



# UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS**

---

## **EL PRECEDENTE ELECTORAL VINCULANTE**

---

**Línea de investigación: Estado Constitucional - Democracia material  
y Constitucionalismo peruano**

**Presentado por:**

**Bach. Bruce Josue Medina  
Cervantes**

**Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-2926-0541>**

**Para optar al título profesional de:  
Abogado**

**Asesor:**

**Dr. Roberto Gonzáles Álvarez**

**Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9782-6228>**

**CUSCO – PERÚ  
2023**



### Metadatos

Datos del autor	
Nombres y apellidos	Bruce Josue Medina Cervantes
Número de documento de identidad	72093885
URL de Orcid	<a href="https://orcid.org/0009-0000-2926-0541">https://orcid.org/0009-0000-2926-0541</a>
Datos del asesor	
Nombres y apellidos	Roberto Gonzalez Alvarez
Número de documento de identidad	23864455
URL de Orcid	<a href="https://orcid.org/0000-0001-9782-6228">https://orcid.org/0000-0001-9782-6228</a>
Datos del jurado	
Presidente del jurado (jurado 1)	
Nombres y apellidos	Fernando Rivero Ynfantas
Número de documento de identidad	23818798
Jurado 2	
Nombres y apellidos	Gretel Roxana Olivares Torre
Número de documento de identidad	23819131
Jurado 3	
Nombres y apellidos	Silvio Oswaldo Campana Zegarra
Número de documento de identidad	10542266
Jurado 4	
Nombres y apellidos	Alan Felipe Salazar Mujica
Numero de documento de identidad	41330293
Datos de la investigación	
Línea de investigación de la Escuela profesional	Estado Constitucional - Democracia material y Constitucionalismo peruano



Informe de revisión de similitud con turnitin

# El precedente electoral vinculante

por Bruce Josue Medina Cervantes

Dr. Roberto González Álvarez  
Asesor

---

Fecha de entrega: 11-may-2023 05:04p.m. (UTC-0500)  
Identificador de la entrega: 2090769177  
Nombre del archivo: Informe\_final\_tesis\_PEV.docx (234.94K)  
Total de palabras: 54154  
Total de caracteres: 295126



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**Universidad  
Andina  
del Cusco**

TESIS

---

EL PRECEDENTE ELECTORAL VINCULANTE

---

PRESENTADO POR:

BACH. BRUCE JOSUE MEDINA  
CERVANTES

TÍTULO PARA OPTAR:

ABOGADO

ASESOR:

DR. ROBERTO GONZÁLES ÁLVAREZ

CUSCO – PERÚ

2023

Dr. Roberto González Álvarez  
Asesor



## El precedente electoral vinculante

### INFORME DE ORIGINALIDAD



### ENCONTRAR COINCIDENCIAS CON TODAS LAS FUENTES (SOLO SE IMPRIMIRÁ LA FUENTE SELECCIONADA)

9%

★ [www.scribd.com](http://www.scribd.com)

Fuente de Internet

Excluir citas	Activo	Excluir coincidencias	Apagado
Excluir bibliografía	Activo		

Dr. Roberto González Álvarez  
Asesor



## Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Bruce Josue Medina Cervantes  
Título del ejercicio: tesis  
Título de la entrega: El precedente electoral vinculante  
Nombre del archivo: Informe\_final\_tesis\_PEV.docx  
Tamaño del archivo: 234.94K  
Total páginas: 178  
Total de palabras: 54,154  
Total de caracteres: 295,126  
Fecha de entrega: 11-may.-2023 05:04p. m. (UTC-0500)  
Identificador de la entrega: 2090769177



Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.

Dr. Roberto González Álvarez  
Asesor



## DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi madre, Yovanna, quien me ha brindado todo su amor y apoyo incondicional durante toda mi vida. Agradezco su esfuerzo y sacrificio para proporcionarme una educación de calidad y por ser mi fuente de inspiración y motivación para alcanzar mis metas. También quiero dedicar este trabajo a mis hermanos, Aarón y Séfora, que su compañía y aliento me ha ayudado a salir adelante en los momentos más difíciles.



## AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial a mi asesor, el Dr. Roberto Gonzáles Álvarez. Desde el inicio de mis estudios universitarios hasta la finalización de esta investigación, ha sido un guía excepcional y un modelo a seguir, gracias a su amabilidad, humildad y profunda erudición.

A mis amigos y compañeros de la universidad, con quienes emprendimos proyectos académicos y políticos, cuyos fracasos y aciertos, forman parte de nuestra construcción como profesionales y ciudadanos.

A Valeria, por su amor, ternura y compañía, que me ayudó mucho en este proceso.

A la Universidad Andina del Cusco, por brindarme tantas oportunidades y espacios para desarrollarme como estudiante y poder realizar esta investigación. Asimismo, a todos los profesores que me brindaron su valiosa enseñanza durante toda mi formación académica.





## RESUMEN

La presente investigación aborda cómo es posible superar la vulneración al principio de seguridad jurídica debido a la ausencia normativa del precedente electoral vinculante en la legislación electoral peruana y cuáles serían las razones que justificarían la obligatoriedad de las resoluciones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

En ese ánimo, la metodología utilizada fue de tipo dogmático propositiva. Dogmático porque en ella se abocará al estudio de fuentes formales del Derecho, como: la Constitución Política del Perú, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y doctrina nacional e internacional sobre la materia; y, es propositiva, ya que mediante este estudio se pretende establecer las razones (en abstracto) que justifican la modificación de una disposición normativa para la implementación de una institución jurídica: el precedente electoral vinculante. Asimismo, el enfoque de la investigación es cualitativo porque el objetivo de ésta es analizar un fenómeno: la inclusión del precedente electoral vinculante en el proceso de electoral peruano, por lo que no contiene mediciones estadísticas o ensayos empíricos.

Los resultados más resaltantes de la investigación demuestran que el Derecho peruano presenta elementos estructurales en favor del uso de precedentes y que éstos son una herramienta para la realización del principio de seguridad jurídica en los procesos electorales en el Perú.

**Palabras claves:** seguridad jurídica, precedente, derecho electoral, justicia electoral, fuerza vinculante de los precedentes.



## ABSTRACT

The present research addresses how to overcome the violation of the principle of legal certainty due to the absence of a binding electoral precedent in Peruvian electoral legislation, and what would be the reasons to justify the mandatory nature of the resolutions of the National Elections Jury Plenum in electoral matters. In this regard, the methodology used was a dogmatic-propositional approach. Dogmatic because it will focus on the study of formal sources of law, such as the Peruvian Political Constitution, the Organic Law of the National Elections Jury, the jurisprudence of the Constitutional Court, and national and international doctrine on the subject; and propositional because through this study, the reasons (in abstract) that justify the modification of a normative provision for the implementation of a legal institution: the binding electoral precedent, are intended to be established. Also, the research approach is qualitative because its objective is to analyze a phenomenon: the inclusion of the binding electoral precedent in the Peruvian electoral process, so it does not contain statistical measurements or empirical essays. The most outstanding results of the research demonstrate that Peruvian law presents structural elements in favor of the use of precedents, and that these are a tool for the realization of the principle of legal certainty in electoral processes in Peru.

**Keywords:** legal certainty, precedent, electoral law, electoral justice, binding force of precedents.



## LISTA DE ABREVIATURAS

C93	Constitución Política del Perú de 1993
LOJNE	Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, Ley n. ° 26486
INDECOPI	Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
JNE	Jurado Nacional de Elecciones
JEE	Jurados Electorales Especiales
ONPE	Oficina Nacional de Procesos Electorales
RENIEC	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos



## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA</b> .....	3
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	8
<b>RESUMEN</b> .....	9
<b>ABSTRACT</b> .....	10
<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</b> .....	14
<b>1.1. Planteamiento del problema</b> .....	14
<b>1.2. Formulación de problemas</b> .....	17
<b>1.2.1. Problema general</b> .....	17
<b>1.2.2. Problema específico</b> .....	17
<b>1.3. Justificación de la investigación</b> .....	17
<b>1.3.1. Conveniencia</b> .....	18
<b>1.3.2. Relevancia social</b> .....	18
<b>1.3.3. Implicancias prácticas</b> .....	18
<b>1.3.4. Valor teórico</b> .....	18
<b>1.3.5. Utilidad metodológica</b> .....	19
<b>1.4. Objetivos de la investigación</b> .....	19
<b>1.4.1. Objetivo general</b> .....	19
<b>1.4.2. Objetivo específico</b> .....	19
<b>1.5. Delimitación del estudio</b> .....	19
<b>1.5.1. Delimitación espacial</b> .....	20
<b>1.5.2. Delimitación temporal</b> .....	20
<b>1.6. Viabilidad</b> .....	20
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	21
<b>2.1. Antecedentes de la investigación</b> .....	21
<b>2.1.1. Antecedentes directos</b> .....	21
<b>2.1.2. Antecedentes indirectos</b> .....	26
<b>2.2. Marco conceptual (definición de términos básicos)</b> .....	29
<b>2.3. Hipótesis de trabajo</b> .....	31
<b>2.3.1. Hipótesis general</b> .....	31
<b>2.3.2. Hipótesis específica</b> .....	31
<b>2.4. Categorías de estudio</b> .....	31
<b>CAPÍTULO III: MÉTODO</b> .....	33
<b>3.1. Diseño metodológico</b> .....	33
<b>3.2. Diseño contextual</b> .....	34



3.2.2.	Escenario espacio temporal .....	34
3.2.3.	Unidad de estudio.....	34
3.2.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	35
<b>CAPÍTULO IV: DESARROLLO TEMÁTICO .....</b>		<b>36</b>
<b>SUB CAPÍTULO I: LA SEGURIDAD JURÍDICA .....</b>		<b>36</b>
4.1.1.	Una breve historia de las ideas: de la seguridad material a la seguridad jurídica .....	36
4.1.2.	Los conceptos de seguridad jurídica .....	42
4.1.3.	El principio de la seguridad jurídica .....	51
<b>SUB CAPÍTULO II: EL PRECEDENTE .....</b>		<b>65</b>
4.2.1.	Premisa .....	65
4.2.2.	El precedente en la legislación peruana .....	67
4.2.3.	Comparación con el Derecho inglés.....	82
4.2.4.	Estructura y ubicación del precedente.....	86
4.2.5.	La fuerza vinculante del precedente.....	97
<b>SUB CAPÍTULO 3: EL DERECHO ELECTORAL .....</b>		<b>103</b>
4.3.1.	Concepto .....	103
4.3.2.	El Sistema electoral peruano.....	106
4.3.3.	El Jurado Nacional de Elecciones .....	108
<b>SUB CAPÍTULO IV: EL PRECEDENTE ELECTORAL VINCULANTE .....</b>		<b>116</b>
4.4.1.	Factores institucionales que determinan el uso de precedentes en el Derecho peruano.....	116
4.4.2.	El Pleno del JNE es un tribunal de precedentes.....	120
4.4.3.	El precedente y el principio de seguridad jurídica.....	124
4.4.4.	Proyecto de ley que establece el precedente electoral vinculante.....	127
4.4.5.	Propuesta de modificación legislativa de los artículos 23, 24 y 35 de la LOJNE, para la regulación del precedente electoral vinculante.....	135
<b>CAPÍTULO V: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>		<b>140</b>
5.1.	Resultados y análisis de los hallazgos.....	140
5.2.	Discusión y contrastación teórica de los hallazgos.....	165
<b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>180</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>		<b>183</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>		<b>186</b>
<b>ANEXO 1.....</b>		<b>189</b>



## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

### 1.1. Planteamiento del problema

El sistema electoral peruano está conformado por organismos constitucionales como el JNE, el RENIEC y el ONPE. La finalidad de este sistema es, como indica la C93, asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (artículo 176° de la C93). Es decir, la concretización del sistema democrático.

En el marco de la ejecución del sistema electoral, se deben cumplir funciones en el planeamiento, organización y resolución de conflictos tras la ejecución de los procesos electorales, referéndums, consultas populares o en el ejercicio mismo de la función pública producto de los comicios electorales. Es por ello que compete al JNE tanto funciones administrativas (mantener el registro de organizaciones políticas, elaboración de los padrones electorales y promover fiscalizar la realización de los procesos electorales) como jurisdiccionales (administrar justicia en materia electoral).

Lo que compete a la presente investigación es estudiar las funciones jurisdiccionales del JNE y cómo es que se comporta como una corte de vértice en justicia electoral en el ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, la LOJNE ha regulado en cuanto a la atribución jurisdiccional, que es función del JNE administrar justicia, como instancia última, en materia electoral; lo cual, quiere decir : i) resolver en instancia última y definitiva, sobre la inscripción de las organizaciones políticas y de sus candidatos en los procesos electorales; ii) resolver, en última instancia, las reclamaciones que se presente sobre la constitución y el funcionamiento de los JEE; iii) resolver las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las resoluciones de los JEE; y iv)



declarar la vacancia de los cargos y proclamar a los candidatos que por ley deben asumirlos (LOJNE, Art. 5).

En el marco de la estructura orgánica del JNE, se ha establecido que quien ejerce las funciones como máxima corte es el Pleno del JNE, a la que le compete resolver en segunda instancia y de forma definitiva, los conflictos en materia electoral. Por otro lado, la LOJNE determina como órgano competente para administrar justicia –electoral- en primera instancia a los JEE, que son órganos de carácter temporal, creados para procesos electorales y circunscripciones específicas.

Como se presenta la regulación del sistema electoral en cuanto a los titulares de la función jurisdiccional, se advierte una estructura vertical y desconcentrada para la organización y administración de justicia en materia electoral. Un sistema donde se garantiza la doble instancia, el debido proceso, el derecho de defensa, y demás propios de la función jurisdiccional.

Aun así, de la lectura de la LOJNE, se advierte que, si bien el Pleno del JNE es el titular para resolver en última instancia los conflictos en materia electoral y sus decisiones no son revisables, carece de la capacidad de poder emitir precedentes vinculantes en su materia. No existe disposición alguna que otorgue la facultad al Pleno del JNE de emitir precedentes vinculantes.

Si bien la institución del precedente vinculante en el Perú tiene una antigüedad no más de cuarenta años, en la actualidad la regulación del precedente ha sido un propósito que se ha generalizado en la actividad de las más altas cortes y los organismos administrativos que ejercen como última instancia. Por un lado, tenemos que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 22°, indica que las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden fijar principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento por todos los magistrados de todas las instancias judiciales. Regulando de esta forma el precedente vinculante de forma general en la estructura del Poder Judicial. Por otro lado, en el ámbito administrativo, el Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos en su artículo 138 indica que el Tribunal



Registral de SUNARP puede emitir precedentes de observancia obligatoria para todas las instancias registrales.

Es una característica del Derecho peruano, por su influencia del *civil law* que la capacidad de emitir precedentes nazca de una ley que lo faculte. En ese sentido, se verá la introducción de la institución del precedente en el Perú y su desarrollo en base a un dispositivo normativo, lo cual generó una regulación generalizada en las más altas cortes jurisdiccionales y organismos administrativos de última instancia.

Se suma a la carencia normativa del precedente electoral vinculante, los aspectos estructurales y administrativos en la composición y funcionamiento de los JEE. Que, de acuerdo a su eventualidad y masiva creación, se advierte algunos posibles problemas. Al respecto Rodríguez (2017), en su tesis de maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, nos indica que:

Desde las elecciones generales del 2006 hasta las elecciones municipales del 2017, han existido 31 elecciones en total. Como consecuencia de todos estos procesos electorales se constituyeron, en total, 676 JEEs, todos ellos temporales. Cabe precisar que, de este total, los 382 jurados creados con ocasión de las elecciones generales del 2006 hasta las elecciones complementarias del 2011 se conformaron por dos miembros legos y un juez, quien presidía los JEE. Luego, a partir de las elecciones generales del 2011, la conformación cambió. A partir de este proceso, se eliminó a uno de los miembros legos y se introdujo a un representante del Ministerio Público. Con esta estructura se han constituido, hasta las elecciones municipales de diciembre de 2017, un total de 284 JEEs (p. 70).

En atención a esta información que demuestra el inmenso número de JEE creados a lo largo de estos años y la presencia de cientos de sus miembros sin la debida experiencia en materia electoral, nos hace entender una cosa: alta probabilidad de interpretaciones heterogéneas en aplicación de la legislación electoral.





Si sumamos la eventual creación de los JEE para cada proceso electoral, las diversas circunscripciones en donde deben ser creadas y la ausencia de experiencia o especialidad en materia electoral para conformar los JEE, más la inexistente regulación del precedente electoral vinculante, avizora un panorama adverso en la estabilidad de la justicia electoral. Siendo inevitable una afectación al principio de seguridad jurídica.

## **1.2. Formulación de problemas**

### **1.2.1. Problema general**

¿Cómo superar la vulneración del principio de seguridad jurídica por la ausencia normativa del precedente electoral vinculante en el Perú?

### **1.2.2. Problema específico**

¿Cuáles son las razones que justificarían la obligatoriedad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones para superar la vulneración del principio de seguridad jurídica?

## **1.3. Justificación de la investigación**

El presente trabajo de investigación se justifica de la siguiente manera:



### **1.3.1. Conveniencia**

Es conveniente realizar esta investigación para establecer un criterio a favor de la inclusión del precedente electoral vinculante en los procesos electorales en el Perú y, así, incidir en la predictibilidad de los procesos electorales.

### **1.3.2. Relevancia social**

El presente trabajo de investigación tiene relevancia de carácter social debido a la vinculación entre el Sistema Electoral y la constante implementación de la democracia en nuestro Estado. El hondar en el estudio del sistema de precedentes, significará un desarrollo teórico importante con posibles implicancias prácticas en la salvaguarda de los derechos fundamentales y en la consolidación del sistema democrático peruano.

### **1.3.3. Implicancias prácticas**

Se considera que de los resultados de la presente investigación se establecerán nuevos enfoques en el sistema electoral peruano y, por ende, en la estabilidad del proceso electoral.

### **1.3.4. Valor teórico**

Con la presente investigación se pretende aportar criterios teóricos sobre el precedente en el proceso electoral, lo que servirá para contribuir a un sustento para futuros estudios porque se recabará información doctrinaria y jurisprudencial.



### **1.3.5. Utilidad metodológica**

La utilidad metodológica de la investigación radica en el análisis y reflexión sobre la necesidad de la regulación del precedente electoral vinculante para garantizar el principio de seguridad jurídica en el Perú. A través de la revisión de fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y normativas, se ha demostrado la importancia de contar con una normativa que establezca la obligatoriedad de los precedentes en esta materia. Esta investigación puede servir como base para futuros estudios sobre el tema y para la elaboración de propuestas de reformas en la legislación electoral peruana.

## **1.4. Objetivos de la investigación**

### **1.4.1. Objetivo general**

Determinar cómo superar la vulneración del principio de seguridad jurídica por la ausencia normativa del precedente electoral vinculante en el Perú.

### **1.4.2. Objetivo específico**

Identificar cuáles son las razones que justifican la obligatoriedad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones para superar la vulneración del principio de seguridad jurídica.

## **1.5. Delimitación del estudio**



### **1.5.1. Delimitación espacial**

La presente investigación se ha desarrollado analizando el sistema jurídico peruano vigente al momento de ser consultado, y precisamente, analizado la legislación en materia electoral y codificación procesal.

### **1.5.2. Delimitación temporal**

El desarrollo de la investigación ha iniciado en el año 2019 y ha concluido en el año 2023.

### **1.6. Viabilidad**

La viabilidad de la presente investigación se sustenta en el progreso de la tradición jurídica peruana en la doctrina del precedente, la cual se ha visto reflejada en el desarrollo de leyes que regulan su fuerza vinculante, en la existencia de jurisprudencia relevante que detalla su contenido, en la aportación doctrinal que sustenta su aplicación y en las tesis que han buscado responder a las preguntas sobre su implementación y desarrollo en el derecho peruano.



## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes de la investigación

En este apartado abordaremos los antecedentes directos e indirectos de la investigación. Al referirse ésta al precedente vinculante electoral y la viabilidad de su inclusión en la legislación electoral: específicamente a la LOJNE, los antecedentes estarán conformados principalmente por textos normativos extranjeros que regulan situaciones jurídicas similares a la planteada en la hipótesis. Asimismo, se presenta de manera indirecta, tesis de maestría relacionadas al tema de la presente investigación.

#### 2.1.1. Antecedentes directos

##### 2.1.1.1. Antecedentes normativos internacionales

###### - **Antecedente 1: Ley Orgánica del Régimen Electoral General de España**

El régimen electoral español se rige en el marco de la Ley Orgánica del Régimen Electoral. Ley que además de regular las elecciones para la elección de representantes ante los poderes del Estado, regula la Administración electoral, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento y desarrollo de los procesos electorales.

La Administración electoral está compuesta por las Juntas Electorales: Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las mesas Electorales.



La Junta Electoral Central de la Administración Electoral española se puede asemejar en cuanto a estructura y facultades al JNE y, a las demás juntas descritas en el párrafo anterior, a los JEE.

El Art. 19, de esta ley señala en su literal “c”, como competencia de la Junta Electoral Central: “Cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, en cualquier materia electoral. En su literal “d”: “Resolver con carácter vinculante las consultas que le eleven las Juntas Provinciales y, en su caso, las de Comunidad Autónoma”. Y, por último, en su literal “f”: “Unificar los criterios Interpretativos de las Juntas Electorales, Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma en la aplicación de la normativa electoral”.

En primera medida se podría indicar del análisis del artículo en mención, que: en cuando concierne a la actividad jurisdiccional de la Junta Electoral Central, sus decisiones tienen carácter de precedente vinculante para las Juntas (órganos) de menor jerarquía.

- **Antecedente 2: Ley que regula la Cámara Nacional Electoral de la República de la Argentina: Ley N° 19.108 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**

En el marco de la organización de la Justicia Nacional Electoral de Argentina se regula el funcionamiento de la Cámara Nacional Electoral; la misma que cumple funciones administrativas y jurisdiccionales en cuanto al proceso electoral en Argentina. Respecto a su composición y atribuciones se asemeja al JNE en el Perú. Para la presente investigación, resultada importante identificar que la Cámara Nacional Electoral al igual que el JNE, es la autoridad superior en materia electoral en su país y conoce en última instancia los procesos en materia electoral.

En el Art. 6°, de la Ley N° 19.108, que regula la Cámara Nacional Electoral, se indica que: “La jurisprudencia de la Cámara prevalecerá sobre los criterios de



las Juntas Electorales y tendrá con respecto a estas y a los jueces de primera instancia, el alcance previsto por el artículo 303° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

En el Art. 303°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, se indica que: “La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria”.

Es así, que del análisis de los artículos de las dos leyes en mención se puede indicar, que: las resoluciones de la Cámara Nacional Electoral argentina tendrán el carácter de precedente vinculante para sí mismas y para las Juntas Electorales y los jueces de primera instancia con competencia electoral.

- **Antecedente 3: Ley Orgánica Electoral de la República Ecuatoriana (Código de la Democracia)**

El Código de la Democracia, como así lo han denominado en el país ecuatoriano, regula su sistema electoral y, por ende, la Justicia Electoral. A diferencia del caso peruano, el legislador ecuatoriano ha visto por conveniente separar las atribuciones administrativas y jurisdiccionales durante el proceso electoral; es así, que crea el Tribunal Contencioso Electoral que es el órgano de la función electoral encargado de administrar justicia en materia electoral y dirimir conflictos internos de las organizaciones políticas (Art. 61°, de la Ley Orgánica Electoral de la República Ecuatoriana).

En su artículo 70.8°, indica como función del Tribunal Contencioso Electoral: “Dictar en los casos de fallos contradictorios, por mayoría de votos de sus miembros, la disposición que debe regir para el futuro, con carácter obligatorio, mientras no se disponga lo contrario”. De igual forma que sus fallos y



resoluciones constituyen jurisprudencia electoral, que son de última instancia, inmediato cumplimiento y no serán susceptibles de revisión.

Del artículo en análisis se puede indicar que las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral ecuatoriano tienen carácter de precedente vinculante para los procesos en materia electoral.

#### **2.1.1.2. Antecedente normativo nacional**

##### **- Antecedente 4°: Proyecto de Ley n. ° 2825/2017-JNE, que establece el precedente electoral vinculante**

En fecha 03 de mayo de 2018, el presidente del Pleno del JNE, presenta ante el presidente del Congreso de la República, el "Proyecto de Ley que establece el precedente electoral vinculante", en ejercicio de la atribución de iniciativa legislativa que tiene el JNE en materia electoral, tal como establece el numeral 6 del artículo 178 de la C93. Sin embargo, en fecha 17 de agosto de 2021 fue enviado al archivo por Acuerdo del Consejo Directivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, bajo la Res. N. ° 19-2021-2022/CONSEJO-CR.

Reza en el Acuerdo del Pleno del JNE de fecha 16 de marzo de 2018, aprobar el "Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral Vinculante que modifica los artículos 23, 24 y 35 de la Ley N. ° 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones" (en adelante el Proyecto) y su remisión al Congreso de la República. De la lectura del Acuerdo del Pleno, se observa que la iniciativa legislativa tiene por finalidad:

Establecer el precedente electoral vinculante y la observancia obligatoria de la doctrina jurisprudencial electoral del Jurado Nacional de Elecciones, para proporcionar una guía adecuada en la resolución de controversias electorales, y de esta manera, las partes procesales puedan obtener una pronta respuesta, coherente, predecible, justa y con arreglo a ley, en el





marco de la administración de justicia electoral; máxime si los pronunciamientos que se emitan deben cumplir, entre otros, con los principios de seguridad jurídica, igualdad, universalización y supremacía de los Derechos Fundamentales.

El Acuerdo indica que el proyecto de regular el precedente electoral vinculante se sustenta en las interpretaciones contradictorias, vacíos legales reglamentarios, la normativa que podría prestarse a una interpretación diversa o contradictoria por parte de los JEE.

El Proyecto establece en su artículo 2 la modificación de los artículos 23, 24 y 35 de la Ley Orgánica del JNE. Con esta fórmula legislativa que propone la modificación del artículo 23 de la LOJNE, tal como se ha planteado en el Proyecto, propone regular dos tipos de precedente: (i) la denominada doctrina jurisprudencial electoral de obligatorio cumplimiento y (ii) el precedente electoral vinculante. El primero que consiste en un criterio jurisdiccional reiterado y uniforme, expresado en al menos tres (3) o más pronunciamientos -o llámese decisiones-, y así constituir su carácter obligatorio -de forma vertical- hacia los JEE, mas no, al mismo Pleno del JNE. El segundo, consiste en un precedente que vincula al Pleno del JNE como a los JEE, se emplea el modelo de “precedente regla” en donde el Pleno del JNE precisa su carácter vinculante y su extremo normativo.

De la lectura de la propuesta de modificación del artículo 24, se agrega un párrafo en el que se indica la forma de crear un precedente electoral vinculante, refiriéndose al quórum y la cantidad de votos emitidos por miembros del Pleno del JNE. Regla que servirá de igual forma para la modificación o eliminación del precedente.

En cuanto a la propuesta de modificación del artículo 35, se hace más extenso el artículo que regula la reglamentación de sus funciones, incluyendo la obligación que tendrían los JEE para “observar” la doctrina jurisprudencial electoral y cumplir “obligatoriamente” los precedentes electorales vinculantes. También se indica la capacidad de los JEE de apartarse de estos precedentes,



expresando las razones en las cuales se fundamenta su apartamiento y se decide de forma distinta.

Sin embargo, en fecha 17 de agosto de 2021 fue enviado al archivo por Acuerdo del Consejo Directivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, bajo la Res. N. ° 19-2021-2022/CONSEJO-CR. Postergando, de esta manera, la necesaria introducción de la figura del precedente vinculante en la legislación electoral.

## **2.1.2. Antecedentes indirectos**

### **2.1.2.1. Antecedentes académicos**

#### **- Antecedente 5:**

El quinto antecedente de la investigación lo constituye la tesis que lleva como título “EL ESTABLECIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE COMO MANIFESTACIÓN DE LA IDONEIDAD EN EL CARGO DE JUEZ SUPREMO”. El autor de la tesis es CRISTIAN GUILLERMO ANGELUDIS TOMASSINI para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, en el año 2014, quien arribó a la siguiente conclusión:

El precedente vinculante en nuestra opinión, propugna la igualdad y la predictibilidad en el sistema, es decir, genera seguridad jurídica. Además, disminuye la litigiosidad, genera transparencia en la decisión, y es un instrumento que facilita la flexibilidad del sistema, al ser más fácilmente modificable, además se sustenta en el análisis de casos concretos, por lo que sus bondades, en nuestra opinión, son claras.



- **Antecedente 6:**

El sexto antecedente de la investigación lo constituye la tesis que lleva como título “LOS HECHOS EN EL PRECEDENTE: FUNDAMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN RACIONAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ”. El autor de la tesis es JIM LEOFEL RAMÍREZ FIGUEROA para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, en el año 2018, quien arribó a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: el precedente es una norma general creada para resolver un caso concreto; sirve para decidir casos posteriores cuyos hechos sean similares a los hechos del caso anterior y planteen las mismas cuestiones jurídicas.

SEGUNDA: la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es un componente sustancial de la doctrina del precedente, puesto que solo la *ratio decidendi* de un caso anterior puede constituir precedente.

TERCERA: el extremo vinculante de una decisión anterior construida al margen de los hechos del caso particular no puede ser catalogado como precedente. esto en la medida que la *ratio decidendi* es determinada a partir de los hechos del caso concreto, pues la *ratio decidendi* no es otra cosa más que la respuesta construida para solucionar un determinado problema fáctico con relevancia jurídica y no una solución abstracta que prescinda de los hechos del caso concreto.

CUARTA: la aplicación y/o inaplicación del precedente a un caso concreto se determina a partir del análisis comparativo entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso posterior, de modo que si los hechos relevantes de este último son sustancialmente similares a los hechos del caso previo, el juez deberá de seguir el precedente; en tanto que si los hechos son distintos, podrá distinguir un caso del otro e inaplicar el precedente.



- **Antecedente 7:**

El séptimo antecedente de la investigación lo constituye la tesis que lleva como título “LOS JURADOS ELECTORALES ESPECIALES BAJO ANÁLISIS. UN DIAGNÓSTICO SOBRE LOS PROBLEMAS RELACIONADOS A SU CONFIGURACIÓN ORGÁNICA”. El autor de la tesis es DANIEL ERNESTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, en el año 2018, quien arribó a las siguientes conclusiones:

Los jurados electorales especiales (JEE) son entidades jurisdiccionales de primera instancia, con adicionales funciones administrativas, pertenecientes al Jurado Nacional de Elecciones. Estos jurados tienen por función impartir justicia en materia electoral ante cualquier conflicto surgido de un proceso electoral. Para ello, actúan imparcialmente aplicando la ley electoral para resolver dichos conflictos que se le presentan.

Ahora bien, la C93 no señala en modo alguno qué órgano debe ser el encargado de resolver conflictos en materia electoral en grado de primera instancia. Sin embargo, a través de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (LOJNE), ley de desarrollo constitucional, se ha delegado esta función a los JEE. Estos jurados tienen una jerarquía administrativa y jurisdiccional menor a la del Pleno de JNE, máxima autoridad del JNE.

Asimismo, los JEE, orgánicamente, tienen dos características principales. La primera, es que son órganos temporales, pues se crean una vez que se inicia un proceso electoral y se clausuran una vez que culmina el mismo. La segunda, es su peculiar estructura, pues se trata de tribunales escabinados, es decir, que mantienen en su estructura a un ciudadano común. Así pues, estos JEEs están conformados por un juez, representante del poder judicial y que es quien preside el jurado; un fiscal,



representante del Ministerio Público; y un ciudadano lego, representante de la ciudadanía designado por el Pleno del JNE mediante sorteo.

## 2.2. Marco conceptual (definición de términos básicos)

- Jurado Electoral Especial: Son órganos que pertenecen al sistema electoral peruano creados temporalmente para procesos electorales en circunscripciones específicas (Art. 31°, de la LOJNE). Sus funciones son de carácter administrativa (organización de procesos electoral de manera descentralizada) y jurisdiccional (administrar justicia electoral en primera instancia).
- Jurado Nacional de Elecciones: Es un organismo constitucionalmente autónomo que forma parte del sistema electoral peruano. Su función como parte de este sistema es que las votaciones se traduzcan en la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (Art. 176° de la C93). Compete al JNE funciones de carácter administrativo (planeamiento, organización y ejecución de los procesos electorales, mantener el registro de organizaciones políticas, y demás que establece la C93) y de carácter jurisdiccional (como titular de la administración de justicia en materia electoral como última instancia).
- Justicia electoral: Es la función jurisdiccional en materia electoral exclusiva a los organismos electorales tales como el Jurado Nacional de Elecciones y los Jurados Electorales Especiales, por mandato Constitucional, es decir, la función de administrar justicia y dirimir en conflictos de carácter electoral.
- Precedente: El precedente es una técnica de creación del derecho distinta y posterior a la de su configuración dispositiva; en donde los tribunales ejercen un verdadero poder normativo. En palabras de MacCormick y



Summers (1997), los precedentes son decisiones (jurisdiccionales) anteriores que funcionan como modelos para decisiones futuras (como se citó en Da Rosa, 2016, p. 6).

- Precedente Constitucional Vinculante: El Tribunal Constitucional lo ha definido como: “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga” (García Belaunde, 2009, p, 573).
- Principios jurídicos: Los principios jurídicos son normas fundamentales en el sentido que dan fundamento y/o justificación axiológica a otras normas, en el sentido que incorporan valores, sentimientos de justicia y decisiones políticas. De otro lado, puede decirse que su contenido es indeterminado (porque tiene un antecedente abierto o es defectible o es genérico) (Guastini, 2016).
- Proceso electoral: Es el conjunto de actos realizados en etapas para la renovación de representantes públicos ante el parlamento nacional, gobierno central, gobiernos regionales y locales, elección de jueces según la C93, Referéndum y Revocatoria de Autoridades. Tienen carácter mandatorio. Pueden ser requeridos por el Estado o por iniciativa popular, de acuerdo a las normas y principios de Participación Ciudadana (Art. 5° de la Ley Orgánica de Elecciones). Tiene su fundamento en la C93 y se regula por la Ley Orgánica de Elecciones y las respectivas normas de convocatoria.
- Principio de seguridad jurídica: El principio de seguridad jurídica presupone la predictibilidad de las conductas (en especial, la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la



interdicción de la arbitrariedad. Forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho (García Belaunde, 2009)

## **2.3. Hipótesis de trabajo**

### **2.3.1. Hipótesis general**

Dado que se debe superar la vulneración del principio de seguridad jurídica por la ausencia normativa del precedente vinculante en el Perú; es probable que ello se logre incorporando en la legislación electoral (Ley orgánica del Jurado Nacional de Elecciones) la institución del precedente electoral vinculante, a efecto de generar predictibilidad en la justicia electoral

### **2.3.2. Hipótesis específica**

Las razones que justifican la obligatoriedad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones para garantizar el respeto del principio la seguridad jurídica, están compuestas por: i) la autonomía que posee este Órgano Constitucional Autónomo para administrar justicia en materia electoral, ii) la atribución constitucional que posee para resolver los procesos electorales en última instancia con calidad de cosa juzgada, y iii) por la necesidad de generar predictibilidad de los procesos electorales y estabilidad del sistema democrático en el Perú.

## **2.4. Categorías de estudio**

Dada la naturaleza dogmática de la investigación y siendo las categorías de estudio simples, es decir, no se descomponen en indicadores o dimensiones; quedan establecidas de la siguiente manera:



**Cuadro n. ° 1**

Categorías de estudio
Categoría 1°: Seguridad Jurídica.
Categoría 2°: Precedente vinculante.
Categoría 3°: Proceso electoral.

*Fuente: elaboración del autor*





## CAPÍTULO III: MÉTODO

### 3.1. Diseño metodológico

El diseño de investigación se precisa en el siguiente cuadro:

**Cuadro n. ° 2**

Diseño de la investigación	El diseño de la investigación es no-experimental, debido a que en este estudio no se realizará manipulaciones deliberadas de las categorías de estudio, más bien, que la investigación se centrará en analizar éstas en su contexto natural ( <b>Sampieri, 2010</b> ). Dentro del diseño no-experimental, la investigación es de tipo transeccional correlacional, ya que describirá la relación (no causal) entre las tres categorías de estudio (seguridad jurídica, precedente vinculante y proceso electoral) en un tiempo determinado (p. 151 y ss.).
Tipo de investigación	La investigación es de tipo dogmático propositiva: es <i>dogmático</i> porque ésta se abocará al estudio de las fuentes formales del derecho (disposiciones normativas, jurisprudencia y la doctrina), estrictamente: Constitución Política del Perú, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y doctrina sobre la materia; y es <i>propositiva</i> , ya que mediante este estudio se pretende establecer las razones (en abstracto) que



---

justifican la modificación de una disposición normativa para la implementación de una institución jurídica (precedente electoral vinculante) (Tantaleán, 2015).

---

Enfoque de  
investigación

El enfoque de la investigación es cualitativo porque el objetivo de ésta es analizar un fenómeno (la inclusión del precedente electoral vinculante en el proceso de electoral peruano), por lo que no contiene mediciones estadísticas o ensayos empíricos (Sampieri, 2010).

---

*Fuente: elaboración del autor.*

### **3.2. Diseño contextual**

#### **3.2.2. Escenario espacio temporal**

La presente investigación está enfocada en determinar la necesidad de regular el precedente electoral vinculante para superar la afectación al principio de seguridad jurídica, por ende, el escenario espacio temporal se reduce al sistema jurídico peruano en el tiempo en que se desarrolla la investigación.

#### **3.2.3. Unidad de estudio**

La unidad de estudio de la presente investigación está constituida por documentos normativos, como: la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones y otros cuerpos normativos que pertenecen al ordenamiento jurídico peruano, en los que se haya regulado el precedente vinculante. Asimismo, por la doctrina nacional y extranjera que haya



desarrollado teóricamente las categorías de estudio: seguridad jurídica, precedente, derecho electoral.

### 3.2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En la búsqueda de recolectar información necesaria para el desarrollo de la presente investigación se utilizará las siguiente técnica e instrumento:

**Cuadro n. ° 3**

Técnica	Instrumento
Análisis documental	Ficha documental

*Fuente: elaboración del autor.*



## CAPÍTULO IV: DESARROLLO TEMÁTICO

### SUB CAPÍTULO I: LA SEGURIDAD JURÍDICA

#### 4.1.1. Una breve historia de las ideas: de la seguridad material a la seguridad jurídica

El trabajo intelectual por entender -o descubrir- el concepto de seguridad jurídica ha sido largo y complejo. En la historia de las ideas jurídicas existe un desarrollo complejo y un distanciamiento claro entre las mismas, comenzando por un concepto de seguridad propio de la Ciencia Política y la Teoría del Estado y, otro, netamente jurídico o propio de la Teoría del Derecho.

Es así que, la concepción de la seguridad jurídica, tiene su origen en la idea misma de seguridad que persigue el hombre organizado, es decir, el ánimo del contrato social para satisfacer una necesidad de protección efectiva de la tranquilidad pública e individual.

El tránsito de la concepción de seguridad jurídica a través del tiempo y de la Teoría del Derecho, se verá plasmado en los trabajos de Thomas Hobbes, John Locke, Jeremy Bentham y Gustav Radbruch, quienes bajo el estudio de García (2012), son considerados como los autores de la teoría clásica de la seguridad jurídica. Trabajo que se tomará como principal referencia para explicar el pensamiento de tales autores.

##### 4.1.1.1. Thomas Hobbes

García (2012), indica que para Hobbes, la expresión de seguridad jurídica proviene del deber que tiene el Estado para dar seguridad a la vida y la propiedad de sus súbditos (el uso de la palabra “súbditos”, en el contexto histórico de la



teoría política de Hobbes, hace referencia a los “miembros de un Estado”). La necesidad de protección nace por la inseguridad que produce el llamado “estado de naturaleza del hombre”; que en palabras de García (2012), indica lo siguiente:

El hombre es un ser débil y egoísta, guiado por su instinto de conservación, se preocupa exclusivamente de sí mismo y en absoluto de sus semejantes, a modo que, en el estado de naturaleza, su vida es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta, en esa condición llamada guerra, guerra de cada hombre contra cada hombre (p. 59).

Este es un concepto que, no debe entenderse de manera literal, sino, reflexiva, respecto a la motivación interna del hombre en correlación a sus acciones en el contexto histórico-político en el que vivió Hobbes.

El “estado de naturaleza del hombre” es un concepto que sirve para explicar la necesidad de configuración del Estado, como una solución a la necesidad de supervivencia del hombre guiado por la razón, mas no, el instinto. Es así que, es posible hablar de contrato social, donde cada hombre consiente ser gobernado por otro hombre, donde colectivamente el fin es la paz y la seguridad, sin más remedio que crear al Estado.

Al respecto, Hobbes (1999), indicará:

La causa final, propósito o designio que hace que los hombres –los cuales aman por naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás- se impongan a sí mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en estados, es el procurar su propia conservación y, consecuentemente una vida más grata. Es decir, que lo que pretenden es salir de esa insufrible situación de guerra (como se citó en García, 2012, pp. 61-62).

Afirmar a este punto que la función del Estado es en esencia garantizar la paz y la seguridad de todos sus miembros, es correcto, por tanto, dicho razonamiento nos llevará a entender dos puntos: (i) procurar la seguridad del pueblo es un elemento esencial para conservar el poder concebido, y (ii) que por seguridad se debe entender en su concepción más amplia, que garantice la



satisfacción de la vida sin peligros. El segundo punto nos sirve para identificar el inicio de la seguridad jurídica y su relación con la noción de contrato social, y cómo forma parte de las aspiraciones del hombre en sociedad y un engranaje principal para el éxito del Estado.

Siguiendo a García (2012), nos indicará que la seguridad jurídica es entendida en el trabajo de Hobbes como la seguridad del propio Derecho, esto quiere decir: la seguridad acerca del contenido de las normas que componen el derecho (léase sistema jurídico) de un determinado Estado y de su correcto funcionamiento. Al respecto, la seguridad jurídica ocupa el lugar del máximo valor o ideal de la actividad estatal, en tanto el derecho es el principal instrumento de garantía para los fines del pacto social; por lo que, la seguridad jurídica expresa la perfección de su funcionamiento.

#### **4.1.1.2. John Locke**

En el pensamiento de John Locke se alerta algunas ideas semejantes, pero con cierto tino discordantes con la concepción expuesta por Hobbes. La seguridad que busca garantizar el Estado para salir del estado de naturaleza, es esencialmente: de la vida, libertad y propiedad. Si bien, Hobbes, reconoce estos tres componentes de la seguridad que debe garantizar el Estado, éste le atribuye al contrato social y la construcción de un poder político; mas no, al derecho natural, tal como lo concibe Locke en su Segundo Tratado Sobre el Gobierno (García, 2012).

Para Hobbes el Estado es un sistema de seguridad para el hombre. Un sistema que da origen al Derecho -o donde es posible que se de origen al Derecho-, determinando que es lo justo y lo injusto mediante el derecho positivo. Bajo este concepto, se crea una nueva sociedad, distinta a la existente en el estado de naturaleza. Caso contrario, en el pensamiento de Locke, la sociedad preexiste al Estado, la vida social es organizada y se regula por una ley preestatal. García (2012), respecto al estado de naturaleza de Locke, nos dice que es un



estado de completa libertad y de igualdad, regido por la ley natural; aun así: “Aunque éste sea un estado de libertad, no es, sin embargo, un estado de licencia (...)” (p. 90). En este momento, si bien existe una noción de lo justo e injusto, propio de la racionalidad del hombre, hay una constante amenaza o condición de peligro a la afectación de la seguridad de cada persona por la propia libertad y la interpretación subjetiva de cada uno respecto a la ley natural. La ley natural es conocida y comprensible para todos, pero no es clara ni precisa, no puede ser interpretada de manera estricta e imparcial como la ley positiva, por consiguiente, genera inseguridad para el individuo.

En este punto es donde cobra importancia la teoría política de Locke, pues si bien la constitución de la sociedad y la definición de lo justo no le corresponde al fenómeno del contrato social, es imprescindible para garantizar la seguridad de la vida del hombre, su libertad o propiedad, la presencia del Estado y el Derecho para certificar la aplicación justa de una ley conocida, aceptada, interpretada y aplicada dentro de los cánones de la racionalidad mediante la autoridad competente. Es así, que Locke reconocerá como elementos esenciales del Estado, la división de poderes y el imperio de la ley.

Al respecto, García (2012), nos aclarara que la idea de Locke respecto a la división de poderes no es igual a la concepción tradicional impuesta por Montesquieu. Locke dividirá los poderes del Estado en: ejecutivo, legislativo y federativo. Para que, en el futuro, tras la descripción de la Constitución inglesa, Montesquieu formule la clásica división tripartita: ejecutivo, legislativo y judicial.

En esa misma línea de ideas, García (2012), afirma que, en la teoría política de Locke tanto la división de poderes como el imperio de la ley, son elementos esenciales para la existencia del Estado. La actuación estatal debe estar delimitada por el cumplimiento de las leyes y bajo la división de sus facultades en institutos. El ejercicio de las facultades del Estado estará directamente ligado con el ejercicio del derecho positivo, esto quiere decir, que el poder político es en esencia un poder jurídico. Bajo el estado de naturaleza no hace falta ni relación social, ni criterio de justicia, ni siquiera contenido de Derecho, lo que hace falta son leyes positivas que sean aplicadas e interpretadas



con precisión por los jueces y gobernantes en la resolución de los conflictos y en el ejercicio mismo del Estado. Hablamos de un Derecho cierto, anterior, predecible y aplicado por una autoridad competente y previamente elegida; lo cual no es otra cosa que seguridad jurídica.

Concluyendo, en el pensamiento de Locke se fortalece la idea de seguridad jurídica, por ende, seguridad del Derecho mismo, concibiendo al derecho positivo como la herramienta para garantizar la justicia. Siendo la seguridad del Derecho elemento esencial para: i) salir del estado de naturaleza y, ii) garantizar el funcionamiento del Estado.

#### **4.1.1.3. Jeremy Bentham**

García (2012) menciona que se ha calificado a Bentham como un fanático de la seguridad jurídica y como el autor de la “verdadera construcción de la seguridad”. Para demostrar tal posición, el autor menciona que en una de sus obras cumbre: “Tratados de Legislación Civil y Penal”, menciona lo siguiente:

Hemos dicho que en esta distribución de derechos y obligaciones tendrá el legislador por objeto la felicidad de la sociedad política; pero si buscamos más particularmente de qué se compone esta felicidad, hallamos cuatro objetos subordinados. Subsistencia. Abundancia. Igualdad. Seguridad (García, 2012, p. 133).

La seguridad aparece en el trabajo de Bentham como uno de los cuatro objetos preeminentes de las leyes o, dicho de otra forma, como uno de los fines del Derecho. García (2012), añadirá que, para Bentham sin seguridad no sería posible alcanzar los demás fines del Derecho, por lo que se trata del fin más importante del Derecho.

Ahora bien, se podrá indicar que la idea de seguridad en la obra de Bentham podrá entenderse como: “La proyección del bienestar del individuo hacia el futuro, parece consistir respecto del mantenimiento en el futuro de la realidad ya existente en el presente” (García, 2012, p. 135).





Por otro lado, Bentham hace mención a algunas medidas que debe optar un ordenamiento jurídico para garantizar la seguridad. García (2012), indica que estas medidas son propuestas a lo largo del capítulo XVII de “Principios del Código Civil”, consistentes en las siguientes:

Las leyes deben ser anteriores a la formación de las esperanzas de los individuos; las leyes deben ser conocidas; las leyes deben ser consistentes entre sí; las leyes deben seguir el principio de utilidad; las leyes deben ser metódicas; las leyes deben ser en su contenido ejecutables; y, las leyes deben seguirse textualmente por parte de sus aplicadores. Estas propuestas presuponen una cualidad formal del Derecho para que este sea seguro (p. 136).

#### **4.1.1.4. Gustav Radbruch**

Radbruch define a la seguridad jurídica como la seguridad del Derecho mismo, que no es lo mismo ni debe confundirse, con la seguridad por medio del Derecho: seguridad material (García, 2012).

Esta definición de seguridad jurídica, implicará para Radbruch determinadas exigencias del Derecho, tales como: el Derecho debe ser positivo, es decir, que este constituido en leyes; segundo, el Derecho debe ser preciso, es decir, que las decisiones estén basadas en hechos y no en juicios de valor de los jueces; tercero, los hechos en los que se basa el Derecho deben ser realizables; y, último, que el Derecho debe ser estable, esto es que no debe hallarse a cambios demasiado frecuentes (García Manrique, 2012). En este sentido, Radbruch insiste en indicar que la seguridad jurídica exige una cualidad formal del Derecho, con la finalidad de asegurar el conocimiento y la debida aplicación de las normas jurídicas.

García (2012) indica que, del estudio de las ideas de Radbruch, la seguridad jurídica no puede ser vista desde una noción únicamente formal, que en realidad tiene un carácter axiológico al estar relacionado con la idea misma



de Derecho, lo que presupone participar en la determinación de cómo debe ser el Derecho. Dicho de esa forma, la seguridad jurídica es la expresión de la garantía jurídica de ciertos contenidos materiales del Derecho, y es valiosa en la medida en que expresa tal garantía. Estos contenidos materiales se refieren a los valores respecto de los que no cabe duda de que deben ser garantizados jurídicamente, hasta el punto de indicar que, de no serlo, no se puede considerar como un ordenamiento jurídico. Alexy (1997), confiere a estos valores como: “relevancia clasificante: su no reconocimiento impide la juridicidad” (como se citó en García, 2012, p. 166).

La exigencia de moralidad del ordenamiento jurídico va suponer una validez del derecho positivo previo a la concordancia con estas exigencias morales o valores con relevancia clasificante. Al respecto, García (2012), indica lo siguiente: “Radbruch afirma que una ordenación jurídica que solo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, no sería derecho, sino arbitrariedad” (p. 168).

Si bien Radbruch inicia su concepción de la seguridad jurídica como una seguridad formal del Derecho, ésta también se verá expresada como una realización material, debido a su relación con valores que definen como debe ser el Derecho.

#### **4.1.2. Los conceptos de seguridad jurídica**

El concepto de seguridad jurídica aparece desde la etapa medieval vinculado a factores sociales, en donde el temor o la duda al “estado de naturaleza” encuentra su solución en la conformación del Estado para que garantice la protección efectiva de la tranquilidad pública e individual.

El trabajo académico de diferentes teóricos del Derecho y la Ciencia Política ha demostrado dos cosas: la evolución del concepto de seguridad jurídica y la relación inherente entre seguridad y Derecho.



La seguridad es en primer lugar un estado de protección a intereses individuales o colectivos que busca el hombre y que se extiende a la mayoría de sus relaciones. En la cotidianeidad relacionamos la seguridad con otros aspectos de la vida humana, tales como: seguridad personal, seguridad social, seguridad financiera, seguridad laboral, seguridad de la información, etc., que en su conjunto no son más que una expresión de la naturaleza humana en busca de protección frente a los peligros que se enfrenta, provengan de la naturaleza o producto del hombre.

El desarrollo del hombre en una sociedad es principalmente una organización política donde nace la necesidad de consolidar un fin común para la sociedad, que es el bien real del hombre. Widow (2002), indica:

La sociedad humana, en cualquiera de sus formas, es un todo moral potestativo. Es la naturaleza humana la que actúa allí como un todo, principio de la operación común hacia su bien, dando lugar a la diversificación de vías por las que es posible alcanzar ese bien y las distintas maneras de alcanzarlo. Es, pues, el bien real del hombre la razón de ser de la sociedad: ese bien es el fin en orden al cual esta se constituye naturalmente (como se citó en Dip, 2016, p. 59).

La vida en sociedad, por consiguiente, también asume el rol de seguridad jurídica, que es, por ende, natural a la sociedad política (Dip, 2016). Es de tal forma que, solo en la sociedad política regulada por el Derecho es donde se puede concebir la idea de seguridad jurídica.

El concepto de seguridad jurídica no es uniforme en la doctrina, pero en la mayoría se encuentra semejanzas que ayudan a poder esbozar un concepto que contemple la mayoría de características que nos permiten individualizar conceptualmente la seguridad jurídica y que a lo largo del tiempo ha ido evolucionando.

A continuación, se desarrollará una concepción tradicional de la seguridad jurídica o también llamado “formal”, para posteriormente pasar a un concepto



“moderno”, que el profesor Ávila (2012), ha denominado como “concepto jurídico no clasificatorio construido mediante un proceso analítico”.

Respecto al primer concepto, García (2012) al referirse al concepto de seguridad jurídica, asume la denominación propuesta por Radbruch, quien la define como “la seguridad del Derecho mismo”, que no debe confundirse con otras esferas de protección del derecho (v. gr. la seguridad de bienes jurídicos como la vida, libertad, propiedad, etc.), más bien, entender, que su objeto es la protección del Derecho mismo, con independencia de que sus efectos alcancen a diferentes bienes jurídicos. Del mismo modo, Ávila (2012), refiere que se habla de “seguridad del Derecho”, ya que los ordenamientos jurídicos establecen condiciones para que su Derecho sea seguro, mediante la claridad de sus enunciados y la anticipación de sus normas. Este concepto no es definitivo y, mucho menos, unívoco, pero que servirá en este punto de la investigación para demostrar la cualidad formal de la seguridad jurídica, que posteriormente se completará con una noción más amplia desde el punto de vista material.

En ese sentido, se conceptualiza a la seguridad jurídica como la certeza del contenido de las normas jurídicas vigentes y el hecho de que son aplicadas de acuerdo a su contenido (García, 2012). Esta concepción de la seguridad jurídica es reconocida por expresiones diversas que, en todo caso, remiten al contenido y al modo de aplicación de las normas jurídicas. En todo caso, tendremos muy ligado el concepto de seguridad jurídica a la eficacia misma del ordenamiento jurídico, cuya creación, aplicación y vigencia de las normas es condición necesaria de su finalidad.

La concepción formal de la seguridad jurídica es un concepto muy ligado a la noción de Estado de Derecho, por lo que estará determinado por exigencias objetivas del ordenamiento jurídico, llamadas por Pérez (2000), como: “Corrección estructural (formulación adecuada de las normas de ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación)” (pág. 28).

Respecto a la *corrección estructural* –del ordenamiento-, este demandará condiciones esenciales que debe tener el sistema jurídico para lograr la



previsibilidad de sus normas jurídicas de un ordenamiento. Pérez (2000), menciona las siguientes:

- *Lex promulgata*, pues la promulgación de la ley es esencial para su cumplimiento, ya que el ciudadano necesita conocer el contenido imperativo, prohibitivo o permisivo de la norma a la que se somete;
- *Lex manifesta*, ya que una vez conocida la ley está también debe ser plausible de entendimiento por su destinatario, evitando, por tanto, expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios;
- *Lex plena*, o principio de legalidad o *nullo crimen nulla poena sine lege*. Que garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales –y en general- para las conductas que no se encuentren previamente tipificadas por una ley. Esto quiere decir, que ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Esta es una garantía indispensable de los ciudadanos, como límite al ejercicio del poder Estatal;
- *Lex stricta*, exigencia de que sea solo la ley promulgada por el parlamento la que regule los aspectos básicos del estatus jurídico de los ciudadanos. Corolario de la división de poderes, se reserva a la ley, en cuanto a norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del estatus jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, presentaciones personales y patrimoniales). Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de jerarquía normativa;
- *Lex previa*, se exige la existencia de una ley promulgada con anterioridad para regir sobre las conductas de los ciudadanos. Bajo la vieja máxima «*savoir c'est prévoir*», el derecho advierte que las normas que introduce deben ser posibles de calcular sus efectos jurídicos;
- *Lex perpetua*, esta expresión exige que la ley promulgada perdure razonablemente en el tiempo de manera que genere equilibrio en las



relaciones sociales de los ciudadanos, bajo el criterio de confianza en el ordenamiento. (pp. 28-29).

En cuanto a la *corrección funcional*, se traduce en el cumplimiento de las normas jurídicas tanto por el Estado como por los ciudadanos, lo que involucra una presunción de conocimiento del contenido de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios; pero como también, en la aplicación del principio de legalidad, que significa una garantía para que el Estado solo pueda aplicar lo permitido por las normas legalmente producidas.

Por otro lado, Peces-Barba (1990), al referirse a la relación entre seguridad jurídica y Derecho, para concebir esta relación asume la existencia de mecanismos y técnicas, formuladas como principios de organización e interpretación que funcionan en el interior de un ordenamiento. Situará en este grupo a las normas que regulan aspectos de las relaciones dinámicas entre las normas de un sistema, el nacimiento de esas normas y de su derogación, o que garantizan la eficacia de derechos o protegen situaciones e intereses en las relaciones entre particulares. Se refiere al sentido formal del sistema jurídico que se expresa en reglas de juego que tanto el Estado como los ciudadanos deben respetar para asegurar la eficacia del Derecho.

Siguiendo esa línea, se concibe a la seguridad jurídica como un fundamento para el ejercicio del poder estatal (Peces-Barba, 1990), que impone ciertos límites a la intervención del Estado frente a los ciudadanos y el actuar de los ciudadanos entre sí. En este caso, es el Estado quien debe garantizar el cumplimiento de la seguridad jurídica en beneficio de los ciudadanos y, a su vez, el Estado legitimará sus intervenciones.

Peces-Barba (1990), expone su visión de la relación entre la seguridad jurídica y el poder. Para él ésta se expresa a través de instituciones jurídicas y principios del derecho (separación de poderes, principio de igualdad, interdicción de la arbitrariedad, y otros relacionados a la seguridad jurídica); que, a su vez, se ven reflejados en derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o simples situaciones jurídicas de los ciudadanos y de sus organizaciones. Esta relación se refiere al origen mismo de poder, a su ejercicio y a sus límites.



Respecto al origen del poder, se refiere a la existencia del soberano popular o poder constituido, creador de normas, que es el sistema parlamentario. Al respecto, Peces-Barba (1990), se pregunta: ¿quién manda?, o, dicho de otra manera: ¿quién ejerce el poder político? Cuya respuesta cae en los poderes del Estado, las instituciones y sus organismos, sus funcionarios y, en definitiva, los operadores estatales o los ciudadanos organizados, habilitados por el Derecho para hacer cumplir las normas. Pero consecuentemente, se plantea otra pregunta: ¿Cómo se manda? Que hace referencia a las normas previas que regulan el ejercicio del poder político.

Estas normas previas se puede ver expresadas en: i) las normas de las que nace la capacidad de un órgano u operador para ser competente en la producción Derecho –léase normas-, ya sea el legislador, el ejecutivo o sus funcionarios, los jueces o tribunales, órganos descentralizados y no estatales con prerrogativa legislativa; y, ii) las normas que regulan el procedimiento legislativo en la constitución y reglamentos de las Cámaras o de los diferentes órganos competentes en la producción legislativa. Peces-Barba (1990) indica que el reconocimiento de una norma previa es una expresión misma de la seguridad jurídica, noción que ha estado históricamente ligado a los conceptos como “el imperio de la ley” o también llamado “*rule of law*” o “Estado de Derecho”.

En esta línea de pensamiento, Dworkin (1986), señala que, la versión de Hart sobre el positivismo jurídico, distingue dos géneros de normas: las primarias y las secundarias. Las normas primarias son las que aseguran derechos o imponen una obligación de hacer o no hacer a los miembros de una determinada comunidad; tal como son las normas de derecho penal que prohíben robar, asesinar o engañar. Las normas secundarias vienen a ser las que regulan cómo y a quién corresponde formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias; tal como son las normas que regulan de qué manera se compone un parlamento y cómo desarrolla su función legislativa. Dworkin (1986), añade que estas normas secundarias funcionan como una regla de reconocimiento de la validez de las normas jurídicas, propias de sistemas jurídicos modernos, en



donde la misma constitución representa una regla de reconocimiento sumamente compleja.

El concepto de seguridad jurídica hasta aquí propuesto suele calificarse como “formal”, para lo que García (2012), menciona dos razones:

Primero se entiende en general que su realización depende sólo, o principalmente, de las cualidades formales de un sistema jurídico, cualidades que están determinadas por las normas que regulan los procedimientos de creación y aplicación de las normas del mismo. Es decir, se supone que la forma de un sistema jurídico consiste en la manera en que las normas son creadas y aplicadas y que la seguridad jurídica depende sólo, o principalmente, de ella. Segundo, porque esta seguridad tiene por objeto el propio Derecho y no otros objetos, esto es, se trata de una seguridad «formal» por oposición a una seguridad «material» que consiste en la seguridad respecto de determinados bienes o intereses identificables al margen del Derecho (pp. 196-197).

Si bien la seguridad jurídica depende de las condiciones formales para lograr su finalidad, éstas no son excluyentes de que la seguridad jurídica pueda alcanzar otros factores, sean estos jurídicos-materiales o extrajurídicos. Además, que ha de advertirse que la seguridad jurídica no es nunca solo formal, pues si bien la seguridad jurídica requiere validez de las normas, éste requiere a su vez la eficacia de las normas. No se podría afirmar que un sistema jurídico es funcionalmente correcto, si tal derecho que asegura no fuese eficaz; lo cual significa que la seguridad jurídica es siempre una seguridad material porque se sujeta a los fines materiales establecidos por el sistema jurídico en referencia (García, 2012).

De ahora en adelante, se abarcará el concepto “moderno”, como se le ha llamado anteriormente, que no será otra cosa que la definición de la seguridad jurídica como un principio jurídico del Estado Constitucional de Derecho. Este concepto expone dejar de lado la visión “formal” de la seguridad jurídica (propia del Estado de Derecho o Estado Legislativo de Derecho) y avanzar a un concepto que incluya los ideales que ha de perseguir desde su calidad de norma-principio,





las dimensiones que lo compone y las condiciones de hecho que hay que verificar gradualmente.

Sin negar la necesidad de una corrección estructural del sistema jurídico como elemento indispensable de la seguridad jurídica, se debe abarcar un terreno mayor en la conceptualización de la seguridad jurídica, incluyendo los estados ideales que busca concretizar, que no han de ser otros que: confiabilidad y calculabilidad del Derecho mediante su cognoscibilidad (Ávila, 2015).

Conceptualizando a la seguridad jurídica como un principio jurídico, éste ha de exigir:

La adopción de comportamientos que constituyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y, desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto a su capacidad de –sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad- plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro (Ávila, 2012, p. 231).

Ávila (2012), indica que “la *cognoscibilidad* significa un estado de cosas en el que los ciudadanos poseen, en gran medida, la capacidad de comprender, material e intelectualmente, estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, materiales y procedimentales, mínimamente efectivas” (pág. 231). Eso quiere decir que, habrá cognoscibilidad del derecho, siempre y cuando, existan condiciones satisfactorias para identificar las disposiciones normativas aplicables para el caso en concreto y la capacidad de comprender el sentido de éstas, de tal modo que los ciudadanos puedan actuar de acuerdo a tales.

La *confiabilidad*, a su vez, “denota un estado de cosas en el que los actos de disposición de los derechos fundamentales de libertad se respetan por medio del Derecho, gracias a la existencia de estabilidad, durabilidad e irretroactividad



del ordenamiento jurídico” (Ávila, 2012, pág. 231). Por ende, se entiende que, habrá confiabilidad en el derecho, cuando las medidas adoptadas con anterioridad como consecuencias jurídicas a los supuestos de hecho no se vean modificadas de manera injustificada.

La *calculabilidad*, “revela un estado de cosas en el que los ciudadanos tienen, en gran medida, la capacidad de anticipar y medir el espectro reducido y poco variado de criterios y estructuras argumentativas que definen las consecuencias atribuibles, autónoma y espontáneamente, a actos, propios y ajenos, o a hechos, ocurridos o posibles de ocurrir, controvertidos o no, y el espectro razonable de tiempo dentro del que se aplicará la consecuencia definitiva” (Ávila, 2012, pág. 232). De este modo, existirá calculabilidad del derecho, cuando el ciudadano pueda anticipar, aproximadamente, las consecuencias que se aplicará en el futuro a los actos realizados en el presente, en la medida que el derecho no presente cambios bruscos, drásticos, sin previo aviso, que suponga una modificación intensa de las consecuencias vigentes en el presente.

En cuanto al *aspecto temporal* de la seguridad jurídica, el profesor Ávila (2012), habla de tres dimensiones de tiempo a considerar:

Del presente (cognoscibilidad) con el fin de que el ciudadano pueda conocer las normas que debe obedecer en el ejercicio actual de sus actividades. Del pasado (confiabilidad), ya que las normas protegen situaciones ya resguardadas por el propio Derecho en el pasado, como las garantías del derecho adquirido, la cosa juzgada y el acto jurídico perfecto. De futuro (calculabilidad), porque el sistema establece normas sobre el carácter vinculante del derecho, con la finalidad de hacer que el ciudadano pueda saber, hoy, cuál será el grado de vinculabilidad de las normas del mañana (pp. 227-228).

Por último, habrá que definir su *aspecto justificativo*. El profesor Ávila (2012), al respecto se pregunta: ¿La seguridad jurídica es un fin en sí mismo o un instrumento de realización de otros fines? Responde que es un instrumento de realización de otros fines y, no un fin sí mismo. Para entender esto, cabe decir



que, por un lado, es un instrumento para la realización de los derechos fundamentales, porque sin confiabilidad y sin calculabilidad de la actuación estatal, la persona no tiene cómo ejercer el derecho de libre autodeterminación de su vida propia; por otro lado, para la realización de tales fines, es indispensable la actuación del Estado, que se dará bajo la permanencia de las normas válidas o la corrección estructural del sistema jurídico. Esta permanencia o corrección estructural, sin embargo, no es en beneficio del Estado, sino en beneficio de la persona, que puede, por un lado, controlar la actividad estatal y, por otro, planificar sus actividades. En general este aspecto instrumental se ve concretizado en la mayoría de principios y reglas relacionadas a la seguridad jurídica, establecidos como garantías y limitaciones al poder estatal, asumiendo un rol protector en favor del ciudadano y no del Estado.

#### **4.1.3. El principio de la seguridad jurídica**

Determinar que la seguridad jurídica es un principio jurídico conlleva en primer lugar conceptualizar los principios jurídicos como tales, su ubicación en el ordenamiento jurídico y, posteriormente, concluir si la seguridad jurídica es o no un principio jurídico como se ha denominado en el numeral anterior a raíz del trabajo del profesor Humberto Ávila.

Es correcto afirmar que todo ordenamiento jurídico está compuesto por normas válidas (Guastini, 1999); también, es posible afirmar, que existen normas que son principios y normas que son reglas (Guastini, 2016). Al respecto, se sabe que existen diferentes criterios propuestos para distinguir entre reglas y principios, uno de ellos es expuesto por R. Dworkin (1989), quien indica que las reglas, a diferencia de los principios, son aplicadas en relación a los supuestos de hecho que los estipulan, en una fórmula de “todo o nada”, de manera disyuntiva, cuyos hechos son esenciales para que concurra o no la consecuencia jurídica determinada; en cambio, la aplicación de los principios no está sujeta a casos subsumibles a hechos determinados (o numerables), cuya aplicación sea de manera disyuntiva, debido a que las reglas no poseen una dimensión de peso



o importancia, que será condición indispensable para la aplicación de los principios al caso en concreto.

A su vez, R. Alexy (1993), indica que la distinción entre principios y reglas recae en que los principios son normas jurídicas que son realizables en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas, por lo tanto, son mandatos de optimización, cuya aplicación es gradual; en cambio, las reglas son normas jurídicas que no admiten ser aplicadas gradualmente, entonces, son normas que pueden ser cumplidas o no, tal como exige el enunciado que la compone.

Por otro lado, R. Guastini (2016), indica cuatro diferencias entre principios y reglas: (i) las reglas son normas con supuesto de hecho cerrado y los principios son normas con supuesto de hecho abierto, refiriéndose en el caso de las primeras, que éstas normas enumeran los hechos para los cuales produce consecuencias jurídicas y las segundas, no enumeran los hechos cuales producirían la correspondiente consecuencia jurídica (p. 326); (ii) que las reglas son normas jurídicas precisas, detalladas, mientras que los principios son normas genéricas (p. 326); (iii) que las reglas son normas indefectibles, inderogables, mientras que los principios son normas defectibles, derogables (p. 328); y, por último, (iv) que los principios se diferencia de las reglas por la posición que ocupan en el sistema jurídico. Los principios son “normas fundamentales”, porque dan fundamento a otras normas o simplemente no requieren de fundamento alguno. Es una norma fundamental, primero en el sentido que da fundamento y/o justificación axiológica a otras normas (v. gr. La regla que castiga el secuestro de personas presupone, como su fundamento, el principio de inviolabilidad de la libertad personal; y ello reenvía, como su justificación, a la libertad como valor). Segundo, en el sentido de que no tienen o no requieren a su vez fundamentos o justificación axiológica, ya que son percibidos como obvios autoevidentes o intrínsecamente justo.

A diferencia de las reglas, cuya aplicación exige una valoración de correspondencia (Ávila, 2011), que su estructura normativa presupone un antecedente cerrado (Guastini, 2016), que son normas que exigen un cumplimiento pleno (Atienza & Ruiz, 1991); podemos, eventualmente concluir,



que los principios son normas jurídicas de antecedente abierto y redacción genérica (Guastini, 2016), que son mandatos de optimización cuya realización es gradual (Alexy, 1993), que se le es atribuible un peso o importancia en relación a su aplicación (Dworkin, 1989) y que son normas finalistas (Ávila, 2011).

Al inicio de este acápite se ha mencionado la postura del profesor Ávila (2012), en calificar a la seguridad jurídica como una norma jurídica del tipo norma-principio; para tales fines, en su obra: “La teoría de los principios”, el profesor Ávila (2011) ha desarrollado una propuesta de concepto acerca de los principios, bajo los siguientes términos:

Los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada para su promoción (p. 70).

El profesor llama a los principios como “normas finalistas” porque establecen un fin a ser atendido, cuyo contenido significa una orientación práctica, procurando medios –o ‘condiciones’- idóneos para su realización. Medios que a su vez son entendidos como condiciones que causan una promoción gradual del contenido del principio, algo que Dworkin llamaría como: “estándares que han de ser observados”. Estos fines que se desprenden de los principios, demarcan un “estado de cosas”, cuya realización está sujeta a determinados comportamientos que garanticen su progresiva y gradual concretización a tales fines.

Dichos fines son semejables a los ideales que persigue la seguridad jurídica (seguridad del derecho), que se traducen en un estado ideal de cosas (cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad) a ser promocionado por determinados comportamientos para su realización progresiva (estabilidad del sistema jurídico), tal como se expuso en el acápite referido al concepto de seguridad jurídica.



Atienza y Ruiz (1991), clasifican a los principios en varios grupos bajo características que le son atribuibles, una de ellas viene a ser la clasificación entre: principios explícitos e implícitos. Refiriéndose a los primeros como principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico y, los segundos, a los principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico.

A diferencia de otros ordenamientos, como es el caso de la Constitución española de 1978, donde en el inciso 3, del artículo 9, regula a la seguridad jurídica como un principio constitucional, en el Perú el principio de seguridad jurídica no está regulado como tal; no encontramos la norma positiva en la C93. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha indicado:

Su reconocimiento (del principio de seguridad jurídica) es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2, inciso 24, párrafo a («Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2, inciso 24, párrafo d («Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley») y 139, inciso 3 («Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación»)» (STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC, fundamento 4).

El principio de seguridad jurídica en el Perú es un principio implícito, que a diferencia de otros (v. gr. Interdicción de la arbitrariedad, división de poderes, libertad, dignidad humana, etc.), no se encuentra regulado en un enunciado normativo, sea en la constitución o norma de menor rango. El Tribunal Constitucional ha reconocido vía doctrina jurisprudencial el principio de seguridad



jurídica, aunque éste se encontraba hace muchos años regulado por la costumbre y la doctrina.

En esa línea de pensamiento, Atienza y Ruiz (1991), indican que los principios implícitos (tal como es la seguridad jurídica en el Perú) son dependientes de su contenido. Esto quiere decir que la razón por la cual estos principios forman parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los órganos jurisdiccionales no es por existencia en fuente alguna, sino, por la cualidad que otorga su contenido al razonamiento de los jueces. Aquel razonamiento del que se hace referencia, no significa más que otra cosa, que la conformidad de una norma jurídica con la constitución; es decir, que los fines que contiene el principio de seguridad jurídica, son al mismo tiempo los fines que busca el Estado Constitucional de Derecho; por ende, la concretización de un principio constitucional –tal como es la seguridad jurídica- significa utilizarlo como premisa para el razonamiento de los jueces en su juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas.

Es importante destacar la diferencia entre principios y reglas. Mientras que las reglas son normas que establecen de manera concreta y precisa lo que se debe hacer en determinadas situaciones, los principios son valores fundamentales que orientan el ordenamiento jurídico y que tienen un carácter más abstracto y general. En ese sentido, los principios no se aplican de manera mecánica y rígida como las reglas, sino que son ponderados y equilibrados en cada caso concreto en función de las circunstancias.

En cuanto a la seguridad jurídica, es un principio que se refiere a la certeza y estabilidad del ordenamiento jurídico y a la protección de la confianza que los ciudadanos depositan en él. Este principio se encuentra estrechamente relacionado con el Estado Constitucional de Derecho, que se caracteriza por el sometimiento de todos los poderes públicos a la ley y los fines que establece la constitución.

En este contexto, la seguridad jurídica adquiere una crucial importancia, ya que garantiza que las normas sean claras, precisas y previsibles, lo que permite a los ciudadanos planificar su conducta y tomar decisiones en función de



ellas. Asimismo, la seguridad jurídica implica que las normas se apliquen de manera coherente y consistente, lo que evita arbitrariedades y asegura la igualdad ante la ley.

Asimismo, la seguridad jurídica es un principio jurídico que se encuentra implícito en la C93, y está relacionado estrechamente con el Estado Constitucional de Derecho. Su importancia radica en la certeza y estabilidad que proporciona al ordenamiento jurídico y en la protección de la confianza de los ciudadanos en él.

#### **4.1.3.1. Contenido del principio de seguridad jurídica**

En el trabajo de conceptualización del principio de seguridad jurídica, el profesor Ávila, ha determinado que puede entenderse mejor esta norma si se analiza desde dos dimensiones: una dimensión estática, que examina cual es el contenido del Derecho; y una dimensión dinámica, que es orientada a investigar cual es la fuerza del Derecho. En lo concerniente a este punto, abordaremos el contenido de cada dimensión propuesta por el profesor.

##### **4.1.3.1.1. Dimensión estática**

Para H. Ávila (2012), la dimensión estática del principio de seguridad jurídica “se refiere a los requisitos estructurales que el Derecho debe reunir para servir de instrumento de orientación y las cualidades que debe tener para que el ciudadano pueda considerarlo seguro” (pp. 250-257). Bajo esta dimensión, se debe entender al Derecho como un instrumento de orientación comprensible, en la medida que, el ciudadano pueda conocerlo materialmente y comprenderlo intelectualmente; y, para que el ciudadano pueda considerar seguro al Derecho, ha de ser cierto, en la medida que se garantice la vigencia, la claridad y el contenido de la norma que debe obedecer.





Es así que, esta dimensión refiere los problemas del conocimiento y la comunicación. Para que el Derecho sea objeto de conocimiento, no basta con una cognoscibilidad material mediante la publicidad de sus normas; es necesario para obedecer una norma jurídica: comprender lo que determina, prohíbe o permite, bajo una cognoscibilidad intelectual de la norma; eso quiere decir, que además de tener la posibilidad de conocerla debe tener el ciudadano la capacidad de entender el contenido de estas normas. Una cualidad adicional y esencial que refiere esta dimensión, es que para que el Derecho pueda ser comprensible, su contenido debe ser seguro, en la medida que asegure la vigencia, la claridad y el contenido de la norma jurídica, individualmente y del ordenamiento en su conjunto.

Como se ha mencionado *supra* los requisitos estructurales para que el Derecho pueda ser un instrumento de orientación del ciudadano, son: *la cognoscibilidad material y la cognoscibilidad intelectual*, contenido esencial de la dimensión estática del principio de seguridad jurídica.

#### - **Cognoscibilidad material**

Para que una norma jurídica pueda servir como instrumento de orientación para el ciudadano es necesario que ésta pueda ser conocida. Es por ello que se habla de una accesibilidad normativa como contenido de la cognoscibilidad material, donde es necesario para la accesibilidad la publicidad de la norma y, que ésta, depende de su publicación (Ávila, 2012).

Para que la norma jurídica pueda ser entendida y conocida materialmente, es necesario que existan mecanismos técnicos de naturaleza jurídica que hagan posible su publicación para que exista publicidad de su contenido y así lograr ser conocida y luego entendida por el ciudadano.

En el artículo 109° de la C93, respecto a la vigencia y la obligatoriedad de la ley, el legislador constituyente ha indicado lo siguiente: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición



contrataría de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”. A raíz de ello, se observa que, el ideal de publicidad se ve inmerso en el ordenamiento peruano y que un complemento esencial para la cognoscibilidad del derecho es la publicidad de este mediante mecanismos técnicos de naturaleza jurídica: publicación en el diario peruano. Esta exigencia está ligado a la vigencia misma de la norma jurídica, por ende, forma parte los requisitos estructurales para que el Derecho pueda ser un instrumento de orientación de ciudadano (componente mismo del principio de seguridad jurídica).

Respecto a la vigencia del Derecho, se concibe que para poder guiarse el ciudadano de las normas jurídicas que lo componen, no basta con que uno pueda conocer el Derecho, sino, estar seguro desde cuando éste emana efectos jurídicos. La principal regla es que la norma jurídica no puede ser retroactiva, bajo la premisa de que uno no puede someterse a reglas que no estaban reguladas cuando realiza una acción determinada. Por ello, es que Ávila, concibe que la certeza de vigencia es un aspecto de la cognoscibilidad material y, que a su vez, es un elemento de la seguridad jurídica. Textualmente dirá: “sin seguridad de contenido y de vigencia, no hay seguridad jurídica de orientación. Y sin ello, no hay ejercicio autónomo y responsable de los derechos fundamentales de libertad y propiedad (Ávila H. , 2012, pág. 261).

Un criterio adicional que menciona el profesor Ávila (2012), dentro de la cognoscibilidad material, es la posibilidad de identificación normativa del ciudadano, a raíz de que pueda reconocer la norma aplicable. Una vez que ya uno puede conocer la existencia y el tiempo de vigencia de las normas jurídicas, debe también poder identificar dentro del mar de normas jurídicas que tiene el ordenamiento, la norma aplicable al caso en concreto.

Este ejercicio inicialmente lógico que lo lleva al ciudadano a identificar qué norma es la que regula una determinada conducta, se traslada a un plano complejo en la identificación de la norma aplicable si vemos que existen normas que son declaradas inconstitucionales, son contrarias entre sí y otras que carecen simplemente de contenido sobre su aplicación. Hechos normales y habituales en todo ordenamiento jurídico. Por ello, bajo estas consideraciones,



se demuestra que la cognoscibilidad material no solo depende del conocimiento de las normas aplicables sino de otras concernientes a su aplicación e interpretación (reglas de antinomia, leyes reglamentarias y decisiones judiciales).

#### - **Cognoscibilidad intelectual**

La capacidad de poder conocer el Derecho intelectualmente, es decir, la capacidad de poder comprender lo que prescribe la norma jurídica. Lo que dependerá de condiciones necesarias que la norma jurídica debe contener para que ciudadano pueda comprender su contenido. El profesor Ávila (2012), indica que las “prescripciones normativas solo pueden guiar la conducta humana si sus destinatarios pueden comprender lo que prescriben” (p. 275). En este aspecto se hará referencia a la capacidad del ciudadano de poder comprender el contenido de una norma jurídica y la conducta que ésta regula: *inteligibilidad normativa*.

Esas condiciones para que sea comprensible el Derecho están ligadas por un lado a la “inteligibilidad de la norma” y, también, a la “inteligibilidad del ordenamiento”. Respecto al primero, para que la norma pueda ser entendida y así guiar al ciudadano, es necesario que su contenido sea claro y preciso. Respecto al segundo, el ordenamiento jurídico “tiene que ser coherente en el sentido que no se permita incertidumbre con relación a qué alternativa interpretativa es la correcta en la aplicación de una norma” (Ávila, 2012, p. 288), y consistente en la medida que no exista contradicción entre las normas que lo conforman.

#### **4.1.3.1.2. Dimensión dinámica**

La dimensión dinámica del principio de seguridad jurídica está referido a resolver los problemas de la “realización del Derecho”, a diferencia de la dimensión estática –antes tratada- que busca superar los problemas del conocimiento del Derecho.



Se ha abordado en el acápite anterior, en cuanto a la dimensión estática, un análisis de los requisitos estructurales que debe poseer el Derecho en la medida que sea seguro para el ciudadano. Ahora bien, la dimensión dinámica, afirma Ávila (2012), “que aborda los requisitos relativos a los actos indispensables para la aplicación del Derecho, por ende, se refiere a los problemas de la acción en el tiempo y la transición en el Derecho” (p. 291).

Es por ello que, para enfrentarnos a los problemas de la acción en el tiempo y la transición en el Derecho, se debe acudir a los criterios de confiabilidad y calculabilidad del Derecho. El primero es un término que se utiliza en retrospectiva, de la transición del pasado al presente englobando así los elementos que prohíben la modificación o un determinado tipo de modificación, en el presente, de aquello que se conquistó en el pasado (Ávila, 2012). El segundo es un término que se utiliza en prospectiva, la transición del presente al futuro, abarcando así los elementos que prescriben el ritmo de cambio del presente hacía el futuro (Ávila, 2012).

En resumidas cuentas, a lo que se refiere la dimensión dinámica del principio de seguridad jurídica, es que mediante los criterios de confiabilidad y calculabilidad, los ordenamientos jurídicos prohíban la retroactividad de las leyes por un ideal de estabilidad del Derecho, en cuanto aquello que se reguló en el pasado tenga firme vigencia en la actualidad y aquello que se reguló en el presente siga teniendo vigencia en el futuro. Estos criterios no deben entenderse en la medida que el Derecho se mantenga estático en el tiempo y no se adapte a la constante modernización de nuestro mundo, como una prohibición de cambios, sino, que los cambios que puedan generarse en la actualidad deban ser calculables, coherentes con el sistema que se ha logrado en el pasado. Es por ello que el Profesor ubica estos criterios como respuesta a los problemas de la acción en el tiempo y la transición en el Derecho.



## - **Confiabilidad normativa**

Respecto a los problemas de la acción en el tiempo y la transición en el Derecho, traducido en el problema de la permanencia durante la transición del pasado al presente, lo que se debe buscar es que exista estabilidad y eficacia normativa. En ese entender, por fines de este trabajo, se desarrollará lo respectivo a estabilidad normativa.

La estabilidad normativa es una manifestación de la seguridad jurídica del Derecho y por el Derecho (Ávila, 2012), para lo cual, es necesario cumplir con ciertos presupuestos para que el Derecho sea “seguro”. En ese sentido, se debe entender a la estabilidad normativa como una búsqueda de la permanencia *in toto* del ordenamiento jurídico.

Vista la estabilidad normativa como la permanencia del ordenamiento jurídico, ésta debe ser estable en el tiempo, por lo que no se habla de un corto plazo, sino en el mediano y largo plazo; por lo que, debe ser estable, duradero, continuo, permanente. En ese sentido, Raz (1980), afirma que “la estabilidad de ordenamiento jurídico es condición para que el Derecho pueda funcionar como guía de conducta a largo plazo” (como se citó en Ávila, 2012, p. 295).

De igual manera, para que el Derecho sirva como instrumento de guía para la conducta humana es necesario que se asegure la permanencia del ordenamiento jurídico: al menos en su parte sustancial o fundamental. En ese entender, hablaremos de la constitución y de sus límites materiales, que contienen la identidad o esencial constitucional, inmunes a una posible reforma.

El Tribunal Constitucional peruano en un fallo respecto a la reforma constitucional, ha indicado lo siguiente:

Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la constitución (STC. 00014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 76).



En el desarrollo del mismo fundamento jurídico, el tribunal hace mención a dos clases de límites materiales: (i) expresos e (ii) implícitos. Los primeros, también llamados *cláusulas pétreas*, son aquellos límites que la propia constitución determina para ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento y, por ende, están exceptos de cualquier intento de reforma. Seguidamente el colegiado, nombra los siguientes ejemplos de *cláusulas pétreas*: artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 1190° de la Constitución panameña y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933. Respecto a los segundos, los límites implícitos, indica que:

Son aquellos principios de la constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado (STC. 00014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 76).

Visto de esta forma el principio de seguridad jurídica implica que los ordenamientos jurídicos deben tener "estabilidad normativa", mediante estos límites materiales de la constitución, y así, el ordenamiento tenga permanencia en el tiempo; por ende, sea confiable.

De igual forma, desde el punto de vista objetivo, es necesario para la confiabilidad del Derecho desarrollar dentro de los ordenamientos jurídicos criterios de intangibilidad de situaciones individuales por razones objetivas (Ávila H. , 2012). La mayoría de los Estados ha regulado sanciones legales que por el transcurso del tiempo hacen intangibles situaciones jurídicas de los ciudadanos y del propio Estado. Como, por ejemplo, tenemos las figuras infraconstitucionales, pero que forman parte esencial del ordenamiento, tales como: (i) prescripción y (ii) caducidad. La primera entendida como "la consolidación de una situación



jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho: como la posesión en propiedad, o, ya sea perpetuando una renuncia, abandono desidia, inactividad o impotencia” (Cabanellas, 2003, pág. 373). La segunda entendida como la sanción legal que por el transcurso del tiempo extingue la acción y el derecho (art. 2003 del Código Civil de 1984).

Rubio (2008), indica que de la lectura del Código Civil peruano la prescripción se divide en dos: adquisitiva y extintiva. La prescripción adquisitiva es una forma de adquisición de la propiedad y la prescripción extintiva es una institución jurídica según la cual el transcurso de un determinado lapso de tiempo extingue la acción que el sujeto tiene para exigir un derecho ante los tribunales. De igual forma, para la caducidad indica que se divide en dos variantes: la que extingue instituciones y actos y la que extingue acciones y derechos. Cuando se refiere a que la caducidad extingue instituciones y actos, hace mención a las figuras jurídicas que aparecen en el Código Civil peruano como: los poderes (art. 264), los testamentos (art. 715-720), la oferta (art. 1385), la facultad de revocar donaciones (art. 1639), entre otros. Al referirse a la extinción de la acción y el derecho (art. 2003), esto quiere decir que producida la caducidad no queda una obligación natural subsistente (Rubio, 2008).

Es así como se puede afirmar que ambas figuras en lo que coinciden es que producen extinción para el Derecho y que ambas producen intangibilidad de situaciones individuales por el transcurso del tiempo.

Ávila (2012), indica que las reglas infraconstitucionales de prescripción y caducidad exigen una fijación de plazos determinados que operan en favor de la estabilidad de las situaciones jurídicas y la eliminación de incertidumbres.

#### - **Calculabilidad normativa**

Ávila (2012), afirma que es paradigma del principio de la seguridad jurídica: la previsibilidad absoluta. Para que el Derecho pueda ser seguro es



necesario que el ciudadano pueda prever las consecuencias jurídicas futuras aplicable a los actos del presente.

Debido a que la aplicación del Derecho depende una suma de procesos interpretativos no es posible –en realidad- una previsibilidad absoluta, mas bien, lo que sí es posible, es la calculabilidad del Derecho. Al respecto, Ávila (2012) define a la calculabilidad como:

Un estado de cosas en el que el ciudadano tiene, en gran medida, la capacidad de anticipar y medir el espectro reducido y poco variable de consecuencias atribuibles en abstracto a actos, propios y ajenos, o a hechos, y el espectro reducido de tiempo dentro del que se aplicará la consecuencia definitiva (pág. 501).

Por ello, con calculabilidad se entiende a la capacidad del ciudadano de que conozca los sentidos posibles atribuibles a la interpretación de la norma jurídica que va ser sujeto de aplicación a los actos, propios y ajenos, y al tiempo determinado en el que se llevará acabo su concreción.

Como se dijo, si bien no es posible la previsibilidad absoluta del Derecho, que daría una seguridad total al ciudadano. Es imposible prever con exactitud una única interpretación del Derecho y el tiempo determinado en que se deba concretar. Debido a ello, es preferible hablar de la calculabilidad como el valor superior que busca el principio de seguridad jurídica, en la medida que busca gradualmente otorgar al ciudadano la capacidad de calcular el número reducido de consecuencias comprensibles a los actos u hechos del presente y calcular el periodo de tiempo razonable para su concreción. Y solo así es que el ciudadano puede planificar su futuro, aumentando su libre acción y el Derecho sirva como instrumento de orientación.





## SUB CAPÍTULO II: EL PRECEDENTE

### 4.2.1. Premisa

El uso cotidiano de la palabra “precedente” para referirse a sentencias judiciales y resoluciones administrativas se ha generalizado, aún más, con la incorporación de la fuerza vinculante del precedente constitucional en nuestro ordenamiento jurídico en la primera década del siglo XXI, lo que ha traído efectos en su uso más social. Es habitual, en el lenguaje de los medios de comunicación y el habla común de las personas, atribuir la calidad de precedente a toda resolución administrativa o judicial anterior en el tiempo, debido a que el significado más general de precedente es “que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos” (Real Academia Española, 2023, par. 1), por lo que se considera comúnmente precedente a cualquier resolución administrativa o judicial por una cuestión de ubicación en el tiempo, mas no, por criterios de jerarquía, utilidad y formalidad expresa, que son propias de la doctrina del precedente.

Si bien el precedente puede tener diferentes conceptualizaciones dependiendo del sistema jurídico en donde se le quiera mirar, para poder definirlo partimos del principio básico que: “Toda administración de justicia comulga en determinar que los casos similares deben ser decididos de manera similar” (Cross y Harris, 2012, p. 12). Esta situación puede ser expresada de dos maneras: una en la que los jueces para decidir en un determinado caso, voluntariamente revisan casos anteriores en donde exista una relación de hecho y de derecho para resolver de la misma manera, y, otra, en la que los jueces se vean vinculados de manera obligatoria a la decisión de otros jueces por un mandato legal y no encuentren razones para apartarse de dicho razonamiento. En ese sentido, el precedente es en la practica una decisión, aunque no toda decisión sea un precedente, y que el grado de vinculatoriedad hacia el precedente estará prestablecido por un mandato imperativo (Marinoni, 2013).



Respecto a la teoría de los precedentes, el profesor Zaneti (2015), indica que es una teoría para Cortes Supremas. Como ya se ha mencionado, al menos en el sistema del *civil law* la fuerza vinculante de los precedentes nace de un mandato imperativo de la ley que faculta a salas conformantes de Cortes Supremas a la producción de precedentes con fuerza vinculante. Esta facultad que se le ha atribuido a las Cortes Supremas, al Tribunal Constitucional y tribunales de última instancia administrativa, como es en el caso del derecho peruano. Nace esta situación por la consideración a las mismas como cortes de vértice, al tener no solo la función de control en la aplicación correcta de la legislación, sino, en establecer una interpretación uniforme del derecho, teniendo como destinatarios cortes y juzgados de menor jerarquía (Zaneti Jr, 2015).

A diferencia del *civil law*, las reglas del precedente en el sistema del *common law*, propiamente del derecho inglés, “tiene origen en el *case law* o derecho de origen jurisprudencial, es decir, son reglas que tienen su origen en la práctica judicial de sus tribunales” (Cross y Harris, 2012, p. 15)

El estudio del precedente se ubica también en el estudio mismo de dos sistemas que constituyen una gran tradición jurídica occidental: el *common law* y el *civil law* (Marinoni, 2013). Debido a que el tratamiento a los precedentes en cada sistema estará determinado por circunstancias políticas, sociales y culturales, las cuales han estado sujeto al desarrollo de los estados europeos. Más adelante se tocará como es que la división de poderes en la configuración de los Estados se ha visto reflejada en el tratamiento de los precedentes, expresando así, la tradición jurídica cultural de cada sistema jurídico.

Visto el precedente desde la óptica del derecho peruano, se puede decir que a lo largo de los últimos cincuenta años se ha visto el desarrollo de una doctrina propia del precedente, traduciéndose en una configuración legal, posiciones de los jueces respecto a su aplicación y aportes desde la doctrina para entender el fenómeno que resultó para el sistema jurídico peruano la introducción del precedente a nivel judicial y administrativo.



## 4.2.2. El precedente en la legislación peruana

### 4.2.2.1. El precedente judicial

Muy bien se ha dicho que la tradición jurídica en el Derecho peruano se ha visto bastante influenciada por la cultura jurídica occidental del *civil law*, tomando como principal fuente del Derecho a la ley. La adopción de esta cultura jurídica ha determinado la dinámica de la administración de justicia y la propia división de poderes. Aun así, a lo largo de toda la historia republicana del Estado peruano, la confección del sistema jurídico ha sufrido transformaciones propias del momento histórico, la influencia política, el avance de los derechos a nivel internacional y el desarrollo de la academia; por lo que en la actualidad, el orden del sistema de fuentes del Derecho ha tenido variaciones significativas, entendiendo principalmente a la constitución como la principal fuente del Derecho y la incorporación de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho peruano (STC 0047-2005-PI/TC, fundamentos 33-34).

Instalado el Estado peruano, no es hasta 1852 que entra en vigencia el primer Código Civil y Código de Enjuiciamientos en materia Civil, por orden del entonces presidente José Rufino Echenique. La tradición de este Código presenta la tendencia a preservar instituciones jurídicas del derecho romano-castellano, debido al sistema jurídico utilizado en la etapa colonial del virreinato en el Perú (Guzmán, 2001).

Una de las principales características de la influencia occidental continental en el sistema adoptado por el Código Civil de 1852, se ve en su artículo VIII, que indica: Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas; lo que no es otra cosa que el sometimiento funcional de los jueces a la aplicación literal de la ley, los jueces no son otra cosa que la *bouche de la loi*. Así lo precisaba Montesquieu (2010), en su obra “El Espíritu de las Leyes” (publicado por primera vez en 1748), indicando que: “Los jueces de la nación (...) no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las



palabras de la ley, seres inanimados que no puede mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” (p. 161).

Es con este postulado, donde el juez es boca de la ley, que queda evidenciado una característica del sistema jurídico europeo continental y el sistema de división de poderes, puesto que el poder de juzgar queda contenido como una actividad intelectual y cognitiva, mas no, de creación de nuevos derechos (Marinoni, 2013).

Para reforzar la idea de que el juez debe estar sometido al poder legislativo, el artículo IX y X del Código Civil de 1852, indicaban:

IX. Los jueces no pueden suspender ni dejar la administración de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes: en tales casos resolverán atendiendo: 1 al espíritu de la ley; 2 á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3 á los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.

X. Las consultas de que habla el artículo anterior, se elevaran al poder legislativo, por la Corte Suprema, con el respectivo informe adverso.

Ello quiere decir que, no solo la función del juez estaba limitada a ser un mero aplicador de la ley, sino que, ante dudas respecto a la aplicación del Derecho, la Corte Suprema del Poder Judicial tenía que someter a consulta del Poder Legislativo la correcta aplicación del Derecho.

Este sometimiento de los jueces al Poder Legislativo, tiene su fundamento más que en la propia cultura jurídica peruana o latinoamericana, en una tradición de Europa Continental, puesto que, hasta antes de la Revolución Francesa, los miembros del Poder Judicial francés, pertenecían a una clase aristocrática en favor de la monarquía, mostrando un actuar en contra de los valores de igualdad, fraternidad y libertad. El profesor Marinoni (2013), nos indica que: “En esta época los cargos judiciales eran comprados y heredados, lo que hacía suponer que el cargo de magistrado debería ser usufructuado como si fuere una propiedad particular capaz de rendir frutos personales” (p.55). Ante este escenario, en



donde el actuar judicial se veía infestado de intereses particulares, donde los jueces cumplían un rol conservador del *statu quo* monárquico, contribuyó en la idea de limitar la actividad del juez, perteneciente a la clase aristocrática, frente a un Poder Legislativo que nacía de la representación del pueblo (Marinoni, 2013).

Muchos años después, la idea de precedente judicial o de un Derecho de origen jurisprudencial en el Derecho peruano, empezó a originarse, aunque no necesariamente en un ámbito judicial. La aparición de la primera edición de la “Revista de Jurisprudencia del Perú” en octubre de 1943, fue un hito en el tratamiento de las decisiones judiciales. El profesor Dyer (2014), tuvo a bien citar en su tesis de pregrado, el propósito y las razones que justificaban la primera edición de la revista:

Es necesario un medio de publicidad que lleve a todos los campos vinculados al foro peruano el conocimiento de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia y de los dictados administrativos que puedan tener un carácter principista y genérico; que sea un medio de divulgación de nuestro derecho y un exponente de la vida jurídica del país.

Tal es el propósito de “Revista de Jurisprudencia Peruana” que no omitirá esfuerzo por hacer una obra seria y bienintencionada, sirviendo a la causa de la justicia (p.150).

La revista se publicó hasta el año 1983, escogiendo las principales sentencias en materia civil, penal, laboral y las principales disposiciones normativas, en un intento de sistematizar la producción normativa nacional más importante y, a su vez, facilitar el quehacer de los magistrados y operadores jurídicos (Dyer, 2014)

Es hasta el año 1982, mediante el artículo 9 de la Ley n.º 23506, Ley de Habeas Corpus y de Amparo, que aparecerá en el Derecho peruano el primer antecedente normativo a la institución del precedente vinculante -o más propiamente dicho, al precedente constitucional vinculante-, que rezaba en el siguiente sentido:



Las resoluciones de Habeas 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.

Es así, como se incorpora en el derecho peruano la figura del precedente judicial, que si bien dista de la configuración actual del precedente judicial con el sistema de “precedente regla”, hacía referencia a la obligatoriedad de seguir decisiones judiciales de las cuales se pueda desprender “un principio de alcance general” para futuros casos, y la posibilidad de apartarse de él mediante razones justificadas.

En el año 1992, con la aprobación del Código Procesal Civil, que entró en vigencia en 1993, mediante su artículo 400 (hoy modificado), se dio origen a la institución de la “doctrina jurisprudencial”, de la siguiente forma:

Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.



El sentido de la llamada “doctrina jurisprudencial” que nos trajo el Código Procesal Civil de 1992, pretendía que, reunidas las Salas de la Corte Suprema en una Sala Plena -o Pleno Casatorio-, dicten una resolución cuyas razones tengan carácter vinculante a los demás órganos jurisdiccionales del Estado. A ello se suma lo regulado por el artículo 386° (hoy modificado) del mismo Código, que establecía en su numeral 2 como causal de recurso de casación “la inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial”; lo que quiere decir que, la doctrina jurisprudencial establecía normas de interpretación del Derecho para la resolución de futuros casos por los demás órganos jurisdiccionales del Estado o como indicó Dyer (2014), establecía “parámetros de validez para las demás sentencias y resoluciones” (p. 160).

En junio de 1993, se publicó el D.S. N.° 017-93-JUS, que contenía el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 22 se estableció el carácter vinculante de la llamada doctrina jurisprudencial, su publicidad y la forma de apartamiento, cuya redacción reza de la siguiente forma:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del



precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se relativizó la fuerza vinculante de la doctrina jurisprudencial contenida en el artículo 400 del Código Procesal Civil, que hasta su modificatoria en 2009 estuvo en vigencia, debido a que permitió que tanto la Corte Suprema como órganos jurisdiccionales inferiores pudieran apartarse de las razones contenidas en el precedente vinculante mediante una debida motivación.

Es en el 2004, mediante la Ley n.º 28237, que entra en vigencia el Código Procesal Constitucional, y con él la institución del precedente [constitucional] vinculante en su artículo VII, lo que trajo consigo la consolidación de un sistema de precedentes en el Derecho peruano. Dicho artículo indica lo siguiente:

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

El precedente constitucional cambiará todo lo tratado hasta el momento respecto al precedente judicial, estableciendo como rol del Tribunal Constitucional en el tratamiento de los precedentes, el de establecer el extremo normativo y fortaleciendo su vinculatoriedad, no permitiendo su apartamiento a otros órganos jurisdiccionales. Como se indicó, es mediante la introducción del precedente constitucional que se origina el llamado sistema de “precedente-regla” -o precedente *made in Perú*- y se abandona la influencia del sistema del *common law* para el tratamiento de los precedentes vinculantes.

Esta fórmula es ratificada con la aprobación del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley n.º 31307, publicado el 23 de julio de 2021, en cuyo título preliminar indica lo siguiente:

Artículo VI. Precedente vinculante





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, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. 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. Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados. En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

#### Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. 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 que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Mas allá de la diferencia en la inversión de los números de los artículos, la propuesta de la nueva redacción del precedente constitucional vinculante es la de hacer énfasis en la redacción del extremo normativo en forma de regla jurídica, consolidando así, el modelo de “precedente regla”, propio del Derecho peruano.



Siguiendo la lógica del precedente constitucional, en el 2004 el legislador mediante el D.L. N.º 959, inserta la institución del precedente obligatorio en el Código de Procedimientos Penales, modificando el artículo 301-A, de la siguiente forma:

1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema 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 ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

La redacción del precedente obligatorio en materia penal mantiene el criterio más importante que ha venido caracterizando la teoría del precedente en el Derecho peruano, que es facultad de la Corte de señalar el extremo normativo del precedente o *ratio decidendi* y la de seleccionar que sentencias serán



consideradas como precedente vinculante y cuáles no. Asimismo, le atribuye únicamente a la Corte Suprema, la facultad de apartarse de su propio precedente cuando así lo considere, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Más tarde, en el año 2009, mediante la Ley n.º 29364, se modifica el artículo 400º del Código Procesal Civil, de la siguiente forma:

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

De la modificación del artículo 400, se tiene en primer lugar, el cambio de la denominada “doctrina jurisprudencial” a la de “precedente judicial”, en segundo lugar, que ya no será la Sala Plena la única en emitir precedente judicial. Por otro lado, también se modificó al artículo 386, en el extremo de considerar como causal de recurso de casación el apartamiento inmotivado del “precedente judicial”.

Un punto a resaltar de la modificación del artículo 400 del Código Procesal Civil, es la posición distante a la del llamado “precedente-regla”, que es la postura optada en el Código Procesal Constitucional y Código de Procedimientos Penales, puesto que no establece en su redacción la facultad de la Corte de establecer el extremo normativo de la sentencia, dejando a los jueces y operadores jurídicos la labor de “encontrar” la *ratio decidendi* de la decisión; aunque en la práctica se verá que a lo largo de todo el tiempo que ha estado en vigencia el artículo 400, la postura de la Corte Suprema ha sido señalar el extremo normativo, tal como se puede apreciar en todos los plenos casatorios en materia civil.



En el año 2004, mediante el Decreto Legislativo n.º 957, se promulgó el Nuevo Código Procesal Penal, que entró en vigencia de manera progresiva en los diferentes distritos judiciales del Perú, teniendo como inicio el 01 de julio de 2006 en el distrito judicial de Huaura, conforme a lo dispuesto por la Ley n.º 28671. A lo que, luego de quince años, en 2021 es que dicho código entra en vigencia en el distrito judicial de Lima, siendo el más importante por ser la capital de Perú y el departamento con mayor población a nivel nacional.

El Nuevo Código Procesal Penal mantiene la nomenclatura de doctrina jurisprudencial para referirse al precedente judicial, de tal forma reguló en el numeral 3 del artículo 433:

En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

A diferencia de lo regulado por el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, el Nuevo Código Procesal Penal, posibilita al Ministerio Público pedir a la Sala Penal de la Corte Suprema que la decisión que contenga la sentencia casatoria constituya doctrina jurisprudencial; la misma que será vinculante para los demás órganos jurisdiccionales penales de la Corte Suprema, manteniendo su vigencia hasta que otra decisión expresamente lo modifique. También incorpora el supuesto en el que de existir más de una Sala Penal o ésta se integre con otros vocales, sin perjuicio del caso en concreto, se podrá



convocar a Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema, a fin de emitir una nueva doctrina jurisprudencial, que su aprobación se adoptará por mayoría absoluta.

Adicionalmente, se puede advertir que de igual forma como la reciente modificación del artículo 400 del Código Procesal Civil en 2009, no se considera de manera expresa la capacidad de la Corte Suprema en precisar el extremo normativo de la sentencia casatoria o pleno casatorio, pero que en la práctica se verá como en el Primer Pleno Casatorio de las Salas Penales y Transitorias, se señaló el extremo normativo de la doctrina jurisprudencial o precedente judicial vinculante.

Por último, en el año 2010, se promulgó la Ley n.º 29497, que contiene la Nueva Ley Procesal de Trabajo, la misma que tardó hasta el 2015 en entrar en vigencia parcialmente en Lima, priorizando las Cortes Superiores de Ventanilla y Lima Este. La misma que en su artículo 40, regulo respecto al precedente judicial, lo siguiente:

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

De esta manera, se prefirió utilizar el término de “precedente vinculante” y facultar a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, convocar a pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social para emitir sentencia que constituya o varíe un precedente vinculante. Este tipo de precedente en materia laboral establece su vinculatoriedad a otros órganos jurisdiccionales, sin tener la capacidad de apartarse, reforzando su



fuerza vinculante, dotando únicamente la capacidad de apartarse del precedente con la formación de un nuevo precedente vinculante.

#### **4.2.2.2. El precedente administrativo**

Como se ha expresado en párrafos anteriores, desde la aparición de la Ley de Habeas Corpus y Amparo de 1982 se ha evidenciado un desarrollo en favor de la regulación del precedente judicial en el Perú hasta la actualidad.

Este escenario en favor de la regulación del precedente en el Derecho peruano, ha tenido efectos tanto a nivel del Poder Judicial, como en las instituciones administrativas, que si bien forman parte del Poder Ejecutivo del Estado peruano, que en el desarrollo de sus actividades aplican derecho, es decir, resuelven conflictos de interés o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica. En el desarrollo de esas actividades en donde aplican Derecho, se han visto en la necesidad de proyectar o potenciar, frente a pronunciamientos disímiles y hasta contradictorios ante materias idénticas o similares, aquellos aspectos considerados como motivaciones centrales para la fijación de un precedente (Espinosa, 2014).

En el año 1980, mediante el D.L. N.º 23207, que modifica el artículo 134 del Código Tributario, se introduce al artículo, el siguiente párrafo:

Cuando se dé el caso a que se refiere el párrafo anterior, el Tribunal Fiscal hará constar en la respectiva resolución que ella establece jurisprudencia de observancia obligatoria conforme a este artículo y dispondrá la publicación de su texto íntegro en el Diario Oficial “El Peruano” dentro el mes calendario siguiente a su fecha de expedición.

De esta manera se amplía lo dispuesto por el artículo 134 y se introduce en el Derecho peruano la institución del precedente administrativo, bajo la nomenclatura de “jurisprudencia de observancia obligatoria”, otorgando tal capacidad al Tribunal Fiscal que es un órgano resolutorio del Ministerio de Economía y Finanzas, que constituye a última instancia administrativa nivel



nacional en materia tributaria y aduanera. Es competente para resolver oportunamente las controversias suscitadas entre los contribuyentes y las Administraciones Tributarias.

Posteriormente, en el año 1999 se aprueba el Nuevo Código Tributario mediante el D.L. N. ° 816 y se aprueba su Texto Único Ordenado mediante el D.S. N. ° 135-99-EF, en cuyo artículo 154 se vuelve a considerar la institución de la jurisprudencia de observancia obligatoria, de la siguiente forma:

Artículo 154.- Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, así como las emitidas en virtud del Artículo 102°, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal Fiscal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el Diario Oficial. De presentarse nuevos casos o resoluciones con fallos contradictorios entre sí, el Presidente del Tribunal deberá someter a debate en Sala Plena para decidir el criterio que deba prevalecer, constituyendo éste precedente de observancia obligatoria en las posteriores resoluciones emitidas por el Tribunal. La resolución a que hace referencia el párrafo anterior así como las que impliquen un cambio de criterio, deberán ser publicadas en el Diario Oficial. En los casos de resoluciones que establezcan jurisprudencia obligatoria, la Administración Tributaria no podrá interponer demanda contencioso-administrativa.

Mediante el artículo 154, se mantiene el criterio de otorgar la calidad de precedente a las decisiones del Tribunal Fiscal que interpreten a modo expreso y con carácter general el sentido de las normas tributarias. El efecto vinculante de la jurisprudencia de observancia obligatoria está dirigida a los órganos de la Administración Tributaria, siendo el Tribunal Fiscal el único en poder apartarse del precedente administrativo fijando un nuevo criterio.



Si bien es cierto que en su redacción no se observa que es función del Tribunal Fiscal determinar el extremo normativo de la resolución con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, en la práctica el Tribunal Fiscal ha seguido el modelo peruano en cuanto al manejo de precedentes, señalando tanto en los Acuerdos de Sala Plena y Resoluciones de Observancia Obligatoria el extremo normativo o *ratio decidendi* de la decisión.

Caso similar al del Tribunal Fiscal, será el de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que es un organismo constitucionalmente autónomo, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que cuenta con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Su principal función es propiciar el buen funcionamiento del mercado, en beneficio de los ciudadanos, consumidores y empresarios, mediante la defensa de los consumidores, la prevención y fiscalización de prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, la protección de la propiedad intelectual y la promoción y desarrollo de una infraestructura y cultura de la calidad en el Perú (Indecopi, 2022); y, en función a todo ello, Indecopi tiene la facultad de emitir directivas con efectos generales, supervisar y fiscalizar actividades económicas, imponer sanciones, ordenar medidas preventivas y cautelares, dictar mandatos y medidas correctivas, y resolver controversias de los ciudadanos. Para lo cual, actualmente se tiene que, mediante D.L. N.º 1033 se aprueba la Ley de Organización y Funciones de Indecopi, en cuyo artículo 14.1, literal “d)”, se faculta a las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Indecopi, expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

En la práctica se ha visto que Indecopi, desde sus inicios se ha constituido como uno de los organismos administrativos que más ha fijado precedentes vinculantes en el ámbito de su competencia, en tal sentido se verá el precedente vinculante referido a la protección al consumidor contenido en la Resolución 85-1996/TDC-INDECOPI o el referido a la eliminación de las barreras burocráticas





contenido en la Resolución 182-1997/TDC-INDECOPI. La posición de las Salas del Tribunal de Indecopi, respecto al manejo en la expedición de los precedentes es seguir la práctica peruana en relación a determinar el efecto normativo del precedente vinculante.

Otro caso similar de la inclusión del precedente administrativo en el Derecho peruano es la regulación del precedente de observancia obligatoria en el artículo 158 del Reglamento General de Registros Públicos, regulado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 079-2005-SUNARP-SN, que posteriormente fue derogado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 126-2012-SUNARP-SN, que aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, que indica lo siguiente:

Constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, que establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales, en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior.

Los criterios reiterados existentes en las Resoluciones del Tribunal serán sometidos a consideración del Pleno Registral para su eventual aprobación como precedentes de observancia obligatoria. Para tal efecto, un criterio se convierte en reiterado cuando sea asumido en más de dos Resoluciones emitidas por una misma Sala o diferentes Salas del Tribunal.

La Presidencia del Tribunal Registral es responsable de la implementación de un sistema que identifique claramente las materias sobre las cuales se pronuncien las Salas del Tribunal en sus Resoluciones.

Los precedentes de observancia obligatoria aprobados en Pleno Registral deben publicarse en el Diario Oficial "El Peruano", mediante Resolución del presidente del Tribunal Registral, siendo de obligatorio cumplimiento a partir del



día siguiente de su publicación en dicho diario. Adicionalmente, dichos precedentes, conjuntamente con las resoluciones en las que se adoptó el criterio, se publicarán en la página web de la SUNARP.

El precedente vinculante en materia registral sigue la nomenclatura de precedente de observancia obligatoria, usado en sede administrativa -como se ha venido señalando-. Mediante el cual se faculta al Tribunal Registral, en su calidad de última instancia administrativa, que en la convocatoria a Pleno Registral, poder establecer como precedente vinculante a aquellas decisiones que establezcan criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles. La fuerza vinculante del precedente administrativo se extiende a nivel nacional a todas las instancias registrales, siendo el mismo Pleno Registral el facultado para apartarse del precedente emitiendo uno nuevo, o el Poder Judicial con una sentencia con calidad de cosa juzgada y el Poder Legislativo con la dación de una norma que modifique el precedente.

El precedente en materia registral, tampoco encuentra en su redacción normativa un apartado respecto al señalamiento del extremo normativo, pero desde la emisión del I Pleno en 2022, hasta el CCLI Pleno en 2021, se ha señalado el extremo normativo del precedente de observancia obligatoria, bajo la estructura de “precedente regla”, confirmando la tradición peruana que se viene formando en el tratamiento de los precedentes vinculantes, tanto en los procesos judiciales como en los procesos administrativos.

#### **4.2.3. Comparación con el Derecho inglés**

A diferencia del *civil law*, las reglas del precedente en el sistema del *common law*, propiamente en el Derecho inglés, tiene origen en el *case law* o Derecho de origen jurisprudencial, lo que quiere decir, son reglas que tienen su origen en la práctica judicial de sus tribunales (Cross & Harris, 2012).

Son las decisiones de los jueces los cuales han establecido las reglas y principios que regulan el mismo *case law*, es decir, que las reglas del precedente



ingles tienen su origen en el desarrollo mismo de la jurisprudencia, caso contrario a la del *civil law*, en donde las reglas que regulan el precedente nacen del parlamento. Un claro ejemplo de *case law* será el caso *London Tramways v. London County Council* en donde se estableció como precedente la regla en donde la Cámara de los Lores estaba vinculada a seguir sus propios precedentes, estando vigente por setenta y ocho años (Cross & Harris, 2012). De esta manera se entiende que mediante el precedente no solo se establecen determinados criterios de interpretación del Derecho para futuros casos similares, sino, sirve para establecer reglas de como aplicar el mismo precedente.

Si bien es correcto indicar que la mayor parte del Derecho inglés tiene su origen en el *case law*, ello no quiere decir que exista una ausencia de leyes o que sea un sistema jurídico en donde el Parlamento no cumple un rol en la creación legislativa. En la realidad, tanto en el sistema del *civil law* como del *common law*, la producción legislativa está a cargo de un parlamento, donde la producción legislativa no es una diferencia significativa, la gran distinción del *case law* recae en haber desarrollado un sistema en donde existe una basta confianza en la interpretación que dan los jueces a las leyes.

Esta confianza que recae en los jueces del *common law*, tiene su origen en las circunstancias políticas culturales a las que estuvo sujeto la transformación hacia el Estado Moderno. Por un lado, en Inglaterra, el proceso de reconocimiento de derechos de sus ciudadanos y el establecimiento de un Estado Moderno no significó el derrocamiento del sistema en sí mismo, sino, la demanda social de que el monarca aplicara el Derecho que lo vinculaba, y así se consolide el sistema implantado, como una expresión de su propia cultura. Caso contrario, en Europa continental, precisamente en Francia, la Revolución Francesa significó no solo el reconocimiento de derechos para el ciudadano, sino, la fractura del *statu quo*, que devino en la ejecución del monarca y del sistema que lo sostenía.

Marinoni (2013) nos indica que, en la etapa previa a la Toma de la Bastilla y la explosión de la Revolución Francesa en todos sus frentes, el sistema de



administración de justicia en la Francia monárquica, era una expresión patrimonialista donde el título de magistrado se compraba o se transmitía vía herencia; lo que influía en que los jueces traten de sacar un provecho personal de la justicia y decidan en favor de la clase burguesa a la que representaban, contraria a los valores que nutrían a la revolución. En ese sentido, derrocar el sistema monárquico francés, consistía en quitarle herramientas a los jueces que representaban a ese *statu quo* monárquico, por ello es que se consolida el criterio de un juez *boiche de la loi*, otorgándole la facultad al legislador -cuya legitimidad residía en la representación del pueblo- de regular lo más preciso las relaciones ciudadanas, restringiendo la interpretación del juez a la ya otorgada por el legislador, por la desconfianza que residía en él.

Retomando al *case law* del Derecho inglés, Cross y Harris (2012) nos indican que al margen de la transformación constante a la cual está sujeta la doctrina inglesa del precedente, existen cuatro características -o entiéndase como reglas- que se mantienen vigentes:

- Todos los tribunales están obligados a seguir y a aplicar los precedentes emanados de cualquiera de los tribunales que les sean superiores;
- Las decisiones dictadas por los tribunales superiores constituyen un precedente persuasivo para los tribunales que tienen una mayor jerarquía respecto de aquéllos;
- Una decisión constituye siempre un precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó; y,
- Todos aquellos tribunales que tengan competencia para resolver casos de apelación (además de la Cámara de los Lores) están obligados a seguir sus propios precedentes (pp. 26-27).

De las reglas propuesta para definir la doctrina inglesa del precedente, se puede afirmar que una principal característica es la fuerza vinculante que tienen los precedentes para los tribunales de menor jerarquía respecto de aquel que las dictó. Lo cual se puede precisar una gran diferencia que existe frente a la



aplicación del precedente en el Derecho peruano, en donde la fuerza vinculante solo recae en resoluciones expedidas por cortes de vértice.

Para entender un poco más las reglas expuestas, Cross y Harris (2012), hacen una explicación de la jerarquía de los tribunales ingleses:

Respecto a la jurisdicción civil, en la menor jerarquía se encuentran las *Country Courts* y las *Magistrates' Courts*, que solo son competentes para asuntos de primera instancia. El tribunal inmediatamente superior es la *High Court*, cuyos jueces ejercen competencia ilimitada en dichos casos. La *High Court* actúa en diversas subsecciones conocidas como *Divisional Courts* que tienen una competencia limitada en materia de apelaciones, y eventualmente se encargan de la primera instancia en ciertos asuntos especiales. Seguidamente, encontramos como superior jerárquico la Sala de lo Civil del Tribunal de Apelaciones que se encarga de resolver los casos interpuestos contra las decisiones que de las *Country Courts* y de la *High Court*. Finalmente, en el vértice de la jerarquía judicial inglesa encontramos a la Cámara de los Loes que se encarga de resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, del Tribunal de Sesión (*Court of Sessions*) de Escocia y del Tribunal de Apelaciones de Irlanda del Norte.

En lo que se refiere a la jurisdicción penal, en la menor jerarquía se encuentran las *Magistrate's Courts* que ejercen una importante jurisdicción sumaria en los casos de primera instancia, cuyo tribunal que conocerá la apelación de la condena será la *Queen's Bench Division*, que es una de las salas de la *High Court*. De igual forma, en jurisdicción de primera instancia, para delitos de mayor gravedad corresponde su conocimiento a la *Crown Court*, cuya condena será apelada ante la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelaciones. Finalmente, como corte de vértice se mantiene en la jerarquía máxima a la Cámara de los Loes (p. 26).

Como se ve, en la práctica, el sistema de administración de justicia en el *common law* mediante la jerarquía de los jueces en el Derecho inglés no dista mucho de la jerarquía en el *civil law* o, propiamente dicho, en el Derecho peruano.



Como ya se indicó, la principal diferencia se encuentra en la manifestación de su costumbre en la confianza que recae en los jueces, más allá de su jerarquía.

#### 4.2.4. Estructura y ubicación del precedente

Un problema habitual en el tratamiento de los precedentes en sistemas jurídicos de origen anglosajón es la ubicación del precedente en la decisión judicial que lo contiene, es decir, que el precedente habita en una sentencia, mas no es la sentencia en sí misma.

Las sentencias en el Derecho inglés siguen una estructura muy parecida a la del sistema del Derecho peruano, por más de las notorias diferencias que se puede encontrar entre ambos sistemas. Cross y Harris (2012) explican cómo es la estructura de una sentencia inglesa típica en el ámbito civil:

El juez inglés resume cuáles fueron las pruebas aportadas, cuáles son los hechos que fueron probados y sintetiza los argumentos de los abogados de cada una de las partes y, en caso existir un debate sobre Derecho, se ocupa de estudiar y examinar cierta cantidad de decisiones previas (p. 61).

Esta estructura de la sentencia inglesa no dista mucho de la sentencia peruana, por lo que, sin el ánimo de hacer una comparación exhaustiva -por no ser objeto de esta investigación-, podremos identificar coincidencias en el contenido de ambas.

Resulta importante mencionar a *grosso modo* la estructura de una sentencia, debido a que no todas serán consideradas como precedente, ni en la doctrina inglesa, ni en la peruana. Se considerará como precedente solo a aquellas que mantengan un *status* de pronunciamiento de derecho, mas no, a aquellos pronunciamientos en donde exista una disputa puramente fáctica (Cross & Harris, 2012). Teniendo en cuenta las reglas especiales de la creación del precedente para cada sistema jurídico en especial.



Las sentencias que contengan pronunciamientos de Derecho, ameritarán en su desarrollo exponer las razones jurídicas por las cuáles se ha llegado a una determinada conclusión, que no son otra cosa que la *ratio decidendi* de la sentencia. Siendo el resto de razones o argumentos, expresadas como proposiciones jurídicas, los *obiter dictum*. Esto no quiere decir que el resto de sentencias que son puramente fácticas no contengan *ratio decidendi* y *obiter dictum*, sino, que no llegan a constituir precedentes.

Ahora bien, habiendo definido que solo las sentencias con pronunciamiento sobre derecho constituyen precedente, y que el precedente no es en sí mismo la sentencia, cae de madura la pregunta: ¿Dónde se ubica el precedente? Recurriendo a la doctrina inglesa del precedente, la respuesta que salta a luz es que se ubica en la *ratio decidendi*; esto quiere decir que, cuando el juez se encuentra en una situación problemática respecto a la correcta interpretación de una determina ley (pronunciamiento de derecho), las razones que lo han llevado a llegar a una determinada conclusión (*ratio decidendi*) son la expresión misma del precedente.

#### **4.2.4.1. Conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta***

Para fines de definir el concepto de *ratio decidendi*, Cross y Harris (2012), interpretan lo que los abogados ingleses entienden cuando utilizan dicha expresión, y postulan el siguiente concepto:

La *ratio decidendi* de un caso es cualquier regla de Derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por un juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada por dicho juez, o la parte correspondiente de las indicaciones dadas por él al jurado (p. 96).

Ampliando su definición, Cross y Harris (2012), indican que no deberíamos hablar de una “regla de derecho”, mas bien, de una “reglamentación de una cuestión jurídica”; puesto que, en medio de un debate respecto a la interpretación



que debe hacerse de una determinada ley, el juez al justificar su decisión manifiesta que la ley tiene un significado y no otro, entonces dicho pronunciamiento debe considerarse como *ratio decidendi*, pero que para los autores, se podrá utilizar las expresiones “regla de derecho” y “reglamentación de una cuestión jurídica” indistintamente por expresarse en el mismo sentido.

Por otro lado, Marinoni (2013) nos indica que: la razón de decidir -o *ratio decidendi*- es la tesis jurídica o la interpretación de la norma consagrada en la decisión. De modo que la razón para decidir ciertamente no se confunde con la fundamentación, pero en ella se encuentra (p. 258).

En el mismo esfuerzo, Da Rosa (2016), en su obra titulada la “Teoría del Precedente Judicial”, hace un listado de significados atribuibles a la expresión *ratio decidendi*, de los cuales podemos destacar:

La *ratio decidendi* es:

- El elemento de la motivación que constituye una *premisa necesaria* para la decisión de un caso;
- El *principio de derecho* que en la sentencia es *suficiente* para decidir el caso concreto;
- La *norma expresa o implícitamente* tratada por el juez como *necesaria* para decidir el caso;
- La *norma relevante* para los hechos de la causa que, según la opinión de un juez sucesivo, el juez que pronunció el precedente haya creído haber *establecido*; y
- La *norma relevante* para los hechos de la causa que, según la opinión de los juristas, el juez posterior tenga el deber de considerar como *establecida* o *seguido* por un juez precedente (pp. 269-270).

Bajo el aporte de Da Rosa (2016), se identifica que existe un consenso -no absoluto- respecto a entender a la *ratio decidendi* como “cualquier regla jurídica expresa o implícitamente tratada por el juez como un paso necesario para alcanzar su conclusión” (p. 267), en concordancia con los conceptos hasta ahora





mencionados; pero llama la atención en cuanto al significado propuesto en los puntos “iv” y “v”, en donde se hace mención a la relevancia de los hechos materiales que pertenecen al caso en concreto, sin los cuales el juez no hubiese podido llegar a una determinada conclusión, expresada en una regla jurídica.

Importa reconocer la importancia de los hechos materiales para determinar la *ratio decidendi* de un caso concreto, no siendo suficiente el sentido del fallo. Da Rosa (2016), indica que la *ratio decidendi* -elemento genuinamente vinculante de un precedente judicial- debería ser buscada no en las razones en las que el juez haya basado su decisión, sino en los hechos considerados decisivos o materiales por el juez para la declaración judicial en cuestión. El juez alcanza una conclusión a partir de los hechos tal como él los ve. Es en esos hechos que él fundamenta su juicio, y no en cualesquiera otros. Es su selección de los hechos materiales que el juez crea derecho. Por lo tanto, para determinar la *ratio decidendi* un primer paso esencial es determinar cuáles fueron los hechos materiales en los que el juez fundamentó su conclusión.

El concepto de *obiter dicta* es tan abierto y complejo como el de la *ratio decidendi*, que a lo largo de la doctrina inglesa del precedente ha merecido diferentes precisiones. Ya bien, en párrafos precedentes se ha indicado con que la locución *obiter dicta* sirve para definir a las proposiciones jurídicas que no forman parte de la *ratio decidendi*, pero que, para ahondar más en el tema, Cross y Harris (2012) proponen dos definiciones que han elaborado los profesores Patterson y Goodhart:

- De acuerdo con el profesor Patterson un *obiter dictum* es una proposición jurídica contenida en el voto del juez que desde el punto de vista lógico no puede ser considerada la premisa mayor en relación con los hechos selectos de la decisión.
- De acuerdo al profesor Goodhart describe al *obiter dictum* como una conclusión basada en un hecho cuya existencia no ha sido determinada por el tribunal. Respecto a este concepto, el profesor Marinoni (2013) indica que “lo que quiere decir Goodhart es que la conclusión basada en un hecho hipotético o mejor en un hecho cuya



existencia no ha sido determinada por la Corte, no constituye *ratio decidendi*, sino *obiter dictum*” (pág. 265).

De ambos conceptos propuestos, se puede indicar el *obiter dictum* se compone por las razones que no fueron determinantes para llegar a la conclusión del caso o las razones que se fundan en hechos hipotéticos no comprobados por el juez.

Por otro lado, en la doctrina inglesa del precedente, es posible encontrar diferentes clases de *dicta*, basándose en la diferencia que hay respecto a los niveles de autoridad del mismo, existiendo los *dicta* irrelevantes para el caso en el cual se pronuncian y los relativos a un tema colateral que resulta importante. Para Cross y Harris (2012) ésta diferencia recae en que la noción de *obiter dicta* generalmente es usado para referirse a aquellas observaciones irrelevantes que por lo general consisten en afirmaciones hechas en el curso de la exposición de los argumentos que justifican la decisión, mientras que los *dicta* se refieren a temas colaterales relevantes, pero que no forman parte de la *ratio decidendi*, son también conocidos como *dicta judicial*.

Con respecto al *dicta judicial*, se puede apreciar en el caso *Perry v. Kendrick's Transport* en el cual el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra tenía que decidir lo siguiente: (i) si con fundamento en el caso *Rylands v. Fletcher* era posible o no solicitar una indemnización por las lesiones sufridas, y (ii) si era admisible la defensa del demandado por la cual el daño había sido causado por el hecho de un tercero. En relación al primer punto, la posición del Tribunal de Apelaciones fue indicar que la indemnización por las lesiones personales sufridas podía solicitarse con fundamento en el precedente *Rylands v. Fletcher*, mientras que, en relación al segundo punto, la posición del Tribunal de Apelaciones fue en favor del demandado. En consecuencia, el fallo fue en favor del demandado (Cross & Harris, 2012).

Que el Tribunal haya fallado de forma favorable en ambos puntos controvertidos no quiere decir que en ambos razonamientos se encuentre la *ratio decidendi*. Se podrá indicar que la *ratio decidendi* se ubica en las razones que forman parte del segundo punto controvertido, respecto a si era admisible la



defensa del demandado por la cual el daño había sido causado por el hecho de un tercero, formando parte del eje central del fallo de la sentencia. Por otro lado, las razones que forman parte de la conclusión sobre si era posible utilizar el caso *Rylands v. Fletcher* para solicitar una indemnización por las lesiones sufridas, son razones jurídicas con relevancia para futuros casos, pero que debido al sentido final del fallo, no forman parte de la *ratio decidendi*, pero por su carácter persuasivo al contener una regla de Derecho, es considerado como *dicta judicial*.

En este sentido, Marinoni (2013) indica que existe una diferencia entre *obiter dicta* con efecto persuasivo y sin efecto persuasivo, atribuyéndole la denominación de *judicial dictum* al primero, reservando la tradicional denominación de *obiter dictum* a las proposiciones que tratan de cuestiones no relevantes y periféricas.

#### **4.2.4.2. Estructura del precedente en el Derecho peruano**

Hasta el momento se ha elaborado un análisis de la estructura del precedente en el Derecho inglés, analizando los conceptos relativos a la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, debido a la necesidad de encontrar una fórmula para encontrar la regla jurídica que contiene el precedente.

La necesidad de encontrar la regla que contiene el precedente y determinar qué tipo de sentencias constituyen precedente, consiste en la tradición jurídica del *common law*, en donde su sistema normativo no establece cuales sentencias tienen fuerza vinculante o tienen calidad de precedente y, no es muy frecuente, que el mismo juez determine cuales son las razones de su decisión que constituyen *ratio decidendi*.

Caso contrario, en el sistema del *civil law*, como es el caso del Derecho peruano, la norma positiva es la que establece la fuerza vinculante de los precedentes, y la tarea del juez o tribunal es determinar qué sentencias y qué resoluciones administrativas constituyen precedente vinculante, además, de



determinar las reglas que contienen el precedente. En ese sentido, Gorla (1981), indica que:

Es una tendencia de los ordenamientos jurídicos continentales (en especial del italiano) donde los precedentes judiciales son registrados y divulgados de forma selectiva por la propia Corte de Casación por medio de un órgano (*Ufficio Massimario*) encargado de elaborar las máximas que pueden ser extraídas de cada caso concreto (como se citó en Da Rosa, p. 120).

En cuanto a la tradición de fijar y divulgar los precedentes vinculantes, un claro ejemplo será el caso del Derecho peruano, la que se ve expresada en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo n. ° 017-93-JUS), en donde indica que las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Esto quiere decir que, el legislador ha establecido como función de las Salas que componen Corte Suprema, no solo determinar qué decisiones constituyen precedente, sino la de publicitar las sentencias que fijen precedentes vinculantes o también llamada "doctrina jurisprudencial" en el Diario Oficial del Estado.

Por otro lado, la idea de precisar cuáles fueron las máximas que pueden ser extraídas de los casos que constituyen precedente, recae en la misma idea de cómo se tratan los precedentes en la tradición del derecho continental. La cultura jurídica angloamericana y continental, encuentran un punto de discordancia en la forma de entender los precedentes, más que en la fuerza vinculante de los mismos. "Mientras que el juez del *common law* comparará los hechos materiales en el caso tomado como precedente y en el caso pendiente de resolución, el jurista continental buscaría en el precedente solamente un pronunciamiento en forma de regla con un alto grado de autoridad" (Da Rosa, 2016, p. 119). Por consiguiente, lo que en la tradición del Derecho continental es considerado como precedente por contener una regla, máxima o principio de Derecho, por más de no tener relación con los hechos materiales del caso en que



se funda el precedente, podría ser considerado por un abogado o juez del *common law* como un simple *obiter dictum*. En ese sentido, Da Rosa (2016), indicará:

En las compilaciones jurisprudenciales italianas (*raccolte di giurisprudenza*) la motivación de las decisiones viene, según Gorla, presentada no como solución de un caso concreto, sino casi como motivación o explicación de una máxima abstracta; una máxima que es la regla que se abstrae de la sentencia, y que a veces, y frecuentemente, no se refiere al caso concreto, sino representa un *obiter dictum*.

A partir de tal afirmación, será posible indicar que para la tradición jurídica del *civil law* la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* carece de importancia al momento de querer encontrar el precedente vinculante de una decisión. Eso no quiere decir que tales conceptos no puedan ser utilizados en el tratamiento de los precedentes o que estos no hayan sido tratados por los propios jueces del *civil law* y, mucho menos, que no existan en la sentencia o resolución administrativa que constituye precedente; la diferencia recae principalmente en relación con los hechos, puesto que no será necesario para emitir precedente vinculante o para aplicarlo en un futuro caso, una estricta relación entre los hechos materiales del caso *sub judice* con la regla final que constituye precedente. Otra diferencia que encontramos recae en el accionar de los mismos jueces, quienes en el *civil law* son los encargados de determinar qué sentencias tienen calidad de precedente y cuál es el su extremo normativo o regla de Derecho en la que consiste el precedente.

Para entender un poco más al respecto, el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Municipalidad de Lurín” (Exp. 0024-2003-AI/TC), en una función pedagógica, puesto que la citada decisión no tiene carácter de precedente vinculante, ha desarrollado cuál es la estructura de sus sentencias, considerando que sus decisiones están compuestas por los siguientes elementos y cuál es el concepto de cada uno:

- (i) La *razón declarativa-axiológica* es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios



políticos contenidos en las normas declarativas y teológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogida por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*.

- (ii) La *razón suficiente (ratio decidendi)* expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

- (iii) La *razón subsidiaria o accidental* es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica



objeto de examen. *Ergo* expone una visión más allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia. (Fundamentos: Las sentencias en materia constitucional)

Esta exposición que hace el Tribunal Constitucional es de suma importancia para entender el contenido de sus sentencias y la intención inicial de tratar a los precedentes como se hace en el *common law*, cuando dice: La *razón suficiente* puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas. Sin embargo, el caso Municipalidad de Lurín no es un precedente vinculante, por ende, en la práctica no es de obligatorio cumplimiento para el mismo Tribunal, sus efectos serán más que nada persuasivos -y pedagógicos- en la interpretación y aplicación de las normas referidas al precedente constitucional en base a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional derogado, cuando en su tercer párrafo indica: 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.

El profesor Dayer (2014), hace una precisión de cómo ha evolucionado la interpretación que hace el Tribunal Constitucional del artículo VII del Título Preliminar del derogado Código Procesal Constitucional a lo largo del tiempo:

En un primer momento y solo en algunas sentencias, el Tribunal Constitucional se limitó a señalar que la sentencia en cuestión constituía precedente constitucional, sin señalar cuál era la parte que vinculaba a los jueces y a los demás funcionarios. En un segundo momento, el Tribunal señaló el extremo normativo, identificando qué fundamentos de la sentencia eran los vinculantes. Finalmente, el Tribunal Constitucional decidió formular, a través de frases muy similares en su estructura a una norma legal, reglas que recogían el extremo normativo de la sentencia. (p. 199).



Como se ha venido indicando hasta el momento, la doctrina peruana del precedente se ha visto influenciada por la cultura jurídica continental, en donde lo que interesa del precedente es la regla, máxima o principio jurídico que puede extraerse para futuros casos, sin necesidad de encontrar la *ratio decidendi* y su relación con los hechos materiales del caso en que se funda el precedente. Es por ello que no necesariamente la regla que constituye precedente se ubica en la *ratio decidendi* del caso que lo origina.

El tratamiento de los precedentes en el Derecho peruano se ha centrado en el objetivo de crear una regla de Derecho que pueda servir para la adecuada interpretación del Derecho en futuros casos, lo que en la doctrina se ha denominado como el “precedente regla”.

En ese sentido, se puede apreciar en la redacción del artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley n.º 31307), que indica:

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, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente.

La posición del legislador peruano a lo largo del tiempo en el que se ha introducido la institución del precedente, ha sido la de encargar a las Cortes de vértice la función de establecer reglas de Derecho de carácter general para unificar criterios interpretativos y dotar de seguridad jurídica en la administración de justicia. Se podría decir que se sigue el mismo objetivo bajo la doctrina del precedente en el *common law*, pero con la particular diferencia de encontrar relación entre los hechos materiales del caso que constituye precedente y los hechos del caso en el que se quiera aplicar el precedente, y de esta manera darle simetría a las situaciones litigiosas de la vida (Da Rosa De Bustamante, Teoría del Precedente Judicial , 2016); en cambio, en el Derecho peruano para lograr el objetivo de establecer una estabilidad a la interpretación de la ley, para lograr predictibilidad de las decisiones judiciales o administrativas y, por ende, seguridad jurídica en los ciudadanos, se ha buscado crear una regla de Derecho parecido a la redacción de una disposición normativa para que sus efectos sean





de carácter general y así dotar de coherencia y uniformidad a la jurisprudencia (Exp. 0024-2003-AI/TC. Fundamentos: las sentencias en materia constitucional).

En conclusión, en el Derecho peruano, la doctrina de precedente establece que las decisiones emitidas por las cortes y organismos en última instancia constituyen precedentes de obligatorio cumplimiento para las instancias judiciales y administrativas de menor jerarquía, así como para sí mismas, siempre y cuando se señale expresamente en la decisión que se trata de un precedente y se fije la regla de Derecho que lo sustenta. Esta regla de Derecho, conocida como "precedente regla", tiene como objetivo brindar coherencia y uniformidad a la jurisprudencia, lograr predictibilidad en las decisiones judiciales y administrativas, y garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

#### **4.2.5. La fuerza vinculante del precedente**

##### **4.2.5.1. *Stare decisis***

La expresión latina *stare decisis* consistirá en una regla de la práctica judicial que dota de fuerza vinculante a las decisiones de los jueces que constituyan precedente para ser aplicado en futuros casos. Cross y Harris (2012), mencionan que “el concepto atribuido por la doctrina inglesa del precedente a *stare decisis* es *stare rationibus decidendis*, que significa: estese a las *rationes decidendi* de los casos anteriores” (p. 127). Esto quiere decir que se ha de estar vinculado a las razones que han llevado a lo decidido. Por su lado, Zaneti Jr. (2015), indica que: “*Stare decisis* es una expresión latina que significa, literalmente, concordar con o adherir a casos ya decididos (casos-precedente)” (p. 437).

El *stare decisis* representa un modelo en el tratamiento de los precedentes: uno en el que se le atribuye fuerza vinculante de seguir la regla o razones que constituyen precedente, a la misma corte u organismo que lo emite, como para los jueces, tribunales y organismos de menor jerarquía.



La doctrina peruana del precedente se podrá sintetizar en la siguiente premisa: las decisiones de las cortes y organismos en última instancia deben ser cumplidas obligatoriamente por las instancias judiciales y administrativas de menor jerarquía, así como por ellas mismas, cuando se señala expresamente en la decisión que se trata de un precedente y se indica la regla de derecho que establece.

El modelo de *stare decisis* en el Derecho peruano consistirá en la fuerza vinculante que tienen las sentencias con carácter de precedente vinculante –o también llamado doctrina jurisprudencial- que emiten las altas cortes: Salas Especializadas de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional, y los organismos que constituyen última instancia: Tribunal Fiscal, Tribunal de Indecopi, entre otros. Este modelo únicamente aporta fuerza vinculante a las decisiones de las altas cortes o, también llamadas, cortes de precedentes.

Es una característica de la doctrina peruana del precedente, por su alta influencia en la tradición jurídica continental, que la fuerza vinculante de los precedentes -administrativos o judiciales- radique en un determinado dispositivo normativo, como es el caso del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional o el artículo 400 del Código Procesal Civil. Lo cual, tampoco quiere indicar que no sea posible un desarrollo del tratamiento de los precedentes a partir del Derecho de origen jurisprudencial, sea vía el propio precedente vinculante o sentencias con fuerza persuasiva que interpreten las normas o la Constitución, tal como se verá en las sentencias: STC-0024-2003-AI/TC y STC-006-2006-PC/TC.

En un sistema jurídico que busca aplicar precedentes en la actividad judicial, como el ámbito administrativo, importa que se construya una estructura en favor de darles estabilidad y fuerza vinculante. Zaneti (2015), indicará al respecto:

La presencia de un modelo de *stare decisis* exige dos factores: a) sistema institucionalizado, o sea, organización de jueces y tribunales en forma jerarquizada; b) existencia de un sistema de divulgación y publicación con autoridad y oficialidad de las decisiones, de forma a garantizar el contenido



de las decisiones para consulta y vinculación en el juzgamiento de los casos-futuros. Así será posible afirmar que el *stare decisis* será siempre una regla en evolución, en exacta proporción del desarrollo de las estructuras institucionales y de los instrumentos de garantía de divulgación, publicidad y acceso de las decisiones. (p. 439).

Hablar de una estructura jerarquizada en la administración de justicia -y de los organismos administrativos que aplican Derecho- y de un sistema de publicidad y divulgación de las decisiones judiciales o administrativas, forman parte de un sistema que permite a realización del *stare decisis* y, como indica Zaneti (2015), debe estar sujeta a una evolución constante, en proporción con el desarrollo mismo de las estructuras institucionales y las normas que regulan su publicidad.

En este sentido, es posible indicar que, así como se encuentran razones para seguir un precedente en argumentos teóricos y filosóficos, también se encuentra en argumentos institucionales (Da Rosa, 2016).

#### **4.2.5.2. Factores institucionales que determinan la fuerza vinculante del precedente**

Como se indicó *supra*, la fuerza vinculante del precedente también se encuentra en factores institucionales del Estado. Se dice que son factores institucionales porque son contrastables -a partir de los hechos- en la estructura de las instituciones y en la práctica jurídica de un determinado sistema. Estos factores forman parte del peso que tiene un precedente al momento de justificar su vinculación. El profesor MacCormick (1998) ha considerado como factores institucionales a los siguientes: i) Contexto institucional en *estricto sensu*; ii) tradición jurídica; y, iii) estructura constitucional (*constitutional framework*) (como se citó en Da Rosa, 2016, p. 313).

Respecto al factor “contexto institucional en *estricto sensu*”, este se refiere a la estructura jerarquizada en la que se ha organizado los tribunales en la



mayoría de los sistemas jurídicos. Esta estructura jerarquizada expresa la vinculación a la que están sujetos los jueces y tribunales de menor jerarquía respecto de aquellos con mayor jerarquía a los que están subordinados y, además, cumplen un rol de revisión de sus decisiones. Mientras mayor sea el nivel jerárquico de los jueces y tribunales, mayor será la fuerza vinculante de sus decisiones. Da Rosa (2016), plantea como regla general que los precedentes de las cortes superiores -cuando hay una relación jerárquica directa entre los órganos jurisdiccionales en cuestión-, valen como precedentes persuasivos, independientemente de la existencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico que establezca la obligación de seguir los precedentes judiciales.

El segundo factor institucional que atribuye fuerza vinculante al precedente es la “tradición jurídica”. Como bien se ha indicado en el punto “2.2.2.3.”, la doctrina inglesa del precedente se ha regulado por el *case law* o derecho de origen jurisprudencial. Lo que quiere decir que la fuerza vinculante del precedente en el sistema del *common law* es una característica misma de su tradición jurídica. MacCormick (1998) precisa que la diferencia con el *civil law* consistirá en la forma de entender las normas jurídicas; debido a que, en la cultura jurídica continental la doctrina dominante es entender al derecho como producto de la voluntad legislativa; mientras que, en el *common law* si bien el Derecho también es comprendido en parte por la legislación, la función de ésta es clarificar y desarrollar el cuerpo del Derecho preexistente o Derecho consuetudinario, que a su vez es constituido o evidenciado por las decisiones de los tribunales. Sin embargo, Da Rosa (2016), indica que “en la actualidad ya existe un nivel de convergencia entre ambos sistemas, en donde se observa un espacio para la creación judicial del Derecho, es decir, la creación de normas adscritas por medio de la actividad de aplicación del Derecho por los tribunales” (p. 318).

Finalmente, la estructura constitucional determinará la fuerza vinculante de los precedentes en cada sistema jurídico al verse en ella desarrollada: (i) las relaciones de poder entre Poder Judicial y Poder Legislativo, (ii) la autocomprensión del Poder Judicial en cuanto a su actividad y (iii) las normas de



derecho positivo sobre la aplicación de los precedentes (Da Rosa De Bustamante, Teoría del Precedente Judicial , 2016).

- (i) En cuanto a la primera, se hace referencia a la noción misma de separación de poderes y cómo puede verse influenciada por la fuerza vinculante de los precedentes. Básicamente, se verá reflejado en la configuración de una estructura constitucional que faculte a los jueces de hacer un control de constitucionalidad a las normas. Tal como explica Ferrajoli (2014), “los jueces están, pues, siempre sometidos a la ley, pero solo a la ley considerada constitucionalmente válida, al ser llamados a inaplicarla o a denunciar su inconstitucionalidad ante los jueces constitucionales, cuando la estimen constitucionalmente inválida” (p. 59).
  
- (ii) En cuanto a cómo comprenden los jueces su propia actividad, esta puede estar ubicada entre una actividad predominantemente de producción normativa o un acto de aplicación de normas en un sentido estricto (Da Rosa De Bustamante, Teoría del Precedente Judicial , 2016). Indicar en la actualidad que la visión de los jueces se reduce a una posición binaria, sujeto al sistema en el que se ubiquen, sería equivocado. Por lo general, las cortes de más alto rango, precisan que su función es la de resolver casos de puro derecho, mientras que la función de jueces y cortes de alzada, será la de resolver situaciones de hecho y de derecho. En este sentido, en el artículo 384 del Código Procesal Civil peruano, se regula lo siguiente: El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. Si a ello sumamos lo que considera el artículo 400 del mismo código, la Corte Suprema se ha constituido en una corte de precedentes, en donde su función es básicamente la de emitir reglas de derecho con carácter persuasivo (cuando no constituyan precedente vinculante) u obligatorio (cuando si constituye precedente vinculante).



- (iii) El tercer factor de institucionalidad de la fuerza vinculante del precedente son las normas de derecho positivo que disponen sobre su fuerza jurídica. Esta es una característica de la mayoría de los ordenamientos, por más que dicha institucionalización no sea expresa (*common law*). Da Rosa De Bustamante (2016) menciona que en el caso del Derecho inglés, “la *Practice Directions and Standing Orders Applicable to Civil Appeals* consolida la mayor parte de las reglas sobre admisibilidad de recursos (*appeals*) y sobre la fuerza del precedente judicial” (p. 329). En el sistema jurídico peruano se verán reglas específicas que le otorga un peso o fuerza vinculante a cada uno de los tipos de precedente, tal como es el caso del artículo VI y VII del nuevo Código Procesal Constitucional, que establece la fuerza vinculante *erga omnes* del precedente constitucional; como también, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece vinculatoriedad de sus precedentes a las instancias judiciales inferiores, como a sí misma. Esta es la forma en la cual se encuentra mayor amparo institucional para el *stare decisis*.



## SUB CAPÍTULO 3: EL DERECHO ELECTORAL

### 4.3.1. Concepto

Con Derecho Electoral nos estamos refiriendo a una rama que deriva principalmente del Derecho constitucional, y que a lo largo del tiempo se le ha atribuido dos concepciones, una tradicional o “restringida” y otra concepción “amplia” o moderna, como indica el profesor Carlos Blancas (2016) .

La concepción “restringida” se refiere a la relación que tiene el Derecho Electoral con el desarrollo de un derecho subjetivo, como es el derecho de sufragio, reconocido en la C93 como el derecho a elegir y ser elegido. Se dice que el derecho de sufragio es el núcleo o fundamento del Derecho Electoral, pero se verá en la práctica y con la evolución de su concepto, que comprende más aspectos que la sola regulación de un derecho fundamental (Blancas, 2016).

La concepción amplia o moderna comprende además de la regulación del derecho de sufragio, “la regulación los aspectos organizativos y administrativos indispensables para que las elecciones cumplan su cometido: la existencia de un régimen democrático mediante la elección de los representantes y gobernantes por el pueblo” (Blancas, 2016, pág. 24); es decir, que desde una dimensión objetiva del derecho de sufragio, éste requiere de una corrección estructural del sistema jurídico, que se traslada en un sistema de elección y gobierno, mediante la dación de un conjunto de normas, procedimientos e instituciones que forman parte del ordenamiento constitucional para posibilitar la participación política de la ciudadanía y la concretización de la democracia.

Siguiendo el concepto amplio del Derecho Electoral, Nohlen y Sabsay (1998), indican que:

Su objeto radica en lo denominado como “materia electoral” que esta conformado por los procesos electorales, los principios y garantías, los sistemas electorales, las campañas electorales, los partidos políticos, financiamiento de las elecciones y partidos, formas de democracia,



semidirecta, normas de procedimiento electoral, control y fiscalización de actos electorales, autoridad electoral, normas sobre observación de procesos electorales, delitos e infracciones (como se citó en Blancas, 2016, p. 28).

Como se ha indicado al principio de este acápite, existe una indiscutible relación entre el Derecho Electoral y el Derecho Constitucional, considerando al segundo continente del primero. Al tomar posición por el concepto amplio, se ha determinado que el Derecho Electoral es más que la regulación de un derecho fundamental, es en sí, la regulación de toda la “materia electoral”, que consiste en la corrección estructural del sistema en favor de la realización de un derecho (sufragio), pero que además, de la realización del Estado Democrático de Derecho; en ese sentido, Aragón (2013), indica que: “El derecho de sufragio es un principio, el más básico o nuclear, de la democracia, o hablando en términos más precisos, del Estado Democrático” (como se citó en Blancas, 2016, p. 29).

Al indicar que el Derecho Electoral configura el carácter democrático del Estado, es en cuanto a la corrección estructural del sistema en favor de la realización del derecho de sufragio y la implantación de un sistema democrático desde la Constitución. En ese sentido, se ha establecido en el artículo 43 de la C93: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. Radica en la Constitución el desarrollo del sistema electoral, los partidos políticos, la forma de democracia, los organismos electorales, entre otros, que forman parte de la “materia electoral” que es a su vez “materia constitucional”.

La materia constitucional, va más allá de lo normado por la constitución, incorporará aquellas normas infra constitucionales que regulan el ejercicio del derecho de sufragio y la realización de la democracia, por lo que, más allá de su rango legal, su contenido es constitucional. Algo a lo que el Tribunal Constitucional ha definido como “bloque de constitucionalidad”:

10.5 (...) Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los





derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (Exp. N.° 0013-2003-CC/TC).

En este sentido, por derecho electoral se entenderá, desde un aspecto subjetivo, la regulación de un derecho fundamental como es el derecho de sufragio, como también, desde un aspecto formal, que es la corrección estructural del sistema en favor de la realización de ese derecho, que es la regulación del sistema democrático.

Al tomar posición por este concepto “amplio”, se ha determinado que el Derecho Electoral es más que la regulación de un derecho fundamental, es en sí, la regulación de toda la “materia electoral”, que consiste en la corrección estructural del sistema en favor de la realización de un derecho (sufragio), pero además, la realización del sistema democrático.

En otras palabras, se podría indicar que el concepto de Derecho Electoral hasta aquí propuesto, forma parte de la idea de Estado Democrático Constitucional, lo que quiere decir que “a la concepción de Estado de Derecho se agrega la constitución y la democracia como elementos que inciden en la concepción teórica del Estado contemporáneo” (Zanetti, 2015, p. 281). En ese sentido, “lo que es esencial al Estado Democrático Constitucional es la prevalencia de los derechos fundamentales, su relación con los fines y objetivos de la sociedad multicultural caracterizada por la pluralidad y por el disenso, y su apertura para la construcción de la futura democracia integral: representativa, directa, política y social” (Zanetti, 2015, p. 282).

Lo que se destaca del Estado Democrático Constitucional es que la realización de la democracia requiere de la realización de los derechos fundamentales, la separación y el control de los poderes, la participación ciudadana y la representación plural y proporcional. De esta manera, la democracia no solo se entiende como una forma de gobierno, sino como un sistema de valores y principios que deben ser protegidos y promovidos en el marco del Estado Constitucional de Derecho.



#### 4.3.2. El Sistema electoral peruano

Tradicionalmente el concepto de sistema electoral está definido como el modo en que se expresa la voluntad popular mediante elecciones, es decir, la forma de elección de los representantes. Sartori (1999), indica que “los sistemas electorales determinan el modo que los votos emitidos por los ciudadanos se convierten en escaños” (como se citó en Blancas, 2016, p. 111). Nohlen (1998), añade que el proceso de conversión de votos en escaños comprende el establecimiento de la distribución de circunscripciones, de la forma de la candidatura, de los procesos de votación y los métodos para la conversión de votos en asientos parlamentarios (como se citó en Blancas, 2016, p. 111).

Desde este punto de vista tradicional del concepto, el sistema electoral se entiende como el modelo político de elección y composición de representantes ante el Estado. Regula la composición de los partidos políticos, la organización de la población en distritos o circunscripciones: único o múltiples, la forma de elección: unipersonal o pluripersonal, elección directa del presidente o mediante el parlamento, entre otros conceptos, que expresan la forma en la que se distribuyen los escaños en el parlamento y como se elige al presidente, primer ministro y representantes locales como los alcaldes y gobernadores.

En la C93, se expresa lo que Paniagua (1994) ha definido como la quinta etapa del Derecho Electoral peruano: la del sistema electoral (como se citó en Blancas, 2016, p. 280). En el artículo 176 de la C93, el constituyente ha tenido a bien establecer el “sistema electoral”:

El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de



identificación de las personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil.

El sistema electoral peruano estará compuesto por tres organismos autónomos: ONPE, JNE y RENIEC. Blancas (2016), indica que dicho sistema configura un esquema de “dualismo institucional”, debido a que la RENIEC cumple un rol accesorio a diferencia del JNE que cumple un rol de administrar la justicia electoral y la ONPE de organizar todos los procesos electorales, referéndum y otros tipos de consulta popular.

En este modelo “dualista institucional” la ONPE se convierte en la autoridad máxima, el órgano supremo, en la organización y ejecución de los procesos electorales y consultas populares, incluido su presupuesto (Art. 182 de la C93). Tiene la función esencial de velar por la obtención fiel y libre expresión de la voluntad popular, manifestada a través de los procesos electorales y consultas populares a su cargo (Art. 2 de la Ley n.º 26487). Entre sus funciones, Blancas (2016) enumera las siguientes:

i) Organizar todos los procesos electorales, del referéndum y otras consultas populares, ii) diseñar a cédula de sufragio, actas electorales, formatos y, en general, todo el material que asegure el respeto de la voluntad del ciudadano, iii) planificar, preparar y ejecutar todas las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos a su cargo en cumplimiento estricto de las normas, iv) garantizar al ciudadano el derecho al ejercicio del sufragio, v) brindar, desde el inicio del escrutinio, permanente información sobre el cómputo, vi) dictar disposiciones para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios, y vii) obtener resultados de los procesos a su cargo y remitirlos a los Jurados Electorales (p. 284).

Por otro lado, el JNE se considera como el organismo encargado de la justicia electoral, a quien compete fiscalizar la legalidad del ejercicio del derecho de sufragio y de los procesos electorales, referéndum y otras consultas populares. Es el organismo encargado de administrar justicia en materia electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos políticos y



electorales, mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas y la función de proclamar a los candidatos elegidos o los resultados de las consultas populares (Blancas, 2016).

#### **4.3.3. El Jurado Nacional de Elecciones**

La creación del JNE y los Jurados Departamentales se remonta al año 1931 mediante la promulgación del Estatuto Electoral de ese mismo año. Luego fue ratificado por la Constitución de 1933, al indicar que es el JNE quien proclama al presidente (art. 138) y que éste puede ser acusado constitucionalmente por impedir el funcionamiento del JNE (art. 150). Si bien no estableció cuáles son sus funciones, indicó que “el Poder Electoral es autónomo” (Art. 88), estableciendo a partir de entonces un criterio de autonomía en favor del JNE.

Con la Constitución peruana de 1979 se constitucionalizó varias reformas electorales desde 1931, como: el derecho de sufragio desde los 18 años y a los analfabetos. En ella también, se estableció un esquema de “monismo institucional” que consistió en la centralización de todas las competencias en materia electoral en el JNE (Blancas, 2016).

Con la aprobación de la C93 se introdujo en la carta magna la expresión de “sistema electoral”, haciendo referencia a la conformación de tres organismos autónomos: RENIEC, ONPE y JNE, que en conjunto tienen las funciones básicas del planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil (Art. 176 de la Constitución peruana). Así se consagra la quinta etapa del Derecho Electoral peruano y la expresión del esquema “dualista institucional” (Blancas, 2016).

Como se ha visto, la función del JNE ha pasado de ser el único organismo en materia electoral a formar parte de un sistema electoral, en donde sus funciones se han concentrado en lo denominado como “justicia electoral”.



Las funciones que atribuye la C93 en su artículo 178, son las siguientes:

- 1) Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales;
- 2) mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas;
- 3) velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral;
- 4) administrar justicia en materia electoral;
- 5) proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.

Blancas (2016), indica que, según el Tribunal Constitucional, las funciones descritas en los incisos 1 y 3 son administrativas de carácter indirecto o de supervisión, en cambio, de los incisos 2 y 5 son de carácter ejecutivo. El inciso 4, por su parte, hace referencia a la principal función que es la de administrar justicia en materia electoral, configurándose el JNE como un organismo jurisdiccional en materia electoral.

En el artículo 181 de la C93, indica que: “El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”. En ese mismo sentido, en el artículo 142, indica que: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. Adicionalmente, el artículo 2 de la Ley Orgánica del JNE, indica que: “No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente a la del Jurado Nacional de Elecciones”.

Es bajo este marco constitucional y normativo que el JNE se considera un organismo autónomo y único en cuanto a su función jurisdiccional en materia electoral, no pudiendo recaer acción judicial que busque revisar sus decisiones. Estas atribuciones constitucionales convierten al JNE en un verdadero tribunal de justicia electoral (Blancas, 2016).



Existe una excepción al artículo 142 y 181 de la C93, que se da cuando las decisiones del JNE constituyan una vulneración de derechos fundamentales. Es por ello, en el marco de la constitucionalización del ejercicio de la función jurisdiccional del JNE, que el Tribunal Constitucional mediante un precedente vinculante ha emitido la siguiente regla que posibilita admitir una acción de amparo contra las resoluciones del JNE:

(...) Toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente (STC 5454-2005-PA/TC, segunda decisión).

En atención a la posibilidad de interponer una acción de amparo contra resoluciones del JNE y que los efectos de este puedan paralizar el proceso electoral o aquellas consultas populares, en el marco de la condición inexorable de todo proceso electoral, el Tribunal Constitucional en atención a la protección de la seguridad jurídica, ha regulado vía precedente que:

(...) En ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del CPCConst. (STC 5454-2005-PA/TC, tercera decisión).

Es en este sentido que la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la constitución, es la de considerar que las decisiones del JNE no están exentas de un control de constitucionalidad



cuando vulneren derechos fundamentales, por consiguiente, el amparo contra resoluciones del JNE tienen un carácter excepcional y no vulneran la autonomía jurisdiccional del JNE en materia electoral.

#### **4.3.3.1. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones**

La estructura orgánica del JNE está conformada por órganos permanentes y órganos temporales. En el primero se encuentra, como máximo órgano y de alta dirección el Pleno del JNE, así como en la parte administrativa del organismo, la Secretaría General, la Oficina de Control Interno y Auditoría y Órganos de Asesoramiento y de Apoyo. En el segundo, se encuentran los JEE.

La LOJNE establece en su artículo 5 cuales son las funciones del JNE, haciendo referencia al Pleno: i) Administrar justicia, en instancia final, en materia electoral; ii) fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares y la elaboración de los padrones electorales; iii) mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas; iv) resolver en instancia última y definitiva, sobre la inscripción de las organizaciones políticas y la de sus candidatos en los procesos electorales; v) velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral; vi) proclamar a los candidatos u opciones elegidos en los respectivos procesos electorales, los resultados del referéndum o de cualquier otro tipo de consulta popular; vii) expedir las credenciales a los candidatos elegidos en los respectivos procesos electorales, del referéndum u otras consultas populares; viii) declarar la nulidad de un proceso electoral, de referéndum u otras consultas populares, en los casos señalados en el Artículo 184 de la Constitución Política del Perú y las leyes; ix) dictar las resoluciones y la reglamentación necesarias para su funcionamiento; x) resolver, en última instancia, las reclamaciones que se presente sobre la constitución y el funcionamiento de los Jurados Electorales Especiales; xi) recibir y admitir las credenciales de los personeros de las organizaciones políticas; xii) resolver las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las



resoluciones de los Jurados Electorales Especiales; xiii) absolver las consultas de carácter genérico no referidas a casos concretos, que los Jurados Electorales Especiales y los demás organismos del Sistema Electoral le formulen sobre la aplicación de las leyes electorales; xiv) denunciar a las personas, autoridades, funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones penales previstas en la ley; xv) revisar, aprobar y controlar los gastos que efectúen los Jurados Electorales Especiales, de acuerdo con los respectivos presupuestos; xvi) dividir, a solicitud de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, las circunscripciones electorales en unidades menores, a fin de agilizar las labores del proceso electoral; xvii) resolver, en última instancia, las tachas formuladas contra la inscripción de candidatos u opciones; xviii) declarar la vacancia de los cargos y proclamar a los candidatos que por ley deben asumirlos; xix) autorizar para cada proceso electoral el uso del Padrón Electoral, elaborado por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; xx) entre otras atribuciones relacionadas con competencias establecidas por la legislación vigente.

El Pleno es la máxima autoridad del JNE, que es un tribunal electoral colegiado, que según el artículo 179 de la C93, está compuesto por cinco miembros elegidos en votación secreta de la siguiente manera:

- Uno por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado Nacional de Elecciones.
- Uno por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.
- Uno por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.
- Uno por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.
- Uno por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

El artículo 180 de la C93 regula que los integrantes del Pleno del JNE no pueden ser menores de cuarenta y cinco años, ni mayores de setenta; son





elegidos por un periodo de cuatro años; pueden ser reelegidos y con una renovación alternada cada dos años; es un cargo que se ejerce a dedicación exclusiva, es incompatible con otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial; y, según el artículo 16 de la LOJNE, es irrenunciable durante los procesos electorales, de referéndum u otras consultas populares.

El artículo 12 de la LOJNE, establece que están impedidos de ser elegidos miembros del Pleno del JNE:

- Los menores de cuarenta y cinco y mayores de setenta años de edad.
- Los candidatos a cargos de elección popular.
- Los ciudadanos que pertenecen formalmente o hayan pertenecido en los últimos cuatro años a una organización política, que desempeñen cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación, o que hayan sido candidatos a cargos de elección popular en los últimos cuatro años.
- Los miembros de las fuerza armada y policía nacional que se hallen en servicio activo.

En el artículo 13 de LOJNE, se establece que los miembros del JNE en el ejercicio de sus funciones, gozan de los mismo honores y preeminencia de los vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República. A diferencia de la RENIEC y el ONPE, el Pleno del JNE es un tribunal de justicia electoral conformado por profesionales que poseen conocimientos jurídicos y procesales que los califica para administrar justicia en la resolución conflictos que nazcan de la aplicación de la legislación electoral. Si bien la C93 y la LOJNE no define que solo pueden ser miembros del Pleno del JNE profesionales con título de abogado, por la costumbre la elección de sus miembros ha estado centrada en elegir a abogados por sus conocimientos jurídicos para ejercer un rol jurisdiccional en materia electoral.



#### 4.3.3.2. Los Jurados Electorales Especiales

Los JEE son unidades orgánicas de carácter temporal, desconcentradas territorialmente, creadas para cada proceso electoral, referéndum y otras consultas populares (Art. 31 de la LOJNE); para encargarse de dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades de gestión jurisdiccional, fiscalizadora y administrativa dentro de sus respectivas circunscripciones, a fin de garantizar el respeto a la voluntad ciudadana en todo proceso electoral (Art. 82, ROF del JNE).

La LOJNE establece en su artículo 36 que dentro de su jurisdicción serán funciones de los Jurados Electorales Especiales: i) Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum u otras consultas populares; ii) velar por el cumplimiento de las resoluciones y directivas del Jurado Nacional de Elecciones, de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a la administración de justicia electoral; iii) administrar, en primera instancia, justicia en materia electoral; iv) proclamar a los candidatos elegidos en virtud de proceso electoral, los resultados del referéndum o de otro tipo de consulta popular llevados a cabo en ese ámbito; v) expedir las credenciales correspondientes a los candidatos elegidos en virtud de proceso electoral ante su jurisdicción; vi) declarar, en primera instancia, la nulidad de un proceso electoral, del referéndum u otras consultas populares llevados a cabo en su ámbito, en los casos en que así lo señale la ley; vii) resolver las impugnaciones que hubiesen sido hechas durante la votación y el escrutinio en las mesas de sufragio; viii) aprobar o rechazar las tachas formuladas contra la inscripción de candidatos, organizaciones políticas u opciones y conceder los recursos de apelación, revisión o queja que interponga contra sus resoluciones, elevando los actuados al Jurado Nacional de Elecciones; y ix) otras funciones que le sean asignadas por el Pleno, el Presidente del JNE y las disposiciones legales vigentes.

Por lo visto, se entiende que los Jurados Electorales Especiales son organismos temporales que principalmente cumplen una función jurisdiccional en primera instancia en el rol del JNE de administrar justicia en materia electoral. Al



igual que los miembros del Pleno del JNE, sus miembros tienen que tener conocimientos jurídicos para poder resolver conflictos en materia electoral y administrar justicia. Los JEE están conformados, según el artículo 33 de la LOJNE, por tres miembros:

- Un Juez Superior Titular en ejercicio de la Corte Superior bajo cuya circunscripción se encuentra la sede del Jurado Electoral Especial, quien lo preside. Simultáneamente, la misma Corte Superior designa a su suplente. Los Jurados Electorales Especiales ubicados en capitales de departamento, así como en la Provincia Constitucional del Callao, deberán ser presididos necesariamente por Jueces Superiores Titulares en ejercicio.
- Un miembro designado por el Ministerio Público, elegido entre sus Fiscales Superiores en actividad y jubilados. Simultáneamente, también designa a su suplente.
- Un miembro titular y un suplente designados por el Jurado Nacional de Elecciones mediante sorteo en acto público de una lista de veinticinco ciudadanos que residan en la sede del Jurado Electoral Especial y que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

En el artículo 34 y 35 de la LOJNE establece que el cargo de miembro del JEE es irrenunciable, que los JEE se rigen, en lo aplicable, por las normas del Pleno del JNE en lo concerniente a obligaciones, impedimentos, quorum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones.



## SUB CAPÍTULO IV: EL PRECEDENTE ELECTORAL VINCULANTE

### 4.4.1. Factores institucionales que determinan el uso de precedentes en el Derecho peruano

La fuerza vinculante del precedente en el marco del Estado Democrático de Derecho encuentra su justificación no sólo en argumentos prácticos y filosóficos, sino también en argumentos institucionales (Da Rosa, 2016), estos factores institucionales forman parte del peso que tiene un precedente al momento de justificar su vinculación. Visto de otra manera, es posible afirmar que la corrección estructural del Derecho forma parte de los argumentos en favor del uso de precedentes. Al respecto, MacCormick (1998) ha considerado como factores institucionales que determinan la fuerza vinculante del precedente los siguientes: i) Contexto institucional en *estricto sensu*; ii) tradición jurídica, iii) estructura constitucional (*constitutional framework*) y iv) doctrinas jurídico-teóricas dominantes (como se citó en Da Rosa, 2016, p. 313).

En cuanto al “contexto institucional en *estricto sensu*”, este se refiere a la estructura jerarquizada en la que se ha organizado la administración justicia en la mayoría de los sistemas jurídicos, en la que se expresa la vinculación a la que están sujetos los organismos jurisdiccionales de menor jerarquía respecto a aquellos de mayor jerarquía. Da Rosa (2016), ha planteado como regla general que, de la misma relación jerárquica entre organismos jurisdiccionales, se genera una fuerza vinculante -al menos de forma persuasiva- de sus decisiones frente a aquellos organismos de menor jerarquía, independientemente de la preexistencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico que establezca la obligación de seguir el precedente.

La fuerza persuasiva del precedente a la que hace referencia el autor, radica en el sentido revisorio de las causas que conocen las cortes superiores en vía de apelación o las cortes supremas en vía de casación.



De este razonamiento se desprende la idea de que la estructura jerarquizada que han adoptado los Estados para organizar su administración de justicia, predispone un sistema en favor del uso de precedentes.

Respecto a la “tradición jurídica” como factor institucional que atribuye fuerza vinculante al precedente, se refiere principalmente a la tradición jurídica del Derecho inglés, regulado por el *case law* o Derecho de origen jurisprudencial, donde la fuerza vinculante del precedente es característica misma de la tradición jurídica del *common law*. Al respecto, como se ha señalado anteriormente, la tradición jurídica del Derecho peruano con mayor influencia del *civil law*, ha tenido transformaciones a lo largo de su historia adaptándose al avance internacional de los derechos y la concepción misma del Estado. Una de sus principales variaciones fue adoptar el modelo del Estado Constitucional de Derecho, afirmando como norma de reconocimiento el principio de legalidad sustancial que vincula la coherencia del sistema normativo a los principios y derechos constitucionalmente establecidos (segundo párrafo del artículo 138 de la C93). En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha definido a la constitución como principal fuente de Derecho y la incorporación de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho peruano (STC 0047-2005-PI/TC, fundamentos 33-34).

Históricamente el Derecho peruano estuvo influenciado por la tradición jurídica del *civil law*, rigiéndose por el postulado de que el juez es boca de la ley, sometido al poder legislativo, en donde recaía el monopolio estatal en la producción de normas. Es recién hasta el año 1982 que mediante la promulgación de la Ley de Habeas Corpus y de Amparo que se regula mediante su artículo 9, la obligatoriedad de la jurisprudencia cuando de ella se pueda desprender principios de alcance general.

Es desde ese lejano año de 1982 que se inicia un cambio en la tradición jurídica del Derecho peruano, con la incorporación de la jurisprudencia en las fuentes del Derecho, sufriendo a lo largo de todos estos años variaciones sujetas a los contextos políticos y sociales propios de cada Estado, hasta arribar a un modelo particular y propio del uso de precedentes.



Al momento de realizar esta investigación, la tradición jurídica del Derecho peruano nos indica que comprende un sistema jurídico en favor del uso del precedente, habiendo extendido su regulación normativa tanto a nivel de organismos jurisdiccionales, como de organismos administrativos. Si bien, por un lado, a nivel de justicia ordinaria la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 22 indica que: Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales, facultando de esta manera a las Salas Especializadas de la Corte Suprema la fijación de precedentes vinculantes; también a nivel administrativo, el legislador mediante D.L. N.º 1033, Ley de Organización y Funciones de Indecopi, en cuyo artículo 14.1, literal "d)", se faculta a las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Indecopi, expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

Por "estructura constitucional" se comprende que la fuerza vinculante del precedente comprende: (i) Las relaciones de poder entre Poder Judicial y Poder Legislativo, (ii) la autocomposición del Poder Judicial en cuanto a su actividad y (iii) las normas de derecho positivo sobre la aplicación de los precedentes (Da Rosa, 2016). Para un mejor entendimiento, se desarrollará cada uno de los dos puntos:

- (i) Respecto a cómo las relaciones de poder entre Poder Judicial y Poder Legislativo tiene relación con el uso del precedente, se refiere a la configuración de la estructura constitucional que faculta a los jueces a hacer un control de constitucionalidad de las normas, sea mediante un control difuso o concentrado, dependiendo del sistema. Al respecto, explica Taruffo (1997): "Decidir cuestiones constitucionales exige, en cualquier caso, un uso intensivo de precedentes, probablemente debido a la generalidad y a la apertura de las disposiciones constitucionales" (como se citó en Da Rosa, 2016, p. 321). En ese



sentido, “un sistema donde la jurisdicción constitucional es más aceptada como legítima, presentará, invariablemente, una tendencia al desarrollo judicial del derecho por medio de precedentes” (Da Rosa, 2016, p. 321). En consecuencia, se podrá indicar la siguiente regla: “Mientras más amplios fueran los poderes del tribunal para realizar el *judicial review*, más fuerza tendrá el precedente en el sistema jurídico en cuestión” (Da Rosa, 2016, p. 322).

En cuanto a la configuración constitucional de la C93, se establece un modelo mixto de control de constitucionalidad. Por un lado, se regula un control difuso en el que el juez tiene el poder y el deber de proteger el contenido constitucional de una norma frente a cualquier otra que la contradiga, sin que ello implique su derogación, y solo produce efectos entre las partes (segundo párrafo del artículo 138). Por otro lado, se encarga un control concentrado al Tribunal Constitucional, el cual conoce en instancia única la acción de inconstitucionalidad de una norma (numeral 1 del artículo 202) y cuya decisión tiene efectos erga omnes, lo que significa que, al declarar la inconstitucionalidad de la norma, se expulsa del ordenamiento jurídico y afecta a toda la sociedad. Esta es una característica estructural importante del Derecho peruano que favorece el uso de precedentes, debido a la relevancia del poder y el deber de los jueces y el Tribunal Constitucional para decidir sobre la constitucionalidad de las normas válidamente emitidas.

- (ii) En cuanto a cómo comprenden los jueces su propia actividad, Da Rosa (2016), ha señalado que “puede estar ubicada entre una actividad predominantemente de producción normativa o un acto de aplicación de normas en un sentido estricto” (p. 322). Por lo general, las cortes de más alto rango, precisan que su función es la de resolver casos de puro derecho, mientras que la función de jueces y cortes de alzada, será la de resolver situaciones de hecho y de derecho. En este sentido, en el artículo 384 del Código Procesal Civil peruano, regula que el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho



objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, por ende, la Corte Suprema se ha constituido en una corte de precedentes, en donde su función es básicamente la de emitir reglas de derecho con carácter persuasivo (cuando no constituyan precedente vinculante) u obligatorio (cuando si constituye precedente vinculante).

- (iii) El tercer factor de institucionalidad de la fuerza vinculante del precedente son las “normas de derecho positivo” que disponen sobre su fuerza jurídica. En el sistema jurídico peruano se verán reglas específicas que le otorga un peso o fuerza vinculante a cada uno de los tipos de precedente, tal como es el caso del artículo VI y VII del nuevo Código Procesal Constitucional, que establece la fuerza vinculante *erga omnes* del precedente constitucional; como también, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece vinculatoriedad de sus precedentes a las instancias judiciales inferiores, como a sí misma. Esta es la forma en la cual se encuentra mayor amparo institucional para el *stare decisis*. Visto de otra forma, además de encontrar los precedentes su fuerza vinculante en normas del sistema jurídico, se debe evaluar que la gran cantidad de este tipo de disposiciones normativas que regulan la forma de creación del precedente y su fuerza normativa, demuestran la estructura del sistema en favor del uso de precedentes.

#### **4.4.2. El Pleno del JNE es un tribunal de precedentes**

La C93 ha establecido que el JNE forma parte del sistema electoral (Art. 177°), encargado de administrar justicia en materia electoral (Art. 178°), por lo que, en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son revisables (Art. 181°).





La LOJNE ha establecido como su máxima autoridad al Pleno, que es un órgano colegiado compuesto por cinco miembros y presidido por un magistrado representante de la Corte Suprema de la República. Este Pleno se desempeña como un tribunal de la más alta instancia, con la finalidad de impartir justicia en materia electoral, cuyas decisiones no son revisables, ni recae recurso alguno, tal como establece el artículo 23 de su ley orgánica. Este Pleno encuentra un lugar institucional en el vértice de la pirámide de la justicia electoral y el último grado en la secuencia de impugnaciones, es en sí, una especie de corte de vértice en materia electoral. A su vez, el legislador ha visto por conveniente la conformación de órganos jurisdiccionales de menor jerarquía con carácter temporal: los JEE, los cuales son creados para cada proceso electoral específico; dando así, una estructura orgánica similar a la de la justicia ordinaria, conformada de forma jerarquizada.

La postura adoptada en esta investigación es la de entender al Pleno del JNE como un organismo colegiado que imparte justicia en materia electoral por mandato constitucional, es decir, cumple funciones jurisdiccionales de manera autónoma en resguardo y protección del sistema político y democrático del Estado peruano. A diferencia de otros organismos que resuelven conflictos con relevancia jurídica y aplican normas en un entorno denominado como derecho administrativo, el JNE tiene por encargo de la constitución, el ejercicio de una función jurisdiccional en cuanto a materia electoral, que además por su composición, al estar presidida por un juez miembro de la Corte Suprema, coadyuva mediante un criterio de especialidad en el cumplimiento de su función jurisdiccional.

Si bien es cierto que el Pleno del JNE cumple funciones administrativas como la de mantener y custodiar el padrón de organizaciones políticas, expedir credenciales a los candidatos elegidos o la de revisar, aprobar y controlar los gastos que efectúen los JEE; este colegiado se desenvuelve principalmente como un supremo tribunal electoral ejerciendo funciones de control de la legalidad en materia electoral y resolviendo las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las resoluciones de los JEE.



El rol del JNE como un supremo tribunal en materia electoral, no solo está relacionado con su posición institucional en el vértice de la justicia electoral, sino en su función de control del principio de legalidad y su relación con la tutela de los derechos en cuanto a la competencia que la constitución le ha encomendado.

El rol que cumplen las cortes de vértice en los sistemas jurídicos implica una doble dimensión en la tutela de los derechos, que como ha indicado Cavani (2014), “pueden ser tutelados desde una *dimensión particular* y una *dimensión general*, esto es, dando justicia al caso concreto (discurso para las partes) y promoviendo la unidad de la interpretación del ordenamiento jurídico sobre una materia específica (discurso para la sociedad)” (p. 48). Cavani (2014), añade que esta segunda dimensión está orientada a fomentar la unidad del Derecho, la tutela de la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad de todos ante las decisiones judiciales.

Esta posición del profesor Cavani encuentra asidero en la redacción del artículo 384 del Código Procesal Civil peruano, en el que se ha establecido como fines de la casación: (i) la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto (dimensión particular) y (ii) la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (dimensión general).

Al respecto, el profesor Delgado (2016) ha indicado que si bien las cortes supremas -vistas como vértice del aparato judicial- cumplen un rol revisorio de las decisiones de cortes inferiores, este no puede quedar en ello y, mas bien, tender a cumplir un rol en el establecimiento de interpretaciones uniformes, relativamente estables en el tiempo, pacificando las interpretaciones dadas a las leyes y disposiciones normativas en general, es decir, contribuir en este fin con la producción de precedentes vinculantes que le den sentido al Derecho, para que guie la conducta social y la preservación de la seguridad jurídica y la igualdad.

Sin la intención de equiparar la función de las cortes supremas a la del JNE, para fines prácticos de esta investigación, se buscará encontrar algunas semejanzas en cuanto a sus funciones para demostrar la capacidad -y necesidad- del JNE para emitir precedentes vinculantes en materia electoral. En ese sentido, indica Delgado (2016), que las funciones contemporáneas de las



cortes supremas son: “(i) el control de constitucionalidad de las leyes (sólo en algunos sistemas); (ii) la revisión en última instancia de ciertas materias impugnadas; y, (iii) la tutela y la promoción de la legalidad” (p. 281). Respecto a la primera, es una función exclusiva de la corte suprema y del tribunal constitucional en el derecho peruano; la segunda, es una función que si ejerce el Pleno del JNE según su ley orgánica y la C93; sobre la tercera, Delgado señala que es necesario dividirlo en dos subfunciones: La tutela de la legalidad y la promoción de la legalidad, que será abordado conceptualmente en el siguiente párrafo.

Taruffo (2011), indica que: “*La tutela de la legalidad* alude a la función reactiva que muchas de las cortes realizan y que se explica cuando una violación del derecho fue verificada y la intervención de la corte está dirigida a finalizarla y eliminarla o neutralizar los efectos producidos” (como se citó en Delgado, 2016, p. 282); y, por otro lado, la “*promoción de la legalidad* alude a la función que se puede definir como proactiva, la cual se explica cuando la decisión de las cortes supremas están dirigidas a obtener efectos futuros, sea en el sentido de prevenir violaciones a la legalidad o en el sentido de favorecer la evolución y la transformación del derecho” (como se citó en Delgado, 2016, p. 282). Al respecto, de todo lo que hasta aquí se ha indicado -sin caer en la redundancia- se puede indicar que son funciones que cumple el Pleno del JNE en el ejercicio de su actividad jurisdiccional en materia electoral.

Haciendo hincapié en el concepto de promoción de la legalidad, Delgado (2016) señala que este supone un desarrollo del Derecho, que no es más que los esfuerzos por arribar a una aproximada correcta interpretación del Derecho que además guiará su correcta aplicación. Es por ello que “resulta casi natural que sea la corte suprema el órgano que, a través del establecimiento de precedentes vinculantes, permita sentar una determinada interpretación jurídica en busca de la seguridad jurídica y la uniformidad interpretativa” (Delgado, 2016, pág. 282).

De lo dicho hasta aquí, se puede afirmar que el rol de las cortes de vértice -como las salas de la corte suprema en el sistema peruano- es cumplir con la función de control de legalidad y de revisión, pero también, la de emitir



precedentes vinculantes con la finalidad de desarrollar el Derecho en la búsqueda de aproximarse a la interpretación más correcta, asegurando además la defensa de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante las decisiones jurisdiccionales.

Por último, es premisa de esta investigación afirmar que el Pleno del JNE es un tribunal de precedentes, debido a que este colegiado tiene la categoría de un supremo tribunal ya que se encuentra en el vértice de la administración de justicia electoral y, a su vez, ejerce como la última instancia en su sistema de impugnaciones. Lo que conlleva a que realice esa doble dimensión en la tutela de los derechos -en cuanto a su materia- dando correcta aplicación del derecho al caso concreto, pero también buscando la uniformidad de jurisprudencial electoral, lo que coincide con la capacidad de emitir precedentes vinculantes en su materia.

#### **4.4.3. El precedente y el principio de seguridad jurídica**

Uno de los objetivos de la presente investigación es demostrar que la falta de regulación del precedente vinculante en justicia electoral, afecta al principio de seguridad jurídica. Para lo cual, en el presente acápite, se expondrá el sustento teórico en el que se fundamenta la relación entre la concretización del principio de seguridad jurídica y el uso de precedentes.

La seguridad jurídica vista como un principio del Estado Constitucional de Derecho, se fundamenta en la persecución de ideales que coinciden y habitan en la constitución mediante la adopción de comportamientos en beneficio de los ciudadanos; contrario al concepto formal de seguridad jurídica, donde el objetivo es la seguridad del Derecho que consiste en la certeza del contenido de las normas jurídicas vigentes y el hecho de que sean aplicadas de acuerdo a su contenido mediante la corrección estructural del sistema que determina a su vez la validez de sus normas y legitima el accionar del Estado. La justificación del principio de seguridad jurídica, radica en ser una expectativa implícita en la constitución, con la finalidad de alcanzar la realización de los derechos



fundamentales. Ávila (2012), conceptualiza el principio de seguridad jurídica, como:

La adopción de comportamientos que constituyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y, desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto a su capacidad de –sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad- plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro (p. 231).

Se entiende así al principio de seguridad jurídica desde la realización de estados ideales, tales como: (i) *confiabilidad*, que se expresa en la estabilidad, durabilidad e irretroactividad del ordenamiento jurídico *in toto*; (ii) *calculabilidad*, que es la capacidad de anticipar las interpretaciones y consecuencias jurídicas atribuibles a las normas jurídicas aplicado a actos propios o ajenos en un determinado espacio de tiempo; y (iii) *cognoscibilidad*, que es la capacidad de conocer materialmente y comprender intelectualmente las normas jurídicas.

La confiabilidad como estado ideal busca la estabilidad del ordenamiento jurídico *in toto*, es decir, que se refiere no solo a la estabilidad normativa, sino también a la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales. Marinoni (2013), indica que la seguridad jurídica vista desde una dimensión objetiva implica que en un determinado ordenamiento jurídico, las leyes y las decisiones judiciales deben tener estabilidad, lo que quiere decir, un mínimo de continuidad no solo del derecho legislado, sino también, de las decisiones judiciales o precedentes, debido a que éstas también constituyen actos de poder.

Marinoni (2013) entiende a la seguridad jurídica como estabilidad y continuación del ordenamiento jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, y que es indispensable para la conformación de un Estado como Estado de Derecho. El autor relaciona el concepto de seguridad jurídica con el de Estado de Derecho; indica que si bien la mayoría de



las constituciones y cartas internacionales de derechos humanos, no hacen alusión de manera textual al derecho a la seguridad jurídica, existe un consenso en el constitucionalismo más actual de considerar a la seguridad jurídica como una expresión del Estado de Derecho (Marinoni, 2013). Para MacCormick (2016), el Estado de Derecho rige cuando las leyes se cumplen, que no es otra cosa que la situación fáctica en la que las personas pueden tener certeza razonable por adelantado acerca de las reglas y los estándares por medio de los cuales serán juzgados; asimismo, indica que en un Estado de Derecho, el “valor” de seguridad jurídica es el más importante para garantizar la seguridad de las expectativas jurídicas y la protección de los ciudadanos de la intervención arbitraria de los gobiernos y sus agentes.

Respecto al estado ideal de calculabilidad que propone Ávila (2012), indica que si bien es paradigma del principio de seguridad jurídica la previsibilidad absoluta, esto no es posible fácticamente, pero si lograr un estado de calculabilidad, definido como:

Un estado de cosas en el que el ciudadano tiene, en gran medida, la capacidad de anticipar y medir el espectro reducido y poco variable de consecuencias atribuibles en abstracto a actos, propios y ajenos, o a hechos, y el espectro reducido de tiempo dentro del que se aplicará la consecuencia definitiva (pág. 501).

Por ello se ha indicado que el principio de seguridad jurídica entendido como calculabilidad, se entiende como la capacidad de los ciudadanos y del Estado mismo, de poder anticipar y medir el espectro de posibles interpretaciones que dan los jueces a la norma jurídica vigente, que va ser sujeto de aplicación a los actos propios o ajenos, en un determinado tiempo en el que se llevará acabo su concreción. De ello dependerá para que el Derecho sirva como instrumento de orientación y planificación del futuro, garantizando el libre accionar de los ciudadanos en base al respeto de sus derechos fundamentales.

El concepto de previsibilidad, aportado por Marinoni (2013), se refiere a la previsibilidad de las decisiones judiciales, en donde no depende de la norma en la que la decisión se fundamenta, sino en la interpretación judicial que se le da.



La seguridad jurídica está expresada en la previsibilidad de la decisión judicial. Para la doctrina inglesa del precedente, se afirma que la previsibilidad constituye una razón para seguir los precedentes, en donde el *stare decisis* es visto como un instituto disciplinado para garantizar la seguridad jurídica (Marinoni, 2013).

La seguridad jurídica vista como previsibilidad y estabilidad (Marinoni) o confiabilidad y calculabilidad (Ávila), expresan de forma diferente una misma idea: la seguridad jurídica es un principio jurídico que encuentra entre otras razones su justificación en la anticipación de las estructuras argumentativas de las decisiones judiciales y la justificación de la fuerza vinculante a las razones jurídicas que se establezcan en ellos.

#### **4.4.4. Proyecto de ley que establece el precedente electoral vinculante**

En fecha 03 de mayo de 2018, el presidente del Pleno del JNE, Dr. Victor Ticona Postigo, presenta ante el presidente del Congreso de la República, el "Proyecto de Ley que establece el precedente electoral vinculante", en ejercicio de la atribución de iniciativa legislativa que tiene el JNE en materia electoral, tal como establece el numeral 6 del artículo 178 de la C93.

Reza en el Acuerdo del Pleno del JNE de fecha 16 de marzo de 2018, aprobar el "Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral Vinculante que modifica los artículos 23, 24 y 35 de la Ley N. ° 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones" (en adelante el Proyecto) y su remisión al Congreso de la República. De la lectura del Acuerdo del Pleno, se observa que la iniciativa legislativa tiene por finalidad:

Establecer el precedente electoral vinculante y la observancia obligatoria de la doctrina jurisprudencial electoral del Jurado Nacional de Elecciones, para proporcionar una guía adecuada en la resolución de controversias electorales, y de esta manera, las partes procesales puedan obtener una pronta respuesta, coherente, predecible, justa y con arreglo a ley, en el marco de la administración de justicia electoral; máxime si los



pronunciamientos que se emitan deben cumplir, entre otros, con los principios de seguridad jurídica, igualdad, universalización y supremacía de los Derechos Fundamentales.

El Acuerdo hace énfasis en dotar de predictibilidad a las decisiones del Pleno del JNE y así coadyuvará en la solución de controversias en materia electoral.

El Acuerdo indica que el Proyecto de regular el precedente electoral vinculante se sustenta en las interpretaciones contradictorias, vacíos legales reglamentarios, la normativa que podría prestarse a una interpretación diversa o contradictoria por parte de los JEE y la necesidad de cambiar un precedente electoral establecido.

El Proyecto establece en su artículo 2 la modificación de los artículos 23, 24 y 35 de la Ley Orgánica del JNE (en adelante LOJNE). El mismo que podrá verse en los siguientes cuadros comparativos:

**CUADRO N. ° 4**

**CUADRO COMPARATIVO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LOJNE**

Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral	LOJNE
<p>Artículo 23.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materia electoral, de referéndum, o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y</p>	<p>Artículo 23.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materia electoral, de referéndum, o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y</p>





<p>no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna.</p> <p>El criterio jurisprudencia establecido por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones de manera reiterada y uniforme, expresado en al menos tres o más oportunidades, constituye doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatorio y debe ser tomada en cuenta por los Jurados Electorales Especiales en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones pueden constituirse en precedente electoral vinculante cuando la decisión del órgano electoral precisa el extremo de su efecto normativo. En caso el Jurado Nacional de Elecciones no aplicase un precedente establecido, debe señalar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión y las razones por las que se aparta del precedente.</p> <p>La resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que establece, modifica o deja sin efecto un precedente electoral vinculante</p>	<p>no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna.</p>
---	---



<p>debe ser publicada en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional, sin perjuicio de su difusión por otros medios.</p>	
--	--

*Fuente: elaborado por el autor*

Con esta fórmula legislativa que propone la modificación del artículo 23 de la LOJNE, tal como se ha planteado en el Proyecto, propone regular dos tipos de precedente: (i) la denominada doctrina jurisprudencial electoral de obligatorio cumplimiento y (ii) el precedente electoral vinculante. El primero que consiste en un criterio jurisdiccional reiterado y uniforme, expresado en al menos tres (3) o más pronunciamientos -o llámese decisiones-, y así constituir su carácter obligatorio -de forma vertical- hacia los JEE, mas no, al mismo Pleno del JNE. El segundo, consiste en un precedente que vincula al Pleno del JNE como a los JEE, se emplea el modelo de “precedente regla” en donde el Pleno del JNE precisa su carácter vinculante y su extremo normativo.

### CUADRO N. ° 5

#### CUADRO COMPARATIVO DE LOS ARTÍCULOS 24 Y 35 DE LA LOJNE

Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral	LOJNE
<p>Artículo 24.- El quórum necesario para las sesiones del Pleno es de cuatro (4) miembros. Para la adopción de decisiones o la emisión de un fallo, se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros concurrentes, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. En caso</p>	<p>Artículo 24.- El quórum necesario para las sesiones del Pleno es de cuatro (4) miembros. Para la adopción de decisiones o la emisión de un fallo, se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros concurrentes, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. En caso</p>



<p>de empate el presidente tiene el voto dirimente.</p> <p>Para emitir una resolución y que esta se constituya en precedente electoral vinculante el quórum necesario es de los cinco (5) miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, requiriéndose al menos la votación a favor de cuatro (4) miembros. En el mismo sentido, la modificación o eliminación del precedente requerirá como mínimo el mismo número de votos. En ambos casos deberán expresarse las razones que justifican tales decisiones</p>	<p>de empate, el presidente tiene voto dirimente.</p>
<p>Artículo 35.- Los Jurados Electorales especiales se rigen, en lo aplicable, por las normas del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en lo concerniente a obligaciones, impedimentos, quórum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones. Las resoluciones emitidas por los Jurados Electorales Especiales necesariamente deben observar la doctrina jurisprudencial electoral y cumplir obligatoriamente los precedentes electorales vinculante emitidos por el Jurado Nacional de Elecciones en sus resoluciones. Si los</p>	<p>Artículo 35.- A efecto de la normatividad que rige a los Jurados Electorales Especiales, se aplicarán las mismas reglas que rigen para el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en lo concerniente a obligaciones, impedimentos, quórum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones.</p>



<p>Jurados Electorales Especiales se apartasen de un precedente electoral vinculante, deberán justificar en forma expresa dicha decisión, precisando el precedente del cual se apartan y los fundamentos o circunstancias particulares del caso por los cuales se decide en forma distinta.</p>	
---	--

*Fuente: elaborado por el autor*

De la lectura de la propuesta de modificación del artículo 24, se agrega un párrafo en el que se indica la forma de crear un precedente electoral vinculante, refiriéndose al quórum y la cantidad de votos emitidos por miembros del Pleno del JNE. Regla que servirá de igual forma para la modificación o eliminación del precedente.

En cuanto a la propuesta de modificación del artículo 35, se hace más extenso el artículo que regula la reglamentación de sus funciones, incluyendo la obligación que tendrían los JEE para “observar” la doctrina jurisprudencial electoral y cumplir “obligatoriamente” los precedentes electorales vinculantes. También se indica la capacidad de los JEE de apartarse de estos precedentes, expresando las razones en las cuales se fundamenta su apartamiento y se decide de forma distinta.

Habiendo expuesto el contenido de la propuesta legislativa que hizo el Pleno del JNE al Congreso de la República, para el debate y posible regulación del precedente electoral vinculante y la doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria, a continuación, se desarrollaran los comentarios al respecto y, posteriormente, una propuesta propia de regulación legislativa.



#### **4.4.4.1. Comentarios al Proyecto de ley que establece el precedente electoral vinculante**

En la propuesta de reforma del artículo 23 y 35 de la LOJNE, se ha visto dos clases de precedentes electorales: (i) la doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria y (ii) el precedente electoral vinculante propiamente dicho. De los cuales, si bien su regulación podría ayudar en la búsqueda de la concretización de la seguridad jurídica, por la forma en la que está redactada la propuesta, se observan algunos posibles problemas.

Respecto a la figura de la doctrina jurisprudencial, es una denominación propia de la teoría del precedente en el Derecho peruano. En un primer momento se utilizó para referirse al mismo precedente vinculante, tal como es el caso de la redacción del artículo 400 del Código Procesal Civil de 1993, hasta que sufrió una variación en el año 2010, quedando sustituido por la denominación de precedente judicial (aunque hasta la actualidad se sigue utilizando como sinónimo de precedente judicial); y, más recientemente, en justicia constitucional para referirse a una especie de precedente vinculante, pero sin seguir el modelo de “precedente regla”. Explico, en justicia constitucional, la doctrina jurisprudencial hace referencia a las resoluciones emitidas por el TC que no constituyen expresamente precedente vinculante, pero que adquieren fuerza vinculante, debido a lo regulado por el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, en donde en su último párrafo indica que: 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 que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Cabe precisar que no toda decisión es un precedente, pero si todo precedente es una decisión, y que una decisión se constituirá en precedente cuando en ella se decida cuestiones de derecho, es decir, que de ella se puedan extraer reglas o principios jurídicos para la interpretación correcta del Derecho o para la resolución de futuros casos.



La fuerza vinculante de las decisiones del TC que no constituyen expresamente precedente vinculante se remonta a la redacción del Código Procesal Constitucional del 2003. Desde entonces, los sentidos interpretativos constitucionales que ha esgrimido el TC han servido como una guía en la interpretación de las normas jurídicas del ordenamiento peruano y así poder anticipar las posibles consecuencias atribuibles. Situación que ha sido clave en la construcción de la teoría del precedente en el Derecho peruano y la tradición -aun en formación- del uso de precedentes.

La diferencia entre la doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante, radica en la identificación del “extremo normativo” o la *ratio decidendi* de la decisión. En el primero, es función del juez o del abogado litigante encontrar la *ratio decidendi* de la decisión; y, en el segundo, función del mismo TC, señalar el extremo normativo de su decisión en un formato similar al de una regla.

En base a la redacción de la propuesta de modificación del artículo 23 de la LOJNE, se necesitaría tres decisiones en las cuales se haya establecido el mismo criterio jurisprudencial de manera “reiterativa” y “uniforme” para que este adquiriera fuerza vinculante o, como se ha indicado, sea de observancia obligatoria. Al respecto, cae de madura la siguiente interrogante: ¿quién define cuál es el criterio jurisprudencial de la resolución para que sea calificado como “reiterativo” y “uniforme”? Teniendo en cuenta que en el mismo párrafo indica que en otros casos, cuando se este frente a un precedente electoral vinculante, si será el JNE quien defina el extremo normativo, mas no, en el caso de la doctrina jurisprudencial. Es así como es que estaríamos frente a un escenario oscuro y ambiguo para determinar a ciencia cierta el criterio jurisdiccional que postula a ser doctrina jurisprudencial, debido a que al estar sujeto al criterio del ciudadano, el JEE o los abogados, determinar cuál es la *ratio decidendi* de las resoluciones del Pleno del JNE, este puede estar sujeto a múltiples interpretaciones y distintas relaciones con los hechos que dieron a lugar a tal decisión, haciendo un trabajo insuperable para llegar a una sola posición, toda vez que este debe ser coincido en tres oportunidades para adquirir fuerza vinculante.



Por otro lado, en la propuesta de modificación del artículo 35 de la LOJNE, se posibilita a los JEE el apartamiento de los precedentes electorales vinculantes, ante la exposición de razones por las cuales se decide de forma distinta. Esta flexibilización de la fuerza vinculante del precedente electoral vinculante, sería contraproducente con la finalidad de buscar estabilidad de sus decisiones jurisdiccionales y la predictibilidad de la justicia electoral, ya que, en la práctica, cualquier JEE podría apartarse del precedente establecido por el Pleno del JNE, justificando las razones por las cuales considera se debe decidir de manera distinta.

En base a los puntos advertidos en los párrafos anteriores y en resonancia con la postura vertida hasta este momento en la presente investigación, se expondrá una propuesta legislativa de regulación del precedente electoral vinculante en modificación de la LOJNE.

#### **4.4.5. Propuesta de modificación legislativa de los artículos 23, 24 y 35 de la LOJNE, para la regulación del precedente electoral vinculante**

Como se ha venido indicando, la redacción del proyecto de ley que ha presentado el JNE para la regulación del precedente electoral vinculante devendría en errores al momento de intentar aplicar la denominada doctrina jurisprudencial y en flexibilizar la fuerza vinculante del precedente electoral vinculante lo cual sería contraproducente con el fin de lograr la concretización del principio de seguridad jurídica, es por ello, que se plantea la siguiente propuesta de modificación legislativa de los artículos 23, 24 y 35 de la LOJNE, en los siguientes términos:

Artículo 23°.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve, oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no



son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna.

Las resoluciones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones pueden constituirse en precedentes electorales vinculantes cuando así lo exprese en la resolución, debiendo precisar el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. En caso el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no aplicase un precedente establecido, debe señalar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión y las razones por las que se aparta del precedente.

La resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que establece, modifica o deja sin efecto un precedente electoral vinculante debe ser publicada en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional, sin perjuicio de su difusión por otros medios.

En primer lugar, se ha optado por no utilizar ni regular la denominada “doctrina jurisprudencial” y descartar la regla de creación del mismo (que sea expresado de manera reiterada y uniforme en al menos tres o más oportunidades), debido a las razones ya antes expuestas.

En segundo lugar, dedicar la modificación del artículo 23 de la LOJNE únicamente a la regulación del precedente electoral vinculante, bajo un enunciado normativo similar al del precedente constitucional vinculante; es decir, utilizar el modelo de “precedente regla”, al precisar que es función del Pleno del JNE señalar el extremo normativo del precedente en una fórmula de regla jurídica, tal como se ha desarrollado la tradición del precedente en el Derecho peruano.

Asimismo, indicar que es el Pleno del JNE el único con la capacidad de crear, modificar y apartarse del precedente electoral vinculante. Además, la necesidad de publicitar las resoluciones que contengan tales actos, en el diario oficial del Estado.

Artículo 24° .- El quórum necesario para las sesiones del Pleno es de cuatro (4) miembros. Para la adopción de decisiones o la emisión de un





fallo, se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros concurrentes, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. En caso de empate, el presidente tiene voto dirimente.

Para emitir una resolución que constituya precedente electoral vinculante el quórum necesario es de cinco (5) miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, requiriéndose al menos la votación a favor de cuatro (4) miembros. En el mismo sentido, la modificación o eliminación del precedente requerirá como mínimo el mismo número de votos. En ambos casos deberán expresarse las razones que justifican tales decisiones.

Respecto a la propuesta de modificación del artículo 24, se mantiene la propuesta del JNE al considerar una mayoría calificada de cuatro votos para la creación, modificación o apartamiento del precedente, al constituir una norma de reconocimiento coherente con el Derecho peruano.

Artículo 35° .- A efecto de la normatividad que rige a los Jurados Electorales Especiales, se aplicarán las mismas reglas que rigen para el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en lo concerniente a obligaciones, impedimentos, quórum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones, sin considerar la edad como impedimento. En el caso de no existir magistrados jubilados o en actividad se nombrará excepcionalmente al Fiscal más antiguo de la provincia sede del Jurado Electoral Especial o en su defecto, un abogado que reúna los requisitos para ser Vocal Superior. Las resoluciones emitidas por los Jurados Electorales Especiales necesariamente deben observar los criterios jurisdiccionales electorales y cumplir obligatoriamente los precedentes electorales vinculantes emitidos por el Jurado Nacional de Elecciones en sus resoluciones.

Por último, con la propuesta de modificación del artículo 35 de la LOJNE, se propone un doble grado de vinculatoriedad de las resoluciones del Pleno del JNE: (i) resoluciones sobre derecho que no constituyen precedente vinculante,



pero tienen fuerza vinculante débil; y, (ii) resoluciones que constituyen precedente electoral vinculante, que tienen fuerza vinculante fuerte.

Las resoluciones que no constituyen precedente electoral vinculante al sustentarse en una decisión sobre derecho, son plausibles que de ellas se extraigan reglas jurídicas -o *ratio decidendi*- tratadas por el Pleno del JNE para alcanzar una determinada conclusión, estas reglas jurídicas serán vinculantes para futuros casos en evaluación a la relación con los hechos materiales en los que se fundamentó tal conclusión. Si bien se puede identificar una vinculación a estas resoluciones que contienen reglas jurídicas, al no constituir precedente electoral vinculante, no son de obligatorio cumplimiento, por lo que, tienen un grado de vinculatoriedad débil.

Se toma esta postura siguiendo el modelo sugerido por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2003 y ratificado por el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, en donde se ha establecido que los jueces interpretan y aplican el Derecho siguiendo los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del TC, sin la necesidad que estas constituyan precedentes vinculantes, ni que se determine su extremo normativo. Al respecto, el profesor Grández (2007) en su análisis sobre la doctrina constitucional (o doctrina jurisprudencial del TC) y el precedente vinculante, indica que tanto las sentencias “llanas” del TC (que no constituyen precedente vinculante) como la sentencias que tienen el *status iuris* de precedente vinculante, ambas resultan vinculantes en base a los efectos de la legislación procesal constitucional, pero que la diferencia entre ambas radicará en la estructura de enunciación que adopten y en el público vinculante al que se dirigen.

La vinculatoriedad a las sentencias del TC, sean “llanas” o precedentes vinculantes, radica en los sentidos interpretativos constitucionales (es decir, su *ratio decidendi*) que puedan ser extraídas para la resolución de futuros casos. La diferencia radicará en la (i) enunciación que adopten y (ii) en el público vinculante al que se dirigen. En el caso del precedente vinculante, será el propio TC quien extraiga la *ratio decidendi* y la reescriba en un formato similar al de una regla o



ley, y en donde su grado de vinculación será a todo el ordenamiento. Mientras que en el caso de la jurisprudencia constitucional, será tarea de los jueces y abogados los encargados de encontrar la *ratio decidendi* en su estado natural, y en donde su grado de vinculación es a todos los jueces del poder judicial.

Ahora bien, se dice que el precedente electoral vinculante tiene fuerza vinculante fuerte, debido a que: (i) es el propio Pleno del JNE quien establece la *ratio decidendi* o la reescribe en una fórmula de regla jurídica similar a la de una ley; y, (ii) que es expreso el obligatorio cumplimiento de los efectos de la regla jurídica establecida.

Otro punto para determinar que la fuerza vinculante del precedente electoral es “fuerte” en comparación a la “jurisprudencia electoral”, se ciñe a que los JEE no tengan la posibilidad de apartarse o modificar el precedente. Permitir que los JEE puedan apartarse de los precedentes electorales vinculantes, iría en contra de la estabilidad y predictibilidad de las resoluciones electorales, abriendo un abanico enorme de interpretaciones atribuibles y cayendo en un estado de inseguridad jurídica.



## CAPÍTULO V: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

### 5.1. Resultados y análisis de los hallazgos

#### Resultado 1

*El concepto formal de seguridad jurídica consiste en la certeza del contenido de las normas jurídicas vigentes y el hecho de que sean aplicadas de acuerdo a su contenido (Manrique, 2012).*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

En una perspectiva formal, la seguridad jurídica está intrínsecamente relacionada con el concepto de Estado de Derecho y se basa en exigencias objetivas del ordenamiento jurídico que aseguran la previsibilidad de las normas. Estas exigencias, mencionadas por Pérez (2000) en su libro "Derechos humanos, estado de derecho y constitución", son la "corrección estructural" y la "corrección funcional". La primera se refiere a las condiciones esenciales que deben tener las normas del sistema jurídico para que sean previsibles, lo que incluye la promulgación clara de las leyes, la comprensión de las mismas por parte de los destinatarios, la existencia de leyes que regulen todas las conductas relevantes, la definición de los aspectos básicos del estatus jurídico por parte del Parlamento, la existencia previa de leyes para regular las conductas y la duración razonable de las leyes. La corrección funcional, por otro lado, se refiere al cumplimiento de las normas jurídicas tanto por el Estado como por los ciudadanos y al principio de legalidad, lo que garantiza que el Estado solo pueda aplicar lo permitido por las normas legalmente producidas.

Las condiciones formales del ordenamiento jurídico son fundamentales para garantizar la existencia de un Estado de Derecho, entendido como aquel en el que el poder público está sometido y limitado por el Derecho. Esto significa que las normas jurídicas, en su estructura y funcionamiento, deben estar diseñadas para prevenir abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades,



así como para garantizar la protección efectiva de los derechos y libertades de los ciudadanos.

En este sentido, la promulgación, claridad, previsibilidad y estabilidad de las normas jurídicas son condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan conocer y entender el ordenamiento jurídico que rige su conducta y las actuaciones del Estado. Además, el principio de legalidad, que exige que el Estado solo pueda actuar en virtud de una norma jurídica previamente establecida, es un elemento esencial para limitar el poder del Estado y garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Peces-Barba (1990) sostiene que para entender la relación entre seguridad jurídica y el Derecho es necesario considerar la existencia de principios de organización e interpretación que funcionan dentro de un sistema jurídico. Estos principios incluyen reglas que regulan aspectos dinámicos de las relaciones entre las normas de un sistema, la creación y derogación de normas, y la protección de derechos e intereses de los particulares. Esta concepción formal del sistema jurídico se basa en reglas que el Estado y los ciudadanos deben cumplir para asegurar la eficacia del Derecho. Además, la seguridad jurídica se considera fundamental para el ejercicio del poder estatal, ya que impone límites a la intervención del Estado en relación con los ciudadanos y regula las relaciones entre particulares. En este sentido, el Estado debe garantizar la seguridad jurídica en beneficio de los ciudadanos, lo que a su vez legitima las acciones del Estado.

## **Resultado 2**

*El concepto moderno de seguridad jurídica es entendido como un principio constitucional implícito en el ordenamiento jurídico peruano, que determina la adopción gradual de comportamientos para la promoción de un estado ideal de confiabilidad y calculabilidad del Derecho en base a su cognoscibilidad. El principio de seguridad jurídica se concretiza mediante su uso en estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales para*



*garantizar que la persona pueda plasmar digna y responsablemente su presente y realizar una planificación estratégica jurídicamente informada de su futuro, sin engaño, frustración, sorpresa o arbitrariedad (Ávila, 2012).*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

La seguridad jurídica es un principio constitucional implícito en el ordenamiento jurídico peruano, que busca establecer un marco jurídico estable, previsible y coherente para los ciudadanos, a fin de garantizar el respeto y la protección de sus derechos fundamentales.

En primer lugar, la seguridad jurídica es considerada un principio constitucional porque es un valor fundamental que se encuentra implícito en la constitución. Según Ávila (2012), "la seguridad jurídica es un principio constitucional, aunque no se encuentre recogido explícitamente en los textos constitucionales, sino implícito en los valores y principios que los fundamentan" (p. 220). Es decir, aunque no se mencione explícitamente en la constitución, se trata de un principio que subyace en todo el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la seguridad jurídica es un principio implícito en el ordenamiento jurídico peruano porque es considerado un valor fundamental que se encuentra en la base de todo el sistema jurídico. Según Marinoni (2013), "la seguridad jurídica es un valor fundamental del Estado de Derecho y, por tanto, se encuentra en la base del sistema jurídico" (p. 220). Asimismo, Dworkin (1984), señala que la seguridad jurídica es una de las características más importantes de un sistema jurídico, ya que permite a los ciudadanos actuar con confianza y previsibilidad en relación con las decisiones del poder judicial y las acciones del Estado. Es decir, la seguridad jurídica es uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico, que garantiza la estabilidad y previsibilidad del derecho.

Como señala el Tribunal Constitucional peruano, la seguridad jurídica es un "valor fundamental del Estado constitucional de derecho, pues asegura la protección de los derechos de las personas y su confianza en la actuación de los poderes públicos" (STC 0210-2002-AI/TC). El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que la seguridad jurídica es un principio fundamental del ordenamiento



jurídico peruano y que, como tal, está implícito en la constitución (STC Exp. N° 03548-2013-PA/TC). De acuerdo con el Tribunal, la seguridad jurídica se relaciona con la idea de que las personas deben poder confiar en que sus derechos y obligaciones estarán protegidos por el Estado y en que el poder judicial tomará decisiones coherentes y consistentes con el marco legal establecido.

Ávila (2012), explica que el principio de seguridad jurídica busca lograr un estado ideal de confiabilidad y calculabilidad del derecho en base a su cognoscibilidad. Según el autor, la cognoscibilidad es un estado en el cual los ciudadanos tienen la capacidad de comprender las estructuras argumentativas reconstructivas de las normas generales e individuales, materiales y procedimentales, y actuar de acuerdo a ellas. Por otro lado, la cognoscibilidad es un elemento fundamental para la seguridad jurídica, ya que implica que los ciudadanos puedan conocer y entender las normas aplicables en su caso concreto y actuar en consecuencia.

El autor sostiene que la cognoscibilidad del derecho es esencial para la seguridad jurídica, ya que permite a los ciudadanos planificar sus conductas y decisiones de forma responsable y autónoma. Además, la cognoscibilidad también es importante para asegurar la igualdad ante la ley, ya que todos los ciudadanos deben tener acceso a la misma información legal para poder actuar de forma igualitaria y justa.

La cognoscibilidad es un elemento esencial para lograr la seguridad jurídica y el estado ideal de confiabilidad y calculabilidad del Derecho. Es importante que los ciudadanos tengan la capacidad de comprender las normas aplicables en su caso y actuar de acuerdo a ellas para poder planificar sus conductas y decisiones de forma autónoma y responsable.

Por otro lado, la confiabilidad denota un estado de cosas en el que los actos de disposición de los derechos fundamentales de libertad se respetan por medio del Derecho, gracias a la existencia de estabilidad, durabilidad e irretroactividad del ordenamiento jurídico (Ávila, 2012). Por lo tanto, la confiabilidad se refiere a que las medidas adoptadas con anterioridad, como



consecuencias jurídicas a los supuestos de hecho, no se vean modificadas de manera injustificada.

Por su parte, la calculabilidad se refiere a un estado en el que los ciudadanos tienen la habilidad de prever y medir el limitado y poco variado conjunto de criterios y estructuras argumentativas que definen las consecuencias que se atribuyen de manera autónoma y espontánea a los actos propios o de otros, o a hechos ya sean ocurridos o posibles de ocurrir, sean estos controvertidos o no. Además, en este estado también se puede estimar el rango razonable de tiempo en el que se aplicarán las consecuencias definitivas (Ávila, 2012). Así, existirá calculabilidad del Derecho cuando el ciudadano pueda anticipar, aproximadamente, las consecuencias que se aplicarán en el futuro a los actos realizados en el presente, en la medida en que el derecho no presente cambios bruscos, drásticos y sin previo aviso que supongan una modificación intensa de las consecuencias vigentes en el presente.

Los estados ideales de confiabilidad y calculabilidad del Derecho propuestos por Humberto Ávila tienen una relación estrecha con la concretización del Estado Constitucional de Derecho, por ende, una estricta relación con la concepción de la seguridad jurídica como principio constitucional. En un Estado Constitucional de Derecho, se espera que el poder se encuentre limitado y regulado por normas constitucionales, las cuales establecen derechos y deberes que deben ser respetados por todas las instituciones y actores del Estado.

La confiabilidad del derecho es entendida también como la estabilidad, durabilidad e irretroactividad del ordenamiento jurídico, condiciones fundamentales para que se cumpla con el principio de legalidad, que es uno de los pilares del Estado Constitucional de Derecho. En este sentido, como señala Ávila (2012), la confiabilidad permite que los ciudadanos confíen en que los actos de disposición de sus derechos fundamentales de libertad sean respetados por el Derecho y no se vean modificados de manera injustificada. Por otro lado, la calculabilidad del Derecho es entendida también como la capacidad de anticipar y medir las consecuencias atribuibles a actos y hechos.





El principio de seguridad jurídica se refiere a la previsibilidad y estabilidad del derecho, y su objetivo es garantizar que los ciudadanos puedan planificar sus acciones y tomar decisiones informadas en base a las normas y consecuencias jurídicas que se aplican en un momento determinado.

Por último, la cognoscibilidad del derecho, es decir, la capacidad de comprender las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, es un elemento fundamental para la concretización del Estado Constitucional de Derecho, ya que permite que los ciudadanos conozcan y comprendan sus derechos y deberes, así como las consecuencias jurídicas que se derivan de sus acciones.

Los estados ideales de confiabilidad, calculabilidad y cognoscibilidad del derecho propuestos por Humberto Ávila están estrechamente relacionados con la concretización del Estado Constitucional de Derecho, ya que permiten el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la previsibilidad y estabilidad del Derecho, y la capacidad de los ciudadanos de conocer y comprender las normas y consecuencias jurídicas que les afectan.

### **Resultado 3**

*El sistema jurídico peruano se caracteriza por haber sido históricamente influenciado por la cultura jurídica occidental del civil law, en donde se considera como principal fuente del Derecho a la ley. Es por ello que para el uso de precedentes en el sistema jurídico peruano fue necesario la introducción de esta institución jurídica mediante una reforma legislativa para que los jueces y organismos administrativos tengan la capacidad de emitir precedentes vinculantes.*

*Se ha advertido que la regulación del precedente administrativo en materia tributaria, bajo la denominación de "jurisprudencia de observancia obligatoria", es la primera regulación del precedente en el sistema jurídico peruano. Esto sucedió en 1980 con la modificación del artículo 134 del Código Tributario mediante el D.L. N.º 23207, lo que permitió la creación del precedente*



*administrativo y otorgó al Tribunal Fiscal la capacidad de establecer jurisprudencia vinculante en materia tributaria y aduanera cuando así lo establezca en su decisión. Esta regulación ha sido un importante paso en la construcción del sistema de precedentes en el Derecho peruano, tanto a nivel administrativo como judicial.*

*No obstante, en 1982 se reguló el primer precedente judicial a través de la modificación del artículo 9 de la Ley n.º 23506, Ley de Habeas Corpus y de Amparo. Este artículo estableció que las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo podían sentar jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se pudieran desprender principios de alcance general. Aunque se permitía a los jueces apartarse del precedente, debían explicar las razones de hecho y de derecho que sustentaban la nueva resolución. Este cambio representó un hito en el sistema jurídico peruano al introducir la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho.*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

El sistema jurídico peruano ha sido fuertemente influenciado por la cultura jurídica occidental del *civil law*, con la ley como principal fuente del Derecho (Guzmán Brito, 2001). Esta tradición se puede ver reflejada en el Código Civil y de Enjuiciamientos en materia Civil de 1852, que establecía que "Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas" (artículo VIII). Según Montesquieu (2010), los jueces en este sistema son "seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma" (p. 161).

Esta visión del juez como simple aplicador de la ley se encuentra en la tradición jurídica europea continental y en el tradicional sistema de división de poderes, donde el poder de juzgar se limita a una actividad cognitiva, sin capacidad para crear nuevos derechos (Marinoni, 2013). En el Código Civil peruano de 1852, se establecía que: "Los jueces no pueden suspender ni dejar la administración de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes" (artículo IX), y que "en caso de dudas respecto a la aplicación del derecho, la Corte Suprema debía elevar consultas al Poder Legislativo" (artículo X).



Este sometimiento del poder judicial al poder legislativo se originó en la tradición europea continental, donde los miembros del poder judicial francés pertenecían a una clase aristocrática en favor de la monarquía, y donde el cargo de magistrado era considerado una propiedad particular (Marinoni, 2013).

Se tiene como el antecedente más remoto sobre precedentes, el sistema jurídico peruano, la introducción del precedente administrativo bajo la denominación de “jurisprudencia de observancia obligatoria”, que fue creado en 1980 mediante el D.L. N.º 23207, que modificó el artículo 134 del Código Tributario. Esta disposición permitió al Tribunal Fiscal establecer jurisprudencia vinculante en materia tributaria y aduanera, y ordenar su publicación en el Diario Oficial "El Peruano". Como última instancia administrativa a nivel nacional en estas áreas, el Tribunal Fiscal tenía la facultad de resolver controversias y, en caso de considerarlo, establecer jurisprudencia de observancia obligatoria haciéndolo constar en la resolución que lo contenía.

La regulación del precedente administrativo ha sido un importante paso en la consolidación del sistema de precedentes en el Derecho peruano, permitiendo una mayor coherencia y uniformidad en la jurisprudencia administrativa. Asimismo, ha permitido que las instituciones administrativas encargadas de aplicar el Derecho en la resolución de conflictos de interés o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica, puedan potenciar frente a pronunciamientos disímiles y hasta contradictorios ante materias idénticas o similares, aquellos aspectos considerados como motivaciones centrales para la fijación de un precedente (Espinosa, 2014).

Posteriormente, en el año 1999 con la aprobación del Nuevo Código Tributario, se reitera la importancia de la jurisprudencia de observancia obligatoria en el ámbito tributario. En el artículo 154 del mencionado código, se establece que las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten explícitamente y de forma general el sentido de las normas tributarias constituye jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria. Además, se indica que el Tribunal Fiscal debe señalar en la resolución



correspondiente que dicha decisión constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y ordenar su publicación en el Diario Oficial.

Parte del desarrollo del sistema de precedentes, a nivel administrativo se sumó las competencias otorgadas al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) para emitir precedente administrativo que se remontan al año 1996 (Dyer, 2014). En la actualidad se tiene lo regulado mediante el D.L. N. ° 1033 que aprueba la Ley de Organización y Funciones de Indecopi, en cuyo artículo 14.1, literal “d)”, se faculta a las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Indecopi, expedir “precedentes de observancia obligatoria” que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

En la práctica, Indecopi ha fijado varios precedentes vinculantes en el ámbito de su competencia, como el de protección al consumidor contenido en la Resolución 85-1996/TDC-INDECOPÍ o el de eliminación de las barreras burocráticas contenido en la Resolución 182-1997/TDC-INDECOPÍ. Siguiendo el sistema peruano de precedentes, ha determinado el extremo normativo del precedente vinculante al momento de emitirlo.

La facultad de emitir precedentes por parte de Indecopi ha significado un importante desarrollo del sistema de precedentes en el Perú, específicamente del precedente administrativo. La emisión de estos precedentes vinculantes ha permitido a Indecopi establecer criterios uniformes y consistentes en la interpretación y aplicación de la legislación bajo su competencia, lo que ha generado mayor seguridad jurídica y predictibilidad en el ámbito empresarial y de consumo en el país. Además, la práctica de emisión de precedentes administrativos por parte de Indecopi ha sido vista como una importante herramienta en la lucha contra la corrupción y la arbitrariedad en la toma de decisiones en el ámbito administrativo. Indecopi se ha consolidado como uno de los organismos administrativos que más precedentes vinculantes ha emitido en su área de competencia.



Sin embargo, con el tiempo, esta visión del juez como simple aplicador de la ley ha ido cambiando en el sistema jurídico peruano. En 1982 se produjo un cambio significativo en la forma de interpretar y aplicar el Derecho con la aparición del precedente judicial a través del artículo 9 de la Ley n.º 23506, Ley de Habeas Corpus y de Amparo.

Este artículo permitió que las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo pudieran sentar jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se pudieran desprender principios de alcance general. Si bien los jueces tenían la libertad de apartarse del precedente, debían explicar las razones de hecho y de derecho que sustentaban la nueva resolución.

Este cambio significativo representó un hito en el sistema jurídico peruano al introducir la posibilidad de que la interpretación y aplicación del Derecho estuvieran más en sintonía con los principios constitucionales y las circunstancias específicas de cada caso. De esta manera, la aparición del precedente judicial abrió la puerta a la evolución del Derecho peruano, permitiendo que los jueces pudieran interpretar y aplicar el derecho de una manera más flexible, tomando en cuenta la realidad social y las particularidades de cada caso.

#### **Resultado 4**

*El sistema de precedentes en el Perú se enmarca dentro de la tradición jurídica del civil law, en la que el precedente se expresa en forma de regla, máxima o principio jurídico que sirve para la interpretación y aplicación del Derecho en futuros casos. A diferencia de otros sistemas de precedentes, en el sistema peruano, la doctrina del precedente ha determinado que la regla establecida en el precedente no necesariamente tiene que ser la ratio decidendi, ni tener una relación directa con los hechos de la decisión que lo contiene. Asimismo, que la corte de precedentes sea la que determine cual es el extremo de su decisión que constituye precedente y que éste sea definido en forma de una regla de Derecho. Este tratamiento particular de los precedentes ha llevado a la adopción de un sistema denominado “precedente-regla”.*



Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

En la investigación se ha determinado que en la tradición jurídica del *civil law*, el precedente se expresa en forma de una regla, máxima o principio jurídico, de alcance general en cuanto a una determina forma de interpretar el Derecho, por lo que no se ciñe a las reglas del precedente del *common law*.

El Derecho peruano al estar influenciado por el sistema del *civil law*, ha adoptado estas características para implementar el uso de precedentes en su sistema jurídico. Una de estas características es que la fuerza vinculante de los precedentes o, también dicho, su carácter obligatorio, radica en una norma positivizada que la establece. Por otro lado, la tarea de las cortes de precedentes es determinar que decisiones constituyen precedente vinculante, así como las reglas de Derecho que contienen dicho precedente. Como menciona Da Rosa (2016), esta práctica de fijar y divulgar los precedentes vinculantes es una tendencia en los ordenamientos jurídicos continentales, en especial del italiano, donde los precedentes judiciales son registrados y divulgados de forma selectiva por la propia Corte de Casación mediante un órgano llamado *Ufficio Massimario*, encargado de elaborar las máximas que pueden ser extraídas de cada caso concreto.

En el caso del derecho peruano, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N.º 017-93-JUS) establece que las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República tienen la función de ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. En otras palabras, además de determinar qué decisiones constituyen precedente, las Salas tienen la responsabilidad de publicar las sentencias que fijen precedentes vinculantes o también conocida como "doctrina jurisprudencial" en el Diario Oficial del Estado.

En la tradición del *civil law*, la tarea del juez es determinar que sentencias contienen precedentes vinculantes y determinar las reglas que estos contienen. En contraste, en la cultura jurídica angloamericana, la forma de entender los precedentes se basa en comparar los hechos materiales de los casos y las



razones que tuvo el juez para decidir de una determinada forma, a lo que se ha denominado como *ratio decidendi*. Según Da Rosa (2016), los juristas continentales buscan en los precedentes solamente un pronunciamiento en forma de regla con un alto grado de autoridad. En las compilaciones jurisprudenciales italianas (*raccolte di giurisprudenza*), los precedentes se encuentran dentro de las decisiones como una explicación de una máxima abstracta que, para la doctrina inglesa del precedente, constituiría un *obiter dictum*. Para la tradición jurídica del *civil law*, la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* carece de importancia al momento de encontrar el precedente vinculante de una decisión. No es necesario que exista una relación estricta entre los hechos materiales del caso en concreto y la regla final que constituye precedente. La tarea de determinar qué sentencias tienen calidad de precedente y cuál es su extremo normativo o regla de Derecho en la que consiste el precedente, recae en los jueces en la tradición del *civil law*, por lo tanto, en el Derecho peruano.

En el 2004, mediante la Ley n.º 28237, entra en vigencia el Código Procesal Constitucional, y con él la institución del precedente constitucional vinculante mediante su artículo VII de su Título Preliminar, lo que trajo consigo la consolidación de un sistema de precedentes en el Derecho peruano. Este artículo indicaba que 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 de un precedente vinculante, debe motivar adecuadamente su resolución y hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invoca.

Según la doctrina peruana del precedente, el objetivo principal es establecer reglas de Derecho mediante el uso de los precedentes judiciales, conocido como "precedente regla". En el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley n.º 31307), se establece que las sentencias del Tribunal Constitucional adquieren la autoridad de cosa juzgada y constituyen precedente vinculante solo cuando se expresa explícitamente en la



sentencia que se trata de un precedente vinculante y se formula la regla jurídica que lo conforma. A diferencia del *common law*, donde se busca la relación entre los hechos materiales del caso que constituye el precedente y los hechos del caso en el que se quiere aplicar el precedente.

### **Resultado 5**

*En el marco del Estado Democrático de Derecho la fuerza vinculante de los precedentes encuentra su justificación no sólo en argumentos prácticos y filosóficos, sino también en argumentos institucionales (Da Rosa, 2016). Para MacCormik (1998), estos factores institucionales son: (i) el “contexto institucional en estricto sensu”, que se refiere a la estructura jerarquizada de la administración de justicia en la mayoría de los sistemas jurídicos, lo que genera una fuerza vinculante de las decisiones de los organismos jurisdiccionales de mayor jerarquía sobre los de menor jerarquía, independientemente de la existencia de una norma expresa que establezca la fuerza vinculante del precedente; (ii) la “tradición jurídica” de un determinado sistema jurídico en favor del uso de precedentes y (iii) la “estructura constitucional”, que comprende las relaciones de poder entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, la autocomposición del Poder Judicial y las normas de derecho positivo sobre la aplicación de los precedentes (como se citó en Da Rosa, 2016).*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

Se En el marco del Estado Constitucional de Derecho, se entiende que la fuerza vinculante de los precedentes está sujeto al principio de legalidad, es decir, que la fuerza vinculante nace del establecimiento de esta obligatoriedad en una norma positiva. Aun así, existe a través de la interpretación de la estructura institucional de los sistemas jurídicos, factores que determinan una fuerza vinculante de los precedentes. Esto quiere decir que existen factores institucionales que *per se* dotan de fuerza vinculante a las decisiones de las cortes que puedan constituir precedentes, según cada ordenamiento jurídico, pero con un carácter vinculante débil o persuasivo, al margen de la regulación de su obligatoriedad por una norma positiva.





El contexto institucional en estricto sensu, según Da Rosa (2016), se refiere a la estructura jerarquizada de la administración de justicia en la mayoría de los sistemas jurídicos, que genera una fuerza vinculante de las decisiones de los organismos jurisdiccionales de mayor jerarquía sobre los de menor jerarquía, incluso en ausencia de una norma expresa que establezca la obligatoriedad de seguir el precedente. Esta vinculación se basa en la regla general de que, dentro de una relación jerárquica entre organismos jurisdiccionales, sus decisiones son persuasivas para aquellos de menor jerarquía. La fuerza persuasiva del precedente radica en el sentido revisorio de las causas que conocen las cortes superiores en vía de apelación o las cortes supremas en vía de casación, lo que predispone un sistema en favor del uso de precedentes.

En otras palabras, la estructura jerarquizada de la administración de justicia favorece el uso de precedentes y la vinculación de los organismos jurisdiccionales de menor jerarquía a las decisiones de los organismos de mayor jerarquía, incluso sin una norma expresa que lo establezca. La fuerza persuasiva del precedente se deriva de la revisión que realizan las cortes superiores en vía de apelación o casación, lo que aumenta la confianza en la validez de los precedentes y contribuye a su utilización en futuros casos.

En cuanto al factor institucional denominado "tradición jurídica", McCormick (1998) lo define como el grado en que un sistema jurídico ha desarrollado la práctica de utilizar precedentes judiciales en su razonamiento jurídico (como se citó en Da Rosa, 2016). En otras palabras, se trata de la valoración que se le otorga al uso de los precedentes dentro de la cultura jurídica de un determinado sistema.

La existencia de una tradición jurídica favorable al uso de precedentes en un sistema jurídico concreto, puede ser el resultado de diferentes factores históricos, políticos y culturales, que han influido en el desarrollo de su concepción sobre el grado de vinculatoriedad de los precedentes. En algunos sistemas jurídicos, como el de los países del *common law*, la tradición jurídica del *case law* es altamente valorada, y la utilización de precedentes es una práctica muy arraigada. Por otro lado, en sistemas jurídicos de corte romano-



germánico, se ha valorado históricamente la labor interpretativa del juez y la importancia de la aplicación de la ley en cada caso concreto.

En la actualidad, la existencia de una tradición jurídica netamente favorable al uso de precedentes esta relativizada, y lo que se ve es que puede tener una influencia importante en el desarrollo de la jurisprudencia y en la fuerza vinculante de los precedentes dentro del sistema jurídico en cuestión.

En el contexto del Derecho peruano, ya se ha mencionado que, se ha visto influenciada por la tradición jurídica del *common law*, por la incorporación del precedente como fuente de derecho, lo que ha llevado a transformaciones significativas en la concepción del sistema jurídico y su relación con la jurisprudencia. Si bien es cierto que en un principio la jurisprudencia no tenía fuerza vinculante, desde la promulgación de la Ley de Habeas Corpus y de Amparo en 1982, la jurisprudencia ha comenzado a tener un rol más importante en el sistema jurídico peruano.

En la actualidad, la tradición jurídica del Derecho peruano se inclina a favor del uso del precedente, lo que se ve reflejado en la regulación normativa tanto a nivel de organismos jurisdiccionales como de organismos administrativos. En el caso de la justicia ordinaria, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, lo que permite un sistema de divulgación y publicación con autoridad y oficialidad de las decisión que constituirán precedentes fortaleciendo su fuerza vinculante (Zaneti, 2015).

Por otro lado, se ve en el ámbito administrativo, un claro ejemplo de la transformación de la tradición jurídica del Derecho peruano es la Ley de Organización y Funciones de Indecopi, que faculta a las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Indecopi a expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.



Por lo tanto, la tradición jurídica del Derecho peruano ha evolucionado para permitir la utilización del precedente como una fuente de obligado cumplimiento, tanto en la justicia ordinaria como en la administración pública, a fin de garantizar la coherencia del sistema normativo con los principios y derechos constitucionalmente establecidos.

El último factor institucional es la “estructura constitucional” que caracteriza a todo ordenamiento jurídico para determinar la fuerza vinculante del precedente en la práctica jurídica (Da Rosa, 2016). Este factor está compuesto por tres grupos de factores más específicos para determinar el mayor o menor grado de fuerza vinculante del precedente en un sistema jurídico determinado, estos son: (i) las relaciones de poder entre Poder Judicial y Poder Legislativo, (ii) la autocomposición del Poder Judicial en cuanto a su actividad y (iii) las normas de derecho positivo sobre la aplicación de los precedentes.

La relación entre las relaciones de poder del Poder Judicial y el Poder Legislativo y el uso del precedente se refiere a la estructura constitucional que permite a los jueces controlar la constitucionalidad de las normas a través de un control difuso o concentrado. Según Taruffo (1997), la decisión de cuestiones constitucionales requiere un uso intensivo de los precedentes debido a la generalidad y apertura de las disposiciones constitucionales (como se citó en Da Rosa, 2016). Además, un sistema en el que se acepta más la jurisdicción constitucional tenderá a desarrollar el derecho judicial mediante precedentes (Da Rosa, 2016). En el caso del sistema jurídico peruano, la constitución de 1993 establece un control difuso que permite al juez preservar el contenido normativo constitucional, lo que favorece el uso de precedentes debido al poder-deber que ostenta el juez para decidir sobre la constitucionalidad de las normas.

En cuanto al conocimiento que los jueces tienen sobre su propia labor, Da Rosa (2016) sostiene que ésta puede dividirse en una actividad centrada en la producción de normas o en la aplicación de las mismas. Por lo general, los tribunales de mayor rango se dedican a resolver casos que de puro derecho, mientras que los tribunales de menor instancia se enfocan en situaciones que implican tanto hechos como derecho. En el contexto del sistema judicial peruano,



el recurso de casación tiene como objetivos tanto la correcta aplicación del derecho objetivo al caso en cuestión como la uniformidad de la jurisprudencia a nivel nacional por parte de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, la Corte Suprema se ha convertido en un tribunal de precedentes cuya función principal es emitir reglas de derecho que pueden tener carácter persuasivo (cuando no establecen precedentes vinculantes) u obligatorio (cuando sí los establecen).

El tercer factor que contribuye a la institucionalidad de la fuerza vinculante del precedente radica en la existencia de “normas de derecho positivo” que regulan su fuerza vinculante. En el caso del sistema jurídico peruano, encontramos disposiciones normativas específicas que otorgan un peso o fuerza vinculante a los distintos tipos de precedentes. Por ejemplo, el artículo VI y VII del nuevo Código Procesal Constitucional establece la fuerza vinculante erga omnes del precedente constitucional, mientras que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la vinculatoriedad de los precedentes para las instancias judiciales inferiores, así como para la propia Corte Suprema.

En un sistema jurídico como el peruano, es fundamental que se cuente con reglas específicas para que encuentre amparo institucional el *stare decisis*, ya que, sin ellas, el precedente solo tendría una fuerza persuasiva en el sistema jurídico. De hecho, la existencia de estas normas no solo brinda mayor certeza y seguridad jurídica a la aplicación del derecho, sino que también demuestra la estructura del sistema en favor del uso de precedentes, lo que refuerza aún más la fuerza vinculante del precedente en el sistema jurídico.

## **Resultado 6**

*Después de la revisión de la información, se puede afirmar que la C93 establece un sistema electoral que se compone de tres organismos autónomos: la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Jurado Nacional de Elecciones y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Estos organismos autónomos a los poderes del Estado, tienen la responsabilidad de planificar,*



*organizar y ejecutar los procesos electorales, con el objetivo de garantizar que las votaciones reflejen la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos.*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

El concepto de sistema electoral ha sido tradicionalmente definido como la forma en que se expresa la voluntad popular a través de las elecciones y la forma en que se eligen a los representantes. En este sentido, Sartori (1989), indica que los sistemas electorales determinan cómo los votos emitidos por los ciudadanos se convierten en escaños y cómo se distribuyen en el parlamento y otros organismos de representación (como se citó en Blancas, 2016). Según Nohlen (1998), estos sistemas también establecen la forma en que se organizan los partidos políticos, las circunscripciones, los procesos de votación y los métodos para la conversión de votos en asientos parlamentarios, entre otros aspectos (como se citó en Blancas, 2016).

En el caso de Perú, la C93 establece claramente que el sistema electoral tiene como objetivo asegurar que las votaciones reflejen la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y que los escrutinios sean un reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa. Para lograr estos objetivos, se crearon tres organismos autónomos: la ONPE, el JNE y el RENIEC. La ONPE es responsable de la organización y ejecución de los procesos electorales y consultas populares, mientras que el JNE se encarga de administrar la justicia electoral y el RENIEC de mantener y custodiar un registro único de identificación de las personas.

El sistema electoral peruano se caracteriza por un esquema de "dualismo institucional" (Blancas, 2016). Esto significa que el JNE cumple un rol de administrar la justicia electoral, mientras que la ONPE se encarga de organizar y ejecutar todos los procesos electorales y consultas populares. Si bien la RENIEC también forma parte del sistema electoral peruano, su rol es accesorio en comparación con el de la ONPE y el JNE.



La ONPE, como organismo responsable de la organización y ejecución de los procesos electorales y consultas populares, tiene una serie de funciones esenciales, como diseñar la cédula de sufragio, actas electorales, formatos y todo el material necesario para asegurar el respeto de la voluntad del ciudadano, planificar, preparar y ejecutar todas las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos a su cargo en cumplimiento estricto de las normas, garantizar el derecho al ejercicio del sufragio, brindar información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio, dictar disposiciones para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios, y obtener resultados de los procesos a su cargo y remitirlos al JNE.

Por otro lado, el JNE es el encargado de administrar justicia en materia electoral y velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos políticos y electorales. El JNE también tiene la tarea de mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas y la función de fiscalizar la legalidad del ejercicio del derecho de sufragio y de los procesos electorales, referéndum y otras consultas populares.

### **Resultado 7**

*El resultado de la investigación muestra que, el Pleno del JNE tiene una serie de responsabilidades administrativas importantes, incluyendo la gestión del padrón de organizaciones políticas, la expedición de credenciales a los candidatos y la supervisión de los gastos electorales. Sin embargo, su papel fundamental en el sistema electoral es la administración de justicia en materia electoral como un supremo tribunal electoral, cuyas resoluciones son emitidas en instancia final, definitiva y no son sujetas a revisión. Como resultado de esta función, el JNE estaría en la capacidad de emitir precedentes vinculantes en materia electoral en el marco de sus funciones.*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

El JNE tiene la responsabilidad de administrar justicia en materia electoral, según lo establecido en la C93. De acuerdo con el artículo 177 de la Constitución,



el JNE forma parte del sistema electoral, y el artículo 178 le confiere la función específica de administrar justicia en materia electoral. En este sentido, las resoluciones emitidas por el JNE en casos electorales, referéndum y otras consultas populares son definitivas e inapelables, tal como se establece en el artículo 181 de la Constitución.

La LOJNE establece que el Pleno es la máxima autoridad del organismo. Este órgano colegiado está compuesto por cinco miembros y presidido por un magistrado de la Corte Suprema de la República. El Pleno del JNE se desempeña como un tribunal de la más alta instancia en materia electoral, y sus decisiones no son revisables ni recae recurso alguno, tal como lo establece el artículo 23 de su ley orgánica. El Pleno del JNE ocupa un lugar institucional en la cúspide de la justicia electoral y es el último grado en la secuencia de impugnaciones, lo que lo convierte en una especie de corte de vértice en materia electoral.

Además, el legislador ha establecido la conformación de órganos jurisdiccionales de menor jerarquía con carácter temporal, los Jurados Electorales Especiales, los cuales se crean específicamente para cada proceso electoral. De esta forma, se establece una estructura orgánica similar a la de la justicia ordinaria, conformada de manera jerarquizada. En resumen, el JNE tiene la responsabilidad de administrar justicia en materia electoral, y su Pleno es el tribunal de mayor jerarquía en este ámbito, con decisiones definitivas e inapelables.

En el contexto del estudio realizado, se puede comprender que las cortes de vértice dentro de los sistemas jurídicos tienen una doble función en la protección de los derechos, tal y como lo explica Cavani (2014), quien señala que los derechos pueden ser protegidos tanto desde una perspectiva particular, que busca garantizar la justicia en casos concretos, como desde una perspectiva general, que busca promover la unidad en la interpretación de la legislación en un ámbito específico para toda la sociedad. Esta segunda perspectiva tiene como objetivo asegurar la coherencia del Derecho, la protección de la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad de todos ante las decisiones judiciales. Esta



visión coincide con lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil peruano, el cual establece como objetivos de la casación tanto la correcta aplicación del derecho objetivo en el caso específico como la uniformidad de la jurisprudencia en todo el país por parte de la Corte Suprema de Justicia.

En relación a la función de las cortes supremas como vértice del sistema judicial, el profesor Delgado (2016) sostiene que su papel no se limita a la revisión de decisiones de cortes inferiores, sino que también deben buscar establecer interpretaciones uniformes y relativamente estables en el tiempo, con el fin de pacificar las interpretaciones dadas a las leyes y normativas en general. Para lograr esto, las cortes supremas pueden producir precedentes vinculantes que guíen la conducta social y la preservación de la seguridad jurídica y la igualdad. En esta investigación, se busca encontrar semejanzas en cuanto a las funciones de las cortes supremas y del JNE, con el objetivo de demostrar la capacidad y necesidad del JNE para emitir precedentes vinculantes en materia electoral.

Delgado (2016) señala que las funciones contemporáneas de las cortes supremas son: (i) el control de constitucionalidad de las leyes en algunos sistemas, (ii) la revisión en última instancia de ciertas materias impugnadas y (iii) la tutela y la promoción de la legalidad. Respecto a la tercera función, Delgado explica que es necesario distinguir entre la tutela y la promoción de la legalidad. La tutela de la legalidad se refiere a la función reactiva de las cortes supremas, que se enfoca en finalizar o neutralizar las violaciones al derecho que se han verificado. Por otro lado, la promoción de la legalidad es una función proactiva, que busca prevenir violaciones a la legalidad y favorecer la evolución y transformación del derecho.

En relación con la promoción de la legalidad, Delgado sostiene que esto implica el desarrollo del derecho, es decir, los esfuerzos por llegar a una correcta interpretación del derecho que guíe su correcta aplicación. Es por ello que la corte suprema es el órgano natural para establecer precedentes vinculantes que permitan sentar una determinada interpretación jurídica, buscando la seguridad jurídica y la uniformidad interpretativa. Por lo tanto, el JNE también puede cumplir esta función al emitir precedentes vinculantes en materia electoral.





En resumen, según lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que el papel de las cortes de vértice, como las salas de la corte suprema en el sistema peruano, implica no solo el control de legalidad y revisión, sino también la emisión de precedentes vinculantes para desarrollar el derecho y llegar a la interpretación más correcta, lo que garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante las decisiones judiciales. Además, en el contexto de esta investigación, se considera que el Pleno del JNE es un tribunal de precedentes debido a su posición en el vértice de la administración de justicia electoral y su función como última instancia en el sistema de impugnaciones, lo que implica la doble dimensión de tutelar los derechos y buscar la uniformidad de la jurisprudencia electoral a través de la emisión de precedentes vinculantes.

### **Resultado 8**

*En el marco del Estado Constitucional de Derecho, el principio de seguridad jurídica, según Ávila (2012), se basa en la realización de estados ideales, tales como (i) la calculabilidad, que es entendida como la capacidad de poder anticipar y medir el espectro de posibles interpretaciones que dan los jueces a la norma jurídica vigente, que va ser sujeto de aplicación a los actos propios o ajenos, en un determinado tiempo en el que se llevará a cabo su concreción; y (ii) la confiabilidad, entendida como la estabilidad y continuación del ordenamiento jurídico in toto, es decir, que se refiere no solo a la estabilidad normativa, sino también a la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales. En consecuencia, el desarrollo de un sistema de precedentes es esencial para la realización y no afectación del principio de seguridad jurídica en el Derecho peruano.*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, el principio de seguridad jurídica se refiere a la realización de estados ideales como "la calculabilidad, que consiste en la capacidad de anticipar las interpretaciones y consecuencias jurídicas atribuibles a las normas jurídicas aplicado a actos



propios o ajenos, en un determinado espacio de tiempo; y la confiabilidad, que consiste en la estabilidad, durabilidad e irretroactividad del ordenamiento jurídico, por ende, de las decisiones jurisdiccionales" (Ávila, 2012, p. 232).

En este sentido, el desarrollo de un sistema de precedentes en el sistema jurídico peruano y, específicamente, en la justicia electoral, contribuiría a la realización de los estados ideales del principio de seguridad jurídica. Esto se debe a que los precedentes vinculantes emitidos por el Pleno del JNE asegurará la capacidad de anticipar las interpretaciones y consecuencias atribuibles a las normas en materia electoral y permitirán la confiabilidad del sistema jurídico permitiendo la estabilidad, durabilidad e irretroactividad del derecho electoral peruano.

Los principios formales de seguridad jurídica y previsibilidad actúan - siempre, aunque a veces con mayor o menor intensidad-, como razones que militan para la observancia del derecho jurisprudencial (Da Rosa, 2016, p. 312)

Se ha argumentado en el desarrollo temático de la investigación que el Pleno del JNE puede cumplir la función de un tribunal de precedentes, ya que se encuentra en el vértice de la administración de justicia electoral y ejerce como la última instancia en su sistema de impugnaciones. Esto implica una doble dimensión en la tutela de los derechos, mediante una correcta aplicación del derecho al caso concreto y la búsqueda de la uniformidad de la jurisprudencia electoral.

En consecuencia, desarrollar un sistema de precedentes en el derecho electoral peruano juega un papel fundamental en la realización del principio de seguridad jurídica en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Al fomentar la uniformidad y calculabilidad en la aplicación del derecho electoral, se asegura la confiabilidad del ordenamiento jurídico y se protege la igualdad de los ciudadanos ante las decisiones jurisdiccionales.



## Resultado 9

*En fecha 03 de mayo de 2018, el presidente del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, presenta ante el presidente del Congreso de la República, el "Proyecto de Ley que establece el precedente electoral vinculante", en ejercicio de la atribución de iniciativa legislativa que tiene el JNE en materia electoral, tal como establece el numeral 6 del artículo 178 de la Constitución peruana. Sin embargo, en fecha 17 de agosto de 2021 fue enviado al archivo por Acuerdo del Consejo Directivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, bajo la Res. N. ° 19-2021-2022/CONSEJO-CR. Por lo que, hasta la actualidad, no se encuentra una solución a la falta de regulación del precedente vinculante en justicia electoral en el sistema jurídico peruano.*

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

Reza en el Acuerdo del Pleno del JNE de fecha 16 de marzo de 2018, aprobar el "Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral Vinculante que modifica los artículos 23, 24 y 35 de la Ley N. ° 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones" (en adelante el Proyecto) y su remisión al Congreso de la República. De la lectura del Acuerdo del Pleno, se observa que la iniciativa legislativa tiene por finalidad:

Establecer el precedente electoral vinculante y la observancia obligatoria de la doctrina jurisprudencial electoral del Jurado Nacional de Elecciones, para proporcionar una guía adecuada en la resolución de controversias electorales, y de esta manera, las partes procesales puedan obtener una pronta respuesta, coherente, predecible, justa y con arreglo a ley, en el marco de la administración de justicia electoral; máxime si los pronunciamientos que se emitan deben cumplir, entre otros, con los principios de seguridad jurídica, igualdad, universalización y supremacía de los Derechos Fundamentales.

El Acuerdo indica que el Proyecto de regular el precedente electoral vinculante se sustenta en las interpretaciones contradictorias, vacíos legales reglamentarios, la normativa que podría prestarse a una interpretación diversa o contradictoria por parte de los Jurados Electorales Especiales.



El Proyecto establece en su artículo 2 la modificación de los artículos 23, 24 y 35 de la Ley Orgánica del JNE. Con esta fórmula legislativa que propone la modificación del artículo 23 de la LOJNE, tal como se ha planteado en el Proyecto, propone regular dos tipos de precedente: (i) la denominada doctrina jurisprudencial electoral de obligatorio cumplimiento y (ii) el precedente electoral vinculante. El primero que consiste en un criterio jurisdiccional reiterado y uniforme, expresado en al menos tres (3) o más pronunciamientos -o llámese decisiones-, y así constituir su carácter obligatorio -de forma vertical- hacia los JEE, mas no, al mismo Pleno del JNE. El segundo, consiste en un precedente que vincula al Pleno del JNE como a los JEE, se emplea el modelo de “precedente regla” en donde el Pleno del JNE precisa su carácter vinculante y su extremo normativo.

De la lectura de la propuesta de modificación del artículo 24, se agrega un párrafo en el que se indica la forma de crear un precedente electoral vinculante, refiriéndose al quórum y la cantidad de votos emitidos por miembros del Pleno del JNE. Regla que servirá de igual forma para la modificación o eliminación del precedente.

En cuanto a la propuesta de modificación del artículo 35, se hace más extenso el artículo que regula la reglamentación de sus funciones, incluyendo la obligación que tendrían los JEE para “observar” la doctrina jurisprudencial electoral y cumplir “obligatoriamente” los precedentes electorales vinculantes. También se indica la capacidad de los JEE de apartarse de estos precedentes, expresando las razones en las cuales se fundamenta su apartamiento y se decide de forma distinta.

Sin embargo, en fecha 17 de agosto de 2021 fue enviado al archivo por Acuerdo del Consejo Directivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, bajo la Res. N. ° 19-2021-2022/CONSEJO-CR. Postergando, de esta manera, la necesaria introducción de la figura del precedente vinculante en la legislación electoral.



## 5.2. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos

Luego de haber realizado un exhaustivo análisis del desarrollo temático y de haber contrastado las hipótesis con los resultados obtenidos, se puede concluir que la investigación ha sido exitosa en su objetivo de determinar la necesidad de incorporar la institución del precedente vinculante en la legislación electoral peruana, como una forma de garantizar la realización y no vulneración del principio de seguridad jurídica en los procesos electorales; y, determinar las razones que justificarían la obligatoriedad de las decisiones del Pleno del JNE que constituyan precedente vinculante para garantizar la realización y no vulneración del principio de seguridad jurídica.

En primer lugar, se ha identificado dos conceptos de seguridad jurídica, uno formal o tradicional y otro moderno. La concepción formal de la seguridad jurídica entiende a ésta como la seguridad del Derecho, cuyo objeto es la protección del Derecho mismo, con independencia de que sus efectos alcancen a otros bienes jurídicos. En este sentido, se conceptualiza a la seguridad jurídica como la certeza del contenido de las normas jurídicas vigentes y el hecho de que son aplicadas de acuerdo a su contenido (García, 2012). Esta concepción de seguridad jurídica se remite al contenido y al modo de aplicación de las normas jurídicas. Este es un concepto de seguridad jurídica ligado a la eficacia misma del ordenamiento jurídico, cuya creación, aplicación y vigencia de las normas es condición necesaria de su finalidad.

Se debe agregar que la concepción formal de seguridad jurídica consiste en determinar exigencias objetivas del ordenamiento jurídico, consistente en una corrección estructural y una corrección funcional. La primera se refiere a condiciones esenciales que debe poseer todo ordenamiento jurídico para lograr la previsibilidad de sus normas jurídicas, tales como: la promulgación clara de las leyes, la capacidad de comprensión del contenido de estas leyes, la existencia anterior de la ley para ser aplicada a una determinada acción y la existencia de normas de reconocimiento que determinen la forma de creación y derogación de las normas para su valides, y la estabilidad en el tiempo del contenido de las



leyes promulgadas para que se logre confianza en el ordenamiento. La segunda se refiere a presunción de conocimiento del contenido de las normas jurídicas y la aplicación del principio de legalidad, en donde el Estado solo pueda aplicar lo contenido en las normas validas y vigentes.

En ese sentido, García (2012), indica que se clasifica a este concepto de seguridad jurídica como formal por dos razones: (i) porque se entiende que su realización depende solo de cualidades formales de un sistema jurídico determinado, cualidades que están determinadas por las normas que principalmente regulan los procedimientos de creación y aplicación de las normas del mismo sistema jurídico; y, (ii) porque esta seguridad tiene como objeto el propio Derecho y no otros objetos, se trata de una seguridad formal en oposición a una seguridad material.

Al respecto, se ha evidenciado en esta investigación que, si bien la seguridad jurídica exige condiciones formales para lograr su finalidad, éstas no son excluyentes de que la seguridad jurídica pueda alcanzar otros factores, es decir, que se logre la seguridad de otros bienes e intereses jurídicos o extrajurídicos. En ese orden de ideas, García (2012) indicará que no se podría afirmar que un sistema jurídico es funcionalmente correcto, si tal Derecho que asegura no fuese eficaz; lo cual significa que la seguridad jurídica es siempre una seguridad material porque se sujeta a los fines materiales establecidos por el sistema jurídico en referencia.

El concepto moderno de seguridad jurídica ha sido desarrollado por Ávila (2012), en su obra titulada: "Teoría de la seguridad jurídica". Este concepto moderno, se ubica en el modelo teórico del Estado Constitucional de Derecho, en donde se considera a la seguridad jurídica como un principio contenido en la constitución.

En relación a esto, Ferrajoli (2014), sostiene que en el marco del Estado Constitucional de Derecho, se reconoce que la creación y vigencia de las normas sigue estando sujeta a criterios formales, basados en el principio de legalidad formal. Sin embargo, también se reconoce que la validez de las normas depende de su contenido, el cual debe estar en línea con los principios y derechos



establecidos en la constitución. Es decir, además de la forma de creación de las normas, se tiene en cuenta su coherencia con la constitución para determinar su validez.

En ese sentido, el principio de seguridad jurídica mantiene su contenido formal en cuanto a la exigencia de condiciones formales del ordenamiento jurídico que consiste en normas de reconocimiento para la validez formal de Derecho, pero incluye a su contenido la exigencia de coherencia del ordenamiento jurídico con los principios y derechos que contiene la constitución. Por lo tanto, la realización de este principio consistirá, además de la corrección estructural del sistema jurídico, en la persecución de ideales que coinciden y habitan en la constitución mediante la adopción de un ejercicio gradual de comportamientos para el respeto y realización de derechos fundamentales y principios constitucionales.

Para Ávila (2012), el principio de seguridad jurídica consiste en la adopción de comportamientos en beneficio de los ciudadanos, los que constituyen estados ideales de confiabilidad, y calculabilidad, con base a su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas de normas generales e individuales. En consecuencia, su finalidad es que el Derecho constituya un instrumento garante de la capacidad de plasmar de forma digna y responsable, sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad, el presente, y hacer una planificación estratégica e informada jurídicamente del futuro.

Dicho de esta manera, el principio de seguridad jurídica tiene una doble dimensión: (i) una dimensión estática donde se busca la realización del estado ideal de cognoscibilidad material e intelectual del Derecho y (ii) una dimensión dinámica que consiste en la realización de los estados ideales de confiabilidad y calculabilidad del Derecho (Ávila, 2012).

La dimensión estática consiste en la exigencia de requisitos estructurales o, también llamado, corrección estructural del sistema jurídico. En el que, para lograr una cognoscibilidad material del Derecho, es necesario accesibilidad a la publicidad de la norma para poder conocerla y que exista certeza respecto a su



vigencia en el tiempo. En cuanto a la cognoscibilidad intelectual, se refiere a la que capacidad de poder comprender lo que prescribe la norma y que el ordenamiento jurídico que lo contiene sea coherente entre sí.

La dimensión dinámica aborda los requisitos relativos a los actos indispensables para la aplicación del Derecho, relacionado a los problemas de la acción en el tiempo y la transición en el Derecho, que se verán tratados por los estados ideales de confiabilidad y calculabilidad (Ávila, 2012). La confiabilidad es analizada en retrospectiva para ver la transición del pasado al presente, en la medida que los actos de disposición de derechos sean respetados y no se vean modificados de manera injustificada. Mientras que la calculabilidad es entendida en prospectiva para ver la transición del presente hacia el futuro, en la medida que el ciudadano tiene la capacidad de anticipar y medir, aproximadamente, las consecuencias que se aplicarán en el futuro a los actos realizados en el presente, en la medida en que el Derecho no presente cambios bruscos, drásticos y sin previo aviso que supongan una modificación intensa de las consecuencias vigentes en el presente.

En consecuencia, para los fines de la investigación, se desarrolló argumentos en favor de entender a la seguridad jurídica como una norma-principio implícito contenido en la C93, tomando como referencia la teoría de Guastini (2016), Atienza y Ruiz Manero (1991), Alexy (1993), Dworkin (1989) y Ávila (2011), sobre principios y reglas, para después aterrizarlo en un desarrollo jurisprudencial en el Derecho peruano. De ahí, como se ha indicado, se ha tomado como principal referencia la teoría sobre el principio de seguridad jurídica de Ávila (2011), quien indica que su contenido consiste en la realización de los estados ideales de calculabilidad, confiabilidad y cognoscibilidad del Derecho, pero que a su vez, debe entenderse que la realización de los estados ideales que presupone este principio es la búsqueda de que el Derecho constituya un instrumento garante de la capacidad de plasmar de forma digna y responsable, sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad, el presente, y hacer una planificación estratégica e informada jurídicamente del futuro, que no es otra cosa que la realización misma de los derechos fundamentales y los principios





contenidos en la constitución, por lo que es consecuente con el modelo de Estado Constitucional de Derecho.

En segundo lugar, respecto al precedente, desde la perspectiva del Derecho peruano, se puede afirmar que durante las últimas cinco décadas se ha producido un proceso de construcción de un sistema de precedentes, que se ha manifestado en la elaboración de normas jurídicas, en las posturas adoptadas por los jueces respecto a su uso y en las contribuciones que la doctrina ha hecho para comprender la figura del precedente y su impacto en el sistema jurídico peruano, tanto en el ámbito judicial como administrativo.

La inserción del sistema de precedentes en la legislación peruana se remonta al año 1980, con la modificación del artículo 134 del Código Tributario mediante el D.L. N. ° 23207. Esta modificación permitió la creación del precedente administrativo y otorgó al Tribunal Fiscal la capacidad de establecer jurisprudencia vinculante en materia tributaria y aduanera cuando así lo establezca en su decisión. En ese sentido, se estableció la fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Fiscal en materia tributaria y aduanera, dando inicio a un desarrollo del sistema de precedentes administrativos en el Perú.

Posteriormente, en el año 1982, a través del artículo 9 de la Ley n. ° 23506, Ley de Habeas Corpus y de Amparo, se estableció que las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo podían sentar jurisprudencia obligatoria. Esta disposición permitió que las resoluciones emitidas por la Corte Suprema en materia de Habeas Corpus y Amparo pudieran ser vinculantes para todos los jueces y tribunales inferiores. Dando origen al desarrollo del precedente judicial, tanto a nivel de leyes que regulan su vinculatoriedad, como a nivel jurisprudencial que ha desarrollado el contenido del mismo precedente.

En la actualidad, la regulación del precedente ha sido incluida en la mayoría de cuerpos normativos procesales, estableciendo la forma de su fuerza vinculante, creación, modificación, derogación y apartamiento. Como resultado, tanto la Corte Suprema del Poder Judicial como el Tribunal Constitucional se han convertido en cortes de precedentes al encontrarse en el vértice de la administración de justicia y ser la máxima autoridad para resolver las causas en



última instancia. Este mismo fenómeno se ha presentado en los máximos tribunales de organismos administrativos del Poder Ejecutivo, como el Tribunal Fiscal, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y el Tribunal Registral, a quienes el legislador, mediante sus leyes orgánicas, les ha atribuido la facultad de emitir precedentes en su materia y que son de obligatorio cumplimiento en su estructura orgánica.

Por otro lado, en el desarrollo temático de la investigación se ha afirmado que la tradición jurídica del Derecho peruano se ha visto ampliamente influenciada por la cultura jurídica occidental del *civil law*, en la que la ley es la principal fuente de Derecho. Esta cultura jurídica ha marcado cómo funciona la administración de justicia y la división de poderes en el Perú. Sin embargo, a lo largo de la historia republicana del Estado peruano, el sistema jurídico ha experimentado transformaciones debido al momento histórico, la influencia política, el avance de los derechos internacionales y el desarrollo de la academia.

En ese sentido, se vio en el mundo post segunda guerra mundial, una revolución institucional dando paso del Estado de Derecho al modelo de Estado Constitucional de Derecho, gracias a la difusión de constituciones rígidas como parámetros de validez del Derecho vigente en el continente europeo (Ferrajoli, 2014). Este modelo se caracterizó por establecer que los límites y vínculos de los poderes del Estado nacían en la constitución. El Derecho peruano adoptó el modelo de Estado Constitucional de Derecho con la aprobación de la C93, “cuya supremacía normativa -de la constitución- se encuentra recogida en dos vertientes: una objetiva conforme la constitución prevalece sobre toda norma legal y preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente” (Exp. N. ° 5854-2005-AA/TC).

Como ya se ha indicado, el Estado Constitucional de Derecho consiste en incluir como norma de reconocimiento el principio de legalidad sustancial en el que se somete la validez de las normas formalmente producidas a la coherencia con los principios y derechos constitucionalmente establecidos. En ese sentido,



Ferrajoli (2014), ha indicado que “en los actuales ordenamientos constitucionales puede perfectamente darse normas existentes en cuanto a producidas de conformidad con las normas formales sobre producción y, sin embargo, inválidas por hallarse en contradicción con la constitución” (p. 20).

Al respecto, el control de validez de las normas jurídicas o control de legalidad propio del “paradigma legislativo” del Estado Derecho, se ha convertido en un control jurisdiccional de constitucionalidad, pues los jueces están sometidos a la ley, pero solo a la ley considerada constitucionalmente válida (Ferrajoli, 2014). A su vez, el control de constitucionalidad de las normas jurídicas está determinado por la estructura constitucional de cada país, los que han adoptado por diferentes modelos de control de constitucionalidad: (i) control concentrado o (ii) control difuso. En el caso del Derecho peruano, la C93 establece un modelo de control de constitucionalidad mixto. Por un lado, existe un control difuso en el que el juez tiene la responsabilidad y la autoridad de proteger el contenido constitucional de una norma ante cualquier otra que la contradiga, sin que esto implique su derogación, y solo afecta a las partes involucradas (segundo párrafo del artículo 138°). Por otro lado, el Tribunal Constitucional tiene la tarea de realizar un control concentrado y conocer la acción de inconstitucionalidad de una norma (numeral 1 del artículo 202°), cuya decisión tiene efectos para toda la sociedad, ya que la declaración de inconstitucionalidad expulsa a la norma del ordenamiento jurídico.

En esa línea de ideas, explica Taruffo (1997), que: “Decidir cuestiones constitucionales exige, en cualquier caso, un uso intensivo de precedentes, probablemente debido a la generalidad y a la apertura de las disposiciones constitucionales” (como se citó en Da Rosa, 2016, p. 321). El autor sostiene que el proceso de decisión en cuestiones constitucionales requiere de un uso intenso de precedentes. Una de las razones que explica este fenómeno es la generalidad y la amplitud de las disposiciones constitucionales. Las normas constitucionales suelen establecer principios y valores generales que son susceptibles de múltiples interpretaciones y aplicaciones en situaciones concretas. En este sentido, los precedentes constituyen un medio para establecer criterios



interpretativos y guiar la toma de decisiones de los jueces. Además, los precedentes permiten garantizar la coherencia y la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, evitando así decisiones contradictorias o arbitrarias.

En el contexto de la investigación, se ha podido advertir que mientras existe mayor aceptación del control de constitucional en un sistema jurídico determinado, está directamente relacionada con el desarrollo judicial del derecho a través del uso de precedentes. Según Da Rosa (2016), esta relación se debe a que la jurisdicción constitucional implica una mayor capacidad para controlar la validez constitucional de las normas, lo que lleva a una mayor necesidad de usar precedentes para mantener la coherencia en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales. En consecuencia, Da Rosa (2016) ha establecido una regla general que sugiere: “Mientras más amplios fueran los poderes del tribunal para realizar el *judicial review*, más fuerza tendrá el precedente en el sistema jurídico en cuestión” (p. 322). Esto se debe a que los tribunales tendrán más oportunidades de desarrollar el Derecho a través del uso de precedentes, lo que a su vez puede conducir a una mayor estabilidad y predictibilidad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Por lo tanto, se puede concluir que la realización del modelo de Estado Constitucional de Derecho está ligado al desarrollo de un sistema de precedentes, consistente en otorgar herramientas al órgano encargado del control de constitucionalidad para mantener la coherencia del ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, el desarrollo temático de la investigación se ha indicado que introducir la institución del precedente vinculante en justicia electoral, se ha abordado el concepto de derecho electoral y lo concerniente al sistema electoral en el Derecho peruano. En cuanto a su concepto, se ha optado por la propuesta de una concepción “amplia” o “moderna”, que según Blancas (2016), regula lo concerniente al derecho de sufragio y los aspectos organizativos y administrativos de los procesos electorales en el marco de un régimen democrático. Es decir que, desde una dimensión objetiva del derecho de



sufragio, éste requiere de una corrección estructural del sistema jurídico, que se traslada en un sistema de elección y gobierno, mediante la dación de un conjunto de normas, procedimientos e instituciones que forman parte del ordenamiento constitucional para posibilitar la participación política de la ciudadanía y la concretización de la democracia.

Al tomar posición en esta investigación por el concepto “amplio” de Derecho Electoral, se entiende que va más allá de la regulación del derecho fundamental al sufragio. En cambio, se trata de la regulación de la totalidad de la "materia electoral" que presupone la corrección estructural del sistema jurídico en favor de la realización de este derecho y del sistema político, que en el caso peruano es el sistema democrático. En ese sentido, se puede decir que el concepto de Derecho Electoral propuesto, forma parte de la idea del Estado Democrático Constitucional, donde se destaca la importancia de la prevalencia de los derechos fundamentales, la separación y el control de los poderes, la participación ciudadana y la representación plural y proporcional (Zanetti, 2016). En este sentido, la democracia se entiende no solo como una forma de gobierno, sino como un sistema de valores y principios que deben ser protegidos y promovidos dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho.

Por otro lado, en el contexto de establecer el marco normativo que ha de regular el modelo democrático del Estado peruano, la C93 ha establecido que el sistema electoral está compuesto por tres organismos autónomos: la ONPE, el JNE y el RENIEC. Estos organismos autónomos a los poderes del Estado, tienen la responsabilidad de planificar, organizar y ejecutar los procesos electorales, con el objetivo de garantizar que las votaciones reflejen la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos.

En el marco de la investigación, se hace hincapié en la función del JNE como el organismo encargado de administrar justicia en materia electoral y velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos políticos y electorales. El JNE también tiene la tarea de mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas y la función de fiscalizar la legalidad del ejercicio del derecho de sufragio y de los procesos electorales, referéndum y otras consultas populares.



La LOJNE establece que el Pleno es la máxima autoridad del organismo. Este órgano colegiado está compuesto por cinco miembros y presidido por un magistrado de la Corte Suprema de la República. Se ha determinado que el Pleno del JNE, en base a su ley orgánica y la C93, se desempeña como un tribunal de la más alta instancia en materia electoral, y sus decisiones no son revisables ni recae recurso alguno sobre ellas.

A su vez, el legislador ha visto por conveniente la conformación de órganos jurisdiccionales de menor jerarquía con carácter temporal: los JEE, los cuales son creados para cada proceso electoral específico; dando así, una estructura orgánica similar a la de la justicia ordinaria, conformada de forma jerarquizada. Este Pleno ocupa un lugar institucional en la cúspide de la justicia electoral y es el último grado en la secuencia de impugnaciones, lo que lo convierte en una especie de corte de vértice en materia electoral.

Cuarto, en el desarrollo temático se ha desarrollado el contenido del precedente electoral vinculante, en ese sentido, se han indicado las razones institucionales en favor de que el Pleno del JNE pueda emitir precedentes “electorales” vinculantes. Estas razones son: (i) autonomía constitucional para impartir justicia electoral, (ii) una estructura orgánica jerarquizada, (iii) el rol de las cortes de vértice como cortes de precedentes, (iv) una tradición jurídica en favor del uso de precedentes.

La primera razón institucional en favor del uso de precedentes por parte del Pleno del JNE es que goza de autonomía constitucional para impartir justicia electoral. Como parte del sistema electoral de justicia, su principal función es la de ejercer como un máximo tribunal en materia electoral, por lo que sus decisiones son emitidas en última instancia, definitiva y no son revisables. Eso quiere decir que no existe en el sistema jurídico peruano otro organismo que pueda ver causas en materia electoral, por lo que, en el marco institucional, el Pleno del JNE constituye la única corte con la capacidad de emitir precedentes en materia electoral.

La segunda razón es que mediante la Ley Orgánica del JNE se ha establecido una estructura orgánica jerarquizada dentro de este organismo,



donde se ubica al Pleno del JNE en el vértice de la pirámide de la justicia electoral y a los JEE como cortes de menor jerarquía. Este factor institución ha sido denominado por MacCormick (1998), como: “contexto institucional en *estricto sensu*”, que determina la fuerza vinculante del precedente. Este factor consiste en que la estructura jerarquizada de la administración de justicia genera una fuerza persuasiva de las decisiones de los organismos jurisdiccionales de mayor jerarquía sobre los de menor jerarquía, incluso en ausencia de una norma expresa que establezca la obligatoriedad de seguir el precedente (como se citó en Da Rosa, 2016). La fuerza persuasiva del precedente en este caso radica en el sentido revisorio de las causas que conocen las cortes superiores en vía de apelación o las cortes supremas en vía de casación, lo que predispone un sistema en favor del uso de precedentes.

La tercera razón consiste en indicar que la función de las cortes de vértice, según Delgado (2016), no se limita a la revisión de decisiones de cortes inferiores, sino que también deben buscar establecer interpretaciones uniformes y relativamente estables en el tiempo, con el fin de pacificar las interpretaciones dadas a las leyes y normativas en general. Como se ha indicado en el desarrollo temático, el rol de las cortes de vértice es cumplir con la función de control de legalidad y de revisión, pero también, la de emitir precedentes vinculantes.

En ese sentido, a lo largo de la investigación se ha argumentado a favor de considerar al Pleno del JNE como una corte de vértice, ya que es el máximo tribunal en la administración de justicia electoral y su función es actuar como última instancia en el sistema de impugnaciones. Debido a esto, el Pleno del JNE tiene la responsabilidad de proteger los derechos en su materia, no solo dando la correcta aplicación del derecho al caso concreto, sino también buscando la uniformidad de jurisprudencia en materia electoral, lo que coincide con la capacidad para emitir precedentes vinculantes.

La cuarta razón, refiere que otro factor institucional en el que radica la fuerza vinculante de los precedentes es la tradición jurídica de un determinado sistema en favor del uso de precedentes (Da Rosa, 2016). Al respecto, el sistema jurídico peruano desde la incorporación de la jurisprudencia en el sistema de



fuentes del Derecho y la regulación del precedente vinculante en la mayoría de cuerpos normativos, tanto a nivel judicial como administrativo, ha determinado desarrollado un sistema jurídico en favor del uso de precedentes, ello sumado a su relación con el modelo de Estado Constitucional de Derecho y su relación con el uso de precedentes.

Respecto a la fuerza vinculante de los precedentes en el Derecho peruano, se debe indicar que, si bien en el ordenamiento jurídico peruano convergen razones institucionales en favor de uso de precedentes, y que a su vez constituyen factores institucionales en los que recae la fuerza vinculante de los precedentes, por sí solas, solo constituyen en una fuerza persuasiva o vinculante en sentido débil, que no permitiría que sean de obligatorio cumplimiento.

Es una característica de la doctrina peruana del precedente, por su alta influencia en la tradición jurídica continental, que la fuerza vinculante de los precedentes -administrativos o judiciales- radique en un determinado dispositivo normativo, como es el caso del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional que regula el precedente constitucional o el artículo 14.1 de la Ley de Organización y Funciones de Indecopi que regula el precedente de Indecopi.

En base a ello, para lograr la realización y no afectación del principio de seguridad jurídica mediante el uso de precedentes, la investigación ha demostrado que no basta que el sistema jurídico peruano ostente factores institucionales que otorguen fuerza vinculante débil o persuasiva a las decisiones jurisdiccionales o administrativas, sino, la necesidad de regulación de una norma positiva que establezca la obligatoriedad de los precedentes.

Por último, demostrar que para superar la vulneración del principio de seguridad jurídica es necesario la regulación del precedente electoral vinculante, consiste en entender que el uso de precedentes está estrechamente relacionado con la consecución de los estados ideales del principio de seguridad jurídica propuestos por Ávila (2011), que son: calculabilidad, confiabilidad y cognoscibilidad del Derecho. De tal manera, que el Derecho constituya un





instrumento garante de la capacidad de plasmar de forma digna y responsable, sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad, el presente, y hacer una planificación estratégica e informada jurídicamente del futuro.

En cuanto a la calculabilidad, el uso de precedentes permite a los ciudadanos y destinatarios de derechos, anticipar y medir las estructuras argumentativas que constituyen las consecuencias jurídicas atribuibles de sus actos propios o ajenos, ya que estas estructuras argumentativas han sido definidas con anterioridad como precedente vinculante. Así se entiende a la calculabilidad como la capacidad de que se conozca los sentidos posibles atribuibles a la interpretación de la norma jurídica que va ser sujeto de aplicación a los actos, propios y ajenos, y al tiempo determinado en el que se llevará a cabo su concreción.

En cuanto a la confiabilidad del Derecho, está relacionado con el uso de precedentes debido a que los precedentes constituyen un medio para establecer criterios interpretativos coherentes del ordenamiento jurídico y guían la toma de decisiones de los jueces u organismos que aplican derecho. Dicho de otra forma, los precedentes permiten garantizar la coherencia y la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, evitando así decisiones contradictorias o arbitrarias. mediante su uso. Esto aumenta la confianza de los ciudadanos y destinatarios de derechos en el sistema jurídico, al asegurarles que sus derechos serán protegidos de forma justa e igualitaria. Además, los precedentes también tienen un papel importante en la legitimidad del sistema jurídico, ya son una herramienta para establecer la validez de las normas en relación con los principios y valores consagrados en la Constitución.

En cuanto a la cognoscibilidad del Derecho, vista como cognoscibilidad intelectual, el uso de precedentes permite que el sistema jurídico sea más accesible y comprensible para los ciudadanos. Al establecer reglas o máximas del Derecho, facilitan y estandarizan la forma de interpretar y aplicar el Derecho. Esto hace que sea más fácil para los ciudadanos comprender cuáles son sus derechos y cómo pueden hacer valerlos en la práctica. En este sentido, el uso de



precedentes ayuda a fomentar una cultura jurídica más informada y consciente del sistema jurídico.

Ahora, respecto a la falta de regulación del precedente electoral vinculante en el Perú afecta significativamente el principio de seguridad jurídica en el ámbito electoral. Indicaré algunas de las principales formas en que se ve afectado este principio:

- Falta de calculabilidad: La falta de un sistema de precedentes vinculantes genera incertidumbre en la interpretación y aplicación del derecho electoral. Esto dificulta que los ciudadanos puedan prever las consecuencias jurídicas de sus acciones, lo que afecta su capacidad para tomar decisiones informadas y cumplir con sus obligaciones legales.
- Inseguridad jurídica: La falta de un sistema de precedentes vinculantes también genera inseguridad jurídica, ya que el Derecho en materia electoral no constituye un instrumento garante de la capacidad de plasmar de forma digna y responsable, sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad, el presente, y hacer una planificación estratégica e informada jurídicamente del futuro, ya que las decisiones de los tribunales electorales pueden ser impredecibles y contradictorias. Esto puede llevar a que se adopten decisiones que violen los derechos de los ciudadanos y, por tanto, afecten su confianza en el sistema electoral.
- Ineficiencia y costo: La falta de un sistema de precedentes vinculantes también puede generar ineficiencia y costo en la administración de justicia electoral. Al no haber precedentes vinculantes, el Pleno del JNE puede verse obligado a revisar casos similares repetidamente, lo que aumenta la carga de trabajo y los costos asociados.
- Ausencia de uniformidad: La falta de un sistema de precedentes vinculantes también puede generar la ausencia de uniformidad en la jurisprudencia electoral. Esto puede llevar a que haya decisiones



contradictorias en diferentes regiones del país, lo que afecta la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

- Dificultad para el desarrollo del derecho electoral: La falta de un sistema de precedentes vinculantes también dificulta el desarrollo del derecho electoral en el Perú. Al no haber precedentes claros y vinculantes, es difícil que los tribunales electorales puedan desarrollar una jurisprudencia coherente y consistente que permita una mejor comprensión y aplicación del derecho electoral.

Finalmente, el uso de precedentes en el marco del estado constitucional de derecho es una herramienta clave para alcanzar los estados ideales del principio de seguridad jurídica. Al fomentar la calculabilidad, confiabilidad y cognoscibilidad del derecho, los precedentes contribuyen en la calculabilidad, coherencia, estabilidad y accesibilidad del sistema jurídico, fortaleciendo así la protección de los derechos fundamentales y principios constitucionales.



## CONCLUSIONES

1. El principio de seguridad jurídica consiste en la adopción de comportamientos en beneficio de los ciudadanos, lo que consiste en alcanzar los estados ideales de confiabilidad, calculabilidad y cognoscibilidad del Derecho. En consecuencia, lograr que el Derecho constituya un instrumento garante de la capacidad de plasmar de forma digna y responsable, sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad, el presente, y hacer una planificación estratégica e informada jurídicamente del futuro.
2. En el sistema jurídico peruano, se puede afirmar que durante las últimas cuatro décadas se ha producido un proceso de construcción de un sistema de precedentes, que se ha manifestado en la elaboración de normas jurídicas, en las posturas adoptadas por los jueces respecto a su uso y en las contribuciones que la doctrina ha hecho para comprender la figura del precedente y su impacto en el sistema jurídico peruano, tanto en el ámbito judicial como administrativo.
3. La doctrina peruana del precedente se ha visto influenciada por la cultura jurídica del *civil law*, en donde lo que interesa del precedente es la regla, máxima o principio jurídico que puede extraerse para futuros casos, sin necesidad de encontrar la *ratio decidendi* y su relación con los hechos materiales del caso en que se funda el precedente. Es por ello que no necesariamente la regla que constituye precedente se ubica en la *ratio decidendi* del caso que lo origina, tal como es costumbre en la cultura jurídica del *common law*.
4. En el Derecho peruano, la doctrina de precedente establece que las decisiones emitidas por las cortes y organismos en última instancia constituyen precedentes de obligatorio cumplimiento para las instancias



judiciales y administrativas de menor jerarquía, así como para sí mismas, siempre y cuando se señale expresamente en la decisión que se trata de un precedente y se fije la regla de Derecho que lo sustenta. Esta regla de Derecho, conocida como "precedente regla", tiene como objetivo brindar coherencia y uniformidad a la jurisprudencia, lograr predictibilidad en las decisiones judiciales y administrativas, y garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

5. En el contexto de la investigación, se ha podido advertir que mientras existe mayor aceptación del control de constitucional en un sistema jurídico determinado, está directamente relacionada con el desarrollo judicial del derecho a través del uso de precedentes. Por lo que, se puede concluir que la realización del modelo de Estado Constitucional de Derecho está ligado al desarrollo de un sistema de precedentes, consistente en otorgar herramientas al órgano encargado del control de constitucionalidad para mantener la coherencia del ordenamiento jurídico.
6. Las razones institucionales en favor de que el Pleno del JNE pueda emitir precedentes "electorales" vinculantes, son: (i) autonomía constitucional para impartir justicia electoral, (ii) una estructura orgánica jerarquizada, (iii) el rol de las cortes de vértice como cortes de precedentes, (iv) una tradición jurídica en favor del uso de precedentes.
7. La investigación ha demostrado que el uso de precedentes en un ordenamiento jurídico determinado está estrechamente ligado en la realización de los estados ideales de calculabilidad, confiabilidad y cognoscibilidad del Derecho, que forman parte del principio de seguridad jurídica.
8. Para lograr la realización y no afectación del principio de seguridad jurídica mediante el uso de precedentes, la investigación ha demostrado que no basta que el sistema jurídico peruano ostente factores institucionales que



otorguen fuerza vinculante débil o persuasiva a las decisiones jurisdiccionales o administrativas, sino, la necesidad de regulación de una norma positiva que establezca la obligatoriedad de los precedentes.



## RECOMENDACIONES

**Primera:** Para garantizar la realización del principio de seguridad jurídica mediante el uso de precedentes, se debe incorporar la figura del precedente electoral vinculante dentro de la legislación electoral, en específico en la LOJNE, para que se convierta en una función del Pleno del JNE la constitución de precedentes electorales con carácter vinculante.

**Segunda:** Se ha advertido que la redacción del Proyecto de Ley n. ° 2825/2017-JNE, que ha presentado el Pleno del JNE para la regulación del precedente electoral vinculante, en fecha 03 de mayo de 2018, tendría errores al momento de intentar regular la denominada doctrina jurisprudencial y en flexibilizar la fuerza vinculante del precedente electoral vinculante, lo cual sería contraproducente con el fin de lograr la concretización del principio de seguridad jurídica, es por ello, que se plantea la siguiente propuesta de modificación legislativa de los artículos 23, 24 y 35 de la LOJNE, en los siguientes términos:

Artículo 23°.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve, oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna.

Las resoluciones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones pueden constituirse en precedentes electorales vinculantes cuando así lo exprese en la resolución, debiendo precisar el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. En caso el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no aplicase un precedente establecido, debe señalar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión y las razones por las que se aparta del precedente.



La resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que establece, modifica o deja sin efecto un precedente electoral vinculante debe ser publicada en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional, sin perjuicio de su difusión por otros medios.

Artículo 24° .- El quórum necesario para las sesiones del Pleno es de cuatro (4) miembros. Para la adopción de decisiones o la emisión de un fallo, se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros concurrentes, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. En caso de empate, el presidente tiene voto dirimente.

Para emitir una resolución que constituya precedente electoral vinculante el quórum necesario es de cinco (5) miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, requiriéndose al menos la votación a favor de cuatro (4) miembros. En el mismo sentido, la modificación o eliminación del precedente requerirá como mínimo el mismo número de votos. En ambos casos deberán expresarse las razones que justifican tales decisiones.

Artículo 35° .- A efecto de la normatividad que rige a los Jurados Electorales Especiales, se aplicarán las mismas reglas que rigen para el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en lo concerniente a obligaciones, impedimentos, quórum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones, sin considerar la edad como impedimento. En el caso de no existir magistrados jubilados o en actividad se nombrará excepcionalmente al Fiscal más antiguo de la provincia sede del Jurado Electoral Especial o en su defecto, un abogado que reúna los requisitos para ser Vocal Superior. Las resoluciones emitidas por los Jurados Electorales Especiales necesariamente deben observar los criterios jurisdiccionales electorales y cumplir obligatoriamente los precedentes electorales vinculantes emitidos por el Jurado Nacional de Elecciones en sus resoluciones.





**Tercera:** Se ha advertido que la Comisión de Constitución del Congreso de la República ha decidido archivar el Proyecto de Ley n. ° 2825/2017-JNE, que ha presentado el Pleno del JNE para la regulación del precedente electoral vinculante, en fecha 03 de mayo de 2018. Por lo que, se recomienda que el Pleno del JNE reitere su posición presentando un nuevo proyecto de ley para la regulación del precedente electoral vinculante, tomando en consideración las recomendaciones en su redacción de la presente investigación.



## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales .
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. (U. d. Derecho, Ed.) *Doxa*(10), 101-120. doi:10.14198/DOXA1991.10.04
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* . Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Blancas, C. (2016). *Derecho Electoral Peruano*. Lima: Palestra.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* . Buenos Aires : Heliasta .
- Cavani, R. (2014). Función del TC peruano, modelos de corte de cértice y la "especial trascendencia constitucional". *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*(81), 47-56. Obtenido de [https://www.academia.edu/8608064/Funci%C3%B3n\\_del\\_TC\\_peruano\\_modelos\\_de\\_cortes\\_de\\_v%C3%A9rtice\\_y\\_la\\_especial\\_trascendencia\\_constitucional](https://www.academia.edu/8608064/Funci%C3%B3n_del_TC_peruano_modelos_de_cortes_de_v%C3%A9rtice_y_la_especial_trascendencia_constitucional)
- Cross, R., & Harris, J. W. (2012). *El precedente en el derecho ingles* . Madrid: Marcial Pons.
- Da Rosa De Bustamante, T. (2016). *Teoría del precedente judicial*. Lima: Legales Ediciones.
- Delgado, C. (2016). Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes. *Themis Revista de Derecho*, 275-288. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16747>
- Dip, R. (2016). *Seguridad jurídica y crisis del mundo posmoderno* . Madrid: Marcial Pons.
- Dworkin, D. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.



- Dyer Cruzado, E. (2014). *Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural. Tesis de licenciatura para optar el título de Abogado.* . Lima: PUCP. Obtenido de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5666>
- Española, R. A. (2023). *En Diccionario de la lengua española [versión en línea]*. Obtenido de <https://dle.rae.es>
- Espinosa Saldaña, E. (2014). Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú. *Precedentes y normativa del Indecopi en propiedad intelectual*, 23-38. Obtenido de [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7754/643\\_EC\\_P\\_Precedente\\_normativa\\_Indecopi\\_DA.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7754/643_EC_P_Precedente_normativa_Indecopi_DA.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- García Belaunde, D. (2009). *Diccionario de jurisprudencia constitucional*. Lima: Grijley.
- García Manrique, R. (2012). *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Istel.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo* . Barcelona: Gedisa.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho*. Lima: Raguel Ediciones.
- Gúzman Brito, A. (2001). El tradicionalismo del Código Civil Peruano 1852. *Revista de estudios histórico-jurídicos*(23), 547-565. Obtenido de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552001002300016&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552001002300016&lng=es&nrm=iso)
- MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de Derecho*. Lima : Palestra editores.
- Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.
- Montesquieu. (2010). *El espíritu de las leyes* . Lima: Ebisa ediciones .
- Peces-Barba, G. (1990). La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho. *Anuario de Derechos Humanos*(6), 215-229. Recuperado el 27 de marzo de 2020, de <https://e->



archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10384/seguridad\_Peces\_ADH\_1990.pdf

Perez Luño, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho*(15), 25-38. Recuperado el 28 de marzo de 2020, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>

Rodríguez Sanchez, D. (2018). *Los Jurados Electorales Especiales bajo análisis. Un diagnóstico sobre los problemas relacionados a su configuración orgánica*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio Correa, M. (2008). *La extinción de acciones y derechos en el código civil*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sampieri, R. (2010). *Metodología de la investigación*. Mexico: McGrawHill.

Tantaleán, R. (2015). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Avances*, 10(12), 107-133. Recuperado el 15 de 05 de 2019, de <http://www.revistas.upagu.edu.pe/index.php/AV/article/view/173>

Zaneti Jr, H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes* . Lima: Raguel Ediciones .



**ANEXO 1**  
**PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL PRECEDENTE ELECTORAL**  
**VINCULANTE**

**P.L. N. ° 2825/2017-JNE de fecha 03 de mayo de 2018**



## Jurado Nacional de Elecciones Presidencia

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 3 de mayo de 2018

Oficio N.º 00136-2018-P/JNE

Señor

**LUIS FERNANDO GALARRETA VELARDE**

Presidente

Congreso de la República

Plaza Bolívar s/n

Cercado de Lima.-



**Asunto** : Proyecto de Ley que establece el precedente electoral vinculante

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para poner en su conocimiento que este Supremo Tribunal Electoral acordó aprobar el Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral Vinculante que modifica los artículos 23, 24 y 35 de la Ley N.º 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones.

Al respecto, es importante resaltar que la iniciativa legislativa tiene por finalidad establecer el precedente electoral vinculante y la observancia obligatoria de la doctrina jurisprudencial electoral del Jurado Nacional de Elecciones, para proporcionar una guía adecuada en la resolución de controversias electorales.

Asimismo, se sustenta en las interpretaciones contradictorias y vacíos legales reglamentarios, que podría generar una interpretación diversa o contradictoria por parte de los Jurados Electorales Especiales y la necesidad de cambiar un precedente electoral establecido.

En ese sentido, para mantener la estabilidad del proceso electoral y la confianza de la ciudadanía en el Sistema Electoral, se requiere de una justicia electoral celer y predecible en el fallo de contiendas, en virtud de que la predictibilidad en los pronunciamientos del Supremo Tribunal Electoral coadyuva en la resolución de controversias en sede electoral, cumpliendo la jurisprudencia un rol importante al constituirse en guía para los Jurados Electorales Especiales y como parámetro a seguir por el propio Pleno.

Finalmente, se adjunta, en copia certificada, el Acuerdo del Pleno, de fecha 16 de marzo de 2018, así como el citado Proyecto de Ley que contiene la exposición de motivos y la fórmula legal.

Esperando que esta iniciativa legislativa sea sometida a debate, aprovecho la oportunidad para expresarle mi especial aprecio y alta consideración.

Atentamente,



[Signature]

DR. VICTOR TICONA POSTIGO  
PRESIDENTE  
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES





59705

CONGRESO DE LA REPÚBLICA  
 ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO  
 MESA DE PARTES

08 MAY 2018

RECIBIDO

Firma: ..... Hora: *14:00*

*RU-128499*

DIRECCIÓN GENERAL PARLAMENTARIA		URGENTE	IMPORTANTE
<input type="checkbox"/> Boleines	<input type="checkbox"/> Gaseadores	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Comisiones	<input type="checkbox"/> Gestión de Información	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> CCEP	<input type="checkbox"/> Oficialía Mayor	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Comunicaciones	<input type="checkbox"/> Otro	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Despacho Parlam.	<input type="checkbox"/> Protocolaria, Agenda	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Diario de los Debates	<input type="checkbox"/> Asociación de Senadores	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> DIDP	<input type="checkbox"/> Prev. y Seguridad	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> DGA	<input type="checkbox"/> Serv. Auxiliares	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Enlace Gob. Reg.	<input checked="" type="checkbox"/> Trámite Documentario	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	<input type="checkbox"/> Transcripciones	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/> Tramita Correspondiente

ACUERDO 004-2002-2003/CONSEJO-CR

*Se cumple con los requisitos.*

.....  
 JOSE ABANTO VALDIVIESO  
 Director General Parlamentario  
 CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DGP  
 REVISADO POR: *VVE*  
 FECHA: *08/05*  
 HORA: *14:00*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA  
 Lima, .....11.....de.....*MAYO*.....del 201*8*.....  
 Según la consulta realizada, de conformidad con el  
 Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la  
 República: pase la Proposición N° *2825* para su  
 estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de  
*CONSTITUCIÓN Y REGIMIENTO.*

.....  
 JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA  
 Oficial Mayor  
 CONGRESO DE LA REPUBLICA



CERTIFICA:  
Que el presente documento obra en original en el  
expediente que ha tenido a la vista.

Lima, 03 MAYO 2018



FLOR DE MARÍA CONCHA MOSCOSO  
SECRETARIA GENERAL  
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

*Jurado Nacional de Elecciones*  
*Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia*

**ACUERDO DEL PLENO**  
**(16/3/2018)**

**VISTO** el Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral Vinculante.

**CONSIDERANDOS**

El Jurado Nacional de Elecciones, organismo constitucional autónomo, conforma el Sistema Electoral y tiene como fin supremo garantizar el respeto de la voluntad popular, manifestada en los procesos electorales, contribuye en la consolidación del sistema democrático y la gobernabilidad de nuestro país, a través de sus funciones constitucionales y legales; con eficacia, eficiencia y transparencia.

De conformidad con los artículos 107 y 178 de la Constitución Política del Perú, este Máximo Órgano Electoral tiene derecho a iniciativa en la formación de leyes, en materia que le es propia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley N.º 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (LOJNE), por lo que en estricta observancia de los requisitos exigidos en los artículos 75 y 76, numeral 4, del Reglamento del Congreso de la República, ha dispuesto aprobar el proyecto de ley que modifica los artículos 23, 24 y 35 de la LOJNE, para establecer el Precedente Electoral Vinculante.

La iniciativa legislativa tiene por finalidad establecer el precedente electoral vinculante y la observancia obligatoria de la doctrina jurisprudencial electoral del Jurado Nacional de Elecciones, para proporcionar una guía adecuada en la resolución de controversias electorales, y de esta manera, las partes procesales puedan obtener una pronta respuesta, coherente, predecible, justa y con arreglo a ley, en el marco de la administración de justicia electoral; máxime si los pronunciamientos que se emitan deben cumplir, entre otros, con los principios de seguridad jurídica, igualdad, universalización y supremacía de los Derechos Fundamentales.

En efecto, para mantener la estabilidad del proceso electoral y la confianza de la ciudadanía en el Sistema Electoral, se requiere de una justicia electoral celer y predecible en la resolución de controversias, en virtud de que la predictibilidad en los pronunciamientos del Supremo Tribunal Electoral coadyuva en la resolución de controversias en sede electoral, cumpliendo la jurisprudencia un rol importante al constituirse en guía para los Jurados Electorales Especiales y como parámetro a seguir por el propio Pleno.

En esa línea, la observancia de la doctrina jurisprudencial electoral del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que se exprese en tres (3) o más pronunciamientos tiene carácter obligatorio; en tanto que el precedente electoral vinculante debe estar referido exclusivamente a la interpretación de una norma legal electoral, que permitirá la solución del caso concreto, materia de análisis; es decir, es el criterio básico que se constituye en la motivación y en el sentido que sustenta el fallo del Máximo Órgano Electoral y el de los Jurados Electorales Especiales en futuros





CERTIFICA:  
Que el presente documento obra en original en el expediente que he tenido a la vista.

Lima, 03 MAYO 2018



FLOR DE MARÍA CONCHA MOSCOSO  
SECRETARIA GENERAL  
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

**Jurado Nacional de Elecciones**  
*Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia*

**ACUERDO DEL PLENO**  
**(16/3/2018)**

casos similares. Su apartamiento exige la prolija expresión motivada de los argumentos de hecho y de derecho.

Finalmente, la justificación del precedente electoral vinculante se sustenta en las interpretaciones contradictorias, vacíos legales reglamentarios, normativa que podría prestarse a una interpretación diversa o contradictoria por parte de los Jurados Electorales Especiales y la necesidad de cambiar un precedente electoral establecido.

Por lo tanto, en aplicación del artículo 7 de la Ley N.º 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, por unanimidad, el Pleno del Supremo Tribunal Electoral, con la observación hecha por el magistrado Víctor Ticona Postigo, respecto a que no existen diferencias claras entre el carácter obligatorio de la doctrina jurisprudencial y el carácter vinculante del precedente electoral, en uso de sus atribuciones,

**ACUERDA**

**Artículo único.- APROBAR** el "Proyecto de Ley que establece el Precedente Electoral Vinculante que modifica los artículos 23, 24 y 35 de la Ley N.º 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones", y su remisión al Congreso de la República.

SS.

TICONA POSTIGO

ARCE CÓRDOVA

CHANAMÉ ORBE

CHÁVARRY CORREA

RODRÍGUEZ VÉLEZ

Concha Moscoso  
Secretaria General  
Cop



PROYECTO DE LEY QUE  
ESTABLECE EL  
PRECEDENTE ELECTORAL  
VINCULANTE

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL PRECEDENTE ELECTORAL  
VINCULANTE

**Artículo 1.- Objeto**

La presente ley busca establecer el precedente electoral vinculante y las formas en las que este puede establecerse, modificarse y dejarse sin efecto.

**Artículo 2.- Modificación de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones**

Modifícase los artículos 23°, 24° y 35° de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones en los siguientes términos:

**“Artículo 23.-** El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materia electoral, de referéndum, o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna.

**El criterio jurisdiccional establecido por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones de manera reiterada y uniforme, expresado en al menos tres o más oportunidades, constituye doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria y debe ser tomada en cuenta por los Jurados Electorales Especiales en el ejercicio de sus funciones.**

**Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones pueden constituirse en precedente electoral vinculante cuando la decisión del órgano electoral precisa el extremo de su efecto normativo. En caso el Jurado Nacional de Elecciones no aplicase un precedente establecido, debe señalar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión y las razones por las que se aparta del precedente.**

**La resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que establece, modifica o deja sin efecto un precedente electoral vinculante debe ser publicada en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional, sin perjuicio de su difusión por otros medios”.**





**“Artículo 24.-** El quórum necesario para las sesiones del Pleno es de cuatro (4) miembros. Para la adopción de decisiones o la emisión de un fallo, se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros concurrentes, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. En caso de empate el presidente tiene el voto dirimente.

**Para emitir una resolución y que esta se constituya en precedente electoral vinculante el quórum necesario es de los cinco (5) miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, requiriéndose al menos la votación a favor de cuatro (4) miembros. En el mismo sentido, la modificación o eliminación del precedente requerirá como mínimo el mismo número de votos. En ambos casos deberán expresarse las razones que justifican tales decisiones. ”**

**“Artículo 35.-** Los Jurados Electorales especiales se rigen, en lo aplicable, por las normas del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en lo concerniente a obligaciones, impedimentos, quórum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones. **Las resoluciones emitidas por los Jurados Electorales Especiales necesariamente deben observar la doctrina jurisprudencial electoral y cumplir obligatoriamente los precedentes electorales vinculante emitidos por el Jurado Nacional de Elecciones en sus resoluciones. Si los Jurados Electorales Especiales se apartasen de un precedente electoral vinculante, deberán justificar en forma expresa dicha decisión, precisando el precedente del cual se apartan y los fundamentos o circunstancias particulares del caso por los cuales se decide en forma distinta.**

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1. El precedente

En aras de la mejor comprensión de los alcances de la institución que se pretende constituir en virtud del presente proyecto de ley, el precedente electoral, resulta imprescindible hacer referencia al origen histórico del concepto que le sirve de fundamento, el precedente. En ese sentido, realizaremos un breve repaso de dicho origen y de la caracterización del precedente tanto en la familia jurídica anglosajona como en su posterior adaptación a la tradición jurídica romano germánica.

#### 1.1 En la familia jurídica anglosajona

A diferencia de la familia jurídica romano germánica, la familia jurídica anglosajona se caracteriza por ser aquella en la que la fuente de Derecho que ostenta mayor relevancia es la jurisprudencia. Es en este contexto en el que se da origen al precedente, el cual responde a la aplicación del principio *stare decisis* característico de





esta familia jurídica. Este principio, conforme lo explica el profesor García Belaunde<sup>1</sup>, hace referencia a la idea de atenerse a lo resuelto, es decir, al respeto posterior de una norma establecida a nivel jurisprudencial que es aplicada a situaciones similares. En la misma línea, el profesor Sagüés precisa que “este sistema del régimen anglosajón del *common law* puede traducirse como “respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos”. Sintéticamente se lo conoce como “el sistema del precedente”. Tal doctrina constituye el basamento histórico de la actual fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema norteamericana.”<sup>2</sup>

A criterio de este último autor, puede resumirse como argumentos que sustentan la existencia del precedente los siguientes<sup>3</sup>:

- a) La igualdad, en tanto que se resalta la idea de igualdad ante la ley toda vez que de proyectarse el precedente se garantiza que los litigantes tendrán el mismo trato por parte de los tribunales.
- b) La previsibilidad, por cuanto a partir del establecimiento de los criterios expuestos en el precedente las personas sabrán con exactitud los alcances de las normas jurídicas y, en consecuencia, a qué atenerse en el futuro.
- c) La economía, por cuanto el establecimiento de un criterio uniforme a partir del precedente permite ahorrar tiempo y energía en la resolución de casos similares. En otras palabras, si se aplican los casos sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos.
- d) El respeto, en tanto que se reconoce en principio el acierto y la sabiduría de los jueces anteriores.

Asimismo, el profesor Taruffo<sup>4</sup> señala que el precedente vinculante se encuentra conformado por dos elementos centrales: de un lado, *la ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho a la cual el juez ha hecho referencia para calificar jurídicamente los hechos controvertidos y resolver el caso planteado; y, de otro lado, la necesaria analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del caso posterior, que es de lo que en buena cuenta depende la aplicación del precedente en casos posteriores.

El referido jurista italiano precisa además que el precedente por definición no constituye una regla de obligatorio cumplimiento para los jueces de las instancias

<sup>1</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El precedente constitucional: extensión y límites”. En: Ferrer Mac Gregor, Eduardo; y Flores Pantoja, Rogelio (coordinadores). La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII del Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. UNAM: México D.F., 2017, p. 380.

<sup>2</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”. En: Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales. Providencia: Universidad Talca, 2006, p. 19.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> TARUFFO, Michele. “Consideraciones sobre el Precedente”. En: Revista IUS ET VERITAS. Número 53, Diciembre 2016, p. 332.





inferiores. Es decir, no es una característica propia del precedente tener carácter vinculante. En todo caso, su efecto es meramente de naturaleza persuasiva en el sentido de que influye en la actuación de los jueces posteriores, los cuales tienen en todo caso el deber de justificar adecuadamente su decisión. Así, a manera de máxima, el juez posterior no se encuentra jamás verdaderamente obligado a someterse al precedente. Más bien, aquel se encuentra obligado a justificar adecuadamente su decisión cuando elige no adherirse al precedente, explicando las razones por las cuales realiza esta elección. Por tanto, no se tiene un deber de aplicar el precedente, sino una obligación de motivar la decisión en la cual el precedente no es aplicado<sup>5</sup>.

De otro lado, cabe tener presente la existencia de una clara diferencia conceptual entre precedente y jurisprudencia. Mientras que el primero hace referencia a una decisión jurisdiccional que posteriormente es considerada como una regla que también se aplica a los casos siguientes; la segunda, es decir, la jurisprudencia se encuentra constituida por un conjunto de decisiones que incluso puede ser numeroso y pueden incluir cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones de derecho<sup>6</sup>.

## 1.2 En la familia jurídica romano germánica

Si bien es cierto que esta familia jurídica, a la cual se adscribe nuestro país así como el resto de países de la región latinoamericana, se caracteriza más bien por otorgar un rol preponderante a la ley dentro de las distintas fuentes del Derecho, no ha sido ajena a la aplicación del precedente. De hecho, con el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho en las postrimerías del siglo XX y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, contexto en el cual obtiene preponderancia el principio de supremacía jurídica de la Constitución y el consecuente ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces, se produce una revalorización de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

En este contexto, en el cual se produce una reconfiguración del rol de los jueces al pasar de ser meros aplicadores o ejecutores de la ley a defensores de primera línea de la Constitución y de los derechos fundamentales, cobra especial relevancia la interpretación jurídica así como la necesidad de otorgar un sentido interpretativo uniforme y conforme a la Constitución a las normas legales.

Así, el profesor Taruffo señala que la introducción del precedente en países pertenecientes a la familia romano germánica ha tenido por finalidad, además de preservar la igualdad en la aplicación de la ley y garantizar seguridad y predictibilidad, lograr la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del Derecho. Se aprecia además la utilización del precedente bajo un criterio de economía y eficiencia en el sentido de regular la sobrecarga de trabajo de los jueces.

En esta línea, señala el referido autor lo siguiente: "Entonces, se empieza a razonar sobre el precedente no como un principio de igualdad o como un principio de fiabilidad del sistema jurídico, sino como una herramienta de economía del sistema. (...) La

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.



finalidad número uno es reducir el número de los litigios, en general, y en particular, es reducir el número de recursos en los tribunales supremos<sup>7</sup>.

Cabe precisar además que en muchas ocasiones el dictado de un precedente no ha sido vinculado a la solución de un caso en concreto sino a la dirimencia de conflictos en la interpretación de normas generales y abstractas. Tal ha sido el caso, por ejemplo, con la súpula vinculante en el derecho procesal brasileño, el cual consiste en una declaración realizada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en virtud de la cual se precisa la interpretación de una ley a fin de eliminar el conflicto o las divergencias en su interpretación por parte de los tribunales inferiores. Si hay una decisión de un juez que no aplica puntualmente lo establecido en la súpula, tal decisión es inválida<sup>8</sup>.

## 2. El precedente en el Perú

Conforme a lo señalado en el acápite anterior, la introducción del precedente en nuestro país ha sido realizada, en su condición de país perteneciente a la familia jurídica romano germánica, a través de la legislación, es decir, a través de la emisión de normas jurídicas que han habilitado a los órganos jurisdiccionales a dictar este tipo de medidas. Es posible identificar al menos tres ámbitos en los cuales se reconoce el precedente en nuestro ordenamiento jurídico: en la jurisdicción ordinaria, en la jurisdicción constitucional y en la jurisdicción administrativa.

### 2.1 En la jurisdicción ordinaria

El artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial habilita a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a dictar precedentes de obligatorio cumplimiento, los cuales consisten en una publicación trimestral en el diario oficial de las ejecutorias supremas que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. Sin embargo, la norma permite a su vez que los jueces se aparten de tal criterio, estando obligados en dicho supuesto a motivar adecuadamente su decisión, dejando constancia del precedente que están dejando de aplicar y los fundamentos que invocan para ello.

Asimismo, la norma también permite a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República apartarse del criterio jurisprudencial establecido en el precedente, debiendo en tal caso motivar adecuadamente su decisión y disponer la publicación en el diario oficial de las nuevas resoluciones en las que se pone de manifiesto tal decisión.

Como puede observarse, esta figura se enmarca dentro de las características del precedente tradicional en la medida en que se dispone la publicación en el diario oficial de un conjunto de casos en los que se establece un criterio jurisprudencial que sirve como parámetro de referencia para la resolución de casos similares en el futuro. Hay vinculación entre un caso en concreto y el criterio que se establece como precedente.

<sup>7</sup> TARUFFO, Michele. "El precedente judicial en los sistemas de Civil Law". En: Revista IUS ET VERITAS, Número 45, Diciembre 2012, pp. 88-95.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 92.





De otro lado, tanto en el ámbito de los procesos civiles, de los procesos penales y de los procesos laborales, nuestra legislación reconoce la figura del pleno casatorio, la cual consiste en la reunión de los vocales supremos competentes en cada una de dichas materias a efectos de uniformizar criterios respecto a la interpretación de determinadas normas legales o en relación a la solución de determinados casos. Tal figura se encuentra recogida en el artículo 400° del Código Procesal Civil, en el artículo 433° del Nuevo Código Procesal Penal y en el artículo 40° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

En el caso de los procesos civiles, el artículo 400° del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

**Artículo 400.-**

*“La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituye o varíe un precedente judicial.*

*La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República hasta que sea modificada por otro precedente.*

*Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.*

*El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.*

En el caso de los procesos penales, en los incisos 3 y 4 del artículo 433° del Nuevo Código Procesal Penal establece lo siguiente:

**Artículo 433.-**

(...)

3. *En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.*





4. *Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.*

De otro lado, en el caso de los procesos laborales, el artículo 40° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 29497, establece lo siguiente:

#### **Artículo 40.-**

*La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca el recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.*

*La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.*

*Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa ante el pleno casatorio.*

Cabe destacar las similitudes existentes en la regulación del pleno casatorio en estos tres ámbitos tanto en lo que respecta a la convocatoria, en tanto es facultad de una Sala de la Corte Suprema; al procedimiento, en tanto se celebra una vista de la causa en la cual se les brinda a los abogados la posibilidad de exponer su posición respecto al caso; y a sus efectos, en tanto en todos los casos se señala que lo establecido como precedente vincula a los órganos jurisdiccionales. Se observa, asimismo, que estos plenos se inscriben dentro de la finalidad característica de los recursos de casación, la cual se traduce en la uniformización en la interpretación y en la aplicación de las normas jurídicas.

## **2.2. En la jurisdicción constitucional**

En este ámbito podemos citar el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, conforme al cual “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”. Asimismo, dicho artículo precisa que “cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del







precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

El propio Tribunal Constitucional ha desarrollado los alcances de esta institución, señalando que “el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional desea establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga<sup>9</sup>. Cabe resaltar además que el precedente vinculante tiene efectos similares a los de una ley, es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso en concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos<sup>10</sup>.

Para que el Tribunal Constitucional pueda expedir un precedente vinculante, conforme a lo establecido en el artículo 10° de su Reglamento Normativo, se requiere la existencia de cuatro votos conformes. Asimismo, el supremo intérprete de la Constitución ha establecido también los siguientes presupuestos para la emisión de un precedente vinculante<sup>11</sup>:

- a) Cuando existan fallos contradictorios.
- b) Cuando se está aplicando indebidamente una norma del bloque de constitucionalidad.
- c) Cuando hay un vacío normativo.
- d) Cuando caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando es necesario cambiar de precedente.

De otro lado, conforme lo ha precisado el profesor César Landa, los precedentes vinculantes, conjuntamente con las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes y la doctrina jurisprudencial constituyen una de las maneras de intervención del Tribunal Constitucional en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, el referido autor sostiene que se podría reconocer hasta tres niveles de intensidad en relación a las sentencias del Tribunal Constitucional: como tener que (müssen) acatar las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, en el sentido de que tales sentencias tienen plenos efectos normativos por cuanto determinan la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma de rango legal; como deber (sollén) de cumplir con los precedentes vinculantes, por cuanto son criterios que deben ser tomados en cuenta por los operadores del Derecho en la interpretación y en la aplicación de las normas jurídicas; y como poder/deber (können) de seguir la doctrina jurisprudencial, la cual se entiende como la reiteración en varios casos de criterios establecidos por el Tribunal Constitucional que podrían ser tomados en cuenta por los operadores del Derecho<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 0024-2003-AI/TC.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> LANDA ARROYO, César. “Los Precedentes Constitucionales”. En: AA.VV. *Libro Homenaje a Diego Valadés*. México: UNAM, 2008, pp. 1-31.



### 2.3. En la jurisdicción administrativa

Nuestro ordenamiento jurídico también reconoce la existencia del precedente en el ámbito de la Administración Pública, bajo la denominación de precedente de observancia obligatoria, la cual tiene por finalidad otorgar seguridad, uniformidad y predictibilidad en la interpretación y en la aplicación de la ley por parte de la Administración Pública. En efecto, el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece lo siguiente:

**“Artículo VI.-**

1. *Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.*
2. *Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o no es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.*
3. *En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes”.*

Como puede observarse, el dictado de este precedente puede ser llevado a cabo mediante la emisión de actos administrativos o a partir de la absolución de consultas. En el primer supuesto, se trata de actos emitidos por órganos colegiados que ejercen sus facultades en el marco de la ley especial; y en el segundo supuesto, el órgano encargado de la Administración hace uso de una facultad aclaratoria en virtud de solicitudes de interpretación que los administrados realizan para un mejor entendimiento del derecho administrativo<sup>13</sup>.

Esta facultad es ejercida por diversas entidades de la Administración Pública que cuentan con órganos colegiados o tribunales a través de los cuales se ejerce una función cuasijurisdiccional. Tal es caso por ejemplo del Tribunal Fiscal, en el caso de SUNAT; de las Salas Especializadas en Defensa de la Competencia, en Propiedad Intelectual, en Protección al Consumidor y en Procedimientos Concursales, en el caso de INDECOPI; o del Tribunal Registral, en el caso de SUNARP; entre otros.

### 3. La necesidad del precedente electoral vinculante y la observancia de la doctrina jurisprudencial electoral del Jurado Nacional de Elecciones.

Como hemos podido observar, distintos organismos supremos de la administración de justicia, en cada uno de sus diferentes ámbitos, echan mano de diferentes

<sup>13</sup> CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. “La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *DERECHO PUCP. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Edición N.º 73, 2014, p. 494.





procedimientos que les permita establecer precedentes obligatorios para de esta forma dotar a cada uno de sus sistemas de resolución de conflictos de una guía adecuada al momento de resolver ciertos casos, para así tener una respuesta a las partes que no solo sea coherente y predecible, sino también célere. El precedente, si bien no se ha usado hasta el momento en la justicia electoral, se presentaría como una alternativa adecuada a las necesidades de esta, que sumado al seguimiento de la doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria del Jurado Nacional de Elecciones, resultaría necesaria teniendo en cuenta las características de la administración de justicia electoral, especialmente en lo referido a la composición y organización de su primera instancia.

Así tenemos que los Jurados Electorales Especiales (JEE) se conforman como la primera instancia del sistema de justicia electoral, sin embargo estos organismos tienen una característica que luego desencadena en una serie de consecuencias para el sistema: la temporalidad. En tanto los JEE solo son convocados en el marco de un proceso electoral, se disuelven finalizado el proceso y, en la mayoría de los casos, están compuestos por ciudadanos con pocos conocimientos en materia electoral; el precedente se presentaría como una herramienta necesaria para establecer así una guía adecuada para los JEE al momento de resolver algún caso en concreto.

Pero la existencia de un precedente electoral vinculante no se haría necesaria solo por las características particulares de los Jurados Electorales Especiales, sino que tendría que también observarse las características innatas que tiene el derecho electoral y su materia objeto, los procesos electorales. Los procesos electorales son un periodo de alta tensión para la población en el país por la obvia carga política y el debate general que se produce por las diferentes opciones que se plantean. En ese sentido para llevar con éxito un proceso electoral, elemento crucial y necesario para una democracia saludable, se hace necesario un sistema de resolución de conflictos electoral que sea predecible, célere y que resuelva las causas que se le presentan con justicia y arreglo a la ley. Por lo que tenemos que evaluar si el establecimiento de la observancia de la doctrina jurisprudencial electoral del JNE y especialmente de un sistema de precedentes electorales vinculantes resultaría necesario para la justicia electoral. En ese sentido, analizaremos estas dos cuestiones en los siguientes párrafos.

### **3.1. La seguridad jurídica como principio clave para el adecuado desarrollo de los procesos electorales**

Las elecciones son un elemento central para cualquier democracia, y si bien la existencia de procesos electorales no es sinónimo de esta, es un elemento sin el que ninguna democracia podría sobrevivir. Los procesos electorales resultan entonces un punto central para el fortalecimiento de la democracia, en especial en países como el nuestro donde nos encontramos en un proceso de reforma electoral con propuestas de refuerzo a la democracia desde hace varios años. Dicho esto los procesos electorales tienen características que a su vez hacen único al derecho electoral y entre estas características es importante resaltar dos sobre todo.

En primer lugar un proceso electoral, como mencionamos líneas atrás, representa un momento de debate intenso de la población sobre las opciones y programas que se





presentan a un proceso electoral, debate que puede generar ánimos exaltados a lo largo de su desarrollo. Estas tensiones pueden reducirse con la ejecución de un proceso electoral sin incidentes y con transparencia por parte de todos sus actores. Esta calma en el proceso electoral puede alcanzarse, en gran parte, si existe un alto grado de confianza en las instituciones encargadas de la realización del proceso electoral, y en especial con aquellas llamadas a la resolución de los conflictos electorales, los tribunales electorales. Y la confianza de la población en estos tribunales solo puede reforzarse con decisiones predecibles, que sigan los razonamientos establecidos por el mismo tribunal en casos similares.

En segundo lugar tenemos a las características que tiene el cronograma de un proceso electoral. Un proceso electoral tiene un cronograma de mediana duración<sup>14</sup> con etapas claramente establecidas, donde cada una de estas etapas es preclusiva, esto es que en el marco de un proceso electoral una vez ha concluido una de las etapas del cronograma resulta imposible la revisión de los actos realizados en ella en la siguiente etapa del proceso. En otras palabras, una vez cerrada una etapa del cronograma no es posible tocar ninguno de los temas que se trataron allí nuevamente. A estas restricciones temporales debemos añadir que, como en cualquier otro ámbito de la justicia, se debe tener siempre presente el debido proceso y por tanto la necesidad de que exista la pluralidad de instancias; por lo que los procesos de justicia electoral no solo deben ser céleres frente a plazos reducidos sino también deben encajar dentro de ese mismo espacio temporal la revisión de las resoluciones de primera instancia por una instancia superior.

Por lo que podemos notar que para mantener la estabilidad del proceso y la confianza de la población en los organismos electorales se hace necesaria una justicia electoral que sea célere y predecible en la resolución de conflictos. Podemos también observar que la predictibilidad, es decir la seguridad jurídica, en las resoluciones de un tribunal abona también a la rapidez con la que se resuelven los asuntos en la sede electoral, especialmente en escenarios donde la especialización de la justicia electoral no es posible y la jurisprudencia debe servir como guía para los tribunales de primera instancia.

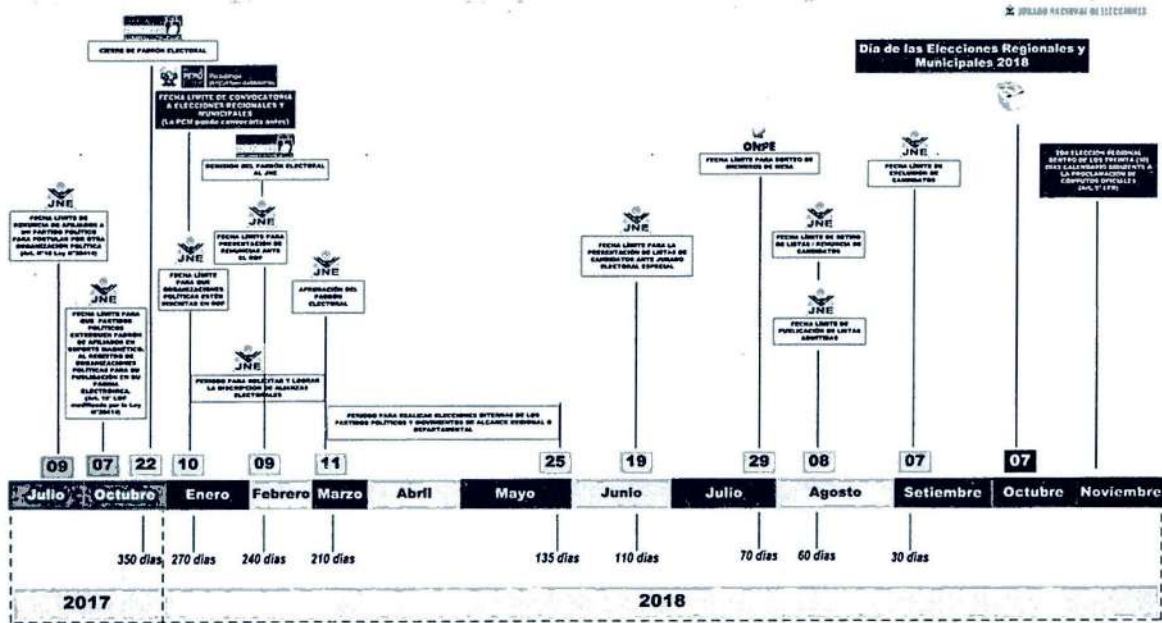
Siguiendo estas ideas podemos observar que en el caso peruano, el cronograma electoral tiene una duración un poco mayor a 1 año. Para ilustrar este punto incluiremos el cronograma electoral estándar, según las últimas modificaciones legislativas, aplicado a las Elecciones Regionales y Municipales 2018:

---

<sup>14</sup> Esto si tenemos en cuenta un proceso electoral desde su primer acto hasta la emisión del documento que pone fin al mismo. En el caso del cronograma electoral en el Perú, teniendo en consideración las últimas modificaciones realizadas por el Congreso de la República el proceso electoral tiene una duración de poco más de un año (desde el cierre del padrón electoral hasta la resolución que pone fin al proceso electoral). A pesar de la amplitud, existen etapas del cronograma de alta carga y actividad electoral, donde se hace necesaria una rápida respuesta por parte del Sistema.



### Cronograma Electoral "Elecciones Regionales y Municipales 2018"



Si observamos con atención el cronograma electoral, podremos notar que de forma global es uno más amplio que versiones anteriores del mismo y que ha tratado de brindar un mayor espacio de tiempo a cada etapa del proceso. Sin embargo esto no quiere decir que no existan varios puntos álgidos dentro del mismo donde se requiere una actuación rápida del sistema de justicia electoral frente a una gran carga jurisdiccional. Así tenemos por ejemplo el periodo de tachas contra las solicitudes de inscripción de candidatos, la exclusión de candidatos por declaración falsa en las Declaraciones Juradas de Vida y la sanción de exclusión por entrega de dádivas. Si bien los plazos<sup>15</sup> para cada una de estas etapas puede ser relativamente amplios, es importante notar que cada uno tiene complicaciones que hacen más difícil una respuesta celer del sistema electoral; así tenemos por ejemplo que el número de candidatos<sup>16</sup> es un factor que complica la misión a cumplir; a lo que se suma la urgencia que tiene la población por conocer quiénes son finalmente los candidatos que participaran en el proceso electoral, ejerciendo presión para una rápida resolución de los casos de exclusión.

En tanto resulta clave la celeridad durante estos periodos de alta actividad para la justicia electoral, resultaría importante reforzar la seguridad jurídica del sistema electoral peruano echando mano del sistema jurisprudencial, de tal forma que cuente

<sup>15</sup> En el caso de las tachas, se cuenta con 50 días en total para resolver todas las tachas presentadas. En el caso de las exclusiones, estas pueden presentarse durante periodos de tiempo más amplios; en el caso de las exclusiones por omisión o falsedad en las Declaraciones Juradas de Vida se cuenta con 80 días para resolver las exclusiones y en el caso de las exclusiones por entregas de dádivas estas podrían presentarse por un periodo mucho mayor, desde el fin del periodo para la democracia interna (desde 135 días antes de la elección).

<sup>16</sup> En el caso de las Elecciones Generales se puede contar con poco más de 2000 candidatos, mientras que en el caso de las Elecciones Regionales y Municipales se cuenta con más de 110 000 candidatos.



con un precedente electoral vinculante y una doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria que debe servir como guía para el sistema de justicia electoral en general. Con la implementación de esta propuesta las resoluciones que emita el Jurado Nacional de Elecciones, servirían como guía para la resolución de conflictos electorales y, en tanto lo señale así el propio Pleno del JNE, como reglas a seguir para los Jurados Electorales Especiales, que resuelven los casos en materia electoral en primera instancia, y como un parámetro a seguir por el propio pleno de la institución en futuras actuaciones e iteraciones.

### **3.2. La conformación de los Jurados Electorales Especiales y sus relaciones de coordinación con el Jurado Nacional de Elecciones**

Si bien, como mencionamos en párrafos anteriores, el reforzamiento de la seguridad jurídica del sistema de justicia electoral tiene un impacto directo en la confianza del ciudadano en el JNE y a su vez en la salud de la democracia peruana; esta no es la única razón por la cual el establecimiento del precedente electoral vinculante y de la doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria del JNE resultan medidas necesarias.

Uno de los elementos más característicos de la vigente organización de la justicia electoral peruana es la temporalidad de sus órganos de primera instancia, los Jurados Electorales Especiales. Así tenemos que la Ley N.º 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, al definir a los Jurados Electorales Especiales señala:

***“Artículo 31.- Los Jurados Electorales Especiales son órganos de carácter temporal creados para un proceso electoral específico.”***

Encontramos del mismo modo una redacción similar en la Ley N.º 26859, Ley Orgánica de Elecciones, la cual señala lo siguiente al referirse a los Jurados Electorales Especiales:

***“Artículo 44.- Los Jurados Electorales Especiales son órganos de carácter temporal creados para cada proceso electoral o de consulta popular.***

*Las funciones y atribuciones de los Jurados Electorales Especiales son las establecidas en la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones y la presente ley.”*

Esto quiere decir que los Jurados Electorales Especiales, solo existen en el marco de un proceso electoral, por lo que al terminar dicho proceso desaparecen. En otras palabras, la primera línea del sistema de justicia electoral del Perú es un órgano temporal que no tiene una actividad permanente. Habiendo dicho esto, sería importante también revisar la forma en que se componen los Jurados Electorales Especiales, en tanto es un dato importante para determinar las capacidades de estos tribunales de primera instancia. Así tenemos que la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones establece:

***Artículo 33º.- Los jurados electorales especiales están constituidos por tres miembros:***





a) **Un juez superior titular en ejercicio de la corte superior** bajo cuya circunscripción se encuentra la sede del jurado electoral especial, quien lo preside. Simultáneamente, la misma corte superior designa a su suplente.

Los Jurados Electorales Especiales ubicados en capitales de departamento, así como en la Provincia Constitucional del Callao, deberán ser presididos necesariamente por Jueces Superiores Titulares en ejercicio; salvo en aquellos Distritos Judiciales que no cuenten con Jueces Superiores Titulares o se encuentren cubriendo cargos que por ley requieran contar con dicha condición, en cuyo caso los Jurados Electorales Especiales pueden ser cubiertos por Jueces Superiores provisionales.

En las demás sedes de los Jurados Electorales Especiales que no puedan cubrirse por Jueces Superiores Titulares, serán presididos por Jueces Superiores Provisionales.

La designación de los Presidentes de los Jurados Electorales Especiales, a que se refieren los párrafos precedentes, será realizada por la Sala Plena de la Corte Superior de cada Distrito Judicial.

b) **Un miembro designado por el Ministerio Público**, elegido entre sus fiscales superiores en actividad y jubilados. Simultáneamente, también designa a su suplente.

c) **Un miembro titular y un suplente designados por el Jurado Nacional de Elecciones mediante sorteo en acto público de una lista de veinticinco ciudadanos** que residan en la sede del jurado electoral especial y que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Dicha lista es elaborada mediante selección aleatoria sobre la base computarizada de los ciudadanos de mayor grado de instrucción en cada circunscripción electoral.

(...)

**Los miembros de los jurados electorales especiales reciben, antes de asumir sus funciones, una capacitación en materia de derecho electoral por parte del Jurado Nacional de Elecciones.**



De una rápida lectura del artículo podemos notar que los Jurados Electorales Especiales están conformados por dos magistrados y un ciudadano que no necesariamente tienen conocimientos sobre derecho electoral. Tanto así que el propio artículo de la norma señala que los miembros asignados al Jurado Electoral Especial reciben una capacitación en materia de derecho electoral previa al inicio del ejercicio de sus funciones.

Por lo que nos encontramos frente a un escenario en el cual la primera instancia de justicia electoral está conformada por miembros que probablemente no cuentan con ningún tipo de experiencia o especialización en materia electoral<sup>17</sup>, que son recién formados con las capacitaciones que organiza el Jurado Nacional de Elecciones poco antes de las elecciones y que desaparecen después de terminado el proceso electoral.

<sup>17</sup> Aquí es importante señalar que el tercer miembro de un JEE, el ciudadano elegido por sorteo, puede incluso no tener ninguna experiencia y conocimientos de derecho, en tanto puede ser cualquier ciudadano de una localidad determinada.



Por lo que los conocimientos y experiencia ganada por los miembros de los JEE durante un proceso electoral se pierden para el siguiente proceso electoral.

Esta falta de profesionalización de la justicia electoral ha llevado a que el Jurado Nacional de Elecciones plantee la creación de Jurados Electorales Descentralizados que tengan una función permanente<sup>18</sup>; pero por sobre todo nos debe hacer notar que en tanto los miembros de los JEE no estén familiarizados profundamente en la materia electoral requieren de jurisprudencia guía que les señale la posición del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones sobre ciertos puntos.

Las propuestas promovidas por el presente proyecto de ley permitirían, entonces, paliar considerablemente la falta de especialización que sufren los Jurados Electorales Especiales, lo que permitiría también una reducción de la carga del Pleno del JNE en temporada electoral, en tanto las resoluciones que emitan los JEE se encontrarán alineados a la posición del Supremo Tribunal Electoral. Esto a su vez permitiría una reducción considerable de los tiempos de respuesta en los procedimientos electorales tanto de parte de los JEE y los JNE, lo que generaría mayor tranquilidad y confianza en la población.

Por estas razones, la observancia de la doctrina jurisprudencial electoral del Pleno del JNE y el establecimiento del precedente electoral vinculante se presentan como medidas necesarias para reforzar la seguridad jurídica en la resolución de controversias electorales, incrementar la celeridad de la justicia electoral y finalmente servir como paliativo frente a la falta de especialización en los Jurados Electorales Especiales. El precedente electoral vinculante se presenta además como una forma de mantener la uniformidad de la doctrina jurisprudencial en la justicia electoral, y servir como guía no solo para las decisiones de los JEE, sino incluso también a las del propio Pleno del JNE cada vez que cambie su composición.

### 3.3 El criterio de conciencia y el precedente electoral vinculante



Es importante precisar que el establecimiento de un sistema de precedentes en materia electoral no debe ser entendido o suponer en modo alguno una contradicción con el criterio de conciencia en la apreciación de los hechos establecido en el artículo 181° de la Constitución. Si bien es cierto que dicho artículo reconoce al Pleno del Jurado Nacional de Elecciones la facultad de aplicar el criterio de conciencia, ello no quiere decir que el ejercicio de la jurisdicción electoral responda a criterios meramente subjetivos ya que esta función debe ser ejercida en el marco de la Constitución y las leyes. Una de las características fundamentales del régimen democrático, del cual es el Jurado Nacional de Elecciones el defensor por antonomasia, es el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual proscribire que las decisiones adoptadas por las entidades públicas respondan a meros criterios subjetivos. Es más, el propio artículo 181° precisa también que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del Derecho, siendo uno de tales principios

<sup>18</sup> Esta propuesta se encuentra dentro del proyecto de ley N.° 1313/2016-JNE, Proyecto de Código Electoral. Básicamente se propone la creación de un número reducido de Jurados Descentralizados Permanentes, cuyos miembros serían todos abogados elegidos cada cuatro años.





precisamente el de seguridad jurídica. El derecho a la debida motivación de las resoluciones constituye además una de las garantías inherentes al debido proceso propias de la función jurisdiccional.

En ese sentido, dado que el ejercicio de la función jurisdiccional en materia electoral tiene como referencia obligatoria la aplicación e interpretación de normas jurídicas, el ejercicio del criterio de conciencia no puede suponer un desconocimiento de ellas ni dar lugar a múltiples interpretaciones dispares respecto a una misma norma. El adecuado desarrollo de los procesos electorales requiere predictibilidad y certeza respecto a la interpretación de las normas que los rigen y a los criterios conforme a los cuales se resuelven las controversias. El establecimiento del precedente electoral vinculante permitirá garantizar tales objetivos al promover la consolidación de criterios jurisdiccionales claros y precisos.

De otro lado, si bien los Jurados Electorales Especiales, como órganos jurisdiccionales en materia electoral, cuentan con autonomía e independencia; ello no puede derivar en autarquía ni en el desconocimiento de su pertenencia al Sistema Electoral establecido en el artículo 177° de la Constitución, en el cual es el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones la última y definitiva instancia. El criterio de conciencia por parte de los Jurados Electorales Especiales no puede ser ejercido en forma aislada sino que, como parte del Sistema Electoral, debe ser ejercido tomando como referencia la doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria y los precedentes electorales vinculantes del Jurado Nacional de Elecciones.

Por último, el establecimiento del precedente electoral vinculante no impide el ejercicio del criterio de conciencia ya que, en última instancia, conforme se ha reconocido en la reforma del artículo 35° de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones que se plantea, los jueces electorales pueden apartarse del precedente expresando los fundamentos que justifican su decisión.

#### **4. Las características del precedente electoral vinculante**

Como señala el artículo 181° de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones es el ente encargado de impartir justicia en materia electoral, resolviendo los hechos con arreglo a ley y a los principios generales del derecho, siendo sus resoluciones dictadas en instancia final y definitiva, sin que proceda contra ellas recurso alguno.

Como ya se vio en el punto 3, *supra*, de esta exposición de motivos, y en el marco del Estado Constitucional de Derecho, las resoluciones del JNE deben cumplir con los principios de Seguridad Jurídica, Igualdad, Universalización y Supremacía de los Derechos Fundamentales, entre otros, ello en consideración al alto fin al cual está abocado el Jurado Nacional de Elecciones, como garante de la voluntad popular expresada en el sufragio, sobre el cual se cimienta la democracia y la gobernabilidad del país.

Es en tal contexto que deben verse las características del precedente electoral vinculante que propone el presente proyecto, las cuales están determinadas por los aspectos y consideración que se siguen en los párrafos siguientes.





Ahora bien, cuando se habla de precedente electoral vinculante, se alude a la regla que, vía interpretación o integración del ordenamiento normativo, crea el Pleno del JNE para resolver un caso determinado y que, una vez establecido, debe servir para resolver casos futuros análogos en lo sustantivo.

Así, la regla que se dicte como precedente electoral vinculante debe estar referida exclusivamente a la interpretación de una norma legal electoral, la misma que deberá servir para la solución del caso concreto materia de análisis.

El precedente electoral vinculante debe ser, pues, la motivación y el sentido que da lugar al fallo del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, así como a los de los Jurados Electorales Especiales, cuyos fallos se vinculan obligatoriamente al precedente establecido por el Pleno, de manera que ante futuros casos similares se siga la misma decisión a partir del mismo criterio básico ya fijado.

Aquí es importante resaltar que el proyecto también propone el deber de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones. En este caso no se trata de una regla que el Pleno del JNE establezca a partir de un caso y que deba ser seguida de forma obligatoria, sino más bien de resoluciones que han sido emitidas por el pleno del JNE que resuelven casos similares siguiendo ciertos parámetros de forma constante, resoluciones que pueden servir de guía para los Jurados Electorales especiales a la hora de resolver casos similares.

#### 4.1. Los supuestos de hecho que justifican su emisión

A diferencia del *stare decisis* anglosajón, y como ya se señaló en el numeral 1.2 *supra*, en la familia jurídica romano germánica el precedente toma características particulares.

En tal sentido, no todas las resoluciones jurisdiccionales emanadas por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones deben tener el carácter de precedente electoral vinculante.

En efecto, el precedente electoral vinculante emitido por el Pleno del JNE se justifica:

- Ante la existencia de interpretaciones contradictorias
- Ante la necesidad de llenar un vacío reglamentario
- Ante la comprobación de la existencia de alguna norma pasible de ser interpretada de manera diversa, es decir frente a una norma que potencialmente podría prestarse a ser interpretada de forma contradictoria por parte de los Jurados Electorales Especiales o
- Ante la necesidad de cambiar un precedente electoral ya existente.

En el caso de la doctrina jurisprudencial electoral de observancia obligatoria del Pleno del JNE, no existe una resolución que señale expresamente cuales son estos criterios jurisprudenciales que deben ser observados, sino más bien se considera que esta existe a partir de tres resoluciones que hayan resultado casos similares de la misma forma.





#### 4.2. El procedimiento a seguir para la emisión del precedente electoral vinculante

Entendiendo el derecho como el escenario cultural compuesto por principios, reglas y argumentación<sup>19</sup>, no basta con que los jueces aprecien los hechos con criterio de conciencia<sup>20</sup>. Así, es la argumentación el método de análisis jurídico que permite que las decisiones jurisdiccionales sean aceptables de conformidad con el ordenamiento constitucional y con arreglo a los valores configurados en los derechos fundamentales que la Constitución contiene.

En tal sentido, el juez electoral tiene que llevar a cabo un ejercicio de valoración de los comportamientos, es decir, los hechos y las prácticas, para producir su decisión, bajo la denominada pretensión de corrección, que es la piedra de toque que da sentido a la motivación, permitiendo la legitimidad de la práctica legal y constitucional en la actualidad, para lo cual la *ratio decidendi*, así como el fallo deben cumplir con el canon para el control de resoluciones judiciales que propone el Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

En materia electoral, debemos recordar que, de acuerdo a la Constitución Política del Perú, el llamado Sistema Electoral peruano se ha dividido en tres organismos: JNE, ONPE y RENIEC, en donde el JNE ejerce la función de administrar justicia en materia electoral, por lo que asume la "justicia electoral".

Los Jurados Electorales Especiales (JEE), de funcionamiento temporal y autonomía administrativa, están conformados por tres miembros, tal como lo establece el artículo 33 de la LOJNE, resolviendo las causas en primera instancia.

Por su parte, el Pleno del JNE resuelve en instancia final en materia electoral, y está conformado, como establece el artículo 179 de la Constitución, por cinco miembros. El quórum del Pleno del JNE es de cuatro miembros y sus resoluciones requieren de mayoría simple (tres votos). En caso de empate, dirime el voto del Presidente del JNE.

Sin embargo, al tratarse del precedente electoral vinculante en particular, y teniendo en cuenta su carácter obligatorio y vinculante *erga omnes*, estas resoluciones no solo deben cumplir con una mayor exigencia motivacional, sino que además deberán ser producto de un mayor acuerdo por parte de los miembros del Pleno del JNE (cuatro votos o mayoría calificada) requiriéndose la presencia completa de todos los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones para su debate.

Con igual criterio, cuando se trate de una resolución que se aparte de la regla, modificándola (*overruling*), también deberá ser producto de un mayor acuerdo por

<sup>19</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, *La constitución de la democracia deliberativa* (Trad. De Manuel Atienza e Isabel Espejo), Editorial gedisa, Barcelona, 1989, P. 32.

<sup>20</sup> Art. 181° de la Constitución Política del Perú y Art. 23° de la Ley N.° 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones.

<sup>21</sup> Según ALEXY, "la teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección. Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos" (ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara S.A. 1993. P. 51).



parte de los miembros del Pleno del JNE (cuatro votos o mayoría calificada) a partir de las deliberaciones con la presencia de todos los miembros del Pleno.

En el caso de presentarse un eventual apartamiento de la regla establecida por el precedente electoral que no reformule la regla (*distinguish*), ya sea por parte del Pleno del JNE o de los JEE, los órganos jurisdiccionales electorales respectivos deberán establecer con claridad las razones que motivaron tal apartamiento en la *ratio decidendi* de la resolución, bastando para ello el voto de la mayoría simple de sus miembros.

#### 4.3. Los efectos del precedente electoral vinculante

La regla que se establece a partir del precedente electoral vinculante se aplica de manera obligatoria por parte del Pleno del JNE, así como por parte de los Jurados Electorales Especiales frente al caso resuelto que da lugar al precedente, así como frente a casos idénticos posteriores. Frente a lo señalado, los órganos jurisdiccionales electorales tienen cuatro posibilidades:

- a) Aplicar el precedente frente a casos idénticos, es decir frente a casos que presentan las mismas características frente a aquel que dio origen al precedente electoral y calzan perfectamente dentro de sus alcances.
- b) Aplicar el precedente frente a casos similares, es decir frente a casos que pueden no presentar todas las características del caso que dio lugar al precedente, pero que no presenta diferencias centrales que puedan generar una diferenciación en el sentido del fallo.
- c) No aplicar el precedente frente a casos aparentemente idénticos, reformulando la regla (*overruling*) y recayendo sobre el Pleno del JNE el peso de la motivación que justifique tal apartamiento del criterio establecido.
- d) No aplicar el precedente frente a casos aparentemente idénticos, sin reformular la regla (*distinguish*) y recayendo sobre el Pleno del JNE o de los Jurados Electorales Especiales el peso de la motivación que justifique tal apartamiento excepcional del criterio establecido.



#### IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Se modifican los artículos 23°, 24° y 35° de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones. La modificación de estos permitiría la creación efectiva del precedente electoral vinculante teniendo un impacto notorio en la seguridad jurídica y celeridad en la resolución de conflictos electorales.

#### ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente modificación normativa no irroga un gasto adicional, en tanto no se está modificando de ninguna forma la estructura y organización de la jurisdicción electoral. Únicamente se ha creado la posibilidad de que el Pleno del JNE emita precedentes electorales vinculantes que deben ser seguidos por los Jurados Electorales Especiales.