedentes horizontales, precedentes verticales y autoprecedentes, donde también se dividen entre precedentes persuasivos y obligatorios. Y, ello sin entrar en un

cuello de botella tal como el que significa la jurisprudencia obligatoria emergente del control de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como síntesis de la presentación, me ocupa y preocupa que este libro llegue a quienes son especialmente sus destinatarios. La juventud del autor no empaña la lozanía de las reflexiones y la profundidad del pensamiento. Acaso sea verdad aquello que todo lo que se da por cierto siempre tiene algo cuestionable o inseguro, y este es el inquietante y extraordinario aporte que nos trae esta obra, que quedará en mi escritorio como guía y no para apoltronarse entre varios lomos más de la biblioteca.

Buenos Aires, diciembre del 2020

Osvaldo Alfredo Gozaíni
Presidente de la Asociación Argentina
de Derecho Procesal Constitucional
Director del Departamento de Derecho Procesal
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

La obra analiza la consistencia del precedente judicial enarbolando varias cuestiones constitucionales que no encuentran respuestas en la teoría decimonónica. El libro quiere encontrarlas en el llamado *neoconstitucionalismo* y, para ello, parte de formular interrogantes agudas y certeras. ¿El precedente vinculante invade la esfera de los demás poderes? ¿Condicionan acaso las decisiones legislativas y/o jurisdiccionales? ¿Es cierta la afirmación que sostiene la conveniencia política del precedente como resguardo de la estabilidad y la seguridad jurídica? Estos problemas llevan a otros que, enfocados desde la perspectiva de la justificación, ensayan planteamientos con el activismo judicial responsable y valiente; o la teoría de la argumentación que, dándose como elemento central, no tiene en cuenta que es un mecanismo más apropiado para construir sentencias del *common law*.

Osvaldo Alfredo Gozaíni

En esta perspectiva, la obra de Ruiz Riquero viene a contribuir en la bibliografía constitucional peruana y, sobre todo, a entender una institución importada y que viene progresivamente aclimatándose en nuestro sistema de jurisdicción constitucional. La obra puede leerse con provecho pese a la juventud de su autor que constituye, sin lugar a dudas, una promesa académica dentro de la legión de la nueva generación de académicos vinculados sobre todo a los predios del derecho procesal constitucional.

Gerardo Eto Cruz

ISBN: 978-9972-04-665-0

9 789972 046650