

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y LOS ACUERDOS PLENARIOS Y SU
INFLUENCIA EN LA ADECUADA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES
JUDICIALES”**

**Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho con mención en
Política Jurisdiccional**

AUTOR:

RUDY RENZO AGUEDO DEL CASTILLO

CÓDIGO:

20135555

ASESOR:

JOSÉ GÁLVEZ MONTERO

JURADO:

GORKI YURI GONZALES MANTILLA

GIOVANNI FRANCEZCO PRIORI POSADA

LIMA – PERÚ

2014

Dedicatoria

A mis queridos padres Naty y Raul, por darme la vida y enseñarme a vivirla bajo el mejor ejemplo.

A Raulitho, Annabell y José, por demostrarme el verdadero apoyo de una familia en cada reto emprendido.

Porque fueron, son y serán.

INDICE

Dedicatoria	2
INDICE.....	3
<i>Agradecimiento</i>	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	8
1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE	8
1.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA	10
2. LOS ACUERDOS PLENARIOS	14
2.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	16
CAPÍTULO II.....	17
2. 1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y SU DESARROLLO EN EL COMMON LAW	18
2.2. EL CIVIL LAW COMO SISTEMA JURÍDICO Y LOS ACUERDOS PLENARIOS.....	31
2.3. EL COMMON LAW FRENTE AL CIVIL LAW: DIVERGENCIAS Y CONCORDANCIAS.....	42
2.4. ELCOMMON LAW Y CIVIL LAW COMO SISTEMAS INFLUYENTES DEL SISTEMA JUDICIAL PERUANO	53
CAPÍTULO II.....	54
2.1. LOS ACUERDOS PLENARIOS EN EL DERECHO COMPARADO	54
2.1.1. Los Acuerdos Plenarios en España	54
2.1.2. Los Acuerdos Plenarios en Argentina.....	55
2.1.3. Los Acuerdos Plenarios en México.....	59
2.2. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN EL DERECHO COMPARADO.	63
CAPÍTULO III.....	68
3.1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN EL ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL PERUANO	68
3.2. El Precedente como apoyo a la igualdad en la resolución de casos	72
3.3 El precedente como herramienta de coherencia del orden jurídico.....	76
3.4. Los precedentes constitucionales como medio de interpretación de la Constitución.....	82
3.5. El discurso racional como característica común a la Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios.....	105

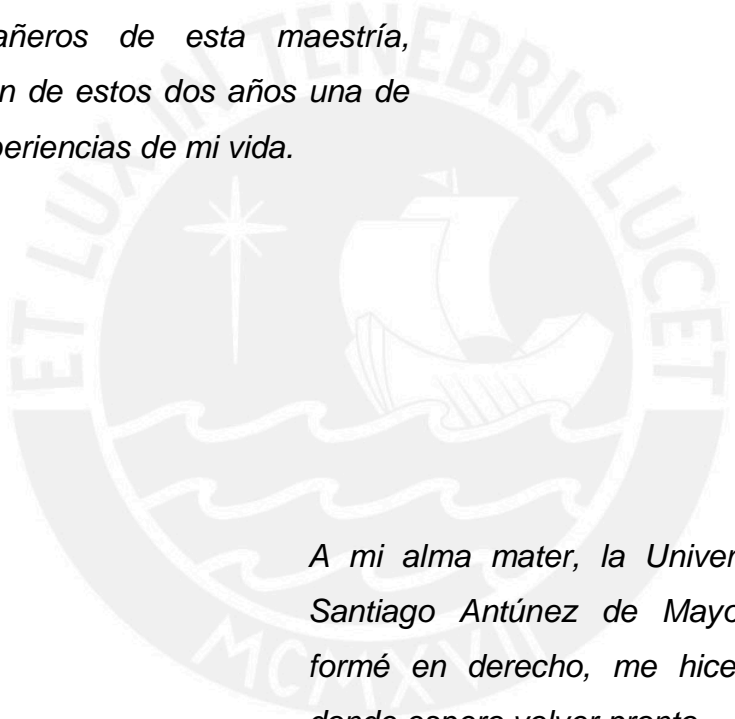
3.6. Argumentos en contra de la Jurisprudencia Vinculante y Precedentes Vinculantes.....	110
3.7. Los tipos de Jurisprudencia Vinculante en el Perú.....	117
3.7.1. El Precedente Vinculante en materia Constitucional	118
3.7.2. El Precedente Vinculante en materia Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	122
3.7.3. El Precedente Vinculante en materia Civil, Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia.....	130
3.7.4. La Casación	132
3.8. LOS ACUERDOS PLENARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL PERUANO	135
CAPÍTULO IV.....	144
4.1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y LOS ACUERDOS PLENARIOS Y SU INFLUENCIA EN LA ADECUADA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	144
4.1.1. El razonamiento Judicial dentro del modelo constitucional peruano.	145
4.1.2. La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios frente a la actividad jurisdiccional y la motivación adecuada.....	145
4.1.3. La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios frente a la independencia judicial.....	146
4.1.4. Las dificultades de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios en el Perú respecto a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales	150
4.2. El modelo Constitucional como un modelo no discursivo.....	159
4.3. La justificación y la motivación de las decisiones judiciales	160
a) La motivación.....	160
b) La justificación	161
4.4. La justificación de las decisiones como eliminación de la arbitrariedad ...	163
4.5. La justificación como motivación adecuada	164
CONCLUSIONES	169
BIBLIOGRAFÍA.....	173

Agradecimiento

A Dios, por darme la oportunidad de cursar la presente maestría.

A los docentes de esta casa de estudios, quienes han aportado grandes lecciones a mi vida gracias a su desprendida vocación por enseñar el Derecho.

A mis compañeros de esta maestría, quienes hicieron de estos dos años una de las mejores experiencias de mi vida.

A large, faint watermark of the Pontificia Universidad Católica del Perú logo is centered on the page. It features a circular emblem with a ship and a star, surrounded by the Latin motto "ET LUX IN TENEBRIS LUCET" and the year "1673".

A mi alma mater, la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, donde me formé en derecho, me hice abogado y a donde espero volver pronto.

A todos mis amigos y personas queridas, quienes gracias a su comprensión y apoyo en cada momento de mi vida hicieron gran parte de este resultado.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, la credibilidad del sector justicia por parte de la población es poco prometedora¹, pues la confianza en las instituciones no se ha incrementado al paso que quisiéramos.

Entre muchas de las razones que explican la poca aprobación del sector justicia se encuentra lo imprevisible que pueden ser las decisiones judiciales en base a interpretaciones distintas. Por esta razón, el sistema judicial ha procurado uniformizar su jurisprudencia utilizando herramientas que ayuden a prever el criterio de interpretación de los jueces en casos sustancialmente análogos.

El Perú ha desarrollado una cultura jurídica influenciada principalmente de dos sistemas jurídicos diferentes, el *civil law* y el *common law*, a través de los cuales nuestro sistema ha creado diversas instituciones y herramientas que nos ayuden a procurar el máximo ideal de justicia.

Entre estas herramientas se encuentra la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios. La jurisprudencia vinculante es un producto desarrollado desde el *common law*, mientras que los acuerdos plenarios no podría decirse que fueron desarrollados del *civil law*, pero como podrá observarse en el transcurso del presente trabajo pueden encontrarse algunos rasgos similares a sus orígenes en el sistema continental.

A la actualidad, tanto la jurisprudencia vinculante como los acuerdos plenarios han tomado relevancia en cuanto a su elaboración y uso como medios de uniformidad jurisprudencial, sin embargo, aún no se ha desarrollado legislativa respecto de su uso para la resolución de casos concretos.

El uso de estas herramientas se desarrolla en la motivación de las resoluciones judiciales, ya sea al aplicarlos como para dejarlos de aplicar, ambos merecen una motivación específica.

¹La encuesta sobre credibilidad de instituciones fue realizada en el año 2013, los resultados fueron que los partidos políticos, el Congreso de la República y el Poder Judicial cuentan con niveles de confianza de 5%, 8% y 11%, respectivamente.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la razonabilidad de la coexistencia de estas dos herramientas jurídicas, asimismo, señalar la importancia de su aplicación para la actividad jurisprudencial teniendo en cuenta los principales cuestionamientos que la doctrina tiene respecto a su uso, para finalmente señalar el uso adecuado de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios dentro de la actividad jurisdiccional.

La tesis se divide en cuatro capítulos, en el primer capítulo se muestra la perspectiva histórica del desarrollo de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios en base a una línea de tiempo, asimismo se analiza sus raíces frente al sistema del *common law* *civil law*, respectivamente.

En el segundo capítulo se desarrollará los acuerdos plenarios y la jurisprudencia vinculante en el derecho comparado.

En el tercer capítulo se desarrollará la situación actual los acuerdos plenarios y la jurisprudencia vinculante así como su concepto y principales características, así como el tratamiento que ha desarrollado en el Perú.

Finalmente, el cuarto capítulo se abordará la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

CAPÍTULO I

1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Si analizamos la historia del hombre, encontraremos que los conflictos siempre nos han sido indeliberables, sobre todo porque son el resultado de nuestra convivencia social y demuestran el ejercicio de libertades en diferentes grados. Por ende, siempre se ha procurado la solución de estos conflictos, ya sea a través de acciones pacíficas o violentas, de manera autocompositiva o heterocompositiva pero siempre se ha procurado el equilibrio entre la efectividad y garantía de los derechos fundamentales.

Históricamente la autotutela, como medida de resolución de conflictos, ha tenido pocos aspectos positivos en cuanto a la inmediata resolución conflictos; pero con mayores aspectos negativos por situaciones de venganza y desproporción en la sanción a imponer y la que debería imponerse. Por esta razón surgió la necesidad de tener a alguien que dirima el conflicto, un tercero “imparcial”, dicha responsabilidad se confió al Estado.

El monopolio de administración de justicia estatal se plasmó en el principio de la “unidad y exclusividad de la función Jurisdiccional” bajo de idea de “un solo juez, un solo Derecho, igual para el estado y el ciudadano”, principio que históricamente surge con la formación de los Estados, iniciando en el siglo XVII en la época de los reyes Estuardo, estatista y absolutista, a fin de introducir determinadas jurisdicciones especiales en los que se ventilen los litigios de los asuntos públicos o en los que sus servidores eran parte, logrando asentar dicho principio con la propuesta de la separación de poderes acuñado en la obra de Montesquieu *Del Espíritu de las Leyes* en 1748².

²ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. Bogotá: 2012. P. 322.

Actualmente se encuentra consignada en la Constitución³, que señala que la exclusividad de administrar Justicia emana del Poder Judicial⁴, este principio manifiesta su actuación las sentencias, lo que conforma su jurisprudencia.

La decisión judicial se plasma en la sentencia como producto final de la evaluación de los hechos y desde que se externaliza, sus efectos surgen y se muestran ante las personas afectadas directamente con la decisión así como ante quienes se afectan indirectamente, la suma de estas decisiones en bajo un criterio determinado de aplicar el derecho conforma la jurisprudencia, en este sentido, tenemos a quienes sostienen una doble dimensión de las sentencias y la jurisprudencia, por ejemplo, Francisco de P. Blasco Gascó señala que: “*La jurisprudencia y las sentencias, no sólo en los sistemas anglosajones, desempeñan una doble función: de un lado, resuelve el conflicto planteado ante el Tribunal, conflicto concreto entre dos partes; de otro lado, coadyuva al desarrollo del Ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar sus normas*”⁵. Lo que nos lleva a centrarnos en el segundo punto, es decir al desarrollo del ordenamiento jurídico.

La función de resolución de conflictos se evidencia al momento de la decisión final del órgano jurisdiccional, cuando se cierra el sistema respecto a las instancias que cada ordenamiento jurídico establece. En muchos ordenamientos jurídicos el pronunciamiento de las altas cortes se hace a razón de recursos extraordinarios, pues los requisitos tienen un contenido especial para su admisión⁶.

Analizar la historia de la Jurisprudencia como tal es una ardua tarea, sin duda porque para tal efecto es necesario estudiar la acción jurisdiccional y la misma

³ Artículo 139° inciso 1° de la Constitución Política del Perú: *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.*

⁴ Existen algunas discrepancias con respecto a otros órganos reconocidos constitucionalmente quienes también podrían ejercer función jurisdiccional. Sobre este tema véase: BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 5ta edición, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, Lima, 1996, pp. 636-639.

⁵ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. *La norma jurisprudencial*. Valencia: 2000, p. 17.

⁶ En el Perú contamos con figuras como la Casación, el recurso de Agravio Constitucional, El recurso de nulidad, entre otros.

institución de la magistratura, porque a través de los años la jurisprudencia ha sido el reflejo de esta.

En el presente capítulo se abordará el desarrollo histórico de la Jurisprudencia Vinculante en algunos de los más importantes modelos jurídicos, siendo que en muchos casos el desarrollo de la jurisprudencia bajo el nombre de precedentes y/o acuerdo plenarios no ha sido específico, sin embargo, la existencia de otras figuras jurídicas nos hace suponer que estos antecedentes facilitaron su posterior desarrollo dentro del *Common Law*, donde hasta la fecha ha alcanzado su mayor relevancia y ha irradiado a demás sistemas jurídicos. También se incluye el estudio de la jurisprudencia en el sistema Peruano dentro del cual se ha dividido en tipologías de jurisprudencia vinculante.

1.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA

a) La Jurisprudencia en el Derecho Romano

Para entender la formación de jurisprudencia en el Derecho Romano, debemos, en primer lugar, concebir a la jurisprudencia como el resultado inmediato de la actividad jurisdiccional al momento de la resolución de conflictos. En ese sentido, las magistraturas fueron evolucionando conforme se desarrollaba la sociedad romana, siendo que en el transcurso de su desarrollo inevitablemente fueron influidas por aspectos políticos, producto de las diversas luchas de clases que se debían a la situación claramente diferenciadas unas de otras⁷.

Si nos remontamos a la época de la monarquía romana, encontramos que el rey se encontraba asesorado por diversos colegios sacerdotales de pontífices conformado por los preclaros ciudadanos, quienes monopolizaron la función jurisdiccional a través de los *commentarii pontificum*⁸ sentando una labor interpretativa en las mismas.

⁷ LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de Belaunde En: *Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú (1990-1997)*. Revista Ius et Veritas, 2009, p. 105.

⁸Respecto a los *Commentarii Pontificum* se encuentra en las obras de Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso. En ESPITIA GARZÓN, Fabio. Ob. Cit. P. 322.

Con la aparición de la ley de las XII tablas, pese a que no contaba con una igualdad de clases, se permitió publicitar el derecho que hasta ese momento se encontraba en manos de los sacerdotes⁹.

Es hasta el año 204 a.C. cuando en la obra denominada *Triperita* creada por el jurisconsulto Sexto Aelio Paeto, obra que hizo nacer a la jurisprudencia de origen laico, que aunque no logró consolidarse como fuente del derecho si tuvo gran importancia como medio de difusión del derecho.

A finales de la república surgió el trabajo de los prudentes, personas con autoridad y experiencia científica prepararon el camino para que la jurisprudencia se convirtiera durante el principado, en la fuente jurídica de mayor relevancia. En este sentido, la labor jurisprudencial se desarrolló a través de las figuras de *responderé* y *scribere*, la cuales era las opiniones de jurisconsultos privilegiados que influían en los jueces de dicha época.

A partir de los finales del siglo II y comienzos del siglo III, gracias a la gran labor compiladora de Paulo, Ulpiano y Modestino la jurisprudencia llegó a su máximo florecimiento con las siguientes características:

Era consensual gracias a la internacionalización de Roma a través de la conquista y el cambio de su economía familiar a la economía mercantilista. El derecho deja de ser oral dando paso a la escritura, facilitando así la prueba y eliminando la excesiva publicidad en la celebración de los actos jurídicos, empieza a primar el derecho de gentes y la solución de los casos planteados¹⁰. Sobre todo, se procuró la unidad de criterio entre las diversas escuelas que resolvían los casos.

El llamado *magistratus* era la persona elegida por las asambleas para ejercer el poder de decisión durante un determinado tiempo. La actividad era de función pública, llegando a constituirse en un elemento fundamental de la sociedad. Existían algunos caracteres generales de las magistraturas en ese tiempo, como lo señala Armando Torrent:

⁹FONSECA TAPIA, César. *Derecho Romano*. Arequipa: 2007. P. 126.

¹⁰Ibíd. P. 144.

“Los caracteres generales de la magistratura republicana fueron: electividad, anualidad, colegiabilidad, gratuidad y responsabilidad por los actos realizados en contra de los intereses públicos y privados. Estos caracteres oponen la magistratura republicana a la monarquía, y aunque estos caracteres podemos denominarlos generales, no obstante y para determinadas magistraturas, sufren excepciones, como para el dictator y el magister equitum que no eran elegidos sino nombrados, el censor que duraban en el cargo 18 meses, y el dictator que duraba seis meses”¹¹.

Al respecto, interesa en especial el carácter de la responsabilidad, dado que a nuestro parecer, esta es una de las características asociadas a la producción de jurisprudencia y su respectiva evaluación, de lo que se deduce que dicha conducta tenía un monitoreo y juicio de valor en cuanto a su contenido, lo que si bien limitaba la actuación jurisdiccional, al mismo tiempo la marcaba como resultado de una línea de decisiones hasta cierto punto estandarizadas, pues *“no por haber llegado a ocupar una magistratura el ciudadano romano quedaba exonerado del cumplimiento de la legalidad; es más, al asumir el cargo tenía que jurar actuar según el ordenamiento cívico (iurare in leges), jurando el mismo día que asumía el cargo o todo lo más dentro de los cinco días siguientes. Caso de no hacerlo, decaía como magistrado”¹².*

La responsabilidad entendida desde los tiempos romanos influía en gran manera con respecto a la actuación jurisdiccional, los magistrados gozaban de inmunidad mientras ejercía el cargo, sin embargo tenían en claro que terminado su mandato debían responder por lo actos efectuados en el cumplimiento del mismo, entonces a fin de rendir cuenta de sus actos el apego a la ley, que incluso era juramentado, marcaba una línea jurisprudencial parecida porque la ley era única, por ende, el resultado interpretativo lo era del mismo modo y aunque en algunas ocasiones

¹¹ TORRENT, Armando. *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Grossi, 1982, p. 138.

¹² Ídem, p. 151.

dichas leyes contemplaban diversas interpretaciones, ya se establecían cierto límites en cuanto a la interpretación¹³.

Sin embargo, el sistema de precedentes no estaba institucionalizado como tal. Dicho concepto varió conforme el paso del tiempo, siendo que “los romanos no tenían, en principio, *case law*: la decisión de un tribunal no constituía un precedente obligatorio si la cuestión surgía otra vez. Esto era inevitable. En un sistema en el que el *iudex* no era un jurista, sino un ciudadano corriente, poco más que un árbitro, debió resultar imposible que sus sentencias vincularan”¹⁴.

Siendo así, William Buckland señala que en el derecho romano “Los Pontífices, quienes mediante ingeniosas tergiversaciones del texto, o lo que pasaba por texto, de las leyes antiguas, introducían nuevas reglas e incluso nuevas instituciones dentro del Derecho, eran *funcionarios (officials)*, y su acción era, de hecho, aunque no formalmente, legislación delegada”¹⁵.

Se debe rescatar el valor formativo que la jurisprudencia romana nos ofrece, en la medida en que podemos resaltar la actividad del jurisconsulto y la iniciación en el uso de métodos para interpretar el derecho y unificar criterio.

b) La Jurisprudencia en el Modelo Germánico

Otro referente para la jurisprudencia vinculante se encuentra en el modelo jurídico germánico, específicamente en la legislación escandinava, quienes a través de sus textos jurídicos introdujeron a la legislación sueca la “recopilación de decisiones jurídicas de Eskil Magnuson que se conserva en la obra de Olaus Petri, cronista que se ocupa en la historia de ese país. Pueden añadirse la inscripción en piedra de Oklunda y el anillo de Fossa”¹⁶.

¹³ WIEACKER, Franz y BURDESE, Alberto. *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*. Granada: 1998. P. 55.

¹⁴ BUCKLAND, William Warwick. En: *Derecho romano y common law: Una comparación en esbozo*. Madrid: Universidad Complutense, 1994, p. 27.

¹⁵ Ídem, p. 32.

¹⁶ PÉREZ PRENDES, José Manuel. En *Interpretación histórica del Derecho. Notas, esquemas, prácticas*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 283.

Por la expansión territorial de determinados pueblos y la diversificación de producción legislativa se hacía necesario unificar referentes mediante la aprensión de decisiones judiciales externas. Sin embargo, con respecto a la existencia fáctica de los precedentes, Kemp Allen señala que “es claro, sin embargo, que aunque las sentencias no fueran precedentes vinculantes, un sentenciar continuamente en un mismo sentido influía de hecho en los jueces”¹⁷.

2. LOS ACUERDOS PLENARIOS

Los acuerdos plenarios se diferencian de los plenos jurisdiccionales debido a que el primero constituye el documento final que se llega como resultado de un pleno jurisdiccional¹⁸, esta acción es llevada a cabo los magistrados, tiene la naturaleza de tener partes expositivas, debates y decisión final, son siempre publicados en el diario oficial y determinan orden vinculante en las decisiones de los demás magistrados.

Estas reuniones se llevan a cabo por los magistrados reunidos para fines de uniformizar criterios, estos plenos pueden ser de Jueces Superiores o de Jueces Supremos, siempre son sobre temas abstractos, propiamente es la reunión de dichos Jueces.

Según la Real Academia de la Lengua Española el vocablo pleno deriva del latín: “*Plenas*” que significa reunión o junta general de una corporación o miembros que la gobiernan. “*jurisdictionis*” que significa, poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar.

La figura de los plenos jurisdiccionales es una de las herramientas jurídicas que, al igual que la jurisprudencia vinculante, procuran la uniformidad jurisprudencial, así también están dirigidos a generar la predictibilidad de las decisiones judiciales y disminuir la sobrecarga procesal que actualmente agobia a casi todos los sistemas jurídicos.

¹⁷ CARLETON KEMP, Allen. *Law in the Making*. 5th edition New York: Oxford University, 1927, p. 156.

¹⁸ Al respecto es adecuado tener en cuenta que no todo pleno jurisdiccional conlleva a un acuerdo plenario propiamente dicho, pues en la práctica, la reunión de debate en los colegiados jurisdiccionales también adquiere el nombre de pleno jurisdiccional sin embargo esta nomenclatura corresponde a la reunión de discusión para debatir la decisión al caso en concreto mas no para emitir un acuerdo plenario.

En la doctrina existen diferentes opiniones sobre el grado de vinculatoriedad que tienen, lo cual va a depender mucho de la cultura jurídica en la que se desarrollen, si bien es cierto, esta figura no ha sido desarrollada en gran manera por la doctrina, esto se debió a que pese de que varios países ya contaran con esta herramienta, su uso se ha proliferado hace unos pocos años, cobrando así una gran influencia y relevancia que merece un tratamiento jurídico más desarrollado a fin de verificar su naturaleza e implicancias.

La realización de los plenos jurisdiccionales superiores se produce en la década de 1990, y comprende tres etapas en su desarrollo. De acuerdo con los artículos 113° y 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1993, se prescribe que los integrantes de las salas especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales con el fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial, como sucede con el Centro de Investigaciones Judiciales; sin embargo, suspendido el Centro de Investigaciones Judiciales, dicha labor fue realizada por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial y las respectivas Comisiones de Magistrados que se conformaron. En 1997 se realizaron los primeros plenos superiores en las especialidades civil, familia, penal y laboral; en consecuencia, una primera etapa de plenos superiores atañe desde 1997 hasta el 2000.

Es así que con el retorno de la institucionalidad democrática y acorde con la reestructuración judicial, el Poder Judicial asume el rol protagónico de liderar su propia reforma participativa en aras de un sistema de justicia fuerte, prueba de ello son los plenos jurisdiccionales supremos antes mencionados y el inicio de una segunda etapa entre los años 2002 al 2006; no obstante la realización de algunos plenos superiores. Dicho período se constituirá en la antesala de una intensa y penetrante actividad de plenos realizados hasta el día de hoy.

Bajo la dirección del Consejo Ejecutivo –órgano de gobierno y de gestión del Poder Judicial–, con el trabajo conjunto de los presidentes de las cortes superiores de Justicia del país, sus respectivas comisiones de magistrados de actos preparatorios y el Centro de Investigaciones Judiciales, el asesoramiento del

Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales, la contribución de los expositores magistrados y juristas, y el apoyo de la Gerencia General (con las gerencias correspondientes), se han efectuado desde 2007 a la fecha aproximadamente ciento cuarenta y dos (142) plenos superiores nacionales, regionales y distritales.

Es de esta manera que debemos aceptar que en la actualidad, los plenos jurisdiccionales han tomado una significativa relevancia desde que surgieron. Las grandes reformas en las que específicamente el Perú ha sido partícipe, un claro ejemplo de ello ha sido la implementación progresiva de la aplicación del Código Procesal Penal 2004, el cual como nuevo modelo procesal instituye nuevos retos para la impartición de Justicia Penal, dado que exige cambios emblemáticos en cuanto al actuar jurisdiccional, otro ejemplo de evolución jurisdiccional es también la implementación de la nueva Legislación Procesal del Trabajo el cual comparte muchos de los principios que la ley procesal penal.

Debido a que todo cambio ocasiona determinadas reacciones, la doctrina contraria a los acuerdos plenarios señala que pese a que legalmente se propugna aplicaciones uniformes, en la realidad no siempre es así, en primer lugar, porque quienes van a interpretar y aplicar la mencionada ley son personas, quienes tienen criterios interpretativos diferentes, sobre todo si nos referimos a la justificación interna de cada Juez, más aún si se sabe que todo criterio interno de los jueces afecta en cierto grado la apreciación del derechos hacia el caso concreto, si existen varias maneras constitucionales de interpretar a las leyes, pues lo que determinará la interpretación correcta no puede ser añadida en una fórmula única.

La mejor forma de entender los acuerdos plenarios es identificando sus antecedentes en sistema del *Civil Law*, pues si bien no se presentan como tales en tiempos del surgimiento de este sistema, la interpretación dentro la ley ha sido uno de los postulados que se asemeja a la idea de los acuerdos plenarios.

2.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA

La figura de los acuerdos plenarios es relativamente nueva en cuanto a su institucionalización en las leyes orgánicas de los Poderes Judiciales en el mundo,

incluso muchos países aún no los consignan en dichos documentos, sin embargo, como esencia comunicativa entre los jueces a fin de unificar criterios, la actividad puede remontarse al derecho Romano o incluso antes, esto se debe a que a través de la historia la comunicación, entre las personas que ejercen jurisdicción, la comunicación ha sido un hilo conductor de la actividad humana. La coordinación de actividades ha estado presente en todas las magistraturas de todos los países, la diferenciación de tales comunicaciones se ha centrado en el modo de coordinación, los cuales difieren en la cantidad de intervinientes o en la fuerza de los acuerdos, sin embargo no se puede negar que el ejercicio de coordinar actividades ha estado presente hace mucho, más aún, que ahora los acuerdos plenarios están adquiriendo mayor relevancia y protagonismo en el Derecho.

Para ubicar esta actividad jurisdiccional, hemos creído pertinente ubicarla desde el sistema jurídico del *Civil Law*, por ende, es necesario comprender los alcances de este sistema jurídico y el desempeño de la actividad jurisdiccional a través del tiempo.

CAPÍTULO II

2. 1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y SU DESARROLLO EN EL COMMON LAW

Estudiar el *common law* es analizar en contraste el sistema de la Europa Continental, y del modelo de jueces que se forjó después de la Revolución Francesa. En este sentido, la soberanía parlamentaria determinó bastante en la tradición inglesa, que es donde se forjó el sistema estadounidense.

Un hito que marcó el desarrollo del *common law* fue la coronación de Guillermo de Orange y su consecuente aceptación de la promulgación de la Declaración de Derechos¹⁹. Surgió entonces el traslado de la confianza de la tutela de derechos a los jueces, dejando de lado los textos escritos o derecho de los libros y optando por un sistema mucho más práctico de aplicación uniforme, los que se denominaron derecho común o *common law*, los cuales tenían un gran apego ius naturalista y sustentaba el reconocimiento de costumbres como fuentes del derecho. En palabras de Rodríguez Santander: “el derecho no se proyectaba desde la generalidad y la abstracción positiva hacia la particularidad y la concreción, sino que, por el contrario, eran los casos los que determinaban la configuración de un derecho (*Case Law*) cuyos entornos últimos debían ser dilucidados por el juez a la luz del poder de la costumbre y de la naturaleza.”²⁰

Actualmente es difícil imaginar a la jurisprudencia vinculante alejada del sistema del *common law*, siendo que los precedentes o jurisprudencia Vinculante, histórica y materialmente constituyen un componente de estos sistemas jurídicos, especialmente del sistema inglés y norteamericano²¹.

Es claro, pues que el derecho anglosajón ha jugado un papel importante y determinante en el establecimiento de la jurisprudencia orientada a la uniformización de las decisiones judiciales en casos similares, resolviendo

¹⁹Bill of Rights, redactado en Inglaterra en 1689, el cual fortaleció al parlamento tras las luchas de clases en contra de los gobiernos absolutistas anteriores que dieron lugar al reconocimiento de múltiples derechos.

²⁰RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos*, Lima: Palestra, 2007, Pág. 34.

²¹LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. En comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dir. Por Susana Castañeda, Lima: Grijley, 2010, p.89

reiteradamente sus causas en un mismo sentido y haciendo de esa interpretación una obligación en cuanto a futuras líneas de decisión.

En el *Common Law*, como parte del desarrollo de la jurisprudencia surgió una discusión previa a la jurisprudencia vinculante, sobre el carácter o significado de la decisión judicial, esto en cuanto a determinar si correspondía a una creación de derecho por parte del juez o si solamente lo declaraba por ser preexistente a su decisión, lo que dio lugar a que se discutiera una teoría de la jurisdicción²².

Como primera postura se concibió que, ya que la idea del *Common Law* se encontraba en la costumbre generales de los *Englishmen*, entonces el Juez no la creaba, sino, simplemente la declaraba²³. Algo similar ocurría con los precedentes o jurisprudencia vinculante, ya que si las decisiones ya declaraban el derecho existente el juez de inferior jerarquía únicamente debía declarar el derecho dentro de los precedentes.

Esta primera teoría fue rechazada por Jeremy Bentham y John Austin quienes afirmaban que los jueces poseían el *law making authority*, con lo que deducían que el juez creaba el derecho producto a su voluntad decisiva y no únicamente lo declaraba.

La toma de postura en cuanto a una de las teorías antes mencionadas tenía especial relevancia en cuanto a la vinculatoriedad o no de los precedentes, o el llamado *stare decisis*, el mismo que significaba tanto la vinculación, por medio del precedente, en orden vertical (o sea, como representación de la necesidad de una Corte inferior respetar la decisión pretérita de la Corte Superior), como horizontal, (la Corte poder respetar la decisión anterior emanada de su interior, aunque la constitución de los jueces sea alterada)²⁴. Por ende, el respeto a esta *stare decisis* exigiría el que se admita una creación judicial del derecho al momento de la decisión, pues de otro modo, el juez debería cumplir la decisión de un órgano superior aunque esta pueda resultar injusta.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obligatorios*, Lima: Palestra, 2013, p. 20.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ídem*, p. 23.

En cuanto al *stare decisis* es necesario aclarar que desde el punto de vista de principio, este organiza el *case law* vinculando a los organismos jurisdiccionales a los precedentes de otros tribunales, lo cual es denominado el *stare decisis* vertical, pero también contempla la autovinculación de cada tribunal a las reglas que ya dictó anteriormente, lo cual es denominado *stare decisis* horizontal²⁵.

Con respecto al *stare decisis* vertical, este se erige desde un punto de partida vertical, lo cual enmarca principios de autoridad jerarquizada, la cual otorga la fuerza vinculante a su decisión cuyos efectos como principio establecen la obligatoriedad de los órganos jurisdiccionales inferiores de seguir la decisión adoptada en casos futuros.

Para entender a la jurisprudencia vinculante en el sistema del *Common Law*, es importante no confundir los conceptos de *common law* con el de *stare decisis* ya que su diferencia es amplia, sobre todo si se tiene en cuenta su aparición en el tiempo y la magnitud de conceptos, es este sentido, cualquier identificación entre el sistema del *Common Law* y la doctrina de los precedentes, cualquier intento de explicar la naturaleza del *Common Law* en términos de *stare decisis* será insatisfactoria, una vez que la elaboración de reglas y principios regulando el uso de los precedentes y la determinación y aceptación de su autoridad son relativamente recientes, para no hablarse de precedentes vinculantes que es más reciente aún.

Además de que el *Common Law* nació siglos antes de que alguien se preocupase por tales cuestiones, este funcionó muy bien como sistema de derecho sin los fundamentos y conceptos propios de la teoría de los precedentes, como, por ejemplo, el concepto de *ratio decidendi*²⁶.

Esta diferenciación no vuelve antinómicos los conceptos, sino que fundamenta que no se podría condicionar o tratar de generar explicaciones del *Common Law*

²⁵Con respecto a la uniformidad de la doctrina, hay algunas discrepancias en cuanto a la división categórica entre el *stare decisis* vertical y el *stare decisis* horizontal, sobre todo entre la doctrina norteamericana e inglesa.

²⁶ SIMPSON, A.W.B. *The Common Law and legal theory*. In: HORDER, Jeremy. *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77.

desde el *stare decisis*, sin embargo, el razonamiento inverso, aunque no es señalado por el historiador citado, es válido, porque la explicación del *stare decisis* es un ejercicio más justificado si es explicado desde los términos del *Common Law*, por tener dentro del mismo sus bases de desarrollo.

Por otro lado Marinoni señala que incluso siendo correcto que “el *stare decisis* no es necesario para la existencia del sistema de derecho material ni para el funcionamiento del sistema de distribución de justicia, alguien podría decir que éste es indispensable en el *Common Law* bajo el argumento de que ahí las decisiones judiciales establecen el derecho no edificado por el legislativo”²⁷.

Esta postura se debe a la afirmación de la labor creadora de derecho por parte de los Jueces al momento de interpretar las normas y de resolver los casos, especialmente en el *Common Law* ya que los precedentes, al lado de la ley y la costumbre, constituyen fuente de dicho sistema.

En esta línea de ideas, como la primera manifestación del sistema del *Common Law*, Buckland señala:

*“El Common Law fue alumbrado por los Jueces del Rey, a lo largo de todo el territorio, precisamente porque no había costumbre común del reino. Las costumbres de las diferentes partes del país, establecidas por los diferentes elementos de nuestra híbrida población, eran muy diversas, y la justicia señorial había ocasionado que hubiera una casi infinita cantidad de costumbres imperantes en pequeñas áreas”*²⁸.

Esto nos muestra que el sistema del *Common Law*, como se ha señalado anteriormente, tuvo una formación histórica, que basaba gran parte de su desarrollo en la costumbre, lo que ha formado el propio modelo americano, caracterizado por el gran margen de acción que tienen los jueces, su empoderamiento y libertad amplia de decisión, y que únicamente se circunscribe a

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Loc. Cit. 233

²⁸ BUCKLAND, William Warwick. Op. Cit. P. 35.

procurar el asentamiento de una constitución rígida, para ser asumida por todos los jueces como parámetro de legitimidad de las leyes ordinarias.

Siendo así, no era extraño que con estos márgenes amplios de interpretación, en un inicio las decisiones se encaminaran por diversos sentidos interpretativos acorde a la constitución, las cuales debían ser ordenadas en un sentido similar. Las razones de las diferentes interpretaciones son amplias: ante todo, las normas generales y abstractas que el juez está llamado a aplicar pueden ser susceptibles de interpretaciones diversas, todas compatibles con el dictado normativo: la interpretación de la ley²⁹.

Este carácter amplio de interpretación judicial apoya la postura que afirma la creación judicial del derecho por parte del juez, es decir, que la sentencia y en concreto, la *ratio decidendi* se configura como norma jurídica de origen judicial.

Al respecto Gálvez Villegas explica que:

“En los Estados Unidos de Norteamérica el stare decisis está referido fundamentalmente a la doctrina y fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema. No obstante, en general, el precedente constituye una decisión de un tribunal o de un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho plantada en un caso, necesaria para la resolución del mismo. Dicha decisión adquiere autoridad u obligatoriedad para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango; los que quedan obligados a la aplicación en los subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión”³⁰.

Para encontrar algunas raíces del *stare decisis* es necesario remitirnos a la revolución Gloriosa de 1688, donde se estableció la *supremacy of the parliament* con el cual se pretendió el control de las colonias por parte del Reino Ingles que

²⁹ GALGANO, Francesco. *El precedente judicial en el Civil Law*. En: Atlas de Derecho privado comparado, Madrid, 1996, p. 76

³⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. Lima: Jurista, 2013, p. 115-116.

luego dio lugar que en los Estados Unidos apareciera el *supremacy of the judiciary*.

La supremacía del parlamento inglés se imponía a sus colonias a través de las Cartas, las que eran consideradas las primeras constituciones de las colonias porque eran vinculantes para la legislación colonial y regulaban su estructura jurídica fundamental³¹. Por lo que para evitar las contradicciones contra las leyes estipuladas por el Reino Inglés, se establecieron los primeros rasgos del *judicial review*. Es en este sentido que si bien es cierto que la revisión de las leyes surgió para controlar los actos de las colonias, al mismo tiempo se empoderó poco a poco a los jueces y así aportó a lo que ahora conocemos como la constitucionalidad de los jueces, que en estados unidos acogió una de las máximas expresiones.

Después de la independencia de las colonias americanas en el año 1776, estas empezaron a sustituir las cartas por sus propias constituciones, lo que en la práctica se plasmaba en trasladar el mismo razonamiento de los jueces, pero teniendo como parámetro a sus propias constituciones. Así, toda y cualquier norma elaborada por el Legislativo, estaría insertada en el *Common Law* para contener el poder real.

Sin embargo, el control de legitimidad de los actos de la colonia, a partir del derecho inglés y el control de constitucionalidad de las leyes, con base en la Constitución americana no significó un cambio de principios o la sustitución del principio de supremacía del parlamento por el principio del poder judicial³².

a) El Juez del Common Law y su labor creadora del derecho

Es necesario tener en cuenta la diferencia entre la fuerza creadora del derecho mediante el precedente en el *Common Law* con la ley elaborada por el legislativo. Esta diferenciación salta a la luz en primer lugar por la fuerza vinculante está referida a los demás jueces. Pero la mayor parte de la doctrina ha aceptado que la

³¹Estas constituciones también contemplaban la posibilidad de las colonias de aprobar sus leyes siempre y cuando sean razonables y no contrarias a las leyes del Reino Inglés.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit, p. 48.

creación judicial del derecho existe, siendo que esta no es una creación que parta de su propia voluntad, sino porque la naturaleza del caso así lo exige y se acompaña de una argumentación que permita defenderla e imponerla constitucionalmente ante los demás. Sin embargo, cuando el juez interpreta es porque existe un derecho preexistente sobre el cual se interpreta, lo cual justifica algunas posturas que se mantienen firmes sosteniendo que en realidad no hay una creación jurisdiccional, sino una interpretación derivada³³.

Comprender al *Common Law* y la fuerza vinculante de su jurisprudencia nos lleva a profundizar en los actores del sistema, sobre todo si se tiene en cuenta que este sistema contempla a un principal actor, el Juez, en palabras de Marinoni:

“El magistrado inglés tuvo fundamental importancia en la consolidación del Common Law – de ahí que se refiera al judge make law. El poder del Juez era de afirmar el Common Law, el cual se sobreponía al legislativo, que, por eso, debería de actuar de modo a complementarlo”³⁴.

Esto se debe a que el Juez en el *Common Law* tenía como misión la análisis de los casos concreto, siendo que a partir de ellos elucubraba reglas de interpretación, circunstancia que era compartido por el parlamento porque a partir de ello se reafirmaba la voluntad común, de donde surge el *due process of law*, que fue el proceso mediante el cual se empezó a ver la elaboración de la ley en base a las costumbres.

Esta sinergia entre el parlamento y la Corte se debió al rechazo conjunto que ambos sectores tenían en común hacia el monarca, siendo que se procuraba la reivindicación de los derechos y libertades del ciudadano. El *Common Law* se erigió entonces como un sistema donde los derechos se veían reflejados en el doble filtro que constituían el parlamento – que por antonomasia era la representación popular y el poder judicial, donde los jueces interpretaban la ley,

³³ Al respecto podría señalarse que aun cuando los Jueces utilizan la costumbre como método de interpretación en sus decisiones, en realidad no crean el derecho porque en el *Common Law* también existe un derecho preexistente admitido legalmente: el derecho consuetudinario.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit, p. 34.

siendo que no sólo la interpretaban, sino que también extraían deberes y derechos de las mismas a partir de la costumbre.

La creación del derecho por parte del juez en el *Common Law* se refleja en gran manera por el control de constitucionalidad que hace sobre la ley, pues como ya se ha mencionado, no es un máquina meramente aplicativa, con lo que se pretende el control de los poderes estatales, por ende, su legitimidad. En palabras de Rainer Grote: “en muchos casos, el *Common Law* controlará los actos de Parlamento y algunas veces los juzgará absolutamente nulos: puesto que, cuando un acto del Parlamento fuere contrario a algún derecho o razón común o repugnante, o imposible de ser aplicado, el *Common Law* irá a controlarlos y Juzgarlos como si fuesen nulos”³⁵.

Sin embargo, esto no restaba la supremacía legal, siendo que hasta la actualidad se encuentra contemplada en su constitución³⁶, lo cual no significa que no se pueda excluir la necesidad de los precedentes en ese sistema, ni mucho menos el valor del ordenamiento constitucional como marco de interpretación de la ley.

Se debe tener presente que la revolución de 1688 que caracteriza el inicio del *Common Law* no tuvo la consigna de cambiar el sistema de manera completa, ni de trastocar sus principios básicos, como sí lo hizo la Revolución Francesa de 1789, sino que procuró hacer respetar los principios ya existentes de un Rey que no lo hacía³⁷.

En este clima de cambios tiene bastante importancia el *Bill of Rights* que si bien procuró el respeto y la protección de la persona, de la propiedad y de

³⁵ GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit*, en: Christian Starck (Ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis*, 1999, p. 2.

³⁶ La Constitución de los Estados Unidos de América contempla la *Supremacy Clause* o Cláusula de Supremacía en su artículo VI, cláusula 2, según la cual la Constitución las Leyes Federales y los Tratados realizados bajo la autoridad de aquella nación, representan la “Ley Suprema del País”, estado subordinadas a ellas todos los jueces de todos los Estados restando apartadas cualesquiera determinaciones en contrario, constante en la Constitución o en las Leyes Estatales (En el original: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”)

³⁷ GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit*, Ibid. P. 122.

determinadas garantías procesales y aspectos de dimensión política, se erigió como un compromiso del soberano a la Ley.

En el *Common Law* no hubo la necesidad de someter al Juez a la Ley porque la Ley no objetivaba expresar un derecho nuevo, sino que era lo introducido como derecho ancestral y de costumbres anclado a la historia y tradiciones inglesas por lo que el Juez tenía un papel de aliado del sistema instalado en colaborar contra el absolutismo del Rey.

La superación del iusnaturalismo racionalista por el positivismo dio gran importancia a la comprensión de un juez capaz de crear derecho, pues se decía que el derecho dependía de la voluntad, entonces surgieron las afirmaciones de que el *Common Law* ya no estaba en las tradiciones o costumbres del pueblo como lo sustentaba Blackstone³⁸, sino que en la voluntad legitimada de decirlo, que en el caso del *Common Law* fue en la voluntad de los jueces, y en estricto, en el precedente.

La naturaleza del precedente suele ser conceptualmente diversa, sin embargo una de las analogías que interesan en el presente trabajo es la concepción entre el precedente y el “ejemplo”, el cual se fundamenta en base a la experiencia por lo que ella nos enseña, como lo señala Duxbury:

“Cuando nosotros decidimos fundamentarnos en la experiencia, estamos valorando la experiencia por lo que ella enseña. Cuando decidimos con fundamento en los precedentes, consideramos importante el hecho de que nuestra situación actual ha sido abordada anteriormente, sin embargo, nosotros no iremos necesariamente, a evaluar el precedente por lo que este nos enseña. A veces, podemos incluso seguir precedentes con los cuales no concordamos”³⁹.

³⁸Los textos de Blackstone fueron de importancia para dotar al *Common Law* una forma y sustancia inteligibles a favor de las sociedades en rápida modernización y comercialización. Para ver más en: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 481-482.

³⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New Cork: Cambrigde University Press, 2008, p 2-3.

Esto lleva a varios autores a decir que es posible asimilar al precedente con el ejemplo, el cual constituye el paradigma y, tal como el precedente, puede orientar el comportamiento actual⁴⁰. Sin embargo, la diferencia radica en que el valor del precedente no depende en estricto de su contenido sino de la autoridad que está en su base, es decir su *status*⁴¹, ya que no todo buen ejemplo es o debe constituir un precedente.

Por otro lado también existen vinculaciones del precedente a la costumbre, las cuales fundamentan la postura sobre la base de que constituye fuente primaria del derecho en casos del *Common Law* y fuente secundaria en otros sistemas jurídicos. Sin embargo, otras posturas afirman que existe precedente si costumbre y costumbre sin precedente⁴², pero ambas posturas concuerdan en que por lo menos existe una gran influencia de la costumbre sobre el precedente que le propicia mayor fuerza, sobre todo en el sistema del *Common Law*⁴³. Lo que no quita que en determinados casos la costumbre pueda cuestionar al precedente.

b) El precedente en el common law como poder y respeto al pasado

Un precedente en la medida en que emana de un ente con autoridad debe ser respetado por quien lo produjo y por quien está obligado a decidir en un caso similar⁴⁴. Lo cual otorga seguridad jurídica a los casos similares porque ya no se ven sorprendidos en cuanto a la posible decisión.

Así también, el precedente se erige como una forma de respeto al pasado, lo cual a diferencia del ámbito político, sí le es exigible al ámbito jurídico, donde el respeto es exigido, o por lo menos, como mínimo presentar buenas y convincentes y justificativas para dejarlo de lado⁴⁵.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit. P. 116.

⁴¹ El original en: SCHAEUR, Frederick. *Has precedent ever really mattered in the Supreme Court?* Georgia State University Law Review, vol 24, Winter 2007, pp. 381-401.

⁴² TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1994, p.19.

⁴³ Con la precisión de que en el sistema del *Common Law* se diferencia entre la costumbre local y la de carácter general, las primeras son eventualmente consideradas por las altas cortes.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. Op. Cit. p.23.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit. p. 120.

Desde el punto de vista de los justiciables, esta exigencia de respeto al pasado son justificadas en cuanto a que legitiman la actuación judicial en cuanto a la uniformidad de decisiones y a definir los parámetros de conducta del jurisdiccional. En el *Common Law* se estableció esto como el *treat alike cases*, como principio de tratar de la misma forma a los casos similares. Lo cual legitima un poder que por naturaleza no se encuentra legitimado democráticamente en cuanto a su origen.

Esta consideración al futuro también incluye que se deba pensar en los efectos futuros de la decisión o del precedente, ya que como se menciona, esta marca el comportamiento futuro de los justiciables y no únicamente para ellos sino que también consigo mismo a fin de guardar la uniformidad para la resolución de los casos futuros. Sumado a esto, se tiene que de esta forma se puede controlar objetivamente las decisiones jurisdiccionales que evitan situaciones inexplicables de decisiones diversas. En palabras de Akanmidu:

“El precedente, de la forma como se presenta en el derecho, subsidia a una base para referencia a decisiones anteriores en el derecho. Esta referencia aumenta la búsqueda por aquello que fue en caso de la decisión anterior. Esta referencia, igualmente, ayuda a promover una búsqueda por la objetividad. La objetividad, en este sentido, representa una importante plataforma de comparación entre los casos y también un importante medio de reflexión en el esfuerzo por determinar e identificar errores y las secuencias de eventos a fin de ajustarse a la justicia”⁴⁶.

Debe tenerse en cuenta que la decisión que va a estar en análisis del precedente no pertenece a los hechos ni circunstancias alternas, sino únicamente al aspecto vinculante de la decisión. Siendo así, las decisiones sobre cuestiones de hecho no constituyen precedentes, pues cada caso considerado es único. A fin de constituir un precedente, la decisión debe abarcar una cuestión de derecho⁴⁷.

⁴⁶ El original en: AKANMIDU, Rápale A. “*The morality of precedent in law*”. Ratio Juris, vol 14, n.2, jun 2001. 244-251.

⁴⁷ CROSS, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon press. P.169.

En este punto es necesario distinguir que la naturaleza del precedente, en cuanto a su inmutabilidad del mismo, difiere de la cosa juzgada, pues si bien un precedente siempre constituye cosa juzgada en cuanto a la decisión para las partes, el precedente únicamente garantiza la estabilidad de la interpretación jurídica. Mientras que la cosa juzgada garantiza la inmutabilidad de la decisión⁴⁸. De todas maneras este respeto al precedente varía en grado y depende de este, pues no en todos los sistemas el respeto a las decisiones para casos futuros es igual.

Existen sistemas que mantienen el respeto bien marcado de los precedentes, en los cuales este es absolutamente vinculante y por ende prohíbe al juez de menor jerarquía decidir en forma contraria, así como no es posible que el tribunal niegue que ya decidió sobre su mismo precedente, en estos casos el precedente no es interpretable, pero eso no impide a que el juez realice el *distinguishing* del caso que tiene a la vista, esto quiere decir, que el juez puede tomar la interpretación de los hechos, no del precedente, y llegar a la colusión que estos son diferentes o tornan a la causa distinta de la ya decidida y que contiene al precedente vigente.

Sin embargo, cabe señalar que en el caso anterior la desvinculación no es una opción, sin importar las poderosas razones que el juez de inferior instancia pueda tener con respecto al razonamiento del precedente, sino que en palabras de Alexy: “la regla de decisión ha de aplicarse *prima facie* a todos los casos futuros en los que concurren las características que lo hagan sustancialmente semejante al caso

⁴⁸En la doctrina del sistema americano, la cosa juzgada se divide en dos tipos: *res judicata* y *colateral estoppel*, siendo que ambas se diferencian del *stare decisis*. Como lo señala Heinz: “Al contrario del *stare decisis*, ambas teorías exigen no sólo la identidad de causas, sino también de las partes envueltas en los procesos. La *res judicata* envuelve la noción de preclusión del pedido (*claim preclusion*), mientras que el *colateral estoppel* trae consigo la idea de preclusión de hecho (*issue preclusion*). La *res judicata* previene que una persona renueve la discusión de un pedido si (1) hay un juzgamiento final en una acción anterior, (2) las materias levantadas en un caso subsecuente son las mismas o podrían haber sido demandadas en una acción anterior y (3) los pedidos en la misma acción envuelven la misma parte o interesados. La *collateral estoppel* impide que una parte renueve discusión sobre un hecho si (1) el hecho en litigio subsecuente es el mismo que aquel de la acción anterior, (2) el hecho fue objeto de litigio y necesario de una decisión final, (3) la persona contra la cual la *collateral estoppel* es afirmada era parte interesada en la acción anterior y (4) la parte que sufrió preclusión tuvo total y justa oportunidad de discutir el hecho”. El original en HEINSZ, Timothy J. “Grieve it again: of *stare decisis*, *res judicata* and *collateral estoppels* in labor arbitration”. Boston College Law Review, vol. 38, mar. 1997, pp. 275-300.

respecto del cual se formula la regla de la decisión”⁴⁹. Incluso en cuanto al tribunal que dictó el precedente, su obligatoriedad de seguir la línea de interpretación autoimpuesta, muchas veces es mayor que resolver el caso con la duda de tomar una decisión que en el caso podría resultar injusta, a menos que decida aplicar el *overruling* y revocar el precedente⁵⁰.

La obligación de seguir los precedentes puede distinguirse en dos modelos justificativos, los cuales son explicados por Soriano:

“Por un lado, el denominado argumento pragmático y, por otro, el argumento de justicia formal. Según el primero, la razón para seguir los precedentes se encuentra en los beneficios que con ello se obtiene: la uniforme aplicación de las leyes (y de la constitución), la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales entre otros. Según el argumento de justicia formal, la razón para seguir los precedentes es el principio de igualdad, es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante”.⁵¹

Al respecto es necesario precisar que no se puede tomar un solo modelo justificativo del precedente, no resulta suficiente para su aplicación, ya que el argumento práctico desde una visión individual podría devenir en precedentes que uniformicen las decisiones pero cuya argumentación sea insuficiente y carezcan de legitimidad en su aplicación. Por otro lado, si únicamente se tiene en cuenta el argumento de justicia formal, se puede caer en precedentes con gran carga de principios de justicia pero sin utilidad práctica ya que cada juez podría tener una concepción de justicia muy diferente a la de otros jueces.

⁴⁹ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 537.

⁵⁰Michael Gerhardt, en una obra recientemente publicada en los Estados Unidos, anota que las justificativas más comunes encontradas en la Suprema Corte para la revocación de precedentes constituyen inconsistencia con los últimos precedentes (69 casos) y casos equivocadamente decididos (39 casos). El original en: SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*.

⁵¹MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2002, pp 128-129.

2.2. EL CIVIL LAW COMO SISTEMA JURÍDICO Y LOS ACUERDOS PLENARIOS

El término *Civil Law* deriva del *ius civile* América, la ley aplicada a todos los civiles romanos o los ciudadanos. Sus orígenes y modelo se encuentran en la compilación monumental del derecho romano encargado por el emperador Justiniano en el siglo VI dC. Aunque esta compilación se perdió en décadas de su creación, fue redescubierta y hecha la base de la instrucción legal en Italia del siglo XI, y en el siglo XVI llegó a ser conocido como *Corpus iuris Civilis*. Las sucesivas generaciones de juristas de toda Europa adaptaron los principios del derecho romano antiguo en el *Corpus iuris Civilis* a las necesidades de ese entonces. Los eruditos medievales de la ley eclesiástica católica, o el derecho canónico, también se influenciaron por el derecho romano, ya que compilaban las fuentes jurídicas religiosas existentes en su propio sistema global de derecho y la gobernanza de la Iglesia, una institución fundamental en la cultura medieval, la política y la educación superior. A finales de la Edad Media, estas dos leyes, civil y canónico, se enseñó en la mayoría de las universidades y formaron la base de un cuerpo común de pensamiento jurídico común para la mayor parte de Europa. El nacimiento y la evolución de la tradición del *civil law* medieval basado en el derecho romano era parte integrante del desarrollo jurídico europeo. Se ofreció una variedad de principios y normas investidos de la autoridad de la antigua Roma y siglos de distinguidos juristas legales, y se tendió la posibilidad de un código legal completo que proporcionó la ley sustantiva y de procedimiento para todas las situaciones.

En *civil law* llegó a la práctica en toda Europa, el papel de las costumbres locales como fuente de ley se convirtió en cada vez más importante, especialmente en lo que cada vez más países europeos trataron de unificar y organizar sus sistemas legales individuales. Durante todo el período moderno temprano, este deseo generó intentos académicos para sistematizar, las disposiciones jurídicas dispares dispersas y las leyes consuetudinarias locales y ponerlas en armonía con los principios racionales del *civil law* y la ley natural. El más emblemático de estos intentos fue la obra del jurista holandés Hugo Grocio de 1631, Introducción a la

jurisprudencia holandesa, que sintetizó el derecho romano y el derecho consuetudinario holandés en un todo coherente. En el siglo XVIII, las aspiraciones reformistas de gobernantes ilustrados alineados con el deseo de juristas para racionalizar la ley para producir códigos legales integrales, sistemáticos, incluyendo 1786 Códigos de Austria de José II y el Código Civil completo de 1811, el Código Territorial de Prusia de 1794, y el Código Civil francés (conocido como el Código de Napoleón) de 1804. Estos códigos, formados por la tradición del derecho romano, son los modelos de sistemas de derecho civil de la actualidad.

Un ejemplo de este modelo judicial es el modelo de los jueces franceses, los cuales basaron su actuación en la estricta división de poderes debido a su tradición histórica y a la revolución que afrontaron en 1789. Rechazaron a través del constituyente Francés de 1791 la adopción del control incidental de la constitucionalidad de las leyes, la misma que ya se había adoptado un década antes en Italia y en la República federal alemana; asimismo, rechazaron el control constitucional de las leyes a través del recurso directo sucesivo.

Inicialmente, el control de constitucionalidad podía ser promovido únicamente por el Presidente de la República, el Primer Ministro, o por los Presidentes de las dos cámaras del parlamento, lo cual ponía en manifiesto el gran apego y confianza que se otorgaba al legislativo y el fuerte cuestionamiento a cuestionar la actividad legislativa por vía judicial, es así que lo señalado por Montesquieu⁵², tenía plena vigencia dentro de esta época del sistema jurídico.

Respecto a la actividad jurisdiccional no se puede afirmar que el *Civil Law* haya tenido o tenga un divorcio con el *common law* pues hay más rasgos compartidos entre ambos que las diferencias irreconciliables entre ellos, así también la influencia entre estos dos sistemas jurídicos ha sido continua por lo que no

⁵² En lo dicho por Montesquieu: “*podría suceder que la ley, que es al mismo tiempo clarividente y ciega, fuese en ciertos casos muy rigurosa. Sin embargo, los jueces de una nación no son, como decimos, más que la boca que pronuncia las sentencias de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*”. En: Montesquieu, “*El espíritu de las leyes*”, editorial jurídica salvadoreña, 2º edición, San Salvador, El Salvador, p. 25.

podemos decir que en un sistema haya existido un control absoluto del sistema por parte de los jueces o de los legisladores. En palabras de Caenegem:

“En este sentido, es claro que el Common Law, fue creado por los jueces, que el Derecho romano medieval y moderno (que podría ser llamado el Neo-Derecho romano de la Europa occidental⁵³) fue creado por los catedráticos, y que gran parte del Derecho revolucionario francés fue creado por los legisladores”⁵⁴.

En este sentido, las fuentes creadoras del derecho como la Costumbre, la Legislación y la Doctrina, han sido manifestaciones de fuerzas sociales a través de la historia de los sistemas jurídicos, algo que en *civil law* estuvo presente, siendo que detrás del problema práctico de la codificación, existían problemas más grandes presentados por la contraposición de la razón contra la tradición, la historia contra la renovación, la acción humana deliberativa y creativa contra el crecimiento orgánico de las instituciones⁵⁵.

En el desarrollo del *civil law*, en Italia, a los alrededores del siglo XII, el aprendizaje del derecho escrito se desarrolló por quienes tenían el acceso privilegiado al conocimiento del *Corpus Juris*, esto es, a los profesores y grandes doctrinarios. En Alemania, alrededor del siglo XVI, con el Código Civil de 1900, sucedió lo mismo con respecto a la preponderancia de los doctrinarios y la enseñanza del derecho, ya que dichos juristas se erigieron como os protectores y expositores del libro de Justiniano.

En cuanto al desarrollo del *civil law* en Francia, pese a la gran legitimidad democrática del legislativo como órgano que representaba la liberación monárquica post revolución, la costumbre definida y fijada por los tribunales franceses era importante, sin embargo, la fuerza de la ley imperaba para la fijación de la costumbre jurídica mediante alguna intervención monárquica, la misma que

⁵³Se ha estimado que el Derecho romano medieval fue producido en un 90% por los italianos y en un 6% por los franceses, mientras que los españoles, alemanes e ingleses mantienen un 1%.

⁵⁴ VAN CAENEGEM, R.C. *Jueces legisladores y profesores, fases de la historia jurídica europea*, Editorial Palestra, Lima 2011, p. 73.

⁵⁵FRIEDMANN, W. *Legal Theory*. Quinta edición, Nueva York: Columbia University, 1967, p.120.

había sido el supremo legislador desde los tiempos de Felipe I, que luego quedaron plasmadas en codificaciones elaboradas por Luis XIV y Luis IV.

La Importancia de los juristas como interpretadores no jurisdiccionales del derecho también se evidenció desde el siglo XII en adelante, en especial cuando se inició con la enseñanza del Derecho Romano en Montpellier, durante este tiempo emergieron juristas reconocidos que dedicaban sus esfuerzos en el estudio e interpretación del Derecho Romano o el Derecho Consuetudinario⁵⁶, quienes tuvieron mucha participación en la elaboración del Código Civil de 1804.

En este sentido, podemos afirmar que la influencia de la doctrina jugó en el *civil law* fue un papel sinérgico con la preponderancia legal, pues si ya se tenía un texto legal dotado con autoridad y jueces limitados a su interpretación, los llamados a realizar las interpretaciones de los textos eran los juristas, lo cual determinó el desarrollo del sistema jurídico del *civil law* en cada país dependiendo los grados de intervención de sus juristas, jueces y legisladores, tal como lo señala Rousseau: “*Las naciones a la larga son lo que los gobiernos hacen de ella*”⁵⁷.

Algunas posturas señalan que el *civil law* tuvo la característica de ser autoritario, por ende, que se contrapuso a la libertad, en esta postura tenemos lo mencionado por el obispo Stubbs⁵⁸:

*“El Civil Law (...) ha sido uno de los mayores obstáculos para el desarrollo nacional de Europa y uno de los más dóciles instrumentos de opresión. Supongo que ninguna nación que utilice el Civil Law ha logrado la libertad, y siempre que las instituciones del Civil Law se ha introducido, la extinción de las libertades populares se ha dado tarde o temprano”*⁵⁹.

Sin realizamos un análisis retrospectivo del *civil law*, podemos señalar que el Derecho romano, específicamente en la época de Justiniano, había sido influido

⁵⁶ Como ejemplos tenemos a Charles Dumoulin, Jean Domat y Robert Joseph Pothier.

⁵⁷ El original en el artículo “Economie Politique en Encyclopédie”. 1735, citado por: COHEN-TANUGI, L. *Le droits sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris: 1985, p. XI.

⁵⁸ Quien fue un medievalista del siglo XIX cuyo pensamiento se recoge de una carta que dirigió al historiador J. R. Green.

⁵⁹ BURROW, J. W. *A liberal Descent. Victorian Historian and the English Past*. Cambridge: 1981, p. 134.

por el despotismo oriental durante varios años, por ende, el imperio era demasiado autocrático y centralizado⁶⁰, por ende la democracia era nula.

Acorde a esta línea de tiempo, durante el Senado Imperial tardío, tampoco se desarrolló el concepto democrático, esto se infiere por la presencia de allegados al emperador que elogiaban las promulgaciones de textos legales imperativos nada democráticos⁶¹.

Sin embargo, es necesario interpretar el contenido de algunos cuerpos legislativos para poder señalar si en realidad el *civil law* se erigió como un sistema autocrático que rechazaba la democracia o en realidad sólo fue las manifestaciones de poder en ese momento.

Por ejemplo, el *Corpus Juris* podría ser interpretado en muchos sentidos ya que no sólo contenía prerrogativas autocráticas, sino que también señaló: “*Los que concierne a todos debe ser aprobado por todos*”⁶², frase que contiene alta carga democrática o por lo menos excluye su naturaleza autoritaria ya que lo que concernía a todos tenía contemplado como mínimo el respeto por el bienestar general.

De esta manera se evidencian ambos rasgos en el *Civil Law* del derecho romano, el cual influyó en los futuros estados modernos y que incluso muestra algunos rasgos incólumes a la actualidad, tal como señala Carnegem:

“El Derecho público romano fue útil para las monarquías insurgentes de la Edad Media porque era monocrático y autoritario. También era anti-feudal, no en el sentido de un ataque consciente al feudalismo, desconocido en la Antigüedad, sino que debido a la idea básica de que todos los poderes se derivan de una fuente central es la antítesis de la dispersión del poder en

⁶⁰Existían principios como “*princeps legibus solutus*” y “*quod principi placuit legis haber vigorem*”, cuyos significados eran: “El emperador no está vinculado por las leyes” y “Lo que le plazca al emperador tiene fuerza de ley”, respectivamente.

⁶¹En este sentido, un ejemplo de esta apología se denota en la exclamación “Ave César, con tu presencia somos honrados, y por ti existe nuestra propiedad y todo lo demás”, la cual se dio cuando fue promulgado el Código Teodosiano en el 438. En: BULLOGH, D. A. “*Games people played: drama and ritual as propaganda in medieval Europe*”, *Transactions of the Royal Historical Society*. 5^{ta} edición, 1974, p.102.

⁶²En el original: “*quod omnes tangit al ómnibus appobetur*”.

numerosos centros – elemento conspicuo de la sociedad feudal de Europa luego de la caída del Imperio Franco –. El Derecho Romano fue una fuente de inspiración de ideas y argumentos para los Estados modernos, cada uno de los cuales se proclama a sí mismo un ‘imperio’, como lo hizo Inglaterra bajo el reinado de Enrique VIII.⁶³

Francia, se convirtió en un estado-nación unitario bastante después de Inglaterra, aunque mucho antes que Alemania e Italia. Este atraso se debió a la monarquía de los siglos X y XI. Francia se encontraba dividida entre principados autónomos y en castellanías, los cuales eran pequeños estados con un territorio de cinco a diez kilómetros, los cuales se encontraban rodeando el castillo de su señor feudal.

El catalizador del cambio se debió al crecimiento incontrolable de las tierras del rey inglés Enrique II en el siglo XII, llegando incluso a tener más tierras que el propio rey de Francia, por lo que en cuatro siglos, la monarquía francesa estableció la unidad política en la antigua parte occidental del reino de Carlomagno. Por lo que en el siglo XIII, se estableció una corte central real, el cual era el parlamento de París, con competencia y jurisdicción sobre toda Francia. Esta corte se erigió como una corte de apelaciones, a excepción de que se tratase de un asunto especial, en cuyo caso conocían la materia de primera instancia. Posteriormente llegaron los reinados de Luis XIV y Luis XV, con quienes que dictó el código napoleónico.

Esta falta de unidad en Francia significó que en el siglo XVIII, algunas ordenanzas importantes no pudiesen regir en todo el país. Lo cual fuera solucionado con la homologación de las costumbres locales. Sin embargo, esta homologación no fue recibida con la apertura que se deseaba ya que constituía un híbrido, por un lado recogía el Derecho consuetudinario registrado y positivado y por otro lado, constituían leyes con fuerza obligatoria logrando que ninguna otra costumbre prevaleciese sobre ella.

⁶³ VAN CAENEGEM, R.C. *Jueces legisladores y profesores, fases de la historia jurídica europea*, Óp. Cit. p. 90.

Respecto a los Parlamentos, estos habían sido entrenados en el Derecho Romano, sin que la costumbre pudiese ser estudiada mediante el Derecho consuetudinario sino hasta el siglo XVII.

En la Francia del sur, debido a la escasa ocupación germánica la existencia del Derecho Romano no estaba tan consolidada, lo cual favoreció a la aprehensión del derecho de Bolonia logrando que los civilistas y universidades florezcan en el siglo XII. Resultado de esta producción académica, propició que emergieran luminarias como Charles Dumoulin, quienes se resistieron a la influencia del derecho romano.

A este paso, existieron asambleas nacionales representativas, sin embargo, por la presión de corona, sólo fueron poderosas mientras esta era débil, así también, el parlamento seguía siendo un el defensor de las libertades dispuestos a una resistencia persistente a la nueva legislación real.

El derecho creado por los legisladores fue predominante en la Francia revolucionaria del siglo XIX, así como en Bélgica en ese mismo siglo, donde se formaron grandes representantes de la Escuela Exegética, la cual dominó la doctrina en Francia y Bélgica. Entre un de sus más grandes representantes fue François Laurent, cuya escuela epónima obtuvo el nombre derivado del término griego exégesis, el mismo que significa interpretación y exposición, quienes redujeron las enseñanzas y escritos legales a una explicación exacta y literal del texto sagrado de los códigos napoleónicos. Quienes afirmaban que no existía derecho fuera de los códigos que estudiaban.

En cuanto a los jueces, se les prohibió realizar aportes creativos al desarrollo del Derecho, debiendo reproducir el texto promulgado por el legislativo. En algunos casos, producto de la Revolución Francesa, hizo de los jueces profesionales que debían ser elegidos y para lo cual nos e requería calificación, esto se debía a que su labor únicamente se plasmaba a la repetición de la ley, por ende cualquier capacidad argumentativa o de interpretación no era necesaria e incluso era proscrita. Asimismo, se incentivó en gran manera la fase conciliadora, con la

finalidad de reducir los juicios al máximo, lo cual acabó con Napoleón, quien introdujo al sistema el modelo de jueces nombrados y profesionales.

De esta manera, el Derecho romano a través del tiempo fue perdiendo su carácter autoritario e incluyendo a los jueces en la actividad interpretativa de las normas, siendo incluso fuertemente criticado durante la ilustración. Los Humanistas, se encargaron de erradicar el modelo romano como un derecho sagrado y eterno que pretendía perdurar para todas las naciones y períodos, siendo que al final quedó concebido como un periodo de la historia de la creación humana en un contexto social particular, por ende, la autoridad con la que se mantuvo durante muchos años se desvaneció en gran manera.

Después de la debacle de la soberanía del derecho romano, empezaron los razonamientos sobre la legitimidad de seguir un modo de concepción del derecho que yacía extinto, sobre todo para la Europa Moderna que ya tenía nuevos principios en juego y una nueva visión del Derecho. Se necesitaba un sistema que siguiera siendo universal pero que no los devuelva al absolutismo romano, deseaban un respeto por los derechos y que estos sean respetados mediante una universalidad absoluta e incuestionable. Es en esta búsqueda que la Europa Moderna apeló al Derecho Natural.

En un inicio, el derecho natural nació como un sistema de Derecho internacional Público, que se basaba en lo que parecía razonable en una comunidad de naciones civilizadas. Con esta nueva concepción el cambio se hizo notar de inmediato, en un inicio la realidad política ya no era la misma y los pensadores de la época sostenían que la mejor forma de garantizar los derechos era a través de la legislación.

Por los albores del siglo XIX, el proletariado industrial no tuvo tanto apego al derecho natural como se esperaba, sino que muchos volvieron la vista hacia las nuevas ideas que surgían producto del Marxismo, plagado de un ataque directo hacia la propiedad, lo cual resultó ser bastante atractivo para la época, así como resultó afectar mucho a los burgueses del siglo XVIII quienes habían luchado

arduamente por salvaguardar este estatus, a esto se le sumo el Hegelianismo, cambiado el sistema de juego y de intereses hacia la evolución del cambio dinámico y dialéctico infinito.

El estado de equilibrio en Francia se estableció hasta 1789, la revolución trajo consigo la interrupción de este equilibrio mediante la imposición de los estatutos y códigos sobre las facultades de Derecho, e incluso en ocasiones por encima de la letra de la ley.

En Italia, ya en el siglo XIX, la falta de unidad política favoreció el desarrollo del *Civil Law*. En el norte existía el *regnum Italiae*, gobernado por el rey-emperador romano-germánico e incorporado a su imperio, por el centro, el Estado papal y por el sur, existía un estado feudal. La caída de la realeza había ocurrido por la segunda mitad del siglo XI, y no perduró después de la muerte de Federico II. En la Italia del Norte existía una división de repúblicas urbanas que lentamente se convirtieron en principados modernos, con gobernantes como *El Príncipe* de Macchiavello. Con esto era imposible que se concibiese la idea de la existencia de una corte que se desarrollara con competencia nacional, sino únicamente existían las cortes locales y regionales, las mismas que ni contaban con tanto poder ni prestigio, a excepción de la corte de Nápoles que se ubicaba al sur de Italia, por las demás cortes, estas carecían de medios logísticos para la elaboración y desarrollo de su jurisprudencia.

La legislación, como era previsible, se encontraba fortalecida pero sin competencia nacional, las leyes se establecían de manera local, y en algunos casos, los cuales eran pocos, de manera provincial. Todo esto trajo como consecuencia que la cantidad de leyes promulgadas aumenten en gran escala, las cuales a su vez, carecían de un verdadero interés público, circunstancia que dio lugar a la actuación preponderante de los abogados eruditos, quienes conocían el *Corpus juris*, quienes armonizaron los estatutos locales. Una de las importantes funciones que cumplieron fue la de asesorar a las cortes locales a través de sus colecciones de doctrina, las cuales circularon rápidamente y empezaron a ser citadas de manera generalizada. De esta manera el rol de los juristas sumergidos

en el derecho Romano Germánico, fue determinante, mientras que la jurisprudencia y la legislación se vieron bastante opacadas por estos.

En Alemania, la división política también era evidente, por lo menos hasta la segunda mitad del siglo XIX, la cual se debió, al igual que en el escenario italiano a la muerte de Federico II. El poder se limitó a los principados laicos y eclesiásticos, y a las ciudades imperiales y libres. Con ello el resultado era previsible: la judicatura tampoco gozaba de un alcance nacional, se proliferaron las cortes locales y regionales; y la legislación no podía ser concentrada en un órgano de competencia nacional, siendo que la costumbre local era la imperante pero que nunca fue transcrita, por lo que tampoco pudo ser incluida en la ley.

Ya en los tiempos del Humanismo Europeo, Maximiliano intentó recrear un tipo de unidad en Alemania través de las *leyes comunes escritas* así como con la fundación de la Corte de la Cámara Imperial de *Reichskammergericht* como una creación del reino y sus estados. En puridad, este órgano se formó como una Corte de apelación para todo el país, y así asegurar la aplicación generalizada del nuevo Derecho. Dicha corte estaba conformada inicialmente por una mitad de juristas y la otra de caballeros, siendo que para mediados del siglo XVI ya todos los miembros eran juristas.

Esta victoria del *Corpus Juris* originó que en Alemania los juristas se alzaran en un lugar privilegiado, logrando que la doctrina se sea un instrumento pedagógico para quienes no manejaban el derecho, en especial los jueces, quienes se apoyaron en estos asesores para ejercer su labor, sobre todo porque la mayor parte de ellos no eran juristas.

El aplazamiento del Código Civil alemán hasta el año 1900 significó que en el siglo XIX existiese una segmentación de los poderes estatales y por ende, la dominación de la doctrina jurídica en la administración de justicia y regulación normativa.

En cuanto a la República de las Provincia Unidas, se puede decir que constituían el tipo más débil de un estado federal, sin órganos poderosos cuyo parlamento

nacional, se convirtió en reuniones de diputados de los diferentes estados provinciales, con costumbres diferentes que hacían poco para unificar las decisiones o para crear una verdadera sala de apelaciones con competencia nacional como sí lo hizo Alemania.

La Corte Superior de Holanda y Zelanda tuvieron intentos de posicionarse como cortes de gran influencia en sus decisiones, sin embargo esto se debió a que ambas eran las regiones más ricas e influyentes. Fueron en estas circunstancias donde la presencia de Hugo Groccio, con la fundación del Derecho romano-holandés, logró una gran acogida, sobre todo con los juristas y doctrinarios porque los superponía en conocimientos en un nivel mayor al de los demás en la vida de la República.

El sistema legal estadounidense sigue siendo dentro de la tradición del derecho consuetudinario traído a las colonias de América del Norte de Inglaterra. Sin embargo, las huellas de la tradición del *civil law* y su importancia en el hemisferio se encontraron dentro de las tradiciones jurídicas estatales en todo Estados Unidos. El más destacado es el ejemplo de Louisiana, donde la ley estatal se basa en el *Civil Law* como resultado de la historia de Louisiana como territorio francés y español antes de su compra a Francia en 1803. Muchos de los estados del suroeste muestran huellas de la influencia del *Civil Law* en sus constituciones y códigos de su patrimonio jurídico ya en los territorios coloniales de España y México. California, por ejemplo, tiene un código civil estatal organizado en secciones que se hacen eco de las categorías del derecho civil romano tradicionales relativos a personas, cosas y acciones, sin embargo, la ley contenida en el código de California es principalmente del derecho consuetudinario.

Mientras que Blackstone prevalece como fuente principal de precedente en América, es interesante notar que aún hay espacio para la influencia del derecho romano en la tradición legal estadounidense. Que los padres fundadores y sus contemporáneos educados en la ley sabían no sólo el trabajo de los juristas ingleses como Blackstone, sino también el trabajo de los grandes juristas del derecho civil y teóricos. Thomas Jefferson, por ejemplo, tomó la propiedad de

varias ediciones de los Institutos de Justiniano, y elogió la primera edición americana traducida de 1812, con sus notas y anotaciones sobre los paralelismos con la ley Inglesa, por su utilidad para los abogados estadounidenses.

En efecto, un famoso ejemplo de su uso es el caso de Pierson 1805 vs Post, en el que un juez de Nueva York, para decidir sobre un caso que involucraba una disputa de propiedad entre dos cazadores sobre un zorro, citó un principio del derecho romano sobre la naturaleza y la posesión de animales salvajes de los Institutos como el precedente para su decisión. Hoy Pierson vs. Post es a menudo uno de los primeros casos de la ley de propiedad enseñado a los estudiantes de derecho estadounidenses. Los Estados Unidos vs Robbins, un caso 1925 de California que fue a la Corte Suprema y allanó el camino para que las leyes de bienes modernos del estado, se basa en un concepto de propiedad comunitaria que California no heredado del *Common Law* Inglés, sino de costumbres jurídicas de los visigodos España, que data del siglo quinto.

2.3. EL *COMMON LAW* FRENTE AL *CIVIL LAW*: DIVERGENCIAS Y CONCORDANCIAS

A lo largo del desarrollo doctrinario sobre los sistemas judiciales se ha separado muchas veces al *Common Law* del *Civil Law* de manera irreconciliable, señalando las divergencias entre ambos y características únicas de cada sistema frente al otro, sin embargo, es necesario que, desde una perspectiva histórica se analice ambos sistemas de manera conjunta.

Partiendo de la Edad Media temprana, podemos señalar que, hasta mediados del siglo XII tanto el Derecho Ingles, plasmado como sistema jurídico del *Common Law*; y el Derecho Continental, plasmado como el *Civil Law*, formaban un cuerpo legal único, siendo feudal y germánico, visto desde el aspecto sustantivo como en el procedimental y esta similitud se mantuvo durante un siglo. Como se ha mencionado en los capítulos precedentes, el Derecho Romano junto al procedimiento romano-canónico, iniciaron con la transformación en muchos partes del Continente, mientras que en Inglaterra ya se consolidaba la aparición del

derecho nativo, el cual le era común a todo el reino y se encontraba fuera de toda influencia del Derecho Continental.

El reinado de Enrique II⁶⁴ marcó un primer punto de divergencia entre ambos sistemas, cuando debido a las reformas en la organización para modernizar el Derecho inglés, antes que el Derecho Romano hiciera su aparición. Estas medidas tuvieron una gran acogida y bastante éxito, lo cual desvaneció la necesidad de dejar el sistema nativo de lado cuando el modelo neo-romano estaba disponible a brindar la influencia del sistema Continental.

Entre estos importantes cambios se encuentran en primer lugar, el establecimiento de un grupo de jueces reales con jurisdicción de primera instancia que tenía competencia en todo el reino y tenía como misión solucionar algunos litigios sobre tierras, los cuales fueron los litigios feudales; así también, la introducción del jurado en los casos civiles y penales como el medio de prueba estándar⁶⁵.

Con estos cambios los litigantes se interesaron en hacer conocer sus conflictos por estas nuevas cortes y sus nuevos procedimientos, incluso llegando a pagar para lograr que sus casos sean resueltos en dichas cortes. Ante esto, los jueces crearon un derecho común, el cual seguía siendo feudal. En palabras de Van Caenegem:

“El rol de los jueces se expandió con la creación de nuevas acciones, las cuales hicieron que llegaran más tipos de casos. Las antiguas cortes locales fueron tristemente dejadas de lado, no debido a cualquier ley o estratagema del rey, sino por la calidad de la justicia que era impartida por los jueces. Uno no debe olvidarse de que esta importante innovación no fue sólo un evento típicamente inglés, ya que, en más de un sentido, fue anglo-normando”⁶⁶.

⁶⁴El reinado de Enrique II duró desde el año 1154 a 1189.

⁶⁵Estos medios de prueba desplazaron a las Ordalías y el Combate Judicial.

⁶⁶ VAN CAENEGEM, R.C. *Jueces legisladores y profesores, fases de la historia jurídica europea*, Óp. Cit., p. 125.

Posteriormente, Enrique II instituyó un sistema de recursos y jurados, tanto en su ducado normando como en su reino inglés. Para eso el reino feudal se organizaba en cortes reales y ducales era uno solo, por lo tanto los jueces pertenecían a la misma clase de caballeros quienes eran propietarios de varias tierras de grandes familias en Normandía e Inglaterra. La gran expansión de Normandía y su posterior conquista por la monarquía francesa, la misma que logró la introducción gradual del Derecho Francés en el ducado, cuya consecuencia inmediata fue que volvió al Derecho anglo-normando en un que resultó ser puramente inglés.

Por ende, lo que después resultó como el sistema *Common Law* inglés, en un principio fue Derecho anglo-normando, el cual era compartido por un ducado y un rey lo cuales ejercían el poder juntos por un mismo Canal.

Para este cambio, se debe tener en cuenta el gran poder que ejerció el rey Enrique II, siendo las razones de su aceptación meramente históricas, las cuales se realizaron tanto por franceses como por ingleses, teniendo incluso a todo el feudalismo bajo su control real que incluso la iglesia tuvo que luchar arduamente para poder mantener de alguna forma su posición en el sistema.

Inglaterra emergió lo suficientemente consolidada y próspera para poder sostener un cuerpo relativamente grande de jueces profesionales centrales. La necesidad judicial estaba a la orden del día y el sistema inglés supo responder a eso, ante cortes y jueces débiles, que no podían imponerse ante rebeldes o ejecutar sus resoluciones. La cantidad de costumbres hacían que estas se encuentren de manera desordenada y casualmente se encontraban en conflicto entre sí o entre las normas anteriores y las normadas posteriormente. Por último la insatisfacción por los medios de prueba en el proceso se debió a la desproporción en la exigencia así como el gran peligro que implicaba su actuación, los cuales muchas veces resultaban fatales para los inculpados. Ante todo esto, el rey, junto a sus jueces ofrecieron un sistema de solución efectiva, eficaz y sobre todo novedosa, por lo que la historia se volvió a repetir, si la negación de un poder exagerado había otorgado la confianza en el legislativo, ahora la negación de este desorden y

la exigencia de justicia otorgaba la confianza a los jueces y al rey con la propuesta de solución.

Si ya se tenía la confianza en el gobierno, el siguiente paso fue descubrir el modo en el que dicho gobierno le haría frente a todo este desorden, el derecho romano quedó descartado de manera liminar, el procedimiento romano-canónico le siguió los pasos en ser descartada, peor aún si ni la iglesia había adoptado este sistema.

Debido a que las opciones con respecto a reinterpretar las influencias anteriores se habían agotado, optaron por reinventar un sistema con lo que hasta ese momento tenían a su alcance, empezando por lo que en ese momento resultaba la máxima urgencia: la protección de las tierras feudales, por lo tanto la judicialización de las acciones reales, a fin de asegurar el futuro económico inmediato, lo cual se facilitó con la inclusión de los jurados en el sistema jurisdiccional, lo que después se convertiría en un sistema de jueces fijos y reales y sobre todo, libres de toda influencia romana.

En estos tiempos, en el Continente ya la modernización del derecho se estaba dando en el mundo urbano, específicamente en el norte de Flandes e Italia, donde los concejales de las cortes locales empezaron a usar procedimientos y reglas progresistas, sin embargo estas no llevaron a la elaboración de un derecho nuevo, unificado, nacional e incluso regional. En palabras de Berman: *“Las cortes de la iglesia, de ahí en adelante lideradas por los oficiales de los obispos, comenzaron a aplicar el nuevo Derecho de los textos boloñeses alrededor del siglo XIII. Más o menos a mediados de este siglo, los reinos comenzaron a seguir la posta”*⁶⁷.

Es así que mediante el apoyo de los doctrinarios del derecho y los ejemplos de las cortes eclesiales, se fue transformando el *civil law* romano hacia la nueva creación de las universidades en contraposición del derecho feudal que ya para entonces les resultaba arcaico. Mientras tanto, en Italia, junto al sur de Francia y al este de España este nuevo Derecho Romano ya estaba firme y consolidado en el siglo XII. Por otro lado, en el sur de Francia, la costumbre germánica y la feudal pudo hacer

⁶⁷ BERMAN, H. J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts: 1983, pp. 413.

frente a los cambios con su propia modernización, sin embargo ya en el siglo XIII el Derecho consuetudinario era bastante comentado, usando al Derecho Romano como referencia. Los jueces fueron reemplazados por universitarios. Alemania fue uno de los países que resistió mucho más la difusión del *Civil Law*, sin embargo después mediante el *Common Written Laws in toto* sucumbió a dicho cambio.

El *Common Law* inglés tuvo su apogeo durante los siglos XIII y XIV, gozaba de sus propias cortes, con los mejores juristas del país. Existían lo Glamvillm y sus Brancton, lo cual hacía del *Common Law* un sistema completo y autosuficiente, así también existían los *registers of writs*, su Colegio de Abogados y sus *serjeantsat law*, que era una escuela formadora de los mejores juristas que llegaría a ser lo jueces del sistema. Los *year Books* eran los informes actualizados de lo que sucedía en las cortes.

De este modo el *Common Law* tomó un rumbo distinto que conforme pasaba el tiempo afirmaba sus diferencias, frente al *Civil Law*, sin embargo hasta el siglo XIII, la diferencia no era irreconciliable e incluso pudo volver a ser un solo sistema de nuevo, como lo afirma Caenegem:

“El Derecho inglés no era tan distinto como para no poder haber adoptado el Derecho Romano en alguna etapa posterior. Un ejemplo de esto es Escocia, donde en el siglo XIII el Common Law inglés parecía sentar raíces, sin embargo, fue abandonado en el siglo XIV y reemplazado en el siglo XVI por el Derecho Romano de origen continental. Así, la unidad europea eventualmente pudo haber sido restablecida, y el Derecho inglés y el continental pudieron haber terminado siendo uno solo”⁶⁸.

Pese a ello algunas figuras del *Common Law*, fueron reproducidas por periodos en el Derecho Continental, como la introducción de los jurados en los siglos XVIII y XIX. En sentido contrario, la influencia del *Civil Law* hacia el derecho Inglés se evidenció por bastante tiempo mediante la resistencia del proceso romano-

⁶⁸ VAN CAENEGEM, R.C. *Jueces legisladores y profesores, fases de la historia jurídica europea*, Editorial Palestra, Lima 2011, p. 129.

canónico ante las cortes del *Common Law*. Ante esto, las cortes eclesiásticas proveyeron un ejemplo continuo y diferente de llevar el litigio.

En este sentido Jhon Selden señala que una de las razones por la cual el Civil Law no tuvo mayor uso por los abogados ingleses es la evidente aversión de nuestros ancestros por los principios de gobierno (régimen publicum); el otro es la alta estima en que tenían al Common Law y nuestra fidelidad constante hacia éste como algo inmemorialmente condicionado al genio de la nación (gentis hujus genio ab intimia antiquitate adaptata).⁶⁹

Por estas razones era razonable que los pandectistas alemanes no tuviesen mucho asidero en el Derecho Inglés como se puede entender de Zweigert: “*En Inglaterra las enseñanzas de los Pandectistas tuvo muy poco efecto. Esto no es sorprendente, pues Inglaterra nunca aceptó las instituciones romanas y sus métodos: los abogados ingleses, en aras de asegurar su monopolio profesional, mantuvieron el Derecho a oscuras, bloqueando todo intento de racionalización de los conceptos y estructuras de su Derecho*”⁷⁰.

En este punto cabe pensar si el momento en que el hecho de que el *Common Law* y el *Civil Law* tomaran rumbos distintos, podría considerarse como una desvinculación de uno sobre el otro, pues una vez seguros que si existió tal desvinculación es pertinente saber cuál fue el sistema que se retiró del sistema, quien marcó la diferencia y se separó del otro. Existe mucha doctrina que sostiene que dicha separación la hizo el *Common Law*, ya que el derecho romano constituía en Europa el derecho dominante. Por otro lado, otro sector de la doctrina señala que sostener eso es sostener una visión interna del Derecho Europeo, es decir, sin tener en cuenta el ámbito internacional.

Desde un panorama mucho más amplio, la situación es contraria, y el *Civil Law* habría sido quien se apartó del *Common Law*, ya que al contar como su fundamento máximo el respeto de un texto sagrado, exigía una lectura y

⁶⁹ OGG, D. *Johannis Seldeni Ad Fletam Dissertatio*, Cambridge Studies in English Legal History. Cambridge: 1925, p. 165.

⁷⁰ ZWEIGERT y KÖTZ. *Introduction. I: The Framework*. Amsterdam, Nueva York, Oxford: 1977, p.148.

conocimiento de dichos textos legislativos, lo cual resultaba muy extraño al mundo romano, por ende puede entenderse que lo que marcó la diferencia primigenia fue el *Civil Law*.

En este orden de ideas, podemos señalar que la importancia de diferenciar a estos dos sistemas del derecho recae en identificar el modelo de jueces que han surgido y las principales diferencias entre ambos.

El modelo de los jueces, no se divide únicamente entre el *Common Law* y el *Civil Law*, sino que existen otros factores que han influenciado en los magistrados, creando sub divisiones, Jafee lo explica de la siguiente manera:

“El papel creativo de los jueces en un determinado momento histórico es una función con muchas variables. El poder ejecutivo puede estar inmerso en grandes problemas estatales o en un gran número de asuntos corrientes; el Poder Legislativo puede no estar dotado de todo el personal – Juristas, secretarios, investigadores – que sería necesario para asesorarlo y para redactar las muchas propuestas legislativas. El ritmo de las transformaciones puede ser complicado, lo cual genera nuevas condiciones sociales y económicas, así como la exigencia de reconocer nuevas demandas. En tales circunstancias, se presenta una gran oportunidad y necesidad de dinamismo judicial. De otra parte, la ocasión no basta para provocar la respuesta de los jueces. Esta dependerá, igualmente, de la capacidad de visión de la profesión jurídica – Jueces, abogados, docentes y también comentaristas, críticos, publicistas -. Dicha capacidad se plasma por la tradición, sólo que la tradición misma puede ser modificada por la educación profesional y por la voz vigorosa de emergentes y persuasivas personalidades en los tribunales y en las escuelas”⁷¹.

En Italia, debido al régimen fascista, los juristas se enfrentaron al poderío de la tiranía gubernamental, con herramientas a favor de la certeza del derecho, por ende, prefirieron la ley escrita en remplazo a la interpretación judicial y su

⁷¹JAFEE. Citado por: CAPPELETTI, Mauro. *¿Jueces Legisladores?*, Editorial Communitas, Lima 2010, p. 175-176.

discrecionalidad. Si bien es cierto existió un menor temo a la ley que a este discrecionalismo judicial. Luego de la caída del totalitarismo y la posterior adopción de una Constitución, con un contenido garante de los derechos fundamentales y garantizaba un alto grado de independencia judicial, lo cual fue recepcionado de una manera positiva por los juristas.

Las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law* pueden dividirse en diferentes puntos de vista, siendo que el análisis será diferente en cada caso. Desde el punto de vista de estructura y organización, la diferencia entre ambos sistemas es amplia.

El *Civil Law* no tienen la estructura unitaria de jueces que son las que generalmente cierran el sistema como es el caso de las cortes supremas en el sistema jurídico del *Common Law*, en contraposición a dicha unidad de tribunales, encontramos una separación de tribunales supremos divididos en materias civiles, penales y administrativas, en las cuales operan varios jueces y se dividen en diferentes cámaras, siendo que cada una de ellas decide independientemente de las demás, siendo que en muchos casos existen más magistrados de los que se necesitan para solucionar el caso, sin embargo, el principal problema que deben afrontar es la falta de autoridad de sus tribunales, de quienes los componen y de sus decisiones. Entre los países más representativos tenemos: Italia, con su *Corte di Cassazione*; Francia, con su *Cour de Cassation* y Alemania, con su *Bundesgerichtshof*, entre otros. El *Common Law* contempla dentro de su estructura orgánica una máxima instancia única que va a conocer los casos más importantes y tendrá la última palabra en la resolución de conflictos y en los demás procesos de su competencia.

En el *Civil Law* puede notarse que prima un principio de desconfianza en la discrecionalidad de los poderes públicos y del poder judicial en especial, por ende, los recursos deben de ser resueltos conforme llegan a ser conocidos, si poder negarse a conocer algún caso o dar preferencia a otro bajo justificaciones de relevancia o de otra índole, lo cual sí es permitido en el *Civil Law*, mediante el writ of *certiorari* de los Tribunales de Estados Unidos.

Debido a la gran cantidad de causas que deben resolver los tribunales en el *Civil Law*, también han debido desarrollar métodos de coherencia y cuidado en sus pronunciamientos entre los jueces del sistema, en palabras de TUNC:

“Es difícil creer que un tribunal, el cual emite 35,000 sentencias en un año, con una proporción de 100 decisiones por magistrado (como en el caso de la Corte di Cassazione italiana) pueda actuar con la misma diligencia que un tribunal que emite sólo 50, con una proporción de 5 por magistrado, como en el caso de Gran Bretaña”⁷².

Asimismo, una diferencia adicional entre el sistema del *Common Law* y el *Civil Law*, radica en la creatividad y la autoridad de las decisiones judiciales de sus tribunales en general y de los tribunales superiores o de máximo rango en particular, en palabras de Zweigert y Kötz:

“El juez francés e igualmente su colega italiano o alemán, es un juez de carrera; él eligió la profesión judicial a joven edad, fue nombrado oficialmente miembro de la magistratura, luego de haber superado los exámenes o concursos fijados para tales fines y, en esta profesión, pueden ascender gradualmente a puestos más importantes en tribunales superiores, según su rendimiento y su antigüedad en la carrera”⁷³.

Por ende, entendemos que en el *Civil Law*, se tiene la concepción del juez como un elemento mucho más discreto, que no debe obtener un protagonismo que lo ponga en evidencia, mediante su educación, desarrolla su carrera así como sus herramientas técnicas, dejando de lado las habilidades valorativas, mucho menos las actividades políticas. Esto no quiere decir que la actividad creativa de los jueces sea inexistente en el *Civil Law*, sólo que es con mucha mayor discreción. En la otra cara del sistema, el *Common Law* puede sostener que sus modelos de jueces son aquellos que destacan entre los demás, la creatividad de sus fallos no

⁷²A. TUNC, *Conclusions: la cour suprême idéale*, en BELLET, TUNC, TOUFFAIT, Citado por: CAPPELETTI, Mauro. *¿Jueces Legisladores?*, Editorial Communitas, Lima 2010, p. 186.

⁷³ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, Tubinga: Mohr, 1971.

es individual, ni únicamente técnica, sino que es colectiva y también con cargas valorativas jurídicamente relevantes de la decisión.

Otra diferencia entre estos sistemas que se cobra importancia en la labor judicial y en específico en el presente trabajo, es el tratamiento que el *Civil Law* tiene sobre la jurisprudencia. En dicho sistema se marca la ausencia del *stare decisis* que caracteriza a las decisiones del *Common Law*, es decir la sujeción a los precedentes dictados.

Podemos señalar que la regla del *stare decisis*, incluso en el *Common Law* tiene un concepto flexible en su aplicación, mientras que en Estados Unidos de América dicha flexibilidad es notoria en la adecuación del caso al precedente, en Gran Bretaña la rigidez del *stare decisis* se ha flexibilizado mínimamente.

El *Civil Law* también se le reconoce autoridad al precedente, sin embargo dicha autoridad se encuentra marcada por la persuasión, no vinculante o de hecho, en este sentido el precedente se concibe como: “*auctoritas rerum similiter iudicatarum*”⁷⁴.

Lo último tiene mucho que ver con el primer punto de diferencia entre ambos sistemas, ya que la pluralidad de casos que se ventilan en las altas cortes en el *Civil Law*, sumado al estatismo de la rutina que se observa en dicho sistema, implica una gran cantidad de resoluciones judiciales que carecen de la relevancia, a diferencia de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos donde el mismo órgano hace que sus sentencias, más allá de los hechos o de las cargas argumentativas, tengan un origen relevante por la misma naturaleza orgánica de la institución que la está resolviendo.

La concepción del derecho en ambos sistemas tiene diferencias notorias, en el *Civil Law*, se identifica al Derecho con la Ley, siendo que su aplicación es la regla y en caso de la aparición de lagunas legislativas esta debe ser llenada por analogía o la interpretación a partir de la misma ley o de los principios deducibles de esta. En cuanto a los países del *Common Law*, la ley es considerada una

⁷⁴V. COLESANTI, Voz, *Giurisprudenza, en Novis Digesto italiano*, VII, Turin: U.T.E.T., 1961, p. 1101.

fuente excepcional, por lo tanto, tal como lo ha señalado Marsh, frente a una laguna el juez tiene en cuenta que: “*existe siempre, más allá de la ley, el common law, es decir, el derecho desarrollado por los mismos jueces, derecho que regulará las relaciones jurídicas de las partes (no reguladas por la ley)*”⁷⁵.

A este punto, cabe pensar si nos encontramos ante sistemas totalmente diferenciado antagónicamente o si ya a la actualidad, pese a las concepciones señaladas anteriormente, la diferencia ya no recae en categorías como se ha señalado por una gran parte de la doctrina, sino que ahora la diferencia sería de grado entre ambos sistemas.

Un ejemplo que nos puede servir para disipar estas dudas en analizar el control Constitucional de las leyes, si bien es cierto, una rápida respuesta apunta hacia una herramienta netamente anglosajona, propiedad del *Common Law*, sin embargo, también debe tenerse en cuenta el gran apego por el control Constitucional de las Leyes que el sistema del *Civil Law* ha emprendido. Las constituciones de Alemania, Austria, España e Italia establecen la creación de tribunales constitucionales, así también la unificación de los tribunales de máximas instancias, la concentración de sus competencias y su nombramiento político han llevado a la nueva estructura judicial a ser muy parecida al *Common Law*.

Con estas semejanzas orgánicas en los sistemas judiciales las interpretaciones judiciales tampoco difieren mucho unas de otras, sobre todo en los países que conforman la Comunidad Económica Europea, con los principios de aplicabilidad de directa del derecho comunitario europeo y su preeminencia respecto al derecho nacional con el que presenta la antinomia, lo cual ha llevado a la reflexión de la primacía constitucional en algunos casos sobre el derecho comunitario, lo que implica una gran creatividad judicial.

El *Common Law*, tampoco se ha mantenido incólume durante todo el tiempo sino que analizado con detalle podemos señalar algunos rasgos que lo vuelven un sistema un poco más abierto y con algunas variedades, como ejemplo tenemos la

⁷⁵ N.S. Marsh, *Interpretation in a National and International Context*, Bruselas: UGA, 1974, p. 67.

creatividad en la jurisprudencia en el *Common Law*, especialmente en materia constitucional, en este sentido Cappelletti señala que:

*“(...) en los Estados Unidos, se distingue con autoridad un modelo de control judicial de las leyes ‘puramente interpretativo’ y un modelo de control ‘no interpretativo’. El primer modelo, que ha tenido siempre eminentes partidarios, aunque no se pueda decir que ha sido el modelo más seguido por la Supreme Court, pretende limitar la tarea de la jurisprudencia constitucional ‘a la aplicación de normas concretamente derivables del texto escrito de la Constitución’. En cambio, el segundo modelo es aquel que, demostrando una mayor capacidad de creatividad, va más allá del mero ‘lenguaje de la Constitución’, e ilumina dicho lenguaje con la ‘intención’ del legislador constitucional, considerando la Constitución como un ‘documento viviente’, llegando a invocar, a veces, principios generales de buen gobierno y de justicia natural, así como los derechos humanos para poner un límite a la autoridad legislativa, al margen de los términos literales de la Constitución, e incluso de la misma existencia de una Constitución escrita”*⁷⁶

A modo de concluir estas diferencias podemos señalar que éstas ya no se caracterizan por ser abismales y excluyentes, asimismo, la Comunidad Europea es un buen ejemplo de esta apertura del *Civil Law* sobre todo en cuanto a temas constitucionales, tal como en la actualidad se desarrollan.

2.4. ELCOMMON LAW Y CIVIL LAW COMO SISTEMAS INFLUYENTES DEL SISTEMA JUDICIAL PERUANO

A este punto del trabajo podemos afirmar que tanto el sistema del *Common Law* y el *Civil Law* han influido en gran manera en el ordenamiento jurídico peruano, por ende, la influencia directa ha sido para nuestro sistema judicial. Muestra de ello es la coexistencia de los acuerdos plenarios y los precedentes vinculantes, cuyo análisis conjunto es materia de esta investigación, dado que pese a compartir las

⁷⁶ CAPPELETTI, Mauro. *¿Jueces Legisladores?*, Editorial Communitas, Lima 2010, p. 198.

finalidades de unificación jurisprudencial e incremento de la seguridad jurídica, difieren mucho uno de otros.

Mientras que los precedentes vinculantes resuelven casos en concreto, los acuerdos plenarios resuelven cuestiones de interpretación legislativa por parte de los jueces, que aunque el incentivo nace de la existencia de varias decisiones judiciales contrarias anteriores, en específico no resuelven casos planteados.

Para entender mejor esta interrelación es necesario que estudiemos a la jurisprudencia vinculante frente a los acuerdos plenarios, ya que confrontando esta relación desde un punto de vista doctrinario podremos definir su aporte a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

CAPÍTULO II

2.1. LOS ACUERDOS PLENARIOS EN EL DERECHO COMPARADO

2.1.1. Los Acuerdos Plenarios en España

En España este tema ha sido advertido con claridad, de modo que los cónclaves que se realizan en virtud del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) son denominados plenos no jurisdiccionales

Artículo 264.

1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de Sala.

2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.

2.1.2. Los Acuerdos Plenarios en Argentina

En Argentina, los intentos de unificación jurisprudencial iniciaron con la creación de dos Cámaras en lo Civil⁷⁷. Posteriormente la ley N° 11.924 estableció que la Cámara de Paz tenga la prerrogativa de reunirse en un pleno jurisdiccional con la finalidad de unificar los criterios jurisprudenciales *“cuando cualquiera de las salas considerara conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable. La doctrina aceptada por la mayoría de la cámara se debía aplicar en las resoluciones que en lo sucesivo dictara cada una de las salas. Durante su vigencia, la citada cámara estableció que la doctrina plenaria era obligatoria para los jueces de la primera instancia”*⁷⁸.

Dado que en este tiempo existía una división entre las salas de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y la Cámara de Apelaciones en lo Civil, la ley N° 12.330 autorizó la prerrogativa de convocar a un tribunal plenario⁷⁹. Cabe precisar que la modificatoria de un plenario anterior era posible si la cámara se reunía y obtenía una aprobación de las dos terceras partes de sus miembros. Asimismo, no se establecía la obligación en el cumplimiento de la doctrina plenaria establecida.

Posteriormente se autorizó a todas las cámaras de apelaciones que efectuasen reuniones mediante un tribunal pleno con la finalidad de unificar los criterios relativos a la competencia de las salas, así como también para evitar sentencias contradictorias siempre y cuando no existiese previamente una interpretación de la Corte Suprema; esta doctrina legal era obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la cámara que la pronunciara fuera tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de cámara, dejaran a salvo su opinión personal⁸⁰; al respecto, sólo se podría volver sobre ella como consecuencia de una nueva sentencia plenaria. Se

⁷⁷El art. 6 de la ley 7.075 estableció que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, si cualquiera de las dos cámaras entendiera que, en cuanto al punto en debate, era conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable, se reunirían en tribunal y decidirían por mayoría de votos; si hubiese empate se daría intervención a un miembro de las otras cámaras. La norma, entonces, no determinaba expresamente la obligatoriedad de la doctrina plenaria ni la facultad de las partes de solicitar la reunión del tribunal en pleno.

⁷⁸CPaz Letrada en pleno, 11/4/1941, L.L. 23-463, obligación que luego fue ratificada por el decreto ley 4.555/43.

⁷⁹ Esta petición debía ser a petición de la mayoría de los miembros de una de las dos cámaras

⁸⁰ Ley N° 13.998, art. 28, inc. b.

decía en aquel tiempo que, *con esta última disposición, el Congreso había resuelto la discrepancia interpretativa que existía bajo las leyes anteriores respecto de la obligatoriedad de las sentencias plenarias para los camaristas y los jueces de primera instancia*⁸¹.

En este mismo sentido la obligatoriedad, asimilable a la de la ley, es la característica de los fallos plenarios, tanto para la misma cámara que los dicta, cuanto para los tribunales inferiores; se diferencia de la ley en que ésta no puede ser derogada sino por otra ley mientras que la jurisprudencia plenaria no tiene otra autoridad que la de la razón, pudiendo variar conforme los resultados del examen crítico y racional del jurisconsulto⁸².

Acorde a lo señalado por Roland Arazi *mediante acordada del 17/12/1952, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que antes de pronunciar sentencia, cada sala de las cámaras se debía informar de la jurisprudencia de las otras que integraban la misma cámara sobre el punto a resolver. Si existía discordancia de criterios, la sala se abstendría de dictar sentencia y se reuniría en tribunal pleno. Es decir, que en virtud de esa acordada la convocatoria a plenario dejó de ser facultativa para las cámaras y pasó a ser un verdadero deber*⁸³.

El decreto ley N° 1.285/58, en sus arts. 27 y 28, finalmente derogados por la ley 24.050, establecieron la posibilidad de convocar a una reunión de las cámaras de apelaciones en tribunal plenario y reglamentó la interposición del recurso de inaplicabilidad de la ley en forma similar al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En la exposición de motivos de tal decreto ley se lee: *“Asimismo, debe perfeccionarse el régimen de recursos contra las sentencias de las cámaras nacionales de apelación, a fin de evitar sentencias contradictorias y que en tal contradicción se funden recursos extraconstitucionales”*.

⁸¹FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina, concordado y comentado*, p. 36, 2ª ed., Sebastián de Amorrortu de Hijos, Buenos Aires, 1948.

⁸²SERANTES PEÑA, Oscar E., y CLAVELL BORRÁS, Javier, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, p. 216, 2ª ed., R. Depalma, 1959.

⁸³ARAZI, Roland, *Recurso de inaplicabilidad de la ley*, en: *Revista de Derecho Procesal*, n° 3, Medios de impugnación. Recursos – II, t. II, p. 238, Rubinzal-Culzoni, 1999. Pág. 225.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que fue derogado por la ley 17.454 en el año 1967, incorporó el recurso de inaplicabilidad de la ley, con lo que se le confirió una tramitación más rápida, y también contempló la autoconvocatoria, como medio para unificar la los criterios jurisprudenciales de las cámaras de apelaciones.

Adicionalmente, la ley N° 22.434 corrigió algunas deficiencias del procedimiento del recurso de inaplicabilidad de la ley, debido a que estos instrumentos dilataban la sustanciación y decisión del mismo. Así, la exposición de motivos de dicha norma señala:

“Es notoria la demora que origina la sustanciación y decisión del recurso de inaplicabilidad de ley, con la grave consecuencia de que la dilación existe no sólo en la causa donde dicho medio de impugnación ha sido interpuesto, sino que por obra del art. 301, convocado el tribunal plenario, debe notificarse a las salas para que suspendan el pronunciamiento definitivo en las causas en que se debaten las mismas cuestiones de derecho. La referida demora da lugar a la anomalía de que mientras todo el Código tiende a lograr una celeridad razonable, fijando en algunos casos plazos breves, en cambio, cuando se ha declarado admisible el recurso de inaplicabilidad de ley, generalmente se abre un largo paréntesis, que excede en mucho del tiempo que naturalmente debería demandar el trámite de este medio de impugnación”.

De esta forma, las sentencias plenarias en el sistema argentino se podían generar de las siguientes formas:

a) *A instancia de los justiciables mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley, en virtud del cual se atacaba la interpretación de la ley contenida en una sentencia definitiva, entendiéndose como tales las que ponían fin al pleito o hacían imposible su continuación –sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas, como las que hacen lugar a alguna de las excepciones perentorias- (art. 289, 1er. párr., C.P.C.C.N. –versión anterior a la ley*

26.853-), dictada por una sala de la cámara de apelaciones, que resultara contradictoria con la de otra sala de la misma cámara de una antigüedad no mayor de diez años a la fecha del fallo recurrido.

b) *A iniciativa de la propia cámara a través de la autoconvocatoria instada por cualquiera de sus salas, que luego podía ser aceptada o no por la cámara en pleno (art. 302, C.P.C.C.N. –versión anterior a la ley 26.853-).*

Cabe indicar que la iniciativa de la cámara debía provenir de una de las salas, siendo necesario que siempre sea por parte de un cuerpo colegiado; por ende, no era admisible la convocatoria que se efectuaba por uno o varios miembros de la cámara en forma personal.

Respecto a la formalidad, la iniciativa debía realizarse mediante una resolución dictada en un proceso específico y con antelación a que se dictara sentencia definitiva, suponiendo así que hasta ese momento ya se debían haber expresado, y contestado, todos los agravios aludidos. Esto impedía que cualquiera de las partes pudiera exponer sus fundamentos en favor o en contra de las posiciones contradictorias de la jurisprudencia de las salas ya que la convocatoria a plenario no estaba sujeta a las limitaciones que para la admisión del recurso de inaplicabilidad de la ley fijaban los arts. 288 y 289, C.P.C.C.N.

c) *A solicitud del fiscal de cámara (art. 37, inc. e, de la ley 24.946 –Ley Orgánica del Ministerio Público-).*

En este supuesto, dado que la ley N° 24.946 no establecía el procedimiento, también se aplicaban las reglas de la autoconvocatoria pues *se trataba del pedido de ese funcionario para que la cámara se autoconvocara, es decir, que la iniciativa para la autoconvocatoria partía del fiscal de cámara que el tribunal podía acoger o no*⁸⁴.

⁸⁴EGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Los fallos plenarios y la Corte Suprema*, en *Tratado de derecho procesal constitucional*, director Enrique M. Falcón, t. II, ps. 905/911, Rubinzal-Culzoni, 2010.

Finalmente, la ley N° 26.853 produjo un gran cambio al eliminar la posibilidad que tenían las cámaras de convocar a un plenario para unificar jurisprudencia, ante esto, se instauró los recursos de casación, de inconstitucionalidad y de revisión. Esto ha dado lugar a fuerte críticas como la de Héctor Eduardo Leguisamón⁸⁵ quien señala:

“El recurso de casación al que se refieren ahora los arts. 288 a 294 del C.P.C.C.N., en realidad no se trata de un camino procesal para la unificación de la jurisprudencia ni esta es función de las cámaras de casación creadas por la ley 26.853 como podría pensarse de lo analizado anteriormente, puesto que no sólo no el recurso de casación únicamente es procedente según el actual art. 288 del C.P.C.C.N. contra las sentencias definitivas, o equiparables a éstas, que dicten las cámaras de apelaciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contencioso administrativa(...)”

De lo señalado anteriormente se puede inferir que con el cambio de legislación e implementación del recurso de casación, este queda siempre limitado a las interposiciones de medidas cautelares contra el Estado y a las interpuestas en el derecho administrativo, sin que exista de manera expresa la obligación de la doctrina establecida por la cámara de casación en su sentencia para los casos futuros.

2.1.3. Los Acuerdos Plenarios en México

La legislación Mexicana ha contemplado la unificación jurisprudencial bajo la figura de las Tesis Jurisprudenciales, su aprobación y difusión se ha encargado al Tribunal Superior de Justicia de México⁸⁶, asimismo, este mandato se encuentra

⁸⁵EGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *La derogación de la obligatoriedad de los fallos plenarios*, Agenda magna, disponible en: <http://agendamagna.wordpress.com/2013/05/26/unificacion-de-la-jurisprudencia/>, Accedido el 08/03/2014.

⁸⁶Reglamento Interior del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, Artículo 11°.

contemplado en la Constitución Política del estado de México⁸⁷ así como en su Ley Orgánica⁸⁸.

Respecto a la tesis jurisprudencial podemos señalar que esta consiste en *una expresión por escrito, en forma abstracta y concisa, del criterio que interpreta, integra o precisa una norma jurídica, con la que se resolvió un caso concreto*⁸⁹.

El Tribunal Superior de Justicia del estado de México ha señalado que se redacta una tesis jurisprudencial cuando el juzgador se enfrenta al resolver sus asuntos ante la necesidad de:

- a) Interpretar una norma jurídica.- Esto ocurre cuando la norma, existiendo, es sin embargo obscura, por lo que el juzgador debe desentrañar su sentido y objeto, de conformidad con el espíritu de la ley.
- b) Integrar el precepto legal.- Esto ocurre cuando el legislador comité prevé la hipótesis aplicable al caso que se presenta al órgano jurisdiccional, estando éste obligado a resolver aun ante la ausencia total de disposición expresa (art.1.14 CCEM; y art.14 Constitución General de la República), por lo que al emitir su resolución, establece la norma que en la legislación falta.
- c) Precisar el alcance de una norma jurídica.- Esto ocurre, cuando existiendo una disposición expresa, y aun siendo claro su sentido, el alcance jurídico de las palabras o frases con que fue redactada, no define el límite de sus supuestos normativos. Esto es, cuando el juzgador se topa ante una hipótesis abierta.
- d) Interrelacionar preceptos legales.- Esto último es, en realidad, una forma más de interpretación de la norma de derecho; pero no se refiere a la interpretación de un determinado artículo o precepto, sino que interpreta la

⁸⁷ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, fracción IV, Artículo 95°.

⁸⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, fracción IV, artículo 33°.

⁸⁹ Manual para la elaboración, envío, registro y publicación de tesis y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del estado de México, Poder Judicial del Estado de México, Tribunal Superior de Justicia, Enero del 2011, Disponible en: www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/gct/2010/nov232.PDF, Accedido el 08/03/2014.

ley buscando establecer y unificar el sentido armónico y coherente de un conjunto de disposiciones que se interrelacionan al emitir una resolución, evitando así que devenguen en contradictorias.

De lo expuesto se infiere que la jurisprudencia tiene un ámbito de existencia bien definido; dicho de otro modo, *no es válido pretender elaborar tesis de cualquier criterio, pues son estos fenómenos en que la ley puede incurrir o ante los que la autoridad jurisdiccional se puede encontrar, lo que da sustento y justificación a la génesis jurisprudencial, en la inteligencia de que ésta no tendría razón de ser en el supuesto de que la norma fuese perfecta*⁹⁰.

La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado regula lo concerniente a la jurisprudencia que establezca el Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes términos⁹¹:

- a) Obligatoriedad de la jurisprudencia.- La jurisprudencia que establezca el Tribunal Superior de Justicia funcionando en Pleno, será obligatoria para las salas regionales y los juzgados. La que establezca funcionando en salas, será obligatoria para los juzgados.
- b) Jurisprudencia de las Salas Colegiadas.- Habrá jurisprudencia, cuando lo resuelto por una sala colegiada se sustente en cinco sentencias consecutivas no interrumpidas por otra en contrario y haya sido aprobada por unanimidad de votos, con excepción de las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional.
- c) Jurisprudencia de las Salas Unitarias.- También se constituirá jurisprudencia cuando lo resuelto por tres distintas salas unitarias se sustente en cinco sentencias consecutivas no interrumpidas por otra en contrario. Las salas involucradas o el Coordinador General de Compilación y Sistematización de Tesis, deberán pedir al Pleno del Tribunal Superior de Justicia que haga la declaratoria respectiva, y procederá a su redacción,

⁹⁰IBIDEM.

⁹¹Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, Artículos 139° al 142°.

ordenando su publicación en el Boletín Judicial y el Prontuario de Jurisprudencia para que surta efectos.

d) Denuncia de contradicción de tesis.- La contradicción de tesis deberá denunciarse por escrito al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, señalándose las salas que incurren en contradicción y en qué consiste; el nombre del denunciante y su relación con el asunto. El Presidente analizará la procedencia de la denuncia y dará cuenta de ella al Pleno del Tribunal, en la siguiente sesión.

La contradicción de tesis podrá ser denunciada por:

1. Las salas que intervengan en ella o cualquiera de los magistrados que la integren;
2. Las partes del juicio donde ésta surja o sus legítimos representantes;
3. Los jueces del Estado cuando después de haber dictado la resolución en el asunto de su competencia, adviertan la contradicción;
4. El Procurador General de Justicia del Estado, cuando considere que se afecta el interés de la sociedad; y
5. El Coordinador General de Compilación y Sistematización de Tesis del Tribunal Superior de Justicia.

e) Resolución de contradicción de tesis.- Cuando dos o más de las salas sustenten tesis contradictorias, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia en un plazo no mayor de cien días contados a partir de la fecha en que fuera formulada la denuncia, deberá pronunciarse a favor de alguna de ellas o bien establecer la que deba regir. La contradicción será resuelta por mayoría de votos de los magistrados.

La tesis del Pleno del Tribunal Superior de Justicia que resuelva la contradicción tendrá el carácter de jurisprudencia, conforme a lo dispuesto

en el primer párrafo del artículo 139 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

La resolución que dirima la controversia no afectará por ningún motivo las situaciones jurídicas concretas definidas en juicio con anterioridad a la misma.

f) Interrupción de la jurisprudencia.- La jurisprudencia sustentada por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia o por las salas colegiadas, se interrumpirá y dejará de ser obligatoria, siempre que el órgano que la estableció así lo acuerde, se cumplan los mismos requisitos para integrarla y se expresen las razones que existen para su interrupción. También se interrumpirá la jurisprudencia de las salas cuando el Pleno del Tribunal lo determine al resolver la contradicción de tesis. La jurisprudencia sustentada por las salas unitarias se interrumpirá y dejará de ser obligatoria, siempre que una de las salas participantes en su formación así lo acuerde, debiéndose proceder como en el caso de criterios contradictorios.

Como podemos observar del sistema mexicano, las tesis jurisprudenciales surgen con la finalidad específica de unificar los criterios interpretativos que en la resolución de casos por parte de los jueces del estado, la particularidad es que, a diferencia del Perú, se reserva la potestad de elaborar las tesis jurisprudenciales al Plenos del Tribunal, con una serie de procedimientos que aseguran la participación de los involucrados en la discusión.

2.2. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN EL DERECHO COMPARADO

Una vez analizada la jurisprudencia vinculante desde sus orígenes y el grado de vinculación que generaban, es preciso ahora ampliar el panorama de modo descriptivo sobre el tratamiento actual que tiene en otros países, pues aunque comparten muchos rasgos que provienen de su origen, pueden variar de acuerdo a la normativa interna de cada país.

2.2.1. El Precedente en Colombia

En Colombia, la práctica del precedente se debe en gran manera al activismo que la Corte Constitucional de Colombia, que ha marcado grandes pautas para el desarrollo de la predictibilidad jurídica y el ordenamiento de las decisiones judiciales, claro que el desarrollo no ha sido únicamente por parte de dicho organismo, así también, el Consejo de Estado y la Corte Suprema han aportado bastante al fortalecimiento del precedente constitucional, de esta manera, el respeto a los precedentes ha sido reconocido por la Corte Constitucional de Colombia de la siguiente manera:

“El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico.”⁹²

De esta manera podemos afirmar que el respeto por lo precedentes se contiene fuertes fundamentos de la política jurisdiccional de Colombia, lo cual se condice con lo expuesto en su carta fundamental⁹³, quienes pese a no contener una regulación legal expresa que legitime al precedente, sí lo han logrado por vía jurisprudencial teniendo en cuenta que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los

⁹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 047/99.

⁹³ Constitución Política de Colombia: **Artículo 230**. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

Sumando a esto, el sistema Colombiano añade a la justificación de la existencia del precedente el principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos⁹⁴.

Es así que en Colombia se han creado diversos mecanismos para procurar el respeto de los precedentes de la corte suprema, siendo así, el artículo 38 del Decreto-ley 2591 de 1991 señala que *“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.”* La jurisprudencia constitucional ha señalado que la *“temeridad”* se ha entendido *“como la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso.”*⁹⁵

Por lo cual podemos decir que el sistema Colombiano tiene una gran influencia del *common law* en cuanto a la elaboración de precedentes.

2.2.2. El Precedente en Estados Unidos

En los Estados Unidos de Norteamérica, el título 28 del *United States Code* engloba la regulación del sistema de tribunales federales y lo delimita jurisdiccionalmente. La estructura judicial es una estructura piramidal, donde la base de la misma lo conforman los tribunales de primera instancia (*Federal District Court*), en el siguiente nivel se encuentran los Tribunales Federales de Apelación

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 047/99.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-184 de 2005.

(*Circuit Courts of Appeals*) y en la cúspide, como máximo órgano del sistema Judicial está el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*United States Supreme Court*), el cual está integrado por nueve jueces, cuyo cargo es vitalicio.

En cuanto a competencias es importante mencionar que la competencia del Tribunal Supremo es la de conocer como órgano de última decisión cuestiones que tengan que ver con interpretación y aplicación del derecho federal, siendo que los asuntos que crean doctrina vinculante siempre se resuelven en Pleno.

La vinculación del precedente en los Estados Unidos se traslada a la organización piramidal de los jueces, de este modo, cada uno de los órganos jurisdiccionales se encuentra vinculado a determinados precedentes, mientras que otros precedentes sólo tienen fuerza persuasiva.

Los jueces de primera instancia⁹⁶ están vinculados a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Apelación, mientras que los Tribunales de Apelación sólo se encuentran vinculados a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo; por lo tanto, los demás precedentes de los Tribunales Federales tienen únicamente fuerza persuasiva. Siendo que la capacidad para crear doctrina vinculante está concentrada desde los Órganos jurisdiccionales de apelación.

Los precedentes vinculantes tienen tres elementos que conforman su estructura, lo cuales son el *holding*, *dictum* y *rationale*. En cuanto al primero, es lo que en otros sistemas se identifica con la *ratio decidendi*, la cual es una expresión del derecho inglés, y configura la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la cuestión jurídica que el caso plantea. El *dictum* son los razonamientos jurídicos que elabora el tribunal y que, en su opinión no son necesarias para fundamentar la decisión alcanzada. El tercer elemento es también conocido como *The grounds of holding* y son aquellas razones que el tribunal ha utilizado para llegar a alcanzar el resultado. El *rationale* contiene una alta carga valorativa de juicios extranormativos que los jueces hacen valer en sus sentencias.

⁹⁶Que como se ha señalado en el párrafo precedente, puede ser un Tribunal Federal de Distrito, un Tribunal Federal Especial o los denominados Tribunales Legislativos.

Debemos tener en cuenta que los precedentes en Estados Unidos tienen un carácter dinámico ya que las reglas del *case law* se han ido adaptando, de una manera paulatina, al entorno social, los cambios políticos y jurídicos que Estados Unidos ha vivido los últimos 200 años, por lo cual podemos decir que su formación ha sido a través de los años y con una apertura al cambio y auto alimentación. Este dinamismo se debe, principalmente, al gran abanico de posibilidades que tienen los tribunales para determinar la forma en la que se vinculan a los precedentes y el modo como dictan sus sentencias.

2.2.3. El Precedente en México

En México los precedentes vinculantes se han desarrollado en gran manera desde la legislación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo que en su artículo tercero establece:

Artículo 3. El Poder Judicial del Estado tendrá las atribuciones siguientes:

XIII. Determinar y publicar los precedentes obligatorios, sustentados en cinco resoluciones consecutivas en el mismo sentido en la materia, que vinculen a todas las autoridades del Estado, en los términos que señalen esta ley y las leyes del Estado.

Como podemos apreciar, en el ordenamiento mexicano se ha optado por condicionar la existencia del precedente a la continuidad de resoluciones en el mismo sentido. A diferencia de los presentes en el Perú, en México el establecimiento de los precedentes requiere de una previa costumbre judicial y no significa una mera potestad de los altos tribunales, asimismo, se entiende que la obligación de una fuerte carga argumentativa del precedente se encuentra implícita en el artículo en mención.

Así mismo, el artículo 11° no solamente deja en claro un respeto y reconocimiento de la importancia de los precedentes, sino que también tiene contenido un aspecto del *common law* el cual es la costumbre, ya que exige una repetición de casos como requisito para la elaboración del precedente, particularidad que añade fundamento a la legitimidad del precedente, pues ya no es únicamente legal.

Artículo 11. Los precedentes que establezcan el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y sus Salas, así como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, serán obligatorios para todas las autoridades del Estado y se sujetarán a las siguientes reglas:

I. Se integrarán con cinco resoluciones consecutivas en el mismo sentido en la materia, no interrumpidas por otra en contrario y aprobadas por unanimidad de votos de sus Magistrados;

II. Se interrumpirán, y dejarán de tener carácter obligatorio, con una resolución dictada en sentido contrario, aprobada por unanimidad de votos. En dicha resolución deberá razonarse y fundarse el cambio de criterio;

III. El Pleno del Tribunal Superior de Justicia resolverá las contradicciones entre los precedentes obligatorios que emitan sus Salas, las cuales podrán ser denunciadas por los Magistrados, Jueces, el Procurador General de Justicia o cualquiera de las partes que intervengan en el juicio;

Sin embargo, su sistema judicial también tiene algunas dificultades en cuanto a la emisión de jurisprudencia vinculante, en específico de los plenos Jurisdiccionales, ya que por la estructura orgánica con la que cuentan, la atribución de dictar precedentes la tiene tanto el Pleno del Tribunal Superior de Justicia como las Salas individuales de la Corte Suprema, lo cual configura una doble competencia, que no concentra esta atribución jurisprudencial.

CAPÍTULO III

3.1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN EL ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL PERUANO

En nuestro sistema de Administración de Justicia, la Jurisprudencia Vinculante se ha incluido a través del tiempo y se ha reafirmado en cuanto a su aplicación, cuya influencia contiene aspectos claramente marcados en el sistema del *Common Law*. En nuestros tiempos, la importancia del derecho de creación Judicial vuelve

a relacionarse con los límites intrínsecos que la ley manifiesta⁹⁷, lo cual acorde a una sociedad que se encuentra en continuo cambio acerca a una flexibilidad del derecho Jurisprudencial, si cuando la ley aparece está ya superada por la evolución de la sociedad, corre el riesgo de detener su desarrollo en lugar de acompañarlo⁹⁸.

En el Perú al igual que en varios países⁹⁹, la legislación determina los casos en los cuales la jurisprudencia será vinculante más allá del caso resuelto, en ese sentido, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que:

“Artículo 22.- 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.

⁹⁷GALGANO, Francesco. *El precedente judicial en el Civil Law*. En Atlas de Derecho privado comparado, Madrid: 2002, p. 77

⁹⁸IBIDEM.

⁹⁹Entre los países que cuentan con la definición de Precedentes Vinculantes se encuentran: Chile que en su Código Civil señala al respecto en el Art. 3° inc. 2° que "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren". En España el art. 1.1 del Código Civil no establece la vinculatoriedad como tal; en el ordenamiento jurídico español sólo son fuentes del Derecho «la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (art. 1.1 Cc). Sin embargo, el art. 1.6 del Código Civil dispone que la jurisprudencia «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», por lo que, aunque no sea fuente propiamente dicha, su facultad para modular la Ley y establecer cuáles han de ser los principios generales del Derecho. En la legislación guatemalteca, la jurisprudencia es una fuente formal de escasa importancia porque sirve para complementar la ley. En el Código Procesal Civil y Mercantil, para que se sienta jurisprudencia, el Tribunal de Casación (Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil), debe emitir cinco fallos uniformes, no interrumpidos por otro en contrario, dictados por el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos, utilizándose la expresión "doctrina legal" (Ver. Arts. 621 y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil). En material procesal penal se utilizan las expresiones jurisprudencia y doctrina legal, debiéndose llenar los mismos requisitos legales, con la diferencia que el voto de los magistrados debe ser unánime. Finalmente, en materia de amparo puede también sentarse jurisprudencia, especialmente en la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes constitucionales en las sentencias de la corte de Constitucionalidad, que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. En el caso específico de México, la jurisprudencia se conforma de cinco resoluciones que, en un mismo sentido, haga el Poder Judicial de la Federación sin que se le interponga una sola en caso contrario, a estas resoluciones individualmente se les llama tesis (extractos). También puede formarse a través de contradicción de tesis, que consiste en que el Pleno o las Salas de la Suprema Corte resuelvan el criterio que debe sostenerse sobre una cuestión en particular donde existen posiciones contrarias o diversas sostenidas por Tribunales Colegiados de Circuito o incluso por las Salas de la Suprema Corte. Por último, y en virtud de un mandato de la Constitución del propio país, constituirán jurisprudencia las resoluciones que emita la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de controversia constitucional o de acciones de inconstitucionalidad.

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.”

Por otro lado, el Código Procesal Civil señala respecto a la sentencia que se emite respecto del recurso de casación contemplado en el segundo párrafo del artículo 400° que:

“(…) 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.”

Finalmente, el artículo VII del Código Procesal Constitucional señala:

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

En este sentido, también las sentencias del Tribunal Constitucional, reconocen la importancia de la jurisprudencia vinculante, por ejemplo el fundamento 37 de la sentencia de Acción de Amparo del caso Consorcio Requena¹⁰⁰, señala que la elaboración de un precedente será necesaria:

¹⁰⁰Caso Consorcio Requena (Loreto), expediente N° 4293-2012-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>

- a) *“Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.*
- b) *Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.*
- c) *Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.*
- d) *Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.*
- e) *Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.*
- f) *Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución”.*

En torno a lo señalado por el Tribunal Constitucional podemos identificar los supuestos en los cuales el Tribunal Constitucional dicta un precedente, con

respecto al primer supuesto, el mismo contiene a su vez también dos supuestos: la interpretación diferenciada sobre una determinada figura jurídica entre los jueces de inferior jerarquía, situación que suele ser común, ya que el razonamiento judicial es diferente y el carácter interpretativo del Derecho da lugar a que no todos los jueces coincidan en el modo de comprender el derechos, más aún cuando las circunstancias fácticas varían caso por caso.

3.2. El Precedente como apoyo a la igualdad en la resolución de casos

El siguiente fundamento para justificar al precedente es la igualdad, concebido como un elemento indisociable del Estado Democrático de Derecho, en el ámbito del poder judicial, es importante señalar que la igualdad sólo somete al Poder Judicial al tratamiento igualitario de las partes en el interior del proceso¹⁰¹.

Este principio de igualdad en la decisión se evidencia en algunos sistemas como en el *Common Law*, en el que el trato igualitario recae en la prestación de la tutela jurisdiccional.

Algunos autores como Cappelletti añaden que la igualdad de tratamiento es al mismo tiempo la igualdad de medios, es decir el equilibrio de armas en el proceso discursivo de litigio entre las partes¹⁰².

A esto se suma la llamada igualdad en el proceso o la igualdad de acceso a la jurisdicción, lo que visto en su dimensión amplia enmarca muchos aspectos y exigencias como aspectos económicos que podrían obstaculizar la participación en el proceso, esto va ligado al aspecto social como brecha que dificulta un proceso en posiciones igualitarias y sin desventaja, ante las cuales el Estado se encuentra en la obligación de equiparar la situación brindando el apoyo necesario a fin de cubrir dichas brechas de desventaja.

Al señalar que el Estado se encuentra en la obligación de cubrir estas brechas, no sólo se adjudica la responsabilidad al Legislativo, sino que el Poder Judicial, se

¹⁰¹Marinoni. Op cit. P. 161.

¹⁰²En esta postura el original en: CAPPELLETTI, Mauro. “*Appunti in tema di contraddittorio*”. In: Studi in memoria di Salvatore Satta, v. 1. Padova: Cedam, 1982, p. 211.

encuentra obligado también desde su ámbito de acción, es por esta razón que para varios autores, el precedente constituye una acción del Poder Judicial que contribuye y forja un sistema de trato igualitario a los justiciables. En consecuencia, las posturas fundamentan que si bien las políticas por parte del Poder Judicial con respecto a acceso a la Jurisdicción, temas económicos y otros que procuren el equilibrio entre los justiciables son legítimos, el precedente se emerge como una herramienta adecuada e idónea para tales fines, es decir en la igualdad de decisión racional y justa, para el justiciable lo que importa es la calidad y sustancia del procedimiento¹⁰³.

Esta exigencia en la igualdad en las decisiones es legítima, porque al tener como única demanda la igualdad en el procedimiento, esta por sí sola no asegura que la decisión sea la adecuada más allá de una visión procedimentalista, lo cual es criticado desde posturas que proscriben la tiranía de la mayoría que pueden generar algunos procedimientos, ante esto, la postura del máximo representante del procedimentalismo Hart señala que:

*“Nuestra sociedad no tomó la decisión constitucional a favor de un sufragio casi universal para cambiar de actitud y aceptar, en decisiones populares, la imposición, desde lo alto, de los valores de los juristas de primera clase. Como Robert Dahl observó, ‘luego de casi veinticinco siglos, las únicas personas que parecen convencidas de las ventajas de ser gobernadas por reyes filósofos son unos pocos filósofos’*¹⁰⁴.

Esta visión procedimentalista critica la búsqueda de un contenido sustancial en la tutela de los derechos fundamentales con base en el argumento de que no existen valores fundamentales aceptados por todos los ciudadanos de forma pacífica, por ende, sustentan que no se debe dar al juez el poder de los valores sustanciales en ellas contenidas.

¹⁰³TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*. traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid : Trotta, 2011, P. 216.

¹⁰⁴ ELY, Jhon Hart. *Democracy and distrust: A theory of Judicial Review*. Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 59-60.

Entonces, lo que se busca es una igualdad ante la interpretación de la ley, pues si el juez únicamente se limita a pronunciar la ley sin interpretarla, bastaría exigir la igualdad ante la ley. Algunas posiciones afirman que el problema no está en el poder de interpretación conferido al juez, sino en la propia dicción de la norma legal.

Una de las características de la norma que hace necesaria la presencia del precedente desde el punto de igualdad ante la interpretación de la ley es la presencia de cláusulas abiertas.

Entonces nos encontramos ante un problema que se maximiza debido a la variedad de procedimientos y técnicas procesales que maximizan el poder juez, dándole la posibilidad de llegar a soluciones variadas para las situaciones litigiosas. Esto se justificó dando el inevitable envejecimiento y agotamiento de las disposiciones legislativas, es por eso que se debió ampliar el margen de convertirá de ley siendo contener espacios capaces de darle al juez el poder de adaptación de la norma a nuevas realidades y valores.

Las cláusulas generales se forjaron como una técnica legislativa contrapuestas a una técnica casuística, esto es a que la manera que el legislativo produce derecho lo hace valiéndose de instrumentos positivizado el cual admite sus limitaciones en cuanto a la previsión de circunstancia que podrían superar su ámbito contemplado las cuales, por no estar normadas otorgan la facultad al juez de diferentes supuestos validos como margen de apreciación, algo que no ocurría con el método de la subsunción en palabras de Martins-costa:

“Dar, previamente, respuesta a todo los problemas de la realidad, una vez que esas respuestas son progresivamente construidas por la jurisprudencia. () Por no reglamentar algo de modo de modo complejo y excautivo, actúan técnicamente como meta normas, cuyo objetivo es enviar al juez criterios aplicativos determinables en otros espacios de sistemas o través de tipologías sociables variables, de los usos y costumbres objetivamente en vigor, en determinado ambiente social. En razón de estas características, esta técnica permite capturar,

*en una misma hipótesis, una amplia variedad de casos cuyas cualidades específicas serán formadas por vía jurisprudencia y no legal*¹⁰⁵.

Todo esto no hace más que insistir en la necesidad de la igualdad de las decisiones judiciales, por ende en la necesidad de la existencia del precedente, porque no toda decisión judicial se va circunscribir únicamente en los parámetros legislativos lo cual no hace posible la construcción de una regla que contemple todo los supuestos, entonces, la seguridad jurídica, la que debe ser vinculada a la decisión, hace responsable a la judicatura por la previsibilidad al derecho.

Las cláusulas generales conforman una solución para contrarrestar la inflación de normas jurídicas creando una regla con preceptos abiertos tratando de contemplar la mayor cantidad de situaciones.

La técnica de la cláusulas generales se difundió a partir de los años 40 de los siglos XX cuando se aceptó paulatinamente la insuficiencia de la ley y la atribución de poder al juez, para dictar la norma capaz de regular el caso concreto. La particularidad de los casos concretos demanda instrumentos procesales y tutelas actuales lo cual lleva a la búsqueda de la técnica procesal idónea, para tutelar efectivamente el derecho. Es necesario, sin embargo, controlar la cantidad de las reglas abiertas sin perder la tutela del derecho, por ende el poder del juez para la determinación de la mejor manera de la efectivación de la tutela hace exigible por su parte la justificación de sus decisiones.

En cuanto a la decisión jurisdiccional esta debe ser racional, es decir no solo basada en datos dotados de autoridad o como manifestación del poder otorgar lo que exige que la argumentación recaiga en puntos que no puedan ser deductivamente expuestos, en conclusión la deducción desde la premisa de la subsunción no apoya a la argumentación en las cláusulas abiertas ni a la necesidad de los precedentes.

¹⁰⁵Martins-Costa, Judith. “O direito privado como um sistema em cons-trução”. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.15, p.134.

3.3 El precedente como herramienta de coherencia del orden jurídico

El precedente encuentra una de sus máximas razones justificantes en la preocupación por la coherencia por el orden jurídico y en específico en la búsqueda de una lógica del sistema estructurado sobre los tribunales, en casi todo los sistemas jurídicos la jerarquía se encuentra marcada por principios de autoridad basadas en estructuras orgánicas de denominados grados o instancias, específicamente en el Perú, se niega el poder del juez de primera instancia a fin de que decida aisladamente sus demandas. Es por eso que la figura de la doble instancia no solo se emerge como una garantía constitucional de los litigantes, si no también procura un orden de uniformidad que le da validez a los criterios correctores a los jueces de segunda instancia otorgando un cierto grado de estabilidad en la interpretación del derecho que genere una previsibilidad a los litigantes, quienes tienen a salvo la interposición de un recurso que haga revisable la decisión judicial.

El respeto a los precedentes desde esta lógica se fundamentan en el mismo sistema judicial, esto es en el principio de autoridad que se plasma en un respeto a la jerarquía. En palabras de Marinoni: “Formada una cultura precedentalista en los tribunales superiores, no habrá como dejar de seguir los precedentes entonces fijados”¹⁰⁶.

Entonces, este respeto a los precedentes, también buscan concretar un sistema ordenado, coherente que no encuentre contradicciones en su desarrollo y que se autoalimente sin necesidad de cambiar el orden legislativo, esto es, que se dinamice en cuanto a la evolución desde la interpretación jurisdiccional, quien al tener que resolver una controversia jurídica va a interpretar la norma y si volvemos a las más altas cortes, esa interpretación va a marcar la línea de interpretación que otorgará coherencia al sistema.

Siendo así, es el Poder Judicial quien mediante las personas que lo conforman que tienen un grado de responsabilidad de la coherencia del sistema, pero no es

¹⁰⁶MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obligatorios*, op. Cit. p. 195

responsable por la compatibilidad del sistema, que sí es exigible únicamente al Legislativo, en este sentido, cada dispositivo legal es y debe ser compatible con el ordenamiento jurídico restante, mientras que una decisión judicial no excluye a otro, así como tampoco la vuelve inválida, a menos que se trate de un resolución superior que revoca de decisión anterior, así como varias decisiones pueden comprender lo constitucionalmente permitido en cuanto a interpretación y ser distintas en interpretación pero igualmente válidas por el criterio del juez, es por eso que el derecho producido por el Poder Judicial es un problema de coherencia y no de compatibilidad.

Por ende, no existe coherencia en un derecho que se expresa mediante decisiones que tratan casos iguales de manera desigual.

Con respecto a la coherencia legal, Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski y Alfonso Ruiz Miguel señalan que:

“Una vez que (o en la medida en que) nosotros estamos aquí tratando de sociedades caracterizadas por la fidelidad a la ideología y la práctica del orden legal ‘racional’ en el sentido propuesto por Max Weber (1967), podemos ciertamente decir que la coherencia en la interpretación de las disposiciones específicas sobre muchos casos y prácticas interpretativas que se destinan a garantizar una coherencia global del sistema jurídico, son absolutamente fundamentales para ellas. Coherencia en ambos sentidos es la propia esencia del orden jurídico racional, así como es crucial para la idea de un discurso legal racional. No es sorpresa que, en todos los sistemas legales estudiados, el valor de la coherencia de la ley, es uno de los elementos claves en la comprensión de la lógica local para la práctica de tratar al precedente como vinculante en cualquiera que sea el sentido particular o sentidos localmente atribuidos a su impositividad (o generalmente, su fuerza normativa). Eso es comprensible como una razón independiente para el precedente, enraizado en la propia naturaleza de argumentación racional, esencial para el orden jurídico racional. En un punto de vista diferente, el papel unificador del precedente puede también

*ser visto simplemente como aspecto del carácter unitario del sistema legal de un Estado bien organizado, lo cual es papel principal para que las Cortes lo sustenten.*¹⁰⁷

Entonces, el precedente encuentra uno de sus más grandes fundamentos en la coherencia interpretativa de la jurisprudencia, por ende en la coherencia del sistema legal, cuyo valor es reconocido en los diversos sistemas jurídicos; siendo que, cada sistema define las herramientas que los llevarán a armonizar sus decisiones jurisdiccionales mediante el uso del precedente u otros métodos.

Los mismos autores culminan la idea señalando que: “coherencia legal, en conjunto con la uniformidad de la decisión, es realmente un valor reconocido en todos los lugares, servido por el respeto a la fuerza del argumento a partir del precedente, lo cual es función principal de las cortes, en su papel interpretativo, alcanzar. El valor de la uniformidad puede ser tomado como un desiderato técnico jurídico, así como la coherencia tal vez pueda ser considerada un aspecto de *elegantia juris*; pero ambos también concurren a la integridad global del Estado como garante de un sistema jurídico único”¹⁰⁸

Esta responsabilidad que recae en el Poder Judicial requiere que al momento de dictar una decisión sobre todo, si se refiere a una decisión elucubrada como precedente, que proviene de las más altas corte y que contiene una carga de autoridad que sumada a la argumentación debe evitar cualquier decisión frívola en el patrón decisorio de un juez o corte para otro. Las reglas de Derecho creadas por el precedente, a diferencia del sistema político en general, no son simples opiniones de algunos hombres que, temporalmente, ocupan relevantes cargos en el poder.

Ya sabemos, que el precedente busca evitar decisiones dispares a los casos iguales, porque de otro modo el sistema estimularía el arbitrio y la parcialidad. Si el juez, frente al caso concreto y ante una norma que permite múltiples tipo de interpretación este podría atribuir significados distintos a la misma norma, en

¹⁰⁷ Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski y Alfonso Ruiz Miguel. Ob. Cit. p. 487.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

palabras de Marinoni: “(...) el juez parcial está libre para decidir de la forma que le conviniese, basta con justificar sus decisiones arbitrarias. No obstante cuando está sujeto a su pasado, esto es, a lo que ya decidió, el juez no puede, aunque desea, ser parcial o arbitrario. Le queda prohibido decidir casos iguales según el rostro de las partes.”¹⁰⁹

Podríamos decir, que para tener garantía contra la parcialidad, no basta obligar al juez a justificar sus decisiones sino que también hay que impedirle decidir de forma arbitraria, esto es, decidir casos iguales en forma diferente. El deber de respetar el pasado y su línea de decisión centra a su motivación hacia la imparcialidad, llegando a garantizar la racionalidad de la función jurisdiccional tanto interna como externamente.

Otro aspecto a considerar, es que el deber de respeto al pasado desde un punto de vista racional, asegura no solamente que un juez no varíe arbitrariamente sus decisión en casos iguales, sino que también asegura que la alternancia en el cargo no sea motivo de alternancia en el razonamiento ni discrecionalidad pura, especialmente en países como el Perú, donde no está contemplado la duración vitalicia del cargo del juez, a diferencia de otros sistemas.

1.4.c. El precedente como instrumento de economía procesal

El aspecto económico también es un fundamento para justificar la utilización de os precedentes, pues por sus efectos, los costos del proceso que resultan innecesarios disminuyen, pudiendo avocar los esfuerzos jurídicos con mayor grado de previsibilidad y sabiendo las posibilidades de triunfo por parte de los litigantes, por parte del Estado, disminuyen la cantidad de procesos que debido al precedente se sabe que no prosperarán. Una perspectiva económica del precedente que apoya su existencia es la de Lee Thomas:

Las economías de costo asociado a un sistema del stare decisis sobrepasan los gastos derivados del litigio. Mayor seguridad no solo desincentiva los litigios, sino también permite un planteamiento más

¹⁰⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obligatorios*. Ob. Cit. p. 201.

eficiente con base en los precedentes. Nuevamente, compárese los efectos del actual sistema del stare decisis, que establece algunos obstáculos a la autoreversión de la Suprema Corte a un régimen de mayor libertad discrecional. El sistema actual reduce el grado de agitación en el cuerpo del precedente de la Corte, permitiendo así, que 'las ramas políticas y el pueblo' planeen más eficientemente con base en reglas conocidas. Un sistema más discrecional, en comparación, haría el planeamiento y los recursos más onerosos y menos eficientes.”¹¹⁰

En consecuencia, existe una racionalización de expectativas a colaborar, desde una perspectiva colectiva, con la racionalización del propio mercado y con la optimización de la economía. Siendo que esta cualidad no sólo es reconocida por quienes se encuentran inmersos en la actividad jurisdiccional, sino también por los representantes de los demás poderes del Estado, pues la disminución de gastos en la economía se advierte desde todos los sectores de un país. Es por eso que cada año en la apertura del año judicial, uno de los retos propuestos en muchos de los sistemas es la economía procesal¹¹¹, por eso, definir expectativas no es importante sólo para la economía de mercado, sino también, para la esfera de cada uno y para la armonía de la vida como sociedad, para crear un orden que nos permita tomar decisiones mucho más responsables y pensadas antes de entablar un proceso judicial, que incluso podría aproximarse a cálculos de gastos y honorarios del proceso. La forma de cómo los tribunales deciden es importante para que las personas puedan estabilizar sus vidas.

¹¹⁰ LEE, Thomas R. *Stare decisis doctrine of precedent*. North Carolina Law Review, n 78, 2000, p. 652.

¹¹¹ Como ejemplo, se tiene el discurso del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España, en ocasión de la inauguración del año judicial 2005-2006: “En realidad, si arduo resulta explorar los costes indirectos generales de un sistema de justicia imperfecto, más aún lo será deslindar la participación que tiene en esos mismos costes la relativa incerteza derivada de las resoluciones contradictorias. Si puedo referirme globalmente a los informes confeccionados por el Banco Mundial, en los que se ha expresado que la presencia de un sistema judicial imperfecto constituye un serio obstáculo para el florecimiento de la actividad económica. Por otra parte, aunque también resulte incuantificable en sus consecuencias precisas, es notorio que los *ratings* elaborados por instituciones financieras u otras entidades internacionales, en los que se evalúa la solidez económica e institucional de los distintos países, y desde luego la Justicia, tienen una influencia evidente en las decisiones inversoras procedentes del exterior”. En HERNANDO, Francisco José. *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del estado de derecho*. Revista de Economía y Derecho, vol. 3, n. 10, 2006, pp. 80-81.

La economía procesal se facilita por la disminución del conflicto, ya que no hay que confundir el acceso a la, lo cual sí debe ser procurado por la judicatura, a realizar un estímulo de la litigancia. No es lo mismo el acceso a la justicia con la facilidad de litigar. Es así que cada demanda y/o denuncia entablada en el órgano jurisdiccional significa una erogación de presupuesto que implican situaciones económicas por parte de los particulares como también por parte del estado, es por eso que la disminución al conflicto significa economía procesal, pero no debe significar restricción del acceso a la justicia.

Sobre la disuasión en la proposición de la demandas, Thomas afirma que:

*“Un sistema que mejora la estabilidad del cuerpo de precedentes de la corte desestimula los gastos en litigios que se destinan a perturbarlo. Por otro lado, un régimen altamente discrecional significaría una mayor recepción a la argumentación dirigida a la revocación del precedente, incentivando así el aumento de los gastos destinados a la revocación de las decisiones anteriores. Fundamentalmente, las reglas del stare decisis aumentan en nivel de estabilidad y certeza en el derecho, disminuyendo así el incentivo a litigiosidad en todo los niveles del sistema judicial. La idea de que la incertidumbre estimula la acción judicial no es exactamente nueva. La visión presentada aquí es simplemente que una regla del stare decisis aumentan las seguridad y, por lo tanto, reduce el incentivo a la litigiosidad”.*¹¹²

En la práctica, cuando una parte que tiene planeado iniciar una demanda ante el Poder Judicial, pero tiene conocimiento de que su decisión no será amparada por las repetitivas decisiones que ha venido dando, ciertamente no gastará tiempo ni dinero en efectuar dicha petición; sin embargo, la responsabilidad de efectuar o no dichas acciones recaen también en los abogados litigantes, pues va a depender de la información que este le proporcione a su cliente sobre las repetitivas resoluciones en torno al caso planteado ya que puede ser el caso que, si el Poder Judicial tiene fallos distintos a los mismos casos plantados, la parte quedará con la viva impresión que debe proponer la demanda, arriesgando a obtener una tutela

¹¹² LEE, Thomas R. “Stare decisis doctrine of precedent”. Ob. Cit., p. 652.

favorable, lo cual se justifica; toda vez que, la posibilidad se encuentra abierta por el mismo Poder Judicial, y se halla adecuadamente delimitada con un eficiente sistema de precedentes que eviten al autor de la acción estar obligado a pensar con la lógica de un apostador o en las habilidades argumentativas de su defensa o incluso en la capacidad de convencimiento al Juez, pero aun así, sin tener un amplio grado de certeza sobre la suerte de su litigio.

Conforme a lo expuesto precedentemente, este costo significa mucho más para el Estado que para el litigante, pues implica hacer funcionar todo un aparato jurisdiccional por cada demanda entablada. Desde un punto de vista meramente lógico, cada demanda ocupa un espacio y orden determinado, por lo que resolver una implica dejar de lado otra que podría procurar la tutela de un derecho sobre el cual no hay un pronunciamiento repetido.

Desde un punto de vista del consenso, la previsibilidad de las decisiones mediante el precedente, favorece también a los acuerdos, si se tiene en cuenta que para la negociación con miras a un acuerdo es mejor que las partes tengan claramente conocidas sus ventajas y desventajas, para que puedan ser objetivamente negociadas.

En este orden de ideas, podría decirse que en contraposición al consenso, el conocimiento previo de las desventajas de una de las partes frente a la otra, desequilibra la capacidad de negociación, poniendo a una sobre la otra, es decir, que la parte a quien le favorece la decisión del precedente se encuentra estimulada a litigar, pero eso no cambiaría si no se tuviera el precedente, porque los costos, demoras e instancias del proceso perjudicarían tanto a quien le favorece la decisión así como al que no resulta vencedor, y a este último en mayor magnitud.

3.4. Los precedentes constitucionales como medio de interpretación de la Constitución

La importancia que los Precedentes en materia Constitucional han conseguido se debe, en primer lugar por el carácter abierto de la constitución¹¹³, el cual exige ser interpretado por todos los ciudadanos, otorgándole la interpretación preferente al Tribunal Constitucional¹¹⁴, en segundo lugar porque como comisionado del poder constituyente, sus decisiones controlan que lo que se haga en cualquier manifestación de poder público o privado, no vulnere la Constitución, esta es la razón por la que el mismo Tribunal Constitucional ha especificado que son ellos el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, en palabras de Jeremy Waldron el Tribunal Constitucional son: “(...) el delegado actual que defiende la obra del Constituyente, interpretándola a la luz de cada momento histórico y contextualizándola conforme a los requerimientos de la época”¹¹⁵.

Es este lugar privilegiado que tiene el Tribunal Constitucional el que por lo menos hace suponer que las decisiones que emanan del mismo deberían ser reconocidos por los demás poderes Públicos¹¹⁶.

Podríamos señalar que el grado de vinculatoriedad del precedente Constitucional Vinculante en el Perú puede ubicarse entre dos grados: una vinculación fuerte o absoluta y otra débil o relativa. En cuanto a la vinculación fuerte, significa que la fuerza del precedente constitucional que emana del Tribunal Constitucional debe ser seguido por los operadores jurídicos, sin que ellos puedan actuar al margen de su interpretación, en otras palabras, siempre deben seguir el precedente. En cuanto a la vinculación débil del precedente se entiende que el mismo precedente

¹¹³La constitución es considerada como un orden abierto a los valores, los cuales han de ser concretados en el ejercicio de cada caso. Sobre esto en: CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. *El Precedente judicial y el precedente jurisprudencial*, Ara Editores, Lima-Perú, 2008, p. 181.

¹¹⁴La Constitución Política señala que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

¹¹⁵WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de J. L. Martí y Á. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 264.

¹¹⁶En la Teoría se ha diferenciado tres tipos de vinculación del Tribunal Constitucional: “una vinculación meramente intelectual, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las sentencias (...); en el otro extremo, una vinculación formal rigurosa, en el sentido de considerar la existencia de una obligación exigible al juez, de atenerse a la doctrina jurisprudencial; y, finalmente, en una posición intermedia, una vinculación ‘disuasoria’, en el sentido de que el no seguir la doctrina jurisprudencial puede acarrear la revocación (...) de las sentencias contrarias a esa doctrina”. LÓPEZ GUERRA, Luis. *Tribunal Constitucional y Creación judicial del Derecho*, en: ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Javier, *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 361.

permite un apartamiento de la misma, siendo que en este caso, se le exige al juez una carga argumentativa de su desvinculación, como lo señala Alexy: “Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. (...) quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”¹¹⁷.

En el Perú, desde el punto de vista normativo, la Constitución peruana es jerárquicamente la norma máxima del ordenamiento¹¹⁸, y el Tribunal Constitucional es quien se encarga de controlar la vigencia de esta jerarquía y velar por que sea respetada¹¹⁹, cumpliendo su labor mediante sentencias constitucionales que contienen su interpretación de las normas constitucionales.

El mismo Tribunal ha definido su jurisprudencia de la siguiente manera:

*“La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.”*¹²⁰

La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo¹²¹.

1.4.d. El precedente del *Common Law* aplicado al Precedente Constitucional Peruano

El Perú, también ha realizado una adecuación del precedente emanado del *common law* al precedente constitucional peruano, siendo que también ha

¹¹⁷ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 537.

¹¹⁸Constitución Política del Perú: **Artículo 51.-** La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

¹¹⁹Constitución Política del Perú: **Artículo 201.-** El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.

¹²⁰EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005, primera consideración previa.

¹²¹EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 42.

establecido una diferenciación entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*, las cuales forman parte de la sentencia constitucional, la que a su vez se compone de dos partes: la parte decisoria de la demanda constitucional presentada, y los fundamentos jurídicos del tribunal que anteceden a la decisión, siendo que estos fundamentos jurídico son los que se exigirán en cumplimiento a todos los operadores jurídicos.

EL Tribunal Constitucional, ha señalado jurisprudencialmente la definición de la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*:

*“El problema de la ejecución de las sentencias constitucionales en estos escenarios no es el del mandato que emitan las Cortes o Tribunales en un caso particular. Es decir, no existe, en términos generales, un problema de efectividad de la orden concreta que emana del más alto Tribunal. Como se ha señalado, para el caso español, (...) En todo caso, las discusiones académicas y también prácticas, desde luego, surgen respecto de la forma en que vinculan estas decisiones; su capacidad para producir efectos en las instancias judiciales y, de manera especial, los contenidos vinculantes de las sentencias. Esto debido a que las sentencias no sólo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente en un Tribunal que suele identificarse como “supremo intérprete de la Constitución” (art. 1.º de la LOTC), son precisamente las “interpretaciones” que se ubican en la parte de la justificación del fallo. Como se observado, dentro de la motivación hay que ubicar la denominada *ratio decidendi* – o “hilo lógico” del razonamiento de los jueces-, que comprende en los sistemas del *common law* tanto el principio de derecho como el hecho relevante considerado por el Juez (*holding*), como también las denominadas *obiter dicta* o razones subsidiarias. Son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento* (*obiter dicta*).¹²²”*

¹²²EXP. N° 4119-2005-PA/TC, del 29 de agosto del 2005, fundamento jurídico 12.

Es así que el tribunal ha señalado que la *ratio decidendi* es la razón suficiente, la cual a su vez es aquella parte de la sentencia en la que se: “*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.*”¹²³ En la misma sentencia señala que: “*(...) es aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimada o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis*”¹²⁴.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha diferenciado el concepto anterior del *obiter dicta*, el cual ha sido denominado como razón subsidiaria o accidental, el cual de manera jurisprudencial se ha definido como:

“*(...) 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 donde se formulan. (...) La finalidad de los obiter dicta es proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen (...) orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.*”¹²⁵

En el Perú las sentencias constitucionales, por ende, los precedentes constitucionales vinculantes, ha contemplado esta división entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* dejando en claro que no toda sentencia que emana del Tribunal Constitucional es un precedente vinculante, e incluso no toda sentencia que

¹²³EXP. N° 0024-2003-AI/TC, citado, primera consideración previa.

¹²⁴Ibidem.

¹²⁵Ibidem.

contiene un precedente vinculante, vincula en todos sus fundamentos o razones, lo cual delimita aún más el contenido vinculante de sus sentencias.

La vinculación de los precedentes del Tribunal Constitucional es la esencia de su autoridad, siendo que sus efectos se pueden dividir en dos: las sentencias con efectos *erga omnes*, dentro de la que se encuentra la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, y las sentencias que tienen efectos *inter partes*, dentro de las cuales se encuentra las sentencias de acción de amparo, hábeas corpus o hábeas data. Como se ha señalado anteriormente, la vinculatoriedad de las sentencias se basan necesariamente hacia las *ratio decidendi* antes que hacia los *obiter dicta*, esta regla aplica tanto a las sentencias *erga omnes* como a las sentencias *inter partes*, sobre todo para los magistrados del poder judicial, quienes no podrán apartarse del precedente en los casos futuros que conozcan.

Podemos afirmar que en el Perú la vinculación de la *ratio decidendi* es absoluta para los magistrados del poder judicial, lo que no debe entenderse como el apego a ciegas a la jurisprudencia constitucional, sino que implica distinguir las circunstancias fácticas que conforman el caso con las que conformaron la *ratio decidendi*, entonces: “Al juez no se le reconoce la capacidad de modificar el criterio interpretativo, el cual se mantiene incólume, de modo que siempre que el criterio sea aplicable deberá ser aplicado por el juez en la solución del caso concreto. En este sentido se podrá decir que la vinculación es absoluta: siempre que el criterio sea aplicable al caso concreto, el juez no podrá inaplicarlo y resolver el caso al margen del mismo.”¹²⁶

En cuanto a la vinculación del *obiter dicta* en la jurisprudencia constitucional peruana, pese a que no tiene la misma fuerza vinculante de la *ratio decidendi*, no debe subestimarse la importancia que tienen en las sentencia del Tribunal Constitucional.

¹²⁶CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. *El Precedente judicial y el precedente jurisprudencial*, Ara Editores, Lima-Perú, 2008, p. 188-189.

A través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹²⁷ se puede advertir que el *obiter dicta* tiene un carácter persuasivo al intérprete con la finalidad que sea adoptado por este, sin embargo, al tener un carácter persuasivo, la determinación de la elección que supeditada al intérprete, con lo cual no debe entenderse que la no adopción se valide con la decisión del intérprete, sino que este debe cuestionarlo por considerarlo incorrecto, incompleto o por cualquier otra razón que sea válida jurídicamente.

Es así que la diferencia entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* podría resumirse en que en el primer caso no se le es permitido al juez cuestionar dichas razones, sino únicamente diferenciar el caso concreto del caso que dio lugar al *obiter dicta*, mientras que en el segundo caso el juez tiene permitido cuestionar la interpretación del *obiter dicta* y consecuentemente alejarse de tal razonamiento.

En la práctica, es importante que el juez pueda no sólo deba diferenciar al *ratio decidendi* del *obiter dicta*, los cuales se encuentran señalados por el mismo Tribunal Constitucional en las sentencias dictadas, sino que también es importante que el operador jurídico, y en especial el juez, tenga un manejo bastante amplio de la jurisprudencia constitucional, ya que existen determinados casos donde el *obiter dicta* de una sentencia, constituye la *ratio decidendi* de otra, lo que transforma a dicho *obiter dicta* se transforma en una *ratio decidendi* con el grado de vinculación que dicho razonamiento exige.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“Aunque obiter dicta resulta relevante recordar que en la sentencia N° 3741-2004-PA/TC, se ha establecido, en condición de precedente vinculante, la potestad de control difuso en sede administrativa en los siguientes términos: [...] el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las

¹²⁷EXP. N° 4119-2005-PA/TC, EXP. N.° 0024-2003-AI/TC, EXP. 06135-2006-PA/TC, entre otros.

normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial (fundamento N° 7).”¹²⁸

El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo al sistema jurídico del *common law*, también ha señalado que la *ratio decidendi dicta* constituye un medio para poder predecir las decisiones del Tribunal Constitucional y en general de todo el ordenamiento jurídico, ya que por ser el último órgano en cuanto interpretación constitucional, sus pronunciamientos anticipan públicamente el sentido interpretativo para los próximos casos que puedan llegar a conocer.

En cuanto al *obiter dicta*, podemos señalar, que su grado de vinculatoriedad, pese a estar cuestionado por algunas posiciones jurídicas¹²⁹, esta se justificará en la carga argumentativa que transmita a través de un discurso racional una fuerte persuasión hacia los intérpretes del mismo. En este criterio se encuentra Gascón Abellán quien señala que: “(...) esta justificación supone no sólo la explicación ordinaria de las razones de hecho y Derecho que fundamentan la decisión, sino que incluye una exigencia suplementaria”¹³⁰.

El encargado de realizar la diferenciación entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* en una sentencia es el Tribunal Constitucional, ya que es quien elabora la misma en

¹²⁸EXP. N.º 06135-2006-PA/TC, del 19 de octubre del 2007, fundamento jurídico 15.

¹²⁹Los cuestionamientos versan en la exigencia o no de algún requisito para el alejamiento del *obiter dicta*, ya que si no se exigiese requisito alguno, entonces el *obiter dicta* no tendría ningún grado de vinculación, lo cual estaría contraviniendo el tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, el mismo que señala 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 de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

¹³⁰GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 39-40.

su totalidad y sería contraproducente que quienes tengan que hacer esta diferenciación sean los intérpretes porque eso con llevaría en múltiples interpretaciones entre los jueces, creando aún mayor confusión sobre la fuerza vinculante del precedente.

Así también, se debe reconocer que una vez que el Tribunal Constitucional dicta la sentencia constitucional en la que señala las razones suficientes y las razones subsidiarias (*ratio decidendi* y *obiter dicta*), esta cobra autonomía e independencia respecto de su creador, por lo que se sujeta a la interpretación de los jueces. Siendo que en el caso de que el Tribunal Constitucional no realice la diferenciación de sus razones en su sentencia, los llamados a determinarlas serán los jueces, en este orden de ideas Bernal Pullido señala:

“La ratio decidendi será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente. Esta es una consideración básica que deriva de la estructura del derecho como una praxis jurídica compleja. Sólo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores (...) De este modo, sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la ratio decidendi de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual”¹³¹.

Si el Tribunal Constitucional, primigeniamente, es el encargado de determinar la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* en sus sentencias, esta potestad asume al mismo tiempo la exigencia de justificación racional más allá de un principio de autoridad, esto es, que dicha diferenciación no adquiere legitimidad únicamente porque provenga del Tribunal Constitucional, sino que su contenido debe ir muy ligada a la razón, a la razón jurídicamente válida, por ende no puede ser un ejercicio arbitrario impuesto por un órgano máximo. Castillo Córdova, identifica una razón

¹³¹BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 179.

objetiva de esta potestad del Tribunal Constitucional: “(...) es posible formular al menos un criterio objetivo para realizar la diferenciación: la intensidad de la relación entre las razones a ser calificadas de necesarias o accesorias con la decisión contenida en el fallo de la sentencia constitucional.”¹³²

Interpretando lo señalado por Castillo Córdova, la relación entre las razones del Tribunal Constitucional con el fallo debe de identificarse en grados de necesidad, esto es, que si las razones expuestas en la sentencia son determinantes de tal modo que sin su existencia o variando tal interpretación de dicho fundamento, el fallo hubiese contenido otra connotación, entonces nos encontramos ante la *ratio decidendi*, por otro lado, sin esta relación podría ser prescindida o interpretada desde otro punto de vista sin que eso implique el cambio necesario de la decisión final, estaremos ante el *obiter dicta*.

En esta línea de ideas, el Tribunal Constitucional Español ha manifestado que la *ratio decidendi*: “Es el argumento decisivo del fallo¹³³ (...), la causa esencial¹³⁴, la base determinante¹³⁵, el soporte único o básico¹³⁶ y los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión¹³⁷”, mientras que en relación al *obiter dicta* ha señalado que: “se trata de declaraciones secundarias o alejadas de la *ratio decidendi*¹³⁸, careciendo de relevancia para la fundamentación del fallo¹³⁹, sin trascendencia en el fallo¹⁴⁰, que carece de entidad para fundamentar¹⁴¹, argumentos adyacentes que coadyuvan, en mayor o menor medida, al fundamento principal o *ratio* de la decisión final o fallo, que se relaciona más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo (...) son opiniones del Juez o Tribunal con propia eficacia y si no integran la cosa juzgada (ésta se configura en el fallo y su fundamento determinante), sí valen como valoraciones jurídicas del

¹³²CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. *El Precedente judicial y el precedente jurisprudencial*, Ara Editores, Lima-Perú, 2008, p. 197.

¹³³ STC 48/1983, del 31 de mayo, fundamento jurídico 2.

¹³⁴ STC 109/1985, del 08 de octubre, fundamento jurídico 8.

¹³⁵ STC 11/1991, del 17 de enero, fundamento jurídico 3.

¹³⁶ STC 109/2006, del 23 de octubre, fundamento jurídico 8.

¹³⁷ STC 302/2006, del 23 de octubre, fundamento jurídico 3.

¹³⁸ STC 76/1990, del 26 de abril, fundamento jurídico 8.

¹³⁹ STC 172/2004, del 18 de octubre, fundamento jurídico 6.

¹⁴⁰ STC 8/2004, del 9 de febrero, fundamento jurídico 9.

¹⁴¹ STC 47/2001, del 15 de febrero, fundamento jurídico 6.

*Tribunal y, constituyen, en cierto modo y buena medida, antecedentes dotados de auctoritas*¹⁴²»

Es así que el método por el cual el Tribunal Constitucional realiza este ejercicio de diferenciación de razones es mediante sus Precedentes Constitucionales Vinculantes.

El precedente constitucional vinculante se estableció como la más importante novedad que trajo consigo el Código Procesal Constitucional Peruano¹⁴³. El cual tiene como antecedente la referencia que el artículo 9 de la Ley N° 23506, publicada el 8 de diciembre de 1982, el mismo que hacía referencia a las resoluciones emitidas en los procesos de amparo y hábeas corpus, las mismas que constituían jurisprudencia obligatoria cuando de ellas pudiesen desprenderse principios de alcance general. Al igual que la actual ley, daba la oportunidad de que los jueces pudiesen desvincularse de los mismos sustentando su decisión.

Con el artículo VI del Código Procesal Constitucional¹⁴⁴ otorga una absoluta vinculación de las sentencias de los procesos de inconstitucionalidad que emite el Tribunal Constitucional, es así que en el caso de que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una norma con rango legal, esta queda expulsada del ordenamiento jurídico, por lo cual no podrá ser invocado ni aplicado por ningún operador jurídico en ningún caso. Si por el contrario, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad de una norma, el precepto tiene confirmada la constitucionalidad haciendo que ningún operador jurídico pueda inaplicarla por ser inconstitucional. Por ende en palabras de la jurisprudencia del Tribunal

¹⁴² STC 6/1991, del 15 de enero, fundamento jurídico 4.

¹⁴³ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. Op. Cit p. 1.

¹⁴⁴ Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional: (...) 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 de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Constitucional, los sentencias: “*tienen efectos de: a) fuerza de ley; b) cosa juzgada; y c) aplicación vinculante a los poderes públicos.*”¹⁴⁵

Las sentencias que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma tienen efecto *erga omnes*, ya que si la evaluación se realiza a razón de un caso concreto, debido a que si las normas son dictadas para su cumplimiento general, pese a no constituir un precedente propiamente dicho, los efectos que recaigan sobre la misma se extienden también sobre la generalidad para la que fue creada, máxime si lo que se hace es expulsarla del ordenamiento jurídico o confirmar su constitucionalidad.

En el Perú, la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional en procesos de inconstitucionalidad de normas se encuentra más en la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* que en el fallo final de inconstitucionalidad o no, esto podría contradecirse con otras posturas que señalan que lo que realmente vincula es la declaración o no de la inconstitucionalidad de la norma por parte de Tribunal Constitucional, porque en este caso, al expulsar dicha norma del ordenamiento jurídico, nada queda por interpretar por parte de los demás jueces o demás poderes públicos, sencillamente se deben limitar a no invocar dicha norma porque ya no forma parte del ordenamiento jurídico.

En contraposición a esta postura, podemos decir que las razones suficientes de una sentencia de inconstitucionalidad tienen un doble significado. El primer es que la vinculación de dichas razones vinculan a los demás poderes del Estado, esto es, al poder Legislativo y al Ejecutivo por ser aquellos los órganos que emiten normas con rango de ley ya que se crea una regla de interpretación en cuanto a la futura elaboración de normas, siendo que, en el caso de que las futuras normas contravengan a las razones que forman parte de la sentencia, la norma también podrá ser declarada inconstitucional.

En el Perú, mediante una sentencia con carácter de precedente constitucional vinculante, se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 38.1^o¹⁴⁶ y 39^o¹⁴⁷ de la

¹⁴⁵EXP. N° 00053-2004-PI/TC, de 16 de mayo de 2005, fundamento jurídico V.

Ley 27153, la cual regulaba la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, las justificaciones o razones señaladas por el Tribunal Constitucional fueron:

“En efecto: Si bien el artículo 36 de la LEY establece que el impuesto a los juegos grava "la explotación" de estos juegos, conforme se desprende de la regulación conjunta de los artículos 38.1 y 39 de la LEY, la alícuota del impuesto asciende al 20% sobre la base imponible, "constituida por la ganancia bruta mensual" ... entendiéndose por ésta a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes", esto es, que con el nombre o etiqueta de impuesto "a la explotación", la metodología impositiva de la ley grava en realidad las utilidades. Considerando además, y conjuntivamente, que la alícuota del impuesto parece ser excesiva, que recae sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de las utilidades y que no es considerado, el monto pagado, como pago a cuenta del impuesto a la renta, debe concluirse que el gravamen presenta una vocación confiscatoria del capital invertido, prohibida por la Constitución.”¹⁴⁸

Como se ha dicho anteriormente, esta es la *ratio decidendi* que el Tribunal Constitucional utilizó para declarar la inconstitucionalidad de dichos artículos, siendo que como efecto de tal declaración fueron expulsados del ordenamiento jurídico y se prohibía su utilización para casos futuros, sin embargo podemos extraer que la *ratio decidendi* cobra autonomía en cuanto a su vinculación frente a todos los poderes públicos para futuras situaciones semejantes, por lo tanto, los

¹⁴⁶ Ley N° 27153, **Artículo 38°.- Base imponible del impuesto:** (...) 38.1 La base imponible del Impuesto está constituida por la ganancia bruta mensual proveniente de la explotación de los juegos de casino y de máquinas tragamonedas, entendiéndose por tal a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes.

¹⁴⁷ Ley N° 27153, **Artículo 39°.- Alícuota del Impuesto.-** La alícuota del Impuesto, tanto para la explotación de juegos de casino como de máquinas tragamonedas, será el 20% (veinte por ciento) de la base imponible indicada en el artículo anterior.

¹⁴⁸ EXP. N.° 009-2001-AI/TC, del 29 de enero del 2002, fundamento jurídico 16.

poderes públicos no podrán promulgar una ley que tenga en mismo contenido que la *ratio decidendi* prohíbe , que en el caso en concreto: en el futuro no podrá establecer un impuesto cuya base imponible sea la ganancia bruta mensual sin las deducciones razonables de los gastos en los que se incurra para generar las ganancias o utilidades.¹⁴⁹

Es necesario precisar que la regla señalada por la *ratio decidendi* de la sentencia de inconstitucionalidad elaborada por el Tribunal Constitucional que vincula a todos los poderes públicos, y por ende, prohíbe al Ejecutivo y Legislativo promulgar leyes con un contenido similar, cae en un supuesto de “deber ser”, ya que desde una visión de la política plasmada desde las atribuciones orgánico-constitucionales, nada impide que tanto el Legislativo o el Poder Ejecutivo, puedan promulgar una norma con rango de Ley que vulnere la regla de la *ratio decidendi*, la cual contenga el precepto declarado inconstitucional, esto, sumado a que en el Perú, nuestro sistema de elaboración de normas no cuenta con un control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, vuelve a la regla de la *ratio decidendi* una regla limitada frente al poder fáctico del Legislativo y Ejecutivo.

Sin embargo, esto no significa que la *ratio decidendi* tenga que relativizarse a tal punto de que su eficacia sea nula y su particularidad de ser *erga omnes* decaiga en no poder ser concretada. En un razonamiento sencillo, podríamos decir que si ocurriese el caso en el que se vuelve a dictar una norma con similar contenido al declarado inconstitucional, la única solución sería volver a entablar una demanda de inconstitucionalidad y esperar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que en el mejor de los casos, podrá realizar una motivación por remisión a su sentencia anterior en base al precedente dictado y a la vinculación de la *ratio decidendi*. Pero si entendemos la eficacia de la *ratio decidendi* de manera sistemática, la solución se encuentra en el control difuso que deberían aplicar los jueces del territorio nacional al momento de tener frente a ellos la norma con

¹⁴⁹En el caso en concreto el Legislador sustituyó el artículo 38.1 de la Ley 27153 declarado inconstitucional, por el artículo 17 de la Ley 27796, siendo que el nuevo texto legislativo señalaba: “La base imponible del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas está constituida por la diferencia entre ingreso neto mensual y los gastos por mantenimiento de las máquinas tragamonedas y medios de juego de casinos”

contenido inconstitucional ya declarado en un precedente vinculante, consecuentemente, la inaplicación de dicho precepto sería lo más acertado a fin de armonizar el sistema desde un parámetro constitucional.

La complejidad del uso de la *ratio decidendi* se evidencia cuando, en el ejemplo señalado anteriormente, la nueva norma promulgada no contenga exactamente el mismo texto declarado inconstitucional por el precedente constitucional vinculante dictado por el Tribunal Constitucional, sino que de su contenido pueda sustraerse la vulneración de la *ratio decidendi* dictada por dicho precedente, situación que en términos fácticos, no constituiría algo extraño, sino que lo más probable es que así sea, ya que en el otro supuesto, nos encontraríamos ante una respuesta conflictiva y provocadora por parte de los demás poderes del estado hacia el Tribunal Constitucional al no respetar de manera evidente las sentencias dictadas por este Órgano Constitucionalmente Autónomo, situación que también podría ocurrir, pero cuya probabilidad es menor.

Entonces, en el supuesto del contenido inconstitucional oculto en la nueva norma, le corresponde a cada juez del territorio nacional interpretar el contenido de la norma, frente al contenido de la *ratio decidendi* y decidir aplicar el control difuso o dejar de hacerlo, lo cual podría ser tan beneficioso como perjudicial si afirmamos que estamos ante interpretaciones, pero que dada la existencia de la *ratio decidendi* que se desprende del precedente vinculante, los criterios no serán únicamente del juez que va a aplicar el control difuso, sino que la *ratio decidendi* le servirá como parámetro de interpretación constitucional, quedando a su responsabilidad determinar si el nuevo supuesto de hecho de la norma analizada contraviene o no las razones expuestas en la *ratio decidendi* a fin de inaplicar o no dicha norma mientras se declare su inconstitucionalidad.

Por otro lado, la confirmación de constitucionalidad de una norma con rango de Ley por parte del Tribunal Constitucional otorga una mayor relevancia a la *ratio decidendi* ya que, al expulsar norma alguna del ordenamiento legal, lo relevante de dicha sentencia, más allá de que la norma continúe vigente y que los jueces no puedan dejar de aplicarla, recae en determinar el papel de la *ratio decidendi*.

El papel del Tribunal Constitucional en estos casos es determinante, ya que a nuestro criterio en el Perú, sus funciones no son únicamente las de un Legislador negativo, sino que las mismas se enmarcan en declarar lo constitucionalmente prohibido¹⁵⁰ (como legislador negativo) y lo constitucionalmente obligatorio (como garante de la Constitución y de su eficacia en cuanto a la protección de derechos fundamentales), dejando lo constitucionalmente permitido al poder judicial, a través de sus jueces en todo el territorio nacional ya que una norma que contenga, a raíz del caso, un sentido interpretativo inconstitucional, a su vez puede contener muchos sentidos interpretativos que sí sean constitucionales a la luz de otros casos

Esta afirmación es apoyada por la opinión de Castillo Córdova quien señala que *“un juez podrá inaplicar al caso concreto un precepto legal que habiendo sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en una demanda de inconstitucionalidad, lo ha sido en referencia a dispositivos de la Constitución distintos a los que sustentan la inaplicación del precepto legal a un caso concreto”*.¹⁵¹

En este orden de ideas, muchas de las sentencias que declaran la constitucionalidad de una norma se realizan a través de sentencias interpretativas, ya que no siempre es suficiente con declarar la norma constitucional y dejarla intacta y con plena vigencia en el sistema. Las sentencias interpretativas, en palabras del Tribunal Constitucional establecen que: *“(…) determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.”*¹⁵²

¹⁵⁰Esta atribución se puede derivar del Exp. N° 0004-2006-PI/TC del veintinueve de marzo del 2006, el cual en su fundamento jurídico 53 señala que: *“Las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad de todas aquellas normas que se desprenden de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.”*

¹⁵¹CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. Óp. Cit, p. 208.

¹⁵²EXP. N.º 4853-2004-PA/TC, del 19 de abril del 2007, fundamento jurídico 15.

Este gran grupo de sentencias interpretativas¹⁵³ son dictadas bajo el principio de conservación de la ley, tal como lo señala el Tribunal Constitucional:

“El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático.”¹⁵⁴

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional no tiene esa legitimidad democrática que sí lo tiene el legislador, cuyas normas gozan de una presunción de Constitucionalidad y son dictadas de manera general, de esta manera ha sido el mismo Tribunal constitucional quien ha señalado que:

“Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no

¹⁵³ Para mayo desarrollo véase: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001. Pp. 60-161.

¹⁵⁴ EXP. N° 010-2002-AI/TC del 03 de enero del 2003, fundamento jurídico 35.

exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); ergo, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93º de la Constitución.”¹⁵⁵

Es importante recalcar que en los casos de las sentencias interpretativas, se debe procurar encontrar por lo menos un sentido interpretativo que sea constitucional, sin que ello conlleve a que esa sea el único sentido interpretativo posible de dicha norma. Podemos señalar que, en palabras del Tribunal Constitucional: *“no cabe que se declare la inconstitucionalidad de una disposición si, entre sus normas, esto es, los sentidos interpretativos de una disposición legislativa, es posible hallar una que sea compatible con la Constitución.”¹⁵⁶*, así como que: *“(…) la declaración de invalidez constitucional siempre debe ser la última ratio (…)”¹⁵⁷.*

Así también, el Código Procesal Constitucional, en su artículo VII de su Título Preliminar señala que:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremos de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de precedente debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”¹⁵⁸

Este efecto vinculante que se le atribuye a las sentencias del Tribunal Constitucional hace referencia para todo el resto de procesos constitucionales que este conoce ya sea como instancia única, en referencia al proceso competencial; o

¹⁵⁵ EXP. N° 0030-2005-PI/TC del 02 de febrero del 2006, fundamento jurídico 53.

¹⁵⁶ EXP. N.º 002-2003-AI/TC del 27 de junio del 2004, fundamento jurídico 7.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Código Procesal Constitucional del Perú. Ley N° 28237, publicada el 31-05-2004.

como última instancia cuando conocen los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento.

A diferencia de los procesos de inconstitucionalidad, aquí el Tribunal Constitucional, resuelve un caso, una controversia en unas determinadas circunstancias para determinar la vulneración o no del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental por parte de una acción pública en algunos casos y privada en otros, la cual se plasmará en una sentencia que declare fundada o no la demanda, la misma que surtirá efecto inmediato sobre las partes del proceso, pero que también podrá surtir efectos *erga omnes* siempre y cuando el Tribunal Constitucional así lo señale mediante un precedente vinculante.

En cuanto a la atribución del Tribunal Constitucional de poder dictar estos precedentes, este ha señalado que:

“(...) el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.”¹⁵⁹

Cabe resaltar que el Tribunal Constitucional ha señalado que su política jurisdiccional para la aplicación del Derecho es mediante el precedente que dicta, esto es:

“(...) 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. (...) tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como

¹⁵⁹EXP. N.º 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre del 2005, fundamento jurídico 36.

precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.”¹⁶⁰

Un claro ejemplo en el que la eficacia del precedente constitucional ha mostrado fuerte impacto es cuando el Tribunal Constitucional determinó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión de la siguiente manera:

“(…) los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 supra, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CP Const.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.”¹⁶¹

Este precedente vinculante ha permitido que después de que fuese dado a conocer, todas las demandas sobre pensiones en las que se invocaba la violación del derecho fundamental a la pensión, hayan sido resueltas en base a este precedente vinculante, casi como si fuese una Ley.

Con respecto a la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*, acorde a las prerrogativas que el Código de Procedimientos Penales le confiere la Tribunal Constitucional, esta diferenciación de razones la determina el mismo Tribunal Constitucional, quienes podrían señalar la razón que crean con mayor carga vinculante como la *ratio decidendi*, las mismas que deben relacionarse directamente con las razones ligadas a la solución del caso, siendo que por descarte las demás razones quedarán como *obiter dicta* siempre y cuando cumplan el estándar de razones para tales fines. Debiendo señalar que el Tribunal Constitucional ha señalado que

¹⁶⁰EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre del 2005, primera consideración previa.

¹⁶¹EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio del 2005, punto 4 del fallo.

los precedentes serán siempre conformados de las *ratio decidendi* de las sentencias, y en ningún caso de los *obiter dicta*.

Respecto a la vinculación de estos precedentes, los jueces están obligados a aplicar la *ratio decidendi* para todos los casos en los cuales los supuestos de hecho correspondan bajo un criterio de semejanza, a las circunstancias analizadas que motivaron dictar la *ratio decidendi*, caso contrario el precedente no podría aplicarse. Dicha distinción corresponde exclusivamente a los jueces que conocen el caso, siendo su responsabilidad efectuar dicho análisis.

Es preciso señalar que todas las sentencias del Tribunal Constitucional contienen una *ratio decidendi* y *obiter dicta*, pero no todas las sentencias son consideradas precedente vinculante. En cuanto al *obiter dicta* no existe mucha diferencia cuando esta es parte de una precedente vinculante o de una sentencia común, sin embargo, la diferencia, por lo menos legal, entre la *ratio decidendi* entre una sentencia cualquiera y una que constituye precedente vinculante es que en este último caso, el Tribunal Constitucional así lo declara, pero se debe tener en claro que la *ratio decidendi* de una sentencia constitucional cualquiera vincula únicamente a las partes, sin embargo las de un precedente es *erga omnes*, casi como una norma jurisprudencial extraída del caso concreto. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, podrá dictar un precedente constitucional vinculante en cualquier proceso constitucional que considere.

En cuanto a la vinculación y cumplimiento del precedente constitucional, algunas posturas señalan que la exigibilidad en su cumplimiento tiene que ver por la materia que interpretan, en este sentido, Castillo Córdova señala que:

“Si los precedentes constitucionales explicitan el contenido y significado de los preceptos de la Constitución, y lo explicitan con carácter vinculante, entonces, toda actuación pública o privada que contravenga

los precedentes constitucionales está viciada de inconstitucionalidad y, consecuentemente, será jurídicamente inválida.”¹⁶²

Asimismo, algunas posturas consideran que los precedentes vinculantes constituyen normas adscriptas a una norma constitucional directamente.

Para dictar un precedente, el Tribunal Constitucional ha señalado que se requieren cuatro requisitos: el primero tiene que ver con la necesaria vinculación entre el caso resuelto y la *ratio decidendi* del caso, dado que el caso es lo que da a luz al precedente. El segundo requisito establece que aunque el precedente vinculante se encuentre relacionado con la controversia que va a resolver, no se agota en su resolución, por ende debe trascender a los mismos a fin de adquirir esa fuerza y vinculación de una cuasi norma, peor que siempre emana de un hecho particular. Como tercer requisito se tiene que el precedente no se dictará cuando la norma es posible de ser interpretada válidamente de otras maneras, es decir, no se puede imponer un único modo de pensamiento mediante un acuerdo plenario, en este mismo sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“(…) la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido.”¹⁶³

El último requisito que el Tribunal Constitucional debe tener en cuenta para señalar un precedente, lo señala Castillo Córdova:

¹⁶²CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. *El Precedente judicial y el precedente jurisprudencial*, Ara Editores, Lima-Perú, 2008, p. 221.

¹⁶³EXP. N° 3741-2004-AA/TC, citado, fundamento Jurídico 45.

“Los supuestos para dictar un precedente son los siguientes: El primero, la constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a su jurisdicción, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. El segundo, la constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a su jurisdicción, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma. El tercero, cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo. El cuarto, cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este último supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución. Y el quinto supuesto es cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.”¹⁶⁴

En este sentido, podemos añadir que todas las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan, pero no todas esas sentencias vinculan de la misma manera.

¹⁶⁴CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. *El Precedente judicial y el precedente constitucional*, Óp. Cit., p. 226.

3.5. El discurso racional como característica común a la Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios

Es importante para nosotros, tratar la Jurisprudencia Vinculante y los Acuerdos Plenarios desde un punto de vista de la acción comunicativa, a efectos de analizar el ámbito común entre ambas herramientas, siendo este el discurso.

El discurso jurídico y la discusión racional le es común tanto a los Acuerdos Plenarios como a la Jurisprudencia Vinculante, ya que ambos incluyen un escenario de exposición de ideas, con intervinientes racionales dispuestos a mostrar sus puntos de vista y opiniones a fin de llegar a un consenso, que en el caso de la Jurisprudencia Vinculante se plasmará en una resolución jurisprudencial que resolverá el caso, mientras en que en el caso de los Acuerdo Plenarios el resultado será ese documento que consigna el criterio común entre los participantes a fin de que sea seguido por quienes no participaron del discurso.

Uno de los máximos exponentes de la teoría de la acción comunicativa es Jürgen Habermas, quien mediante el método reconstructivo del sistema, explica la necesidad de un método discursivo para la solución de problemas sociales.

Bajo esta propuesta se intenta dejar de desarrollar el discurso desde una de las posturas clásicas, siendo necesario partir desde un sistema, lo suficientemente complejo, que abarque más de una sola postura que permita llegar a la solución del problema. Siendo que lo que debe institucionalizarse, es un procedimiento democrático, que impida las relaciones asimétricas del poder en el discurso.

La teoría de la acción comunicativa implica la constatación de la existencia de prácticas intersubjetivas de entendimiento mutuo, mediante acciones orientadas al entendimiento mutuo, es decir, las personas suelen desear ponerse de acuerdo en diversos escenarios. Esta acción no debe entenderse como un acción teleológica, la cual se caracteriza por la persecución de fines privados mediante el diálogo, siendo que en este caso se utiliza a la persona como un medio para obtener fines propios.

Entonces, si las personas sostienen discusiones orientadas al entendimiento, existe un rasgo común o un requisito que todos deben cumplir para que ese diálogo sea posible, esto es, en primer lugar, que todos los intervinientes de la discusión estén en la capacidad de mostrar sus argumentos ante el público interviniente en igualdad de posiciones, en segundo lugar, que los interlocutores implicados respeten la opinión de los demás sin desacreditarla de antemano y en tercer lugar, que la única fuente de validez del resultado del diálogo va a depender de un consenso. Estos tres elementos configuran los presupuestos de la acción comunicativa.

La acción comunicativa en el ámbito del derecho suele hacer algo más complejo este ejercicio señalado anteriormente, siendo que se debe juntar los presupuesto básicos de la acción comunicativa vista en las diferentes discusiones orientadas al entendimiento, y alzar un principio básico que los englobe y sea empleada como regla argumentativa para alcanzar discursos racionales que nos permitan un entendimiento, este principio es denominado como el principio del discurso.

El principio del discurso no puede imponerse, todos solos libres de cumplirlo o no, pero según Habermas, existe un fundamento normativo pragmático del discurso, el cual exige que se eviten contradicciones performativas¹⁶⁵. Cuando un sujeto quiere negar el principio del discurso, debe sostener su posición en base a argumentos a su favor, todo esto a fin de convencer su posición, sin embargo, al momento de realizar dicha práctica lo que está realizando es mostrando realizativamente la existencia de los mismos presupuestos que pretende negar, por ende, para Habermas, es imposible negar la existencia del principio del discurso porque este es un hecho, es algo que se prueba por sí mismo, autoevidente, propia de la actividad intersubjetiva del ser humano. Entonces la teoría del discurso se encuentra probado desde una teoría lógico-filosófica.

Para Habermas, existe una gran diferencia entre convencimiento, la persuasión y la negociación. El convencimiento supone la transformación de la propia

¹⁶⁵Para Habermas, la contradicción performativa sucede cuando lo que el sujeto hace, contradice lo que este está diciendo, en el momento en el que lo dice.

conciencia mediante argumentos lo cual es logrado producto del proceso discursivo, siendo que el sujeto ha cambiado su forma de comprender la cuestión discutida, cambiando de criterio por mutuo propio. La persuasión, que pese a ser un tipo particular del convencimiento tiene como fin la instrumentalización del otro para obtener el máximo de los beneficios. La negociación, o negociación de compromisos, no implica el cambio de pensamiento o de modo de comprender determinados hecho, siendo que estos se mantienen incólumes, sin embargo, debido a los sujetos intervinientes no están dispuestos a abandonar los fundamentos que sostienen su posición, lo que se realiza es una negociación de compromisos, donde se llega al acuerdo de una única posición por motivos netamente pragmáticos.

El Derecho, para Habermas, tiene dos funciones fundamentales, una es descargar a los individuos de la determinación de responsabilidades morales para tomar decisiones, esto porque el derecho determina lo que es lo correcto o no incorrecto bajo imposición de sanciones en caso de incumplimiento. La otra función es la resolución de conflictos con fines de integraciones armónicas que procuren el orden, esto es, la de formar un sistema. Por ende, la acción comunicativa va a procurar cooperar con el cumplimiento de tales fines en sociedad, para esto, el Derecho debe dotar de obligatoriedad al principio del discurso, por ende, sancionado en su incumplimiento, todo esto logra que el principio democrático sea el principio del discurso sumado a la forma jurídica otorgada por el estado.

Desde la propuesta de Habermas, el principio del discurso va a abarcar cuestiones morales, éticas y pragmáticas, la cuales se distinguen por el tipo de razones que se emplean para desempeñarse en el discurso.

“Conforme a los aspectos pragmáticos, éticos y morales que tenga una materia necesitada de regulación, cambian por tanto, las constelaciones de forma, razón y voluntad. Estas constelaciones explican el problema del que parte la formación discursiva de una voluntad política común. Supongamos, por mor de la simplicidad, que las cuestiones políticas empiezan planteándose en la forma pragmática de una elección de fines colectivos

orientada a determinados valores, y de una ponderación racional de estrategias conducentes a esos fines, sobre todo lo cual el legislador político quiere tomar una decisión. Hacemos comenzar nuestro modelo procesual con la fundamentación pragmática de programas generales que quedan pendientes de aplicación y ejecución. La fundamentación depende, en primer lugar, de una correcta interpretación de la situación y de la descripción adecuada del problema que se busca solucionar, del aflujo de informaciones relevantes y fiables, de la elaboración correcta de esas informaciones, que en caso necesario habrá de venir también teóricamente asistida”¹⁶⁶.

La postura de Habermas explica los tipos de discurso en el ámbito parlamentario, formula que el discurso inicia desde un punto de vista pragmático, por ende, afirma que es necesaria la presencia de especialistas teóricos y dogmáticos que coadyuven al proceso. En esta primera etapa del proceso, de la formación de opinión y la voluntad, es pragmática, por lo cual es necesario la presencia de expertos, quienes emitirán sus informes y contrainformes guiados por sus preferencias, dado que son persona y que al igual que cualquiera exigir una neutralidad incólume resulta utópico.

En el segundo estadio, se pasa a un punto de vista ético, discutiéndose sobre las orientaciones valorativas mismas y las razones por las cuales una tiene mayor fundamento que otro, mostrado sus posturas argumentadas con fines al entendimiento.

Dependiendo si se tratan de discusiones moralmente relevantes, como el aborto, plazos de prescripción de determinados delitos, prohibición de pruebas prohibidas, etc. La discusión deberá sustentarse desde derechos universales en términos del derecho Constitucional, este estadio es un estadio moral. Por otro lado, si se trata de una cuestión éticamente relevante, que podría ser cuestiones de protección al medio ambiente, ordenación de ciudades u otros discursos que abarquen

¹⁶⁶HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998.

cuestiones concernientes a la cultura política, el discurso versará en cuestiones que penetren a nuestras intenciones valorativas, eso es, a nuestras tradiciones comunes, en la medida que nos reconocemos como parte de una unidad cultural. Por último, tenemos discursos cuyas materias no son ni morales ni éticas, sino que se hace necesario el optar por la negociación, lo cual implica la disponibilidad de cooperación de las partes que participan en el discurso hacia el propio éxito.

A modo de conclusión señalaremos que después de comprender la acción comunicativa desde la reconstrucción que nos plantea Habermas, podemos señalar que toda acción comunicativa que muestre una imposición de poder de manera asimétrica dificulta grandemente la verdad comunicación del mensaje, por ende, los acuerdos son menos legítimos.

En el caso de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios podemos afirmar que estos también cumplen una función comunicativa, pues el mensaje que se transmite de manera vertical es resultado de una suma de acuerdos que puede haberse dado generalmente entre jueces de última instancia. En el caso de la jurisprudencia vinculante en consenso es estrictamente entre jueces supremos, mientras que en los acuerdos plenarios la comunicación puede ser más abierta a sectores académicos que no necesariamente son jurisdiccionales.

Desde la acción comunicativa la decisión tomada por consenso puede vincular entre quienes se involucraron en el proceso comunicativo, sin embargo, en el caso de los acuerdos plenarios y la jurisprudencia vinculante, esto no cumplen un función ordenadora únicamente entre quienes adoptaron dichos acuerdos, sino que les son oponibles a los jueces de inferior instancia de manera directa e indirectamente a toda la población civil.

Por ende, la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios no puede ser únicamente un medio de imposición de voluntades tomadas entre grupos pequeños, sino que esta comunicación debe incluir de alguna forma a quienes se verán vinculados, esta forma podrá ser la calidad argumentativa.

Para terminar la relación entre la motivación y la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios es necesario conocer las posturas que parte de la doctrina señala en contra de estos instrumentos, para después analizar qué grado de motivación es exigible a estas decisiones.

3.6. Argumentos en contra de la Jurisprudencia Vinculante y Precedentes Vinculantes

Los precedentes ha sido elogiados por gran parte de la doctrina debido a su innegable aporte desde un punto de vista funcionalista al desarrollo jurisdiccional y a la unificación de jurisprudencia, por otro lado, otra considerable parte de la doctrina se ha encargado de criticar a esta herramienta, esto debido a que, como lo desarrollaremos en las siguientes líneas, la mala concepción del precedente puede dar lugar a conflictos con principios de la actividad jurisdiccional y perjuicio hacia la misma jurisprudencia.

En primer lugar, se ha criticado el carácter estático que los precedentes podrían generar, ya que mediante estos se establece un criterio, el cual queda fijado para su posterior cumplimiento y podría inmovilizar a la jurisprudencia. Sumado a esto, se sostiene que el desarrollo social del ser humano siempre ha superado a las leyes, creando nuevas circunstancias que deben ser tomadas en cuenta para la resolución de casos futuros, lo que se vería restringido por la presencia de precedentes que no se actualizan de acuerdo a este desarrollo social.

Como inmediata respuesta a tales críticas, se debe recurrir al *Common Law*, en específico al tiempo cuando los precedentes tenían una fuerza vinculante absoluta, donde se desmitifica que la intención haya sido permanecer inmutables a través del tiempo. El período de 1886 a 1996, en Inglaterra, la *House of Lords* se vio en la obligación de respetar las decisiones pasadas. Asimismo, en el caso *London Tramways vs London Country Council* en 1886, la cámara se obligó a respetar sus propias decisiones, incluso señalaron que no podrían tomar en cuenta los fundamentos para reconsiderar sus precedentes, importando poco el valor del contenido de tales fundamentos. Sin embargo, después de más de medio siglo, mediante el *Practice Statement* de 1996 afirmó que la *House of Lords* podría

pasar a contrariar sus propios precedentes cuando eso le pareciese correcto, siendo que la anotación fue que los *Lordships* reconocen que una adherencia muy rígida a los precedentes puede llevar a la injusticia en un caso concreto y también a restringir excesivamente el debido desarrollo del derecho.¹⁶⁷

Con dicha decisión, los precedentes de la cámara no dejaron de ser vinculantes, pero sí se dejó muy marcada la posibilidad de revocar sus propios precedentes, en casos de evitar la injusticia en un caso concreto. Por ende, si bien es cierto que la fuerza del precedente vinculante tiene un mandato de aplicación imperativo en el *Civil Law*, el cambio de criterio o desvinculación del órgano que dictó el precedente con su creación o con el precedente en vigencia, es una figura aceptable y hasta necesaria para el adecuado funcionamiento de la justicia.

En el caso de la Suprema Corte de los Estados Unidos, esta ha revocado varias veces sus precedentes por inconsistencias con otros precedentes o hasta aceptar que un caso ha sido equivocadamente decidido. Como muestra de estos cambios de criterios Benjamin Cardozo señala:

“Estoy dispuesto a admitir que la regla de vinculación del precedente, aunque no deba ser abolida, debe ser, hasta cierto punto, relajada. Pienso que, cuando una norma, después de haber sido debidamente probada por la experiencia, se revela incompatible con el sentido de justicia o con el bienestar social, debería haber menor hesitación en admitirlo y revocarse totalmente. (...) debería haber mayor disposición a abandonarse una postura insustentable cuando no sea posible suponer, de modo plausible, que la regla a ser descartada determinará la conducta de los litigantes, particularmente cuando ella fuese, en su origen, producto de instituciones o condiciones que ganaron nuevo desarrollo o significado con el pasar de los años. (...) si los jueces intencionalmente interpretan mal los usos y costumbres (mores) de su época, o si estos ya no corresponden a los

¹⁶⁷Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p 126.

*nuestros, ellos no deben atar de manos a sus antecesores, forzándolos a una imponente sumisión*¹⁶⁸.

A razón de todo lo dicho es que el precedente no se puede concebir como una estructura inmutable y de peregrinación para la única interpretación, porque al perpetuar un modo de razones podríamos al mismo tiempo estar perpetuando un modo erróneo de pensamiento. Por ende, también existe la necesidad de revocar precedentes, aunque esta siempre debe ser la excepción a la regla y por ende exige su propio grado de justificación.

Para la revocación de un precedente, pueden existir dos posibilidades que justifiquen el cambio, en primer lugar, puede ser que el desarrollo de la doctrina haya demostrado que el precedente esta indiscutiblemente equivocado y por ende existe una necesidad de ser revocado. En segundo lugar, puede ocurrir que los nuevos hechos sucedidos después de haberse dictado el precedente, los cuales generalmente tienen que ver directamente con el desarrollo humano y desarrollo tecnológico, lo superen y sugieran una nueva interpretación del mismo, lo cual deberá terminar en una redefinición del precedente o su revocación a fin de no generar injusticias severas.

Algo que parece bastante cuestionable es que los precedentes sean revocados por el simple hecho de que ya no se está de acuerdo con los fundamentos o se argumenta que existen otros argumentos más válidos, en primer lugar porque ese ejercicio relativiza el carácter vinculante del precedente y en segundo lugar porque el sistema nunca estaría cerrado, sino que simplemente se trasladaría el problema y reabrirla la discusión con cada periodo de magistrados que tenemos.

En Estados Unidos, el *Overruling* es la nomenclatura que se le da a la acción mediante el cual se realiza este cambio de criterios jurisprudenciales, el cual también cumple algunos requisitos para su realización, de este modo Eisenberg lo denomina el *basic overruling principle*, que consigna los siguientes principios:

¹⁶⁸ CARDOZO, Benjamin N. *A ministry of Justice*. Harvard Law Review. 1921, p. 138.

“El primer principio que nortea la revocación es el que sigue: una doctrina debe ser revocada i) si ella falla sustancialmente en la satisfacción de los patrones de congruencia social y consistencia sistémica y ii) si los valores que envasan el patrón de estabilidad doctrinaria y el principio del stare decisis – los valores de imparcialidad (evenhandedness), protección de la confianza justificada (justified reliance), prevención de sorpresa injusta (unfair surprise), contradictorio (replicability) y manutención (support) – no fueren más atendidos por la preservación de la doctrina de lo que su revocación. Se llama a esto el principio básico de revocación (basic overruling principle).^{169,}”

Hasta este punto queda claro que el precedente únicamente puede ser revocado por el tribunal que lo dictó o por un tribunal superior, siendo que de otra forma el carácter vinculante del precedente se vuelve únicamente enunciativo.

Para la aplicación del precedente, también es necesario que se tenga en cuenta que la vinculación fue criticada desde que se asoció, erróneamente, como una desigualdad de aplicar situaciones diferentes a una situación reglada, sin embargo ese nunca fue el sentido del precedente, así tampoco de cualquier jurisprudencia vinculante, la aplicación no debe ser sin reflexión alguna, de otro modo, la afirmación de Montesquieu respecto a la aplicación de los jueces únicamente se trasladaría a la figura de los precedentes y en general de la jurisprudencia vinculante, lo cual terminaría afectando gravemente el principio de separación de poderes en los estados, pues no sólo se tendría a jueces que actúan con una legitimidad antidemocrática al interpretar las leyes existentes, sino que ahora lo que se interpretaría tampoco tendría dicha legitimidad.

La búsqueda y reconocimiento de patrones de identidad de las circunstancias similares para la aplicación del precedente es de suma importancia porque aplicar la misma ley a situaciones desiguales es lo mismo que aplicar un mismo precedente a casos sustancialmente distintos, por ende, debe existir justicia formal dentro de los precedentes, tal como lo describe Lyons:

¹⁶⁹ EISENBERG, Melvin, *The Structure of Corporation Law*, Columbia Law Review, 1989, p. 226.

“Juzgamientos morales, al contrario de las meras reacciones viscerales que pueden ser expresadas en palabras, presuponen algunos patrones generales (general standards). Eso se da porque un juzgamiento es predicativo de la idea de que hechos relevantes del caso basan el juzgamiento de alguien sobre este. Pero creer que ciertos hechos son relevantes de una cierta manera de caso dado es creer que los mismos hechos son relevantes de la misma manera en otros casos, manteniéndose las mismas características. No se hace necesario ser capaces de articular los propios patrones. Lo importante es que, al hacer un juzgamiento, la persona este comprometida de que este puede ser fundamentado, de alguna forma, en los hechos y eso la compromete a la concepción de que tales hechos son, de la misma manera, relevantes en casos similares, siendo las similitudes relevantes determinadas por los patrones por ella definidos.¹⁷⁰”

Por lo tanto, debe entenderse que la regla del precedente y de la jurisprudencia vinculante está encaminada a la aplicación de los mismos criterios a los casos objetivamente similares, condicionados a que los patrones fácticos coincidan entre la situación de la que nació el precedente a la que toca juzgar, sin embargo, lo recomendable es que la interpretación del precedente sea lo más específica posible ya que la homologación se vuelve más factible.

El siguiente cuestionamiento a la jurisprudencia vinculante y en particular a los precedentes vinculantes, tiene que ver con el posible conflicto con el principio de separación de poderes. La principal crítica se centra en sostener que muchos de los precedentes se prestan a ser intenciones de legislación judicial camuflada en modo de interpretación vinculante. El argumento que sostiene que la vinculatoriedad únicamente rige para el sector justicia, queda limitada ya que como se ha tratado en el primer capítulo de este trabajo, el precedente crea una comunicación que abarca mucho más allá de lo declarado *inter partes*, y por lo tanto, condicionan muchas acciones de las personas en general.

¹⁷⁰ LYONS, David. *Formal justice and judicial precedent*, Vanderbilt Law Review, vol. 38, abril 1985, pp 495-512.

A efectos de identificar cómo se ha tratado esta discusión en los dos sistemas jurídicos analizados conviene lo señalado por Marinoni:

“Es necesario recordar que en los sistemas del Civil Law y Common Law caminan para la convergencia. La más reciente forma de pensar en el Common Law privilegia una concepción interpretativa del precedente y no más una legislación subordinada, tan al gusto de teorías positivistas. Mientras eso, aunque el Civil Law camine en dirección a una verdadera sobreposición entre la interpretación y la creación del derecho, ‘oficialmente’ se resiste a aceptar la decisión judicial como fuente formal del derecho. No hay cómo dejar de denunciar la cobardía o tal vez timidez imperante en el Civil Law, de admitir que los derechos han sido libremente creados – y los jueces y tribunales incluso han sido obligados a crearlos. Hay una verdadera fosa entre lo que se dice que es hecho y lo que realmente es hecho.”¹⁷¹

Así también, la doctrina sostiene que cuando el Tribunal Constitucional emite una sentencia interpretativa en forma de precedente no busca suplantar al legislador, sino que lo hace en cumplimiento de sus funciones y porque su uso es necesario para cumplir con el encargo del constituyente, y lo hace al amparo del principio de colaboración de poderes. Esto nos lleva a la conclusión que el modelo estricto de separación de poderes no es aplicable al Perú y que se debe entender a dicha separación como una petición de colaboración entre poderes del Estado. Tal como lo señala López Guerra: *“desde un principio se hizo evidente que no era factible una separación de tipo extremo y radical, en el sentido que cada poder, en el ejercicio de su función, fuera completamente independiente de los demás poderes: en último término, ello significaría que cada poder sería absoluto en su área, con lo que un poder no podría frenar al otro. Por ello, los diversos sistemas constitucionales han establecido fórmulas de control y colaboración entre los*

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obligatorios*, Lima: Palestra, 2013, Pp. 238-239.

*diversos poderes, de manera que el grado de separación entre ellos varía notablemente.*¹⁷²

Sin embargo, siempre se ha prejuiciado un continuo conflicto entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, cuyas decisiones se contraponen muy seguido y por ende, siempre hay una irrupción del ejercicio del poder de uno sobre el otro, donde los fundamentos de legitimidad de sus decisiones saltan al debate en torno a razones democráticas, razones de corrección constitucional, control del poder y garantía de derechos fundamentales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en muchos casos han existido actuaciones coordinadas entre las decisiones del Poder Judicial y el Poder Legislativo que han logrado cumplir de manera más eficaz esos pilares de justicia y orden constitucional frente a poderes.

Un claro ejemplo de este trabajo conjunto es el caso de Alemania, en su conocida sentencia *Solange I*, donde el Tribunal Constitucional alemán estableció que “en tanto y cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el Derecho Comunitario Europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido de la Ley Fundamental del Bonn”, sí será competente para conocer de un recurso planteado contra un acto comunitario susceptible de violar un derecho humano de la Ley Fundamental¹⁷³.

Lo paradigmático de este caso no es únicamente que la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán haya marcado una interpretación bastante valerosa y de aseguramiento de los derechos de sus ciudadanos, sino que lo que es destacable de la misma son las consecuencias que siguieron después de la decisión. Lo que aconteció después de tan innovadora resolución para un ambiente europeo en integración fue la Constitucionalización de dicha decisión mediante una reforma Constitucional para la interpretación del tratado de Lisboa de acuerdo al parámetro constitucional de la Ley fundamental de Bonn, algo que afirma que una decisión

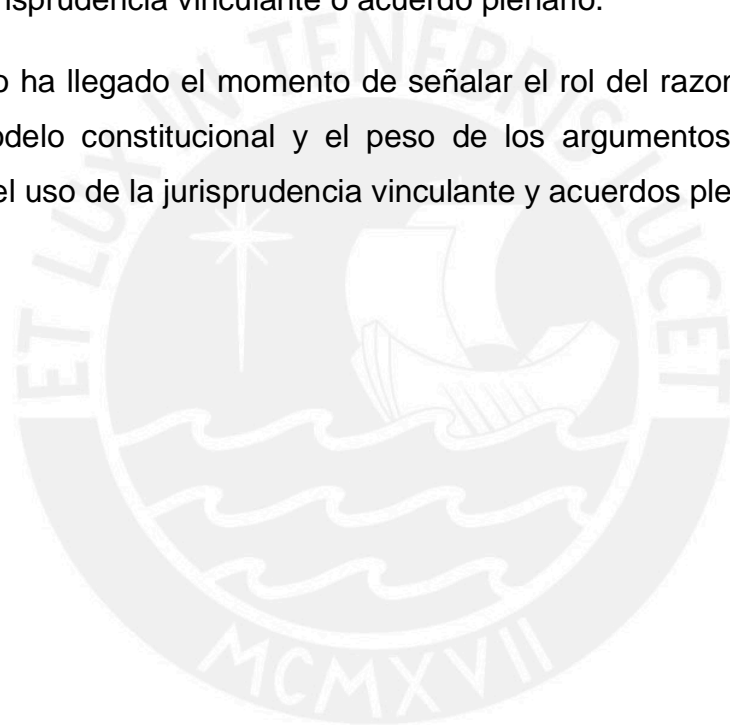
¹⁷² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *¿Es el Tribunal Constitucional un legislador positivo?*, Consorcio *Justivica Viva*, p. 23.

¹⁷³ PÉREZ DE NANCLARES, José Martín. *Órdago del Tribunal Constitucional Alemán al Proceso de Integración Europea (Algo Más Que Una Sentencia Crítica Con El Tratado De Lisboa)*.

judicial no sólo puede poner en peligro el principio de la separación de poderes, sino que también puede concretarlo de una manera poderosa, cumpliendo conjuntamente los fines de un Estado, tal como sucedió en el caso Alemán.

El ejemplo alemán nos refleja que pese a los argumentos en contra que se puedan citar respecto a la vulneración de la separación de poderes por parte de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, es necesario señalar que dependerá mucho el ejercicio argumentativo y comportamiento judicial el respetar una separación de poderes y una adecuada utilización del instrumento denominado jurisprudencia vinculante o acuerdo plenario.

En este sentido ha llegado el momento de señalar el rol del razonamiento judicial en nuestro modelo constitucional y el peso de los argumentos y la adecuada motivación en el uso de la jurisprudencia vinculante y acuerdos plenarios.



3.7. Los tipos de Jurisprudencia Vinculante en el Perú

La Jurisprudencia Vinculante enmarca distintas formas, de acuerdo al sistema en el que se practiquen y la denominación que se les otorga es variada, sin embargo, el rasgo común a toda jurisprudencia vinculante es su carácter resolutivo, es decir, que se desarrolla a razón de un caso concreto, real por ende resulta ser un fallo jurisprudencial, con las particularidades como el órgano que se pronuncia, la materia sobre la que se pronuncia o las razones que motivan su pronunciamiento. Mencionaré los tipos de jurisprudencia vinculante usados en el Perú.

3.7.1. El Precedente Vinculante en materia Constitucional

En el Perú, la búsqueda de certeza, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico ha sido, al igual que en muchos sistemas jurídicos, otra de las razones para que el uso del Precedente Constitucional se justifique, ya que si el Tribunal Constitucional no va a tener como una de sus tareas la búsqueda de tales objetivos, su labor se relativiza, lo cual pone en cuestionamiento su existencia.

El precedente Constitucional se justifica, al igual que en la mayoría de jurisprudencia vinculante, en la seguridad jurídica, la igualdad y la coherencia del orden jurídico.

La seguridad jurídica es vista como la estabilidad jurídica y continuidad del orden jurídico, así como de la previsibilidad de las consecuencias de determinada conducta¹⁷⁴. Incluso algunos autores señalan que la seguridad jurídica es lo que conforma un Estado de Derecho¹⁷⁵.

Si bien es cierto que la seguridad jurídica como tal no se encuentra reconocido de manera positiva en ordenamientos internos ni tampoco en ordenamientos internacionales como la Declaración de Derechos Humanos de la ONU ni la Convención Americana de San José de Costa Rica, doctrinalmente y a través de la práctica jurídica se ha conferido a la seguridad jurídica la condición de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurador de Estado de Derecho¹⁷⁶. En este mismo sentido Sarlet señala que:

“Considerando que también la seguridad jurídica coincide con una de las más profundas aspiraciones del ser humano, viabilizando, mediante la garantía de una cierta estabilidad de las relaciones jurídicas y del propio orden jurídico como tal, tanto en la elaboración de los proyectos de vida, bien como su realización, desde luego es perceptible que lo mucho que la idea de seguridad jurídica se encuentra umbilicalmente a la propia noción de dignidad de la persona humana. (...) la dignidad no estará

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit. P. 136.

¹⁷⁵ Para mayor profundidad véase MACCORMICK, Neil. Op. Cit. P. 18.

¹⁷⁶ IBIDEM.

suficientemente respetada y protegida en todo el lugar donde las personas estén siendo alcanzadas por un tal nivel de inestabilidad jurídica que no estén más en condiciones de, con un mínimo de seguridad jurídica y tranquilidad, confiar en las instituciones sociales y estatales (incluyendo el Derecho)”¹⁷⁷.

De esta manera la seguridad jurídica no sólo configura el derecho implícito en muchos casos de los sujetos, sino que también modifica y condiciona el comportamiento de los sujetos que se encuentran a merced de las decisiones judiciales como a todos los particulares en diferentes grados y escalas, ya que previamente puede conocer o prever las consecuencias de sus acciones, lo cual también aporta a la estabilidad del orden jurídico ¹⁷⁸.

Otra razón que justifica el precedente en el Perú es la búsqueda de la previsibilidad de las resoluciones, la cual debe ser lo suficientemente proporcional en cuanto a exigencia, pues a diferencia de las ciencias fácticas, en el derecho no se puede pretender una previsibilidad científica ya que los factores sociales y circunstanciales tornan imposible este deseo, sin embargo, al igual que la previsibilidad de las ciencias, en el derecho se debe tener algunos requisitos previos que nos permitan realizar dicho ejercicio, es el caso de la necesidad de preexistencia de un orden legal, lo cual supone un conocimiento de las normas con base en las cuales la acción podrá ser calificada. Este conocimiento tiene que ver con la interpretación jurídica de dichas normas, esto tiene algunas limitaciones, pues si se concibe como único requisito la preexistencia de normas, se requeriría de normas que lo contemplen todo y que no dejen vacío alguno.

Habermas explica estas limitaciones desde el paradigma Liberal:

“El paradigma liberal del derecho, expresó, hasta las primeras décadas del siglo XX, un consenso de fondo muy difundido entre los especialistas en derecho, preparando así, un contexto de máximas de interpretación no

¹⁷⁷ El original en: SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança”

¹⁷⁸ CAMINKER, Evan H. “Why must inferior courts obey superior court precedents? Stanford, vol. 46, abr. 1994.”

cuestionadas para la aplicación del derecho. Esa circunstancias explica por qué muchos pensaban que el derecho podía ser aplicado a su tiempo, sin el recurso a principios necesitados de interpretación o a conceptos llaves dudosos”¹⁷⁹.

Sin embargo por la experiencia se tiene que las leyes, y en general, la codificación, ha sido incapaz de dar cuenta a lo que en algún momento se propuso, lo cual tuvo como resultado directo al hiperinflación de normas muchas veces contradictorias entre sí. Ante esto se afianzó la postura de considerar que el pleno conocimiento del derecho no sólo es imposible, sino igualmente, dispensable, para la previsibilidad y la tutela de la seguridad¹⁸⁰.

Siendo que el conocimiento del derecho en su totalidad es una utopía que contiene incertidumbre, algunos autores como Cardozo señalan que: la adhesión al precedente debe ser la regla, y no la excepción, suponiéndose que los litigantes deban tener fe en la administración imparcial de la justicia de las cortes; de lo contrario, el trabajo de los jueces aumentaría casi hasta el cansancio si toda decisión tomada pudiese ser reabierto en todo caso, y alguien no pudiese delinear su propio camino en la seguridad de los caminos trazados por otros que vinieron antes de este¹⁸¹.

A lo expresado por el autor se puede señalar que la seguridad jurídica está ligada a la decisión judicial y no a la norma jurídica en abstracto¹⁸². Esto debido a que la interpretación de la norma puede ser diversa y se encuentra supedita dentro de un amplio rango discrecional del Juez, lo cual no es suficiente para que el ciudadano pueda prever el comportamiento de los terceros que con ella se pueden atender.

¹⁷⁹ HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid: 1998, P. 347.

¹⁸⁰ CORSALE, Massimo. Ob Cit. P. 36.

¹⁸¹ El original en: CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921. p. 34.

¹⁸² Es este sentido, Massimo Corsale concluye que, para que se pueda realizar la certeza de la acción a través del derecho, lo que cuenta, en último análisis, no es tanto la fórmula escrita en el código, la norma abstracta, sino la norma individual, la concretización de la regla en el caso específico. El original en: CORSALE Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 34.

En este mismo sentido, si el conocimiento de las reglas legales puede no ser presupuesto para la previsibilidad, lo mismo no se puede decir en relación a la univocidad de interpretación de las normas. Exactamente porque las normas pueden ser diferentemente analizadas, la interpretación, al tender a un único significado, se aproxima al ideal de previsibilidad. Eso no quiere decir que la eliminación de la duda interpretativa sea factible, pero sí que se pueden y deben minimizar, en la medida de lo posible, las divergencias interpretativas acerca de las normas, colaborándose, de tal suerte, para la proyección de la previsibilidad, indispensable al encuentro de la seguridad jurídica¹⁸³.

Esta previsibilidad debe ser entendida como la implicancia de un cierto grado de certeza y nunca una certeza absoluta, porque siempre existe la posibilidad de que los precedentes sean revocados.

La seguridad Jurídica también descansa en la estabilidad, la cual puede ser considerada como su aspecto objetivo¹⁸⁴. Siendo que esta estabilidad no puede entenderse como la mera continuidad del derecho legislado o del precedente establecido, porque ambos constituyen actos de poder, los cuales generan gran responsabilidad por parte de sus emisores¹⁸⁵.

Con respecto a este poder que emana de la decisión jurisdiccional en el *Common Law* se confiere de manera general a todos los jueces, sin distinguir jerarquía que hagan una interpretación más válida que otra cuando se pone en práctica el *review*, en ese sentido se confiere importancia y dignidad al juez de primer grado, que también goza de gran prestigio, que nada debe a los jueces de las cortes superiores en términos de conocimiento y experiencia¹⁸⁶. Por lo que en este caso el doble grado o instancia, no es determinante en el respeto del precedente.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit. P. 143.

¹⁸⁴ MACCOMICK, Neil. “*The ethics of legalism*”. Ratio Juris, 1989, 2, pp. 184.

¹⁸⁵ En este sentido, Deutsch señala que: “Se trata de algo que, además de advenir de la mera visualización de la tarea atribuida a los tribunales superiores, deriva de la percepción de la lógica del sistema de distribución de justicia y de coherencia que se impone al discurso del Poder Judicial”. El texto original en: DEUTSCH, Jan G. “*Precedent and adjudication*”. Yale Law Journal. New Haven, vol 83, jul. 1974.

¹⁸⁶ En el *Common Law*, el *appeal* solamente es admitido en hipótesis de error de derecho.

Si seguimos con la seguridad jurídica entendida como derecho, entonces es necesario que del mismo se extraiga una exigencia legítima de tutela por parte del estado, en esa lógica, podemos señalar que el Estado tendría el deber de tutelar el derecho fundamental a la seguridad mediante prestaciones fácticas y normativas. En este marco, el Estado, a través de diferentes herramientas legislativas desarrolla este deber de otorgar la tutela de la confianza, entre las que se encuentra la tutela de la cosa juzgada la cual, junto al precedente vinculante, a la luz de la seguridad jurídica y de la tutela de confianza son distintas¹⁸⁷.

Por ende, la confianza proporcionada por el precedente vinculante nada tiene que ver con la confianza proporcionada por la cosa juzgada. En un caso, la confianza es en la orientación advenida de la jurisdicción; en el otro, la confianza está en la inmutabilidad del acto del poder jurisdiccional¹⁸⁸.

3.7.2. El Precedente Vinculante en materia Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Como es sabido, de los dos principales sistemas jurídicos vigentes hoy en las modernas sociedades, a saber, el sistema continental (eminentemente legislativo y codificador) y el denominado sistema inglés (o llamado también *common law*), el Perú se adscribe a la tradición euro-continental de base romano-germánica; de ello da cuenta, por ejemplo, el Derecho penal material y la enorme influencia que ha tenido – y sigue teniendo- la dogmática jurídico-penal de corte alemana en los países Latinoamericanos, y por ende, en el nuestro.

En el ordenamiento jurídico penal peruano se encuentra prohibido todo tipo de analogía en el juzgamiento de los delitos¹⁸⁹, sin embargo, esto no debe ser confundido con la proscripción del uso de precedentes. Máxime si las decisiones judiciales que conllevan a la imposición de una pena o a la absolución del acusado

¹⁸⁷Esta diferenciación es señalada por Marinoni: “El respeto a los precedentes garantiza la previsibilidad en relación a las decisiones judiciales, así como la continuidad de la afirmación del orden jurídico. La cosa juzgada, a su vez, garantiza que ninguna decisión estatal interferirá de modo a inutilizar el resultado obtenido por la parte con la decisión cobijada por la cosa juzgada, así como la estabilidad de las decisiones judiciales”. MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit. P. 158.

¹⁸⁸IBIDEM.

¹⁸⁹ Código Penal, Título Preliminar, Artículo III.- No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde

cumplen fines de carácter general, que incluye en mensaje social como desincentivo de la comisión de delitos.

Con la jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho; es decir, con la capacidad de los jueces de establecer reglas vinculantes para los futuros casos similares, con la finalidad de evitar la fragmentación de los criterios esbozados en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, mantener la seguridad jurídica y de asegurar el derecho de igualdad ante la ley, es que se reconoció por vía normativa la facultad de emitir precedentes vinculantes o jurisprudencia vinculante a las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República en sus distintas especialidades, fundamentalmente en el área penal; esto es, se le reconoce la competencia de autolimitar sus facultades discrecionales a los propios operadores jurisdiccionales inmediatos y así lograr uniformizar sus criterios en la resolución de casos concretos y similares.

En realidad, los precedentes vinculantes -como forma especial de jurisprudencia- lo que fijan son pautas interpretativas cualificadas y de indiscutible fuerza argumentativa que deben ser observadas por parte de los órganos y tribunales que administran justicia, en cuanto no exista una mejor razón que justifique su inaplicación o su desvinculación en el caso concreto, puesto que se trata de factores que optimizan una particular forma de interpretación de los preceptos constitucionales o legales en la resolución de problemas normativos o probatorios.

En este contexto, siempre se ha dicho que el Derecho penal no debe reducirse a meras elucubraciones “teóricas,” rígidas y formales, sino que debe focalizarse en sus aspectos “prácticos” que es al final de cuentas el espacio de legitimación de todo arsenal dogmático-conceptual, que se expresa, por ejemplo, en la Teoría General del Delito. Pero, cómo dotar al Derecho Penal de la riqueza y el dinamismo de la realidad, es una cuestión que se responde a partir de la concreción del Derecho Penal en las decisiones de los jueces. De ahí que se sostenga que, si una sociedad por más civilizada que sea, no tiene conocimiento

certero de cómo sus jueces aplican la norma penal, habrá, por un lado, anquilosamiento de la teoría; pero, por otro lado, desconocimiento de la realidad, y tendremos aplicación mecánica de la ley al caso concreto, pero muy poco de racionalidad.

Cuando existe desconocimiento del modo de razonar de los jueces y de cómo éstos aplican la norma penal al caso concreto, es muy fácil alterar las reglas de juego, y muy difícil identificar lo predecible, tan valioso en sociedad como las nuestras, que pertenecen al sistema de fuentes romano-germánico.

Conocer la literalidad de la norma penal es importante y necesario, pero conocer el sentido y evolución de las decisiones de nuestros Tribunales, nos permite, además, aprender y aprehender tanto la teoría penal como la realidad sobre la cual esta se aplica, así como ejercer una función de crítica positiva sobre la calidad de la argumentación de tales decisiones.

En nuestro país la ley ocupa un lugar central y decisivo como fuente creadora del Derecho, lo cual es el rasgo principal de nuestra influencia romano germánica, el predominio de la ley, muestra su máximo nivel en la aplicación del Derecho penal, incluso se señala que es la única fuente de interpretación normativa.

Sin embargo, pese a que es innegable el valor de creación del Derecho a la ley, es indiscutible que la eficacia de la misma, depende de cómo sea aplicada a los tribunales de justicia y de que clases de métodos de interpretación se utilice¹⁹⁰.

En el Perú los criterios de la interpretación judicial del Derecho se basan fundamentalmente en los fallos, precedentes y doctrina de la Corte Suprema de Justicia, más aún por ser el órgano superior encargado de corregir, anular, revocar los errores que incurren los tribunales inferiores de la administración de judicial, en caso de la infracción a la ley, interpretación errada o quebrantamiento de la forma

¹⁹⁰GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*. Tecnos, Madrid, 1993, p. 33.

procesal establecida¹⁹¹. Siendo que la uniformidad jurisprudencia configura una necesidad en el Perú para una correcta estabilidad jurídica.

Cabe precisar que, en el Perú la Corte Suprema es el máximo exponente del Derecho judicial, siendo que en palabras de Castillo Alva:

“(...) los fallos de la corte suprema deben reflejar ese destacado lugar. Sus pronunciamientos encabezan la jerarquía de los precedentes y expresan (o deben expresar) la interpretación correcta y razonada del Derecho [entre función nomofiláctica] y el control de la actividad judicial de los órganos inferiores a través de la aplicación uniforme del Derecho [función de uniformidad]. Un tribunal supremo tiene la última palabra en el establecimiento y dicción del Derecho. Sus decisiones son definitivas aunque no infalibles”¹⁹².

Los órganos judiciales inferiores en el Perú, especialmente en materia penal, procuran orientar y adecuar su práctica a los precedentes y las sentencias emitidas por la Corte Suprema o por cualquier órgano superior de justicia debido a razones de autoridad por la organización jerárquica de la administración de justicia, así como podríamos decir que también por razones pragmáticas y de oportunidad ya que mientras mantenga sus decisiones y razonamiento conforme a los de los tribunales su decisión se conservará y no será revocada. Esto sumado a la promoción de la economía procesal de la organización judicial y la eficiencia del trabajo.

Mediante Decreto Legislativo N° 959¹⁹³, publicado el 17 de agosto del 2004, se introdujo una modificación relevante en el Código de procedimiento Penales, y en

¹⁹¹MAGALDI PATERNOSTRO, María José. *La Legítima Defensa en la jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 207.

¹⁹²CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. *El Precedente judicial y el precedente jurisprudencial*, Ara Editores, Lima-Perú, 2008, p. 24-25.

¹⁹³**Artículo 301-A.- Precedente obligatorio.**

“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

especial en todo el sistema de justicia penal, ya que se consagró la regulación el sistema de precedentes y de jurisprudencia obligatoria en la labor de las diversas salas penales de la Corte Suprema.

La Corte Suprema a este tiempo ya contaba con una regulación normativa, que le otorgaba la facultad de fijar criterios jurisprudenciales¹⁹⁴, sin embargo se dictó dicha norma específica con respecto a los acuerdos Plenarios.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe lo siguiente:

“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

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”.

¹⁹⁴Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 22, 80, inc. 3 y 116.

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."

La jurisprudencia vinculante se elabora a partir de un caso concreto del cual se extrae una regla general para la resolución de casos análogos en el futuro; puede tratarse de una sentencia dictada por cualquier de las Salas de la Corte Suprema; en ese sentido, el fundamento establecido como vinculante sirve a la vez para resolver el caso concreto así como para orientar la resolución de casos futuros. Esto es, la *ratio decidendi* configurativa de la jurisprudencia vinculante constituye el fundamento principal en el que se sustenta la decisión del caso concreto y el criterio vinculante de la jurisprudencia; no obstante, claro la calidad vinculante del fundamento de la sentencia se establecerá expresamente en la misma.

En este sentido, el artículo 80 del mismo cuerpo Legal señala que:

"Artículo 80.- Atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema

Son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República:

(...)

4. Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales."

La particularidad del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales es que hace referencia de manera expresa al precedente obligatorio y no solamente a la fijación de principios jurisprudenciales, como lo hace la Ley Orgánica del Poder Judicial. La diferencia recae en que los criterios jurisprudenciales no generan vinculatoriedad para los demás jueces y en realidad no cumplen a cabalidad con la seguridad jurídica ni con la uniformización de la jurisprudencia como sí sucede con los precedentes.

En aplicación de esta norma cualquiera de las Salas Penales de la Corte Suprema, al resolver un caso concreto, puede, en la propia parte resolutive de la sentencia, disponer que alguno de sus fundamentos o considerandos tenga la calidad de vinculante, debiendo ser observados obligatoriamente por los jueces de todas las instancias para casos futuros; aun cuando las Salas Supremas puede apartarse dando las razones correspondientes. Si alguna de las Salas Penales resolviera de modo distinto al contenido de la jurisprudencia vinculante dictada por otra Sala, se reunirán los jueces supremos de todas las Salas Supremas de la especialidad en sesión plenaria, para resolver el desacuerdo y tomar el criterio correspondiente. Esta reunión plenaria puede llevarse a cabo por propia iniciativa de las Salas Penales, o a solicitud del Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, y concluye expidiendo una “sentencia plenaria” dictada por la mayoría absoluta de los jueces supremos intervinientes. Pero claro, esta sentencia plenaria no tiene efectos para las partes involucradas en los casos en que se resolvió con antelación por las Salas Penales y en las que se advirtió el criterio contradictorio, solo sirve como criterio interpretativo para orientar la resolución de casos futuros.

Sin embargo, la facultad de fijar el criterio jurisprudencial puede entenderse como la facultad que se le otorgó a los jueces de fijar la *ratio decidendi* de la sentencia, a la que se le reconoce tener dicho efecto obligatorio, ya que por ser la regla necesaria y fundamental para resolver el caso, se entiende la necesidad de que sean vinculantes, diferente a lo que podría acompañar a dicha *ratio decidendi*, que sería el *obiter dicta*, que es la parte restante que ayuda a comprender el sentido de las resoluciones, a mayor profundidad, Igartúa Salaverría distingue tres posibles interpretaciones del sentido de la *ratio decidendi*:

“(…) i) *ratio decidendi* es la norma jurídica general [regla, principio, etc.] necesaria y fundamental para la resolución del caso; de tal modo que, en sentido contrario aquellas decisiones que no sean necesarias para la

decisión son los obiter dicta que ayudan a comprender el sentido de las resoluciones; ii) ratio decidendi es la norma jurídica general contextualizada. No se trata de tomar en cuenta la norma individual, sino otros argumentos que la sustenta y permiten la aplicación al caso concreto; iii) por ratio decidendi se alude a cualquier elemento esencial de la argumentación jurídica que el juez utiliza para motivar y expresar los fundamentos de la decisión del caso”¹⁹⁵.

Sin embargo, en el Perú inicialmente existieron serias dificultades para establecer precedentes en materia Penal, consecuentemente también se reprodujo tal dificultad al momento de procurar su cumplimiento por los demás jueces de inferiores instancias, por lo que se explica la razón por la cual los dispositivos legales que regularon la utilización del precedente se parecían mucho en cuanto a su texto.

La interpretación de la utilización del precedente en materia penal, también puede entenderse desde una perspectiva general y de aplicación extensiva hacia los demás procesos y problemas de interpretación en las demás ramas del sistema, pues las posturas que se inclinan por la aplicación general señalan que si bien es cierto que en el derecho penal se puedan tratar algunos derechos fundamentales de máximo valor, la jurisdicción es una sola y su función es unitaria en la medida que la fuente de donde proviene (el pueblo) y la actividad que requiere (proceso) es esencialmente idéntica en todos los casos. Lo cual es compatible con nuestra Constitución¹⁹⁶.

La generalización de los precedentes parte de la idea de que no existe un divorcio entre materias del derecho, mucho menos desde un punto de vista constitucional, ya que las normas de la parte dogmática de la Constitución no se dirigen a los

¹⁹⁵CASTILLO ALVA, José Luis y Luis CASTILLO CÓRDOVA. *El Precedente judicial y el precedente jurisprudencial*, ob. Cit., p. 94.

¹⁹⁶**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

ciudadanos, sino al legislador. Sin embargo, no hay una jurisdicción penal, sino una competencia civil y una competencia penal dentro de la misma jurisdicción¹⁹⁷.

En este orden de ideas, el concepto de precedente en materia penal debe entenderse como el supuesto ya resuelto en un caso similar, el cual goza de relevancia jurídica y de una referencia vinculante. En el precedente no importa el factor tiempo o la repetición de casos, como ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocarse la autoridad del mismo¹⁹⁸.

Por lo tanto, el precedente en materia penal, además de los diferentes fundamentos que comparten todos los precedentes tiene un fundamento objetivo, esto es, un fundamento legal, el mismo que lo hace exigible ante los jueces por el mandato imperativo de la ley.

3.7.3. El Precedente Vinculante en materia Civil, Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el Perú, los precedentes vinculantes de la Corte Suprema en materia civil se encuentran contempladas en el artículo 400° del Código Procesal Civil, donde se señala que:

“Artículo 400.- Precedente judicial

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.

¹⁹⁷ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tratado de

¹⁹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis María. *La doctrina del precedente administrativo*, en revista de la Administración Pública, N° 98, Mayo-Agosto 1982. P.7.

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.”

Se trata de un tipo de doctrina jurisprudencial, por ende, dichos acuerdos deben reunir los requisitos argumentativos de coherencia, justificación y justificación a fin de que su razonamiento sea seguir, ya que la desvinculación de los mismos sí es permitida para los jueces de instancias inferiores.

La metodología en estos casos suele ser más complicada tanto en la convocatoria como en la construcción de un consenso para la decisión, ya que este tipo de plenos exige convocar a todos los Jueces Supremos, y entre todos, resolver por mayoría absoluta el caso concreto, algo que exige mayor discusión en busca de una posición general. Esta complejidad se plasma en la poca cantidad de plenos casatorios que existen a la actualidad¹⁹⁹.

Así también en materia contencioso administrativo, el artículo 37° del Texto Único Ordenado del Proceso Contencioso Administrativo D.S. 013-2008-JUS, establece que:

“Artículo 37.- Principios jurisprudenciales.

Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.

Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias

¹⁹⁹Actualmente existen cuatro plenos casatorios dictados por la Corte suprema, los cuales se han dictado sobre: Transacción extrajudicial y legitimación activa en intereses difusos; Prescripción adquisitiva de dominio; y daños morales en caso de divorcio.

particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del Poder Judicial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.

La diferencia con el Pleno Casatorio es que en este caso la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema establece directamente el principio que configura el precedente vinculante, siendo que no convoca a sesión plenaria alguna, así también la desvinculación por diferencia de criterio está permitido para los demás jueces.

Por último, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema también puede convocar, en virtud del artículo 40° de la Ley Procesal del Trabajo, al pleno de Jueces Supremos que conforman otras salas en Materia Constitucional y social a efectos de tomar la decisión de manera colegiada y en un pleno. La decisión es tomada por mayoría absoluta, siendo que en el caso de que el abogado defensor desee, puede este informar oralmente.

3.7.4. La Casación

La casación fue introducida en el año 1993 Código Procesal Civil, siendo que antes, la Corte Suprema fungía como una tercera instancia, en la actualidad la finalidad de este recurso es la de controlar el Derecho objetivo aplicado por los jueces del país, así como buscar la uniformización de la jurisprudencia nacional²⁰⁰. Asimismo, de manera particular también cumple la finalidad de resolver el caso en concreto que ha sido puesto en conocimiento de los jueces.

Su naturaleza es extraordinaria, pues no debe ser entendido como un segundo recurso inmediato después de la apelación, esto se entiende por los requisitos que se requiere para su anteposición, estos son la aplicación indebida o la

²⁰⁰ Artículo 384° del Código Procesal Civil.

interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial; la inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales²⁰¹.

Cabe precisar que en el recurso de casación la apreciación de los hechos está vedada²⁰². La razón radica en que de no ser así, este recurso convertiría a la corte suprema en una tercera instancia encargada de valorar los hechos, lo cual volvería más engorroso el proceso judicial y al mismo tiempo deslegitimaría a los jueces de segunda instancia, pues la impugnación se trasladaría al infinito sin poder cerrar el sistema.

Por las razones antes expuestas es que en la casación no se analizan los hechos sobre los cuales se basó la sentencia, ni tampoco realizar una nueva valoración de los medios probatorios. Esto no significa que no se proteja algún derecho en específico, pues el derecho al debido proceso se encuentra tutelado al controlar la aplicación objetiva del derecho.

Se entiende por aplicación indebida de una norma de derecho material cuando esta es aplicada a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella²⁰³. Por otro lado, la interpretación errónea es la equivocación o error del contenido o sentido de la norma en virtud del desconocimiento de los principios de interpretación de las normas²⁰⁴.

La inaplicación de una norma material se configura cuando concurren los siguientes supuestos: a) el juez, por medio de su valoración conjunta y razonada de las pruebas establece como medio probado ciertos hechos; b) que estos hechos guardan relación de identidad con determinados supuestos fácticos de una norma jurídica material; c) que no obstante esta relación de identidad (pertinencia)

²⁰¹ Artículo 386° del Código Procesal Civil.

²⁰² Casación N° 498-05 LA LIBERTAD, El Peruano, 31/07/2006.

²⁰³ Casación N° 165-00 LIMA, 27/03/2000.

²⁰⁴ Casación N° 272-95 AYACUCHO, El Peruano, 30/12/1997.

el juez no aplica esta norma sino otra, resolviendo el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, lesionando el valor justicia.²⁰⁵

En el ámbito penal, el Código Procesal Penal de 2004 innovó contemplando la casación como medio de interdicción de la arbitrariedad y la unificación de la interpretación de la ley penal²⁰⁶, sin embargo, esta figura no era novedosa en el panorama del Derecho Comparado, dado que Francia fue el precursor del recurso mediante la *Cour de Cassation*, así también España ya contaba con la casación penal desde la Ley del 18 de junio de 1870²⁰⁷, igualmente, Alemania la incorporó en 1877; Italia la contempló como figura de rango Constitucional²⁰⁸.

Al igual que la casación en materia civil, en el ámbito penal este recurso también tiene una naturaleza extraordinaria, debido al carácter tasado de los motivos o causas de interposición y en la limitación del conocimiento del tribunal²⁰⁹. En otras palabras, únicamente se interpone contra resoluciones expresamente establecidas en la ley y por motivos expresamente descritos en ella.

²⁰⁵ Casación N° 1232-04 LIMA, El Peruano, 28/02/2006.

²⁰⁶ Código Penal, Artículo 427°.

²⁰⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal Capítulo I, Título VI, Libro II.

²⁰⁸ Código Procesal Penal Italiano, Artículo 606°.

²⁰⁹ NEYRA FLORES, José. “El recurso de casación penal. A propósito de la sentencia de casación N° 01-2007” En: Revista JUS, N° 4, Grijely, Lima, 1997, p. 37.

3.8. LOS ACUERDOS PLENARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL PERUANO

En el Perú, los acuerdos plenarios son fruto de las sesiones, previamente convocadas y con las formalidades del caso, de magistrados de la misma especialidad (civil, penal, familia, laboral contencioso administrativo, procesal penal, etc.), de una, algunas o todas las Cortes Superiores de justicia del País, destinada a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional, con la finalidad que mediante su debate y deliberación se determine, concluya o acuerde adoptar el criterio más apropiado para resolver cada uno de los casos concretos planteados.

En cuestión de sus formalidades se puede señalar a OTSU quien explica que:

“La formalidad con a que deben de desarrollarse los plenos jurisdiccionales está referida a la conformación previa de las comisiones de magistrados encargada de llevar a cabo el pleno jurisdiccional, los actos preparatorios, la elaboración del cronograma de los plenos, la selección y entrega de los materiales de lectura como: doctrina, jurisprudencias, normas legales, legislación comparada sobre cada uno de los puntos a debatir, etc.”²¹⁰

En este sentido, el acuerdo plenario es aquel acuerdo adoptado en reunión (sesión plenaria) y por mayoría de votos de sus miembros. En este orden de ideas los acuerdos plenarios son la posición o acuerdo de consenso, previamente deliberado, debatido y fundamentado en sesión plenaria, con el que se busca en adelante unificar e integrar los criterios jurisprudenciales que tienen los magistrados, de las diversas especialidades que conforman las distintas Cortes Superiores de justicia de la República, a fin de evitar entre ellos la emisión de fallos contradictorios²¹¹.

²¹⁰CASTAÑEDA OTSU, Susana. Comentarios a los precedentes vinculantes, Editorial Grijley, Lima 2010, Pág 25.

²¹¹VILLAVICENCIO TERREROS Felipe. Derecho Penal-Parte General, Editorial GRIJLEY, Lima-Perú, 2009.Pág. 172.

De este modo, los plenos jurisdiccionales no son meras reuniones de magistrados sino sesiones plenarias revestidas de formalidades en donde el director de Debates designado y dentro de la Sesión Plenaria ya instalada, procede a poner en conocimiento para su análisis, discusión y fundamentación los temas o situaciones problemáticas relacionadas con el ejercicio de la función jurisdiccional, todo ello con el fin de unificar los criterios jurisprudenciales de los magistrados de diversas especialidades, que conforman las distintas Cortes Superiores de Justicia de Nuestro País.

También se dice que los Plenos Jurisdiccionales son formales porque tiene que haber necesariamente una convocatoria en donde se determine o fije la fecha del pleno, la hora, el lugar, la agenda o temas que serán sometidos a debate, la designación del Director de Debates del pleno jurisdiccional, el quórum correspondiente o asistencia de los magistrados convocados, la suscripción o firma del acta de los acuerdos tomados en el pleno jurisdiccional (denominado también acuerdo plenario), la publicidad de los acuerdos, etc. Siendo la sesión plenaria formal su inasistencia injustificada y/o la falta de Quórum a un pleno jurisdiccional convocado, genera que dicho hecho sea puesto en conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para que proceda conforme a sus atribuciones.

Respecto a la definición de los plenos jurisdiccionales Hinojosa Minguez añade, que:

“(...)son foros o reuniones previamente convocadas de magistrados especializados, de una o varias Cortes de Justicia, que propician la discusión y el debate de los principales problemas relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional, en la mayoría de los casos los magistrados participantes asumen una posición conjunta frente a problemas jurídicos

*difíciles, los cuales probablemente les ha tocado resolver en sus colegiados o intuyen que será así”.*²¹²

Adicionalmente el Autor Nieves Mujica²¹³, los plenos jurisdiccionales:

“...del Poder Judicial, son las reuniones de los integrantes de las salas especializadas para concordar las soluciones diversas que se han venido dando a casos similares ya resueltos. Sus directivas serán aplicables sólo a los posteriores casos pero parece no quedar duda de que estamos ante directivas obligatorias.”

Debe resaltarse que parte de la doctrina considera a los denominados plenos jurisdiccionales como espacios de debate y de discusión entre los magistrados con conclusiones que en todo caso podrían expresar ciertas tendencias de la magistratura, con vocación de uniformizar sus decisiones, pero no más²¹⁴.

Para Castillo Alva los plenos jurisdiccionales son reuniones de magistrados en los que se abordan, discuten y plantean temas particulares de cada especialidad: penal, civil, familia, laboral, etc. En ella importa que se debatan temas específicos de cada materia, a fin de obtener un consenso en la solución de los casos Judiciales.²¹⁵

Sobre el carácter interpretativo de los plenos jurisdiccionales el Dr. Prado Saldarriaga señala que son reuniones de los magistrados en donde se emiten fallos con efectividad vinculante, las cuales adquieren trascendencia cuando se detectan tendencias discrepantes o implicantes en la aplicación de la Ley²¹⁶.

De las diferentes definiciones extraídas podemos señalar que hay un consenso en definir a los acuerdos plenarios como esas reuniones de unificación de criterios, lo

²¹²HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Derecho Procesal Civil: Medios probatorios, Doctrina y Jurisprudencia Vinculante, editorial Jurista Editores, Lima 2010, pág. 54

²¹³NIEVES MUJICA Javier. Introducción al derecho laboral peruano, Lima 2009, editorial Temis, pág. 72.

²¹⁴BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA Javier. *La reforma del sistema de justicia ¿En el Camino Correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima: Editorial Grijley, 2004, pág. 40.

²¹⁵CASTILLO ALVA José Luis. *Los Precedentes Vinculantes, las sentencias plenarias y los acuerdos plenarios en materia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial APECC, Lima 2009, pág. 22.

²¹⁶PRADO SALDARRIAGA Víctor. *Consecuencias Jurídicas del Delito y acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial APECC, Lima 2009, pág. 23 – 24.

cual nos lleva a advertir que si existe una diferenciación semántica entre las reuniones de los magistrados y el resultado de las mismas.

Las reuniones de los magistrados son las Reuniones Plenarias, o los Plenos Jurisdiccionales, sin embargo, esta última definición nos lleva a la pregunta sobre si los actos de coordinación para la unificación de los criterios jurisprudenciales podrían definirse como un ejercicio de la jurisdicción.

Para aclarar el concepto debemos partir mencionando que la Constitución contempla la exclusividad de la función Jurisdiccional²¹⁷, la cual se reserva a los jueces con excepción de la jurisdicción militar y la arbitral. En cuanto a esta exclusividad jurisdiccional Monroy Gálvez señala que por el término exclusividad debemos entender que solo aquellos a quienes se da explícitamente la jurisdicción en la Constitución, son quienes pueden ejercitarla²¹⁸.

En este sentido, Calamandrei ha definido a la Jurisdicción como la actividad que se realiza por el juez, como un tercero imparcial, para los efectos de dirimir a través del proceso, el conflicto que las partes han sometido a su decisión.²¹⁹

A dicho concepto es pertinente añadir que la jurisdicción se encuentra delimitada por la competencia de cada juez, siendo que todos los jueces del territorio peruano gozan de la atribución de ejercer jurisdicción, no todos gozan de competencia para hacerlo siempre. En esta misma línea de ideas, el Tribunal Constitucional ya ha señalado que:

“(...) jurisdicción es la potestad y/o poder que otorga el Estado a determinadas instituciones para “decir”, resolver o aplicar el derecho que corresponde en un conflicto de intereses con el carácter especial que sus decisiones son irrevisables; es decir, tienen la calidad de cosa juzgada. Aquellos órganos cuyas resoluciones son revisables no tienen jurisdicción

²¹⁷ Constitución Política del Perú: Artículo 139°, inciso 1

²¹⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Bogotá: Temis, 1996, p. 230.

²¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Los estudios de derecho procesal en Italia*, en *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, trad. S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 27

*sino competencia. El límite de la jurisdicción es la competencia por razón de grado, materia, turno, territorio, etc.*²²⁰

A este punto queda claro que uno de los principales fines de la jurisdicción, mediante los acuerdos plenarios, es la de dirimir conflictos mediante una decisión jurídica legítima que vincula en cuanto a su cumplimiento. Sin embargo, al analizar la naturaleza de los llamados plenos jurisdiccionales podemos señalar en primer lugar que la materia a tratar siempre va a ser una materia teórica, pues en caso contrario el resultado no sería un acuerdo plenario, sino una sentencia que resuelve el caso. En estas sesiones, los jueces tratan criterios discrepantes de la actividad jurisdiccional, pero no resuelven casos, por ende, en una opinión personal, lo más adecuado es llamar a estas reuniones como sesiones plenarias o en todo caso denominarlos plenos no jurisdiccionales, a fin de no confundir conceptos de jurisdicción.

La realización de los plenos jurisdiccionales en el Perú se encuentra regulada de modo general en el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece literalmente lo siguiente:

“Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo al Poder Judicial.”

Respecto a los plenos jurisdiccionales en materia laboral según el artículo 40° de la nueva ley procesal del trabajo señala que corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia convocar al pleno de Jueces Supremos, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente.

Para la realización de los plenos jurisdiccionales, siguiendo las pautas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y del Centro de Investigaciones Judiciales, es necesario la conformación de la misma con las siguientes partes intervinientes en los plenos:

²²⁰EXP. N° 584-98-HC/TC, del 06 de agosto de 1998, fundamento jurídico 2.

- a) El Presidente de la Corte Superior de Justicia.
- b) La Comisión de Magistrados.
- c) Los Magistrados Participantes.
- d) El Director de Debates.
- e) Expositores Invitados.
- f) El Centro de Investigaciones Judiciales.

En este sentido, corresponde al Presidente de la Corte Superior de Justicia, como máximo representante de su distrito judicial, lo siguiente:

- a) Designar al inicio de cada año judicial la Comisión de Magistrados encargada de los actos preparatorios de los Plenos Distritales, Regionales y Nacionales.
- b) Aprobar el Cronograma de actividades de Plenos Jurisdiccionales Distritales propuesto por la Comisión de Magistrados.
- c) Formalizar la convocatoria de los Plenos Jurisdiccionales Distritales.
- d) Coordinar con el Centro de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial las actividades administrativas previas a la ejecución de los plenos jurisdiccionales Regionales y Nacionales.
- e) Emitir las disposiciones necesarias a fin de viabilizar la realización de los plenos jurisdiccionales.
- f) Supervisar que la Comisión de Magistrados designada por su presidencia cumpla los fines para los cuales fue designada.
- g) Encargarse del registro y difusión de las Actas de Sesión Plenaria en su respectivo distrito judicial.

- h) Poner en conocimiento del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial las actividades ejecutadas en los acápite a), b) y c).

Sobre la conformación que corresponden a la Comisión de Magistrados se encuentran divididas, según el tipo de pleno jurisdiccional, los que pueden ser Distrital, Regional y Nacional.

Si el pleno jurisdiccional es distrital, la Comisión de Magistrados podrá estar conformada de la siguiente manera:

“Una Comisión Mixta de Magistrados de diferentes especialidades con un mínimo de seis (06) y máximo de diez (10) integrantes; o por dos (02) o más Comisiones por Especialidad con un mínimo de tres (03) y un máximo de seis (06) integrantes; y, atendiendo a la realidad de cada Distrito Judicial.”

Cada Comisión está presidida por un Vocal Superior, e integrada por magistrados de diversas jerarquías. Dicha Comisión elabora y propone al Presidente de su respectiva Corte Superior la lista de Magistrados participantes al Pleno Jurisdiccional Distrital, Regional y Nacional, en atención a la especialidad de los temas a tratar y buscando la participación activa de los Magistrados de las diferentes jerarquías.

Es así que dentro del tema que nos concierne, si bien en los plenos jurisdiccionales los magistrados debaten acerca de temas jurídicos contrastando sus opiniones sobre cuál debe o debería ser la respuesta o criterio más apropiado para resolver cada uno de los casos concretos planteados, dicha deliberación concluye siempre con un acuerdo (ya sea por votaciones por unanimidad o en mayoría), dicho acuerdo es al que se le denomina acuerdo plenario, por ser adoptado en sesión plenaria.

El acuerdo plenario supone el concierto de voluntades de los señores Magistrados sobre el sentido o aplicación de una o más normas materiales o adjetivas respecto a los temas sometidos a debate en el pleno Jurisdiccional (Sesión Plenaria).

Muchas veces se confunde pleno jurisdiccional con acuerdo plenario. En los Plenos jurisdiccionales lo decidido o acordado es el acuerdo plenario, el mismo que se tendrá en cuenta al momento de emitir los fallos de los magistrados que participaron o no de él, por lo que de sus autos y sentencias podrán extraerse las reglas de derecho, las mismas que ya fueron anteriormente consensuadas entre los magistrados participantes en los plenos jurisdiccionales.

Contenido de los acuerdos plenarios

Respecto al acuerdo plenario este debe estar plasmado por escrito en un acta denominada acta de sesión plenaria, dentro de ella se registran las decisiones o acuerdos adoptados en el pleno jurisdiccional (sesión plenaria).

El Acta de Sesión Plenaria contiene:

- Parte Introdutoria

En la cual se consiga el lugar de realización del Pleno, los integrantes de la Comisión de Magistrados y su Presidente, Director de Debates, así como los Magistrados participantes en la Sesión Plenaria con la debida distinción de su cargo jerárquico.

- Parte Expositiva

En la cual se consigna los trabajos grupales y conclusiones; y,

- Parte Decisoria

En donde se anotan los acuerdos adoptados (Acuerdo Plenario), con posterioridad al debate y votación correspondiente.

Dicha Acta es redactada y suscrita por los Miembros de la Comisión de Magistrados (Responsables).

A la fecha, el Perú ha elaborado 58 acuerdos plenarios en materia penal en el período 2005 – 2012 y un solo acuerdo plenario en materia laboral en el año 2012. Estos instrumentos se encuentran publicados en la página del Poder Judicial

peruano²²¹ y han servido como marco interpretativo en diversos procesos penales, sin embargo, no existe modo alguno de controlar objetivamente su cumplimiento por parte de los jueces de primera y segunda instancia.

Finalidad De Los Acuerdos Plenarios

Los plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios tienen como finalidad no sólo promover el aprendizaje y la capacitación constante de los magistrados, sino también el de los docentes universitarios de las facultades de Derecho y sus estudiantes de pre y post grado, juristas en general, abogados, personal de la Cortes Superiores de Justicia y Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y de todos aquellos vinculados a nuestro sistema jurídico, con lo cual al unificar los criterios jurisprudenciales de los magistrados se logra seguridad jurídica y se mejor la confianza y credibilidad de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia.

En este sentido, los plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios contribuyen al perfeccionamiento académico en el ejercicio de la función jurisdiccional fortaleciendo el sistema jurídico y la organización judicial.

Estos acuerdos judiciales tienen como finalidad buscar la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de agenda de debate, en los cuales los participantes previamente para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en los temas tratados.

Algunas de las finalidades que persiguen los plenos jurisdiccionales de manera puntual son:

- a) Los plenos jurisdiccionales tiene como finalidad unificar e integrar los criterios jurisprudenciales de los magistrados, de las diversas especialidades, que conforman las distintas Cortes Superiores de Justicia de la República.

²²¹ Disponible en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_acuerdos_plenarios/listado_general,
Accedido: 09/03/2014.

- b) Los plenos jurisdiccionales evitan los fallos contradictorios.
- c) Reducen la carga procesal de los juzgados y salas especializadas del país.
- d) Contribuyen con el mejoramiento de los servicios de administración de justicia.
- e) Contribuyen al orden y sistematización de los acuerdos adoptados en los plenos.
- f) Promueven la investigación científica, el análisis, la actualización y capacitación de los operadores de justicia.
- g) Los plenos jurisdiccionales fomentan la igualdad en la aplicación de la Ley a través de una interpretación uniforme.
- h) Los plenos jurisdiccionales promueven la reducción de la discrecionalidad que tradicionalmente ha caracterizado en décadas al juzgador.

Finalmente, se señala que los plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios mejoran la confianza de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia, pues crean un criterio uniforme sobre la interpretación legislativa que otorga una mayor seguridad sobre las decisiones jurisdiccionales.

CAPÍTULO IV

4.1. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y LOS ACUERDOS PLENARIOS Y SU INFLUENCIA EN LA ADECUADA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Dado a que en los anteriores dos capítulos hemos hecho referencia a los orígenes de los precedentes vinculantes y los acuerdos plenarios, encontrando sus raíces en los sistemas del *Common Law* y *Civil Law* respectivamente, ahora es necesario entender la evolución histórica de esta sinergia y si la convergencia de estos dos sistemas resulta razonable en nuestro sistema jurídico, pues de otra manera el

problema en la motivación adecuada motivación de las resoluciones judiciales no sería un problema de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, sino que sería un problema estructural del sistema judicial.

Asimismo, es necesario que podamos entender que la eficacia y legitimidad de una resolución judicial, recae en la argumentación que tiene y eso contribuye de manera decisiva a una mejor teoría y a una mejor práctica jurídica²²². Dicho esto, la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios van a procurar coadyuvar a la tarea argumentativa, sin que deba entenderse como una sustitución a dicha argumentación.

4.1.1. El razonamiento Judicial dentro del modelo constitucional peruano

Cuando se estudia el razonamiento judicial se trata sobre la motivación judicial, la cual es exigida en toda resolución judicial y se encuentra contemplada como un derecho²²³, siendo que esta motivación no solo se exige en el ámbito jurisdiccional sino también en el ámbito administrativo²²⁴ y político y esto se debe a que la argumentación acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo, argumentar y decidir son facetas de una misma realidad.²²⁵

Sin embargo, es necesario que en el presente trabajo nos centraremos en la debida motivación judicial en el modelo constitucional que nos encontramos.

4.1.2. La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios frente a la actividad jurisdiccional y la motivación adecuada.

El Perú, la actividad jurisdiccional muestra sus propias características al momento de analizar la coexistencia de jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, sobre todo respecto a la independencia de los jueces y la adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

Lo señalado anteriormente puede deducirse debido a la gran cantidad de quejas y denuncias de magistrados que cuestionan su independencia respecto de

²²² ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*, editorial Trotta, Madrid 2013, pág. 107.

²²³ Constitución Política del Perú, Artículo 139°, inciso 5.

²²⁴ STC Exp. N° 358-98-AA/TC, fundamento jurídico 10 y STC. Exp. N° 0090.2004-AA/TC, fundamento jurídico 15.

²²⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2005, p. 62

determinados procesos de investigación y/o juzgamiento, sumado a esto, el grado de aprobación del poder judicial obtuvo en la última encuesta²²⁶ tan sólo el 12% y la gran cantidad de apelaciones y procesos de amparo²²⁷ registrados ante el Tribunal Constitucional.

Corresponde entonces, analizar cómo la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios pueden colaborar respecto al fortalecimiento de la independencia judicial y a una adecuada motivación de las resoluciones jurisdiccionales.

4.1.3. La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios frente a la independencia judicial.

La crítica más fuerte a los efectos de la jurisprudencia vinculante y en especial a los precedentes vinculantes es que podrían obligar al juez a decidir de acuerdo a un criterio fijado con anterioridad que puede no ser su modo de pensar. Sin embargo, como veremos en este acápite, no es necesario que un juez deba interpretar siempre la ley para poder señalar que goza de una independencia.

En gran parte, esta discusión se debe a la fuerte crítica a la que han sido sometidos el método de la subsunción y las nuevas doctrinas del constitucionalismo y la diferenciación de reglas, principios y directrices en el Perú.

Sin negar el gran avance que ha significado descubrir estas nuevas categorías conceptuales, debemos señalar que en la actividad jurisdiccional no toda actividad merece métodos de ponderación o acudir a principios, sino que también existen ejercicios que a la luz del caso pueden ser subsuntivos a determinadas reglas, sin que tampoco se extralimite a que así sea en todos los casos. En este sentido, no puede argumentarse que el juez sólo es independiente cuando tiene el poder de decidir de forma diferente de los tribunales superiores y del legislativo, aunque eso

²²⁶Encuesta realizada por el grupo *Growth from Knowledge* (GFK), la cual que está basada en 1.296 entrevistas, entre el 21 y 23 de abril del 2014, a personas mayores de 18 años de todos los sectores socioeconómicos en Lima y 25 ciudades. Tiene un nivel de confiabilidad del 95% y un margen de error del 2,7%.

²²⁷Según estadísticas del Tribunal Constitucional, en el año 2013 ingresaron 7166 procesos de amparo, de las cuales la mayoría cuestiona temas respecto a la motivación judicial. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/tc_estadisticas_gen.php Fecha de ingreso: 15/04/2014.

signifique romper una igualdad de decisiones y por ende una igualdad de tratamiento.

La principal respuesta al problema de la independencia judicial es mediante la concepción al juez como parte de un sistema judicial que tiene la obligación de ser único, ordenado, armónico y eficiente. Esto es descrito por Luiz Marinoni de la siguiente manera:

“Ahora, un organismo que tiene manifestaciones contradictorias es, indubitadamente, un organismo enfermo. Por lo tanto, es necesario no confundir independencia de los jueces con unidad, bajo pena de, al contrario, tenerse un sistema que racional e isonómicamente distribuye justicia, tenerse algo que, de modo a fallar a los fines a los que se destina, surca un manicomio, dando voces irremediablemente contrastantes, de forma ilógica y contraproducente, combaten”²²⁸.

Para aterrizar el desarrollo de la independencia jurisdiccional, debemos tener en cuenta el entorno en el que se desempeña el juez, ya que su actuación no será la misma en un país desarrollado económicamente cuyas libertades y derechos pueden concretarse a través de muchas políticas públicas, que analizar la independencia judicial en un país como el Perú, cuyas exigencias por la satisfacción de derechos sociales y personales es la labor del día a día.

En el caso del Perú, la independencia judicial ha sido constantemente atacada y respetada, siendo que la carrera judicial responde a las características del sistema jurídico y político, así como al horizonte cultural en el que se confirma un papel del juez. Su identidad resulta, por ello, de un proceso complejo de acuerdos, tensiones y compromisos con determinados valores. Los rasgos del caso peruano expresan abiertamente esa condición: algunas piezas por la tenue presencia de una cultura de cuerpo institucional y marcada por la impronta del poder político.²²⁹

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obligatorios*, Óp. Cit. Pp. 240-241.

²²⁹ GONZALES MANTILLA, Gorki, *Los Jueces, Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra editores, 2009, p. 283.

El Perú ha tenido diversas etapas en el desarrollo de la independencia judicial de sus jueces, siendo que los momentos más relevantes han sido por ejemplo, el autoritarismo e intromisión política que sufrió durante la década de los noventa y su consecuente vuelta al camino de la democracia.

Volviendo a la concepción del juez como parte de un sistema ordenado, incluyendo a los jueces del sistema Peruano, estos deben comportarse permitiendo que el Poder Judicial pueda cumplir las diferentes obligaciones frente a los ciudadanos a través de un a tutela jurisdiccional coherente. Hacer propio este pensamiento y concretarlo en acciones judiciales implica afirmar que el juez no existe para que pueda emitir su decisión, sino para que él pueda colaborar con la prestación jurisdiccional.

El análisis de la independencia judicial debe ir de la mano del análisis de la carga de autoridad del precedente y la independencia judicial, pues es sabido que en ningún sistema, el juez de primer grado puede considerarse subalterno de un tribunal, dado a que la jurisdicción es única y la labor de cada juez tiene el mismo poder de acuerdo a sus competencias, lo cual hace más exigible aún la necesidad de que los casos similares tengan soluciones similares, entonces, podría entenderse que la vinculación más allá de los jueces a los jueces, es de los jueces a las decisiones en casos pasados.

A este punto cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal, quienes en nuestra opinión, han señalado muy bien los alcances de la independencia judicial en el marco de un sistema jurídico ordenado.

“Pero, en este contexto de la caracterización normativa de procedimiento de la institución, el hecho de que los jueces de los tribunales incluidos en la orden del tribunal que dictó el asiento (aunque este tribunal no funciona su reversibilidad), se impuso a la aplicación de la doctrina que contiene, ¿no

representa una violación de la independencia decisional? Se tiene por seguro que no.²³⁰”

Al respecto, debemos señalar que una definición jurisprudencial, que viene de la corte más alta de la jerarquía de los tribunales (en este caso cualquier decisión de la Corte Suprema) y sin eficacia externa erga omnes, puede en principio, tomarse como propia de la estructura judicial como elemento integrador que resalte. Sin embargo, esto no debe entenderse como la subordinación inmediata de los jueces inferiores a los de última instancia por un mero principio de autoridad.

En un sentido crítico, la independencia jurisdiccional no debería verse amenazada por mayorías de votos o en consensos de máximas instancias, sino que al mismo tiempo debe ser defendido por quienes gozan de ella, los jueces. El tratamiento que se ha otorgado a los jueces y su independencia ha sido tuitiva y bajo criterios de no injerencia, sin embargo, poco se habla de la defensa de esta independencia por parte de ellos, es por esta razón que la desvinculación de la jurisprudencia vinculante o el uso del *distinguishing* para casos no análogos a los de un precedente constitucional, resultan ser muy poco aplicados.

En este sentido Rudolf Stammeler señala que el problema que aquí está planteado es el saber si, como método general para llegar a juicios fundamentalmente justos, se puede recomendar el acatamiento de las opiniones dominantes, tiene que ser francamente negativa. De ser positivo, cuando el juez se encuentre frente a un nuevo problema y no sepa hacer otra cosa que navegar a favor de la corriente de las opiniones añorantes de los altos tribunales, le ocurrirá, en la consecución de un resultado justo y fundamentado, algo parecido a lo de aquel tirador que, según el irónico relato del poeta, fallaba siempre al blanco porque, al tirar, miraba de raballo al público para cerciorarse de si le impresionaba su apostura²³¹.

²³⁰ El original en: PORTUGAL- Tribunal Constitucional de Portugal. Decisión 810-93, rel. Const. Monteiro Diniz; j. 07.12.1993, fundamento jurídico 3. Disponible en:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>

²³¹ STAMMLER, Rudolf. *El Juez*, Lima: Ara editores, 2005, p. 100 – 101.

Si se entiende que la actuación de los jueces no debe sujetarse a criterios políticos y mucho menos depender de ello, no debe entenderse que este mandato únicamente se refiere a la democracia de las multitudes populares, las mismas que conforman a los justiciables, sino que también se refiere a la política interna del Poder Judicial, a esas pequeñas democracias que emiten decisiones con carácter obligatorio para los jueces, es decir, a la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios.

Esto no refiere a que la autonomía judicial pueda derivar en autoritarismo puro o que las decisiones siempre deban ser contrarios a principios democráticos, dado que la función de las Salas y Tribunales es en muchos casos política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia²³².

4.1.4. Las dificultades de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios en el Perú respecto a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales

La adecuada motivación de las resoluciones judiciales ha sido tratada anteriormente, destacando algunas directrices establecidas que podrían configurar un parámetro mínimo de exigencia argumentativa a toda resolución judicial. Estos parámetros de exigibilidad pueden ser trasladados al uso de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, sin embargo, el Perú muestra algunos aspectos específicos en su utilización que podría resultar problemático y que debe ser tratado en esta parte final del presente trabajo a fin de que pueda observarse el modo de minimizar los riesgos que afecten a la independencia judicial y la motivación adecuada de las resoluciones judiciales.

a) El uso de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios como única motivación de las resoluciones judiciales

Se señalado que cualquier motivación no constituye una adecuada motivación, que la expresión de criterios o razones deben encontrarse en la capacidad de ser

²³²ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Trotta, Madrid 2008, P. 11.

defendidas de acuerdo al orden constitucional y legal vigente y a los principios subyacentes que inspiran las regulaciones positivas.

La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios tienen inmersos en sí mismos un proceso argumentativo de exposición de razones que hicieron posible la decisión que resolvió el caso cuando se trata de jurisprudencia vinculante y las razones de controversia interpretativa en el caso de los acuerdos plenarios, sin embargo cada motivación de estos instrumentos es particular una de la otra y sin duda derivan también de las circunstancias evaluadas en el momento de señalar su decisión.

En el caso de la jurisprudencia vinculante, la argumentación va a depender de qué tipo de jurisprudencia es sido la que vincula, pues si se trata de un recurso de casación, la argumentación habrá tenido lugar en el marco de los supuestos legales establecidos en el artículo 384° del Código Procesal Civil, por ende, será más específico el contenido vinculante.

Si estamos ante un precedente vinculante deberá tenerse en cuenta la división señalada en el primer capítulo entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* dejando en claro que no toda sentencia que emana del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema es un precedente vinculante, e incluso no toda sentencia que contiene un precedente vinculante, vincula en todos sus fundamentos o razones, lo cual delimita aún más el contenido vinculante de sus sentencias. Siendo que la *ratio decidendi* será la parte esencial a tomar en cuenta como vinculante, pero teniendo en claro que el *obiterdicta* conforma la argumentación que también logró llegar a la decisión final, incluso si no fue determinante.

Por otro lado, si nos encontramos frente a un acuerdo plenario, tendremos una argumentación totalmente diferenciada pues no es a razón de la materia que se establece esta diferencia, sino por el grado de discusión al que se encuentra sometido. Se ha señalado que los acuerdos plenarios no resuelven casos concretos, es decir no existen hechos concretos que puedan ser analizados por el pleno jurisdiccional, de ahí su cuestionamiento a la nomenclatura de

jurisdiccionales, ya que tal como se ha señalado en el capítulo dos, para la gran parte de la doctrina española el ejercer jurisdicción implica resolver casos.

Esto no significa que los acuerdos plenarios estén totalmente desvinculados del análisis de hechos, pues la razón por la que se realiza esta actividad es la evidenciada discordancia interpretativa de disposiciones legales entre los jueces del Perú, de otro modo no habría razón de unificar el criterio interpretativo, por ende, sí se toman en cuenta algunos hechos de decisiones así como supuestos de hecho para medir y proyectar las consecuencias de los acuerdos plenarios.

Los plenos jurisdiccionales discuten dogmáticamente cuestiones de interpretación, modos de razonamiento y directrices sobre actividad jurisdiccional, llegando al final a un producto eminentemente argumentado y defendido y cuestionado por diversos participantes en el pleno.

Siendo así, entendemos que tanto la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, en sus diferentes grados y particularidades, gozan de criterios argumentativos, pero estos no son suficientes en sí mismos para legitimar una decisión judicial en un caso en concreto que pueda tener semejanzas con la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios propuestos, pues aunque la motivación por remisión no está proscrita *per se* tampoco es razonable que pueda ser utilizada de manera desmedida e irresponsable.

Es necesario que el juez no tome a la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios como motivación única, sino que además vincule realmente estos instrumentos con el caso que se encuentra bajo análisis. Esta argumentación antes que extensa y prolija debe ser consistente desde un punto de vista lógico-coherente que permita realmente establecer la semejanza del caso. Al respecto el Tribunal constitucional ha señalado que:

“El derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, consagrado en el artículo 139º inciso 5 de la Constitución, implica, tal como ha sido explicado en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, que tales resoluciones deben expresar de manera razonada,

*suficiente y congruente las razones que fundamentan la decisión del juzgador respecto a la materia sometida a su conocimiento. En otras palabras los jueces, al emitir sus resoluciones, deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho que las fundamentan. Sin embargo ello no implica que dicha fundamentación deba ser necesariamente extensa, sino que lo importante es que ésta, aun si es expresada de manera breve y concisa o mediante una motivación por remisión, refleje de modo suficiente las razones que llevaron al jugador a adoptar determinada decisión.*²³³

Entendido así, se tiene que la motivación del uso de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios debe ser específica para justificar adecuadamente la decisión tomada. La extensión de la justificación dependerá de la complejidad del caso presentado, sobre todo los hechos en cuestión y su posible semejanza a lo propuesto como vinculante, en lo que podría decirse que mientras más específico sea la *ratio decidendi* o lo vinculante, la justificación podrá ser menor e incluso a remisión en muchos casos, sin embargo, la justificación ha de ser mayor cuando se trata de un espectro más amplio de lo que se establece como vinculante en la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios, pues el trabajo de conexión entre lo dictado como vinculante y el hecho a resolver debe ser tratado de manera específica y con un margen argumentativo mayor. Esta es la razón por la que tratándose del uso de acuerdos plenarios la justificación debe ser mayor si lo que se pretende es hacer valer interpretaciones dogmáticas a un caso en concreto.

b) El principio de autoridad en el uso de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios

El principio de autoridad ha sido criticado como fundamento de la vinculación de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, sobre todo porque para muchos existe el riesgo que el principio de autoridad pueda afectar la independencia judicial y por ende se trate de imposiciones de voluntades de los órganos superiores hacia los jueces de primera instancia.

²³³ STC. N° 03530-2008-PA/TC, Fundamento jurídico 10.

Al respecto, cabe mencionar que en un extremo el principio de autoridad deja de serlo para convertirse en muestras de autoritarismo, sin embargo, desde una descripción de nuestro modelo jurisdiccional que, al igual que muchos otros modelos, tiene marcado muchos rasgos que derivan de concebir las decisiones de instancias superiores como muestras de autoridad.

A modo de ejemplo, en el Perú se encuentra constitucionalmente reconocido el derecho a la pluralidad de instancia en el artículo 139°.3, esto es una muestra del principio de autoridad, pues la verticalidad de la decisión hace que los jueces de segunda instancia puedan revocar o confirmar una sentencia, las cuales deberán ser cumplidas entre muchas otras razones, por un principio de autoridad, en este mismo sentido ocurrirá con las decisiones de la Corte Suprema y con las del Tribunal Constitucional, pues existe la necesidad de cerrar un sistema, de ordenar la decisión de última instancia a algún órgano que a través de su criterio y parámetros establecidos zanje el último punto de discusión, lo cual no es algo perjudicial para la actividad jurisdiccional sino que es necesario.

Por ende el principio de autoridad no puede legitimar por sí mismo decisiones jurídicas, pero nos ayuda a identificar y entender que nos encontramos de poderes, los cuales deben ejercer de manera independiente, pero al mismo tiempo controlado por otros poderes a fin de encontrar una armonía que permita la convivencia y no desnaturalización de un solo poder.

La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios también encuentran fuertes rasgos de poder que aportan a su vinculatoriedad, muestra de ello es que la producción de la jurisprudencia vinculante se encuentra reservada a los más altos órganos jurisdiccionales y su cumplimiento vinculan a órganos inferiores, así como a todos los poderes del estado en el caso del precedente vinculante constitucional. En el caso de los acuerdos plenarios, aunque su producción no se encuentra reservada a los más altos colegiados como lo es la Corte Suprema, sino que también pueden producirse de manera Regional a través de las Cortes Superiores, asimismo muestran rasgos del principio de autoridad que vinculan en sus

decisiones para los jueces de primera instancia y para quienes dictaron el acuerdo plenario.

Por otro lado, el hecho de que exista la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios no significa que los jueces de primera instancia deban siempre concordar con lo tratado o decidido, sobre todo en cuanto a los acuerdos plenarios, ya que su vinculatoriedad no es absoluta y los jueces pueden manifestar su posición respecto de los fundamentos del acuerdo plenario en cuestión y por ende, apartarse del mismo.

En el caso de la Jurisprudencia vinculante y en especial en el caso del precedente judicial, el hecho que sea dictado por órganos de última instancia no quiere decir que en el mismo se hayan tratado y considerado todas las cuestiones respecto del problema a resolver, por ende, corresponderá a juez que pretende identificar en el caso concreto dichas particularidades que hacen al caso diferente, lo que le permitirá aplicar un criterio propio sin que necesariamente se aparte del precedente.

Es comprensible que a razón de que los casos varían naturalmente, conforme a las particularidades que le dan configuración, es siempre posible que surjan nuevas situaciones no tratadas en la jurisprudencia vinculante o acuerdo plenario.

Para estos efectos cabe señalar que la diferenciación se asiste a una técnica por la que no se revoca el precedente sino que se diferencia del caso en concreto. Esta técnica es el *Distinguishing*, el cual fue planteado por el Supremo Tribunal Federal²³⁴, donde se estableció que si los hechos de caso modifican su estructura podrá ser negada la necesidad de aplicación de la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios al caso en concreto, debiendo analizar las razones que dieron origen a estas herramientas y en base a los hechos nuevos se edita una regla en particular teniendo en cuenta que el resultado en al que se llega en el *distinguishing* para debe ser compatible con el resultado de la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios.

²³⁴STF, Pleno, HC 85.185-1, rel. Min Cezar Peluso, DJ 01.09.2006

c) El cambio de criterio o revocación de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios

Los cambios de criterio respecto de la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios son un punto de crítica para cuestionar su vinculatoriedad, pues el hecho de cambiar el criterio o revocar una decisión que ha sido vinculante puede interpretarse bajo diferentes puntos de vista, por un lado puede decirse que este cambio se debe a características de evolución social y por ende del surgimiento de nuevos ejercicios de los derechos así como de circunstancias no previstas al momento de establecer el carácter vinculante de la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios. Por otro lado, algunas personas entenderán que es una muestra de asumir el error judicial en que fue universalizado en determinado momento.

La necesidad de cambiar el criterio o de revocar algún criterio respecto de la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios es algo necesario, pues sería erróneo afirmar que estas herramientas fueron concebidas para ser absolutas e inmutables a través del tiempo, ya que ni la ley ni ninguna teoría jurídica goza de tal característica, asimismo, el tiempo que pueda mantener vigencia una decisión de este tipo no es significado de que sea mejor respecto del que no tuvo la misma vigencia, pues será la fuerza y calidad argumentativa la que otorgará tal adjetivo a la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios.

En ese sentido, si en el transcurso del presente trabajo hemos mantenido la idea de que las decisiones jurisdiccionales necesitan justificar su legitimidad en base a la adecuada motivación de tales decisiones, es razonable exigir que la motivación sea mayor para establecer un criterio vinculante a las demás instancias, asimismo, será exigible que la revocación de un criterio vinculante cuente con una fuerte carga argumentativa que permita justificar las razones del cambio y no simplemente una voluntad con motivos propios.

En primer lugar, quienes pueden revocar los criterios vinculantes pueden ser las mismas instancias que lo dictaron o una instancia superior en el caso de los acuerdos plenarios, ya que el respeto del principio de autoridad, la división de

poderes y la concepción del sistema como ordenado, podemos extraer razones que nos permitan concluir que quienes dictaron lo vinculante son quienes pueden modificarlo o revocarlo.

Sin embargo, el tribunal constitucional mediante el expediente N° 00008-2012-PI-TC, se pronunció respecto de la legitimidad de los alcances de los acuerdos plenarios en nuestro ordenamiento jurídico, en especial respecto al acuerdo plenario N° 4-2008/CJ-116. En esta resolución el tribunal señaló que:

“En general, la actividad de la jurisdicción penal o constitucional al interpretar la ley penal en un sentido compatible con la Constitución pero distinto a aquella interpretación del legislador, parte de reconocer que conforme al principio de supremacía constitucional, la jurisdicción, al controlar la actuación legislativa penal, también tiene límites establecidos en la Constitución y vinculados con el respeto al principio de legalidad penal, entre otros bienes constitucionales.”²³⁵

Si bien en el caso planteado el Tribunal Constitucional no revocó el acuerdo plenario sino que declaró inconstitucional el artículo 173°.3 del código penal, la misma que sustrajo la materia del acuerdo plenario N° 4-2008/CJ-116, de la fundamentación antes señalada mencionó que la modificación de bienes jurídicos protegidos en materia penal no es factible de ser interpretado a través de un acuerdo plenario, pues lo adecuado es que se ejerza un control constitucional de la ley y por ende aplicar el control difuso que sí es facultad de cada juez al momento de resolver los casos a conocer.

En ese sentido cabe señalar que no podría revocarse los acuerdos plenarios vía constitucional pero lo que sí puede es revocarse decisiones que sean violatorias a derechos fundamentales y que sean objeto de control constitucional.

La jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios estarán en condiciones de revocados cuando dejan de corresponder a los patrones de congruencia social y consistencia sistémica y, al mismo tiempo, a los valores que sustentan la

²³⁵ STC. N° 00008-2012-PI-TC, Fundamento jurídico 55.

estabilidad, básicamente los de la igualdad, de la confianza justificada, y la prohibición de la sorpresa injusta, fundamentos más de su revocación que de su preservación, esto a razón de que ha pasado a negar la correspondencia con los patrones de congruencia social o proposiciones morales, políticas y de la experiencia.

En el caso de los precedentes, la falta de congruencia se puede evidenciar cuando adolecen de consistencia sistémica, es decir, cuando deja de guardar coherencia con otras decisiones. Tanto la ausencia de congruencia como social, como la falta de consistencia sistémica en general son demostradas por la doctrina a través de la constante crítica.

En el *Common Law* se utiliza la figura de *overruling*, la cual establece como requisito para su aplicación cuando los precedentes controvertidos son socialmente inconsistentes, sea en razón de su inconsistencia con las excepciones, sea en virtud de su inconsistencia con otros precedentes.

Ante esto muchas veces podría surgir el temor de que la revocación del precedente pueda generar inseguridad o pérdida de confianza en otros precedentes. Sin embargo, cuando los precedentes son revocados con base en criterios que también son reafirmados y respetados, se torna posible vislumbrar cuándo un precedente está en vías de ser revocado.

A modo de ejemplo se tiene el Exp. N.º 04293-2012-PA/TC, que dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en el Exp. N.º 00024-2003-AI/TC señalando que había quedado evidenciado que existieron razones objetivas y coherentes para dejar sin efecto el precedente, dado que se fijó sin respetar las reglas establecidas por el propio Tribunal Constitucional para tal efecto.

Lo que no se encuentra permitido es la revocación de la jurisprudencia vinculante o los acuerdos plenarios el hecho de tener una nueva comprensión personal e individualizada de la cuestión de derecho, por eso, la posición de un único autor o de sólo un juez no importa cuando se piensa en preservar o no un precedente.

4.2. El modelo Constitucional como un modelo no discursivo

Existe una gran vinculación entre el modelo Constitucional y la motivación de las resoluciones judiciales, dado a que un estado constitucional es aquel que justifica sus decisiones, las mismas que no gozan de legitimidad únicamente por un principio de autoridad, esto es, la justificación es parte del sistema mismo de un modelo discursivo horizontal antes que uno vertical.

Un modelo decisionista, es aquel modelo en el que las decisiones valen, no necesariamente porque traigan aparejadas razones que lo justifican, sino porque las mayorías así lo deciden. Por otro lado, un modelo discursivo, exige mecanismos de control racional de las decisiones del poder, lo cual hace aporta a una teoría de validez del Derecho, en la que se encuentran las normas, los enunciados normativos y las decisiones jurisdiccionales en sí mismas, donde esta validez no depende únicamente de que hayan sido dictado por un órgano legitimado orgánicamente para tales fines, sino que al contrario, esta decisión puede legitimarse más allá de la fuente que la emanó.

En este orden de ideas, Robert Alexy señala que el concepto básico de la teoría del discurso es el juicio racional, que se define a través del concepto de argumentación o fundamentación racional²³⁶. Adicionalmente, podemos señalar que la representación mayoritaria conforma el punto de partida para la legitimidad de las decisiones, esta se fortalece al ser acompañada por un modelo argumentativo que justifique una decisión. Esta tensión entre la legitimidad democrática puede visualizarse al momento en el que los jueces ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, siendo que un Tribunal Constitucional que intente responder seriamente no pretenderá situar su concepción en contra del Legislador; sino que más bien aspirará a una representación argumentativa de los

²³⁶ALEXY, Robert. *Ley fundamental y teoría del discurso*. En *Las razones de la producción del Derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en las elección de jueces*, Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 20.

ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento. Cuando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación²³⁷.

4.3. La justificación y la motivación de las decisiones judiciales

Usualmente, la motivación y la justificación se han utilizado como conceptos equivalentes, tanto en el ámbito regular de las personas en convivencia, como en el ámbito del derecho, sin embargo, es importante que se deslinde estos dos conceptos, pues de eso dependerá la exigencia que se le impone al juez a momento que emite decisiones jurídicas sea utilizando la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios o no.

a) La motivación

La obligación judicial de motivación de sus decisiones se remonta hasta Prusia, en el *Codex Fridericiunus*, al respecto, según Michele Taruffo, la obligación de la motivación de las decisiones judiciales atienden a dos finalidades “*La primera (...) prevenir confusiones entre las partes sobre el contenido de las decisiones, y la segunda (que deriva evidentemente de la práctica precedente (...), la de permitir al juez de la impugnación, un mayor conocimiento de los elementos de la Litis*”²³⁸.

Por otro lado, la motivación, siguiendo a García Figueroa, “*resulta, ambiguo e impreciso, en la medida que vale tanto para referirse a la razón para decidir, como también a los motivos sobre los que se apoya la decisión*”²³⁹. Esta motivación exige un procedimiento de explicar el motivo por el que se hacen las cosas, las mismas que no discriminan respecto de las categorías que puedan existir y que dieron lugar a la decisión tomada por motivaciones internas y personales del juez.

Debe distinguirse entre las causas y la racionalización de las decisiones, ya que enmarcan exigencias distintas. La ejemplificación que realiza Igartúa Salaverría es útil para entender la diferenciación entre ambos conceptos: “*¿Por qué has hecho*

²³⁷ALEXY, Robert. *Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Miguel Carbonell, Trotta, 2003, p. 40.

²³⁸TARUFFO, Michele, L' obbligo di motivazione della sentenza civil tra diritto comune e illuminismo, en *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 266, traducción de universidad de Padua, 1975.

²³⁹GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Palabras, palabras, palabras. Sobre los que el derecho les dice a los jueces, en *Derecho y sociedad*, Revista de alumnos de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 15, Lima, 2000, p. 267.

tal cosa?, y ¿por qué está bien lo que has hecho? En el primer caso, se pide una explicación sobre los móviles de la acción; el en segundo, se solicita una justificación que acredita la corrección de lo actuado.”²⁴⁰

En cuanto a ambas exigencias de motivación, debemos aclarar que únicamente podrán ser constatables las razones a favor de la decisión, esto es, la racionalización; mientras que la causa hasta el momento no es posible de conocerla por implicar situaciones cognoscitivas y psicológicas del que decide, las cuales existen internamente en el sujeto, por ende, son inalcanzables para las demás personas. Por esta razón, lo que le interesa al derecho son las razones que respaldan la decisión, por ende, a la justificación en cuanto a los argumentos jurídicos o la solidez racional de los respaldos que se usan.

b) La justificación

La justificación, a diferencia de la motivación, abarca un ámbito más racional y de conciencia plena, sin que ello implique que quien justifique no tenga una carga interna propia de todos los seres humanos. En la teoría de la argumentación se ha denominado a la justificación como la fórmula de la “explicación-justificación”.

Esta categoría exige la exclusión de los credos internos del juez, exigiendo de éste una actitud racional frente a las decisiones que toma. De esta manera la doctrina ha reconocido que existe un paso previo a la decisión, la misma que exige las razones procedimentales que explican la decisión y otro segundo paso que explica las razones de la justificación. Manuel Atienza Señala que: *“Una teoría adecuada de la argumentación jurídica (que, por lo que yo sé, existe), tendría que dar cuenta de ambos fenómenos, de la explicación y de la justificación de las decisiones judiciales; o, para emplear otra terminología, tendría que operar tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de la justificación”²⁴¹.*

Por ende, aunque las valoraciones personales siempre van a estar presentes en el juez, éstas deben ser mínimas si se apoyan en un esfuerzo racional de

²⁴⁰IGARTÚA SALAVERRÍA, J. *La motivación de las sentencias: Imperativo constitucional*, CEPC, Madrid, 2003, p. 65.

²⁴¹ATIENZA, Manuel. *Sobre el sentido del derecho*, En *Carta a Tomás Ramón Fernández*, Revista *Doxa*, N° 23, Alicante, 2000, p. 751.

argumentación. La búsqueda de esta respuesta está sujeta a un aproximando racionalmente aceptable, ya que no es posible que la justificación racional sea el único método de solución al caso o que se trate de la “solución única” establecida por Dworkin.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha expresado que *“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.”*²⁴²

Si analizamos el uso de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios en las resoluciones judiciales para la resolución de casos, podremos señalar que el hecho de que un juez cite la resolución vinculante o el acuerdo plenario y resuelva únicamente por la similitud de los hechos, estaremos ante una motivación, pues la similitud de hechos no es razón suficiente para legitimar el uso de los acuerdos plenarios o la jurisprudencia vinculante, tampoco lo será el principio de autoridad respecto de quienes lo dictaron y quienes deben tener en cuenta tal decisión.

Por otro lado, estaremos ante una justificación cuando además de los fundamentos de la motivación se sustentan las razones suficientes que puedan, a través de un nexo lógico, pueda legitimar la resolución dictada.

A modo de conclusión podemos señalar que la justificación no puede equipararse con la motivación, sin embargo sí lo podría ser con el término adecuada motivación. Este ejercicio argumentativo legitima las decisiones de los jueces cubriendo uno de los atributos de los que carecen desde su origen: la legitimidad democrática, pues a razón de que el sistema judicial es un órgano que no depende la democracia debe procurar tener otros atributos que justifique sus decisiones, de otra manera nos encontramos ante la imposición de voluntades, es decir de arbitrariedades.

²⁴² STC N° 1480-2006-AA/TC. Fundamento Jurídico02.

4.4. La justificación de las decisiones como eliminación de la arbitrariedad

La arbitrariedad como muestra de poder ha sido constantemente combatida desde muchos ámbitos del estado, siendo que en la actualidad la justificación se ha instituido como el principio democrático de la interdicción de la arbitrariedad, lo cual fue una innovación de la legislación española²⁴³, actualmente la justificación se establece como un mandato en fórmula de principio, orientado a ahuyentar todo intento de arbitrariedad de toda actuación pública, cuyo ámbito no se encuentra en un solo poder del estado, sino que cautela el comportamiento de los tres poderes estatales, para Marcial Rubio estos principios consisten en que los órganos del Estado deben vedar la conducta del poder estatal que actúe con arbitrariedad.²⁴⁴

Pese a que en el Perú no contamos con una norma expresa que contemple el principio de interdicción de la arbitrariedad, éste se puede interpretar de muchos artículos de nuestra Constitución²⁴⁵, asimismo, el Tribunal Constitucional lo ha reconocido en reiterada jurisprudencia.²⁴⁶

Por ende, este principio constituye una herramienta de control que junto a otros principios como el de proporcionalidad o razonabilidad enmarcan la actuación del poder limitándolo en su ejercicio. En palabras de Tomás Fernández: *“En el sistema constitucional diseñado por la Norma Fundamental no tiene, pues, cabida, ni puede ser considerado legítimo, otro poder que no sea el que resulte de una voluntad sostenida por la razón y sea, en consecuencia, susceptible de ser racionalmente percibido y aceptado por quienes vienen obligados a soportarlo.”*²⁴⁷

²⁴³La Constitución española de 1978 instituyó tal principio, aunque la importancia que se le ha dado en dicho país no ha sido de gran relevancia.

²⁴⁴RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005, P. 170.

²⁴⁵La interpretación se deriva desde el artículo 1° y 44° en el reconocimiento de la primacía de la persona u de sus derechos fundamentales, así como del conjunto de valores y mandatos racionalizadores del poder político contemplados en los artículos 3°, 38°, 43°, 45°, 46° y 51°.

²⁴⁶El reconocimiento se deriva de la STC N° 090-2004-AA/TC. Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoce de manera explícita tal principio en el caso Grimanese Espinoza contra la SUNAT (STC. N° 1803-2004-AA) en la que se señaló que: *“(…) aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3°, así como en el artículo 43°, el Estado democrático y social de derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público.”*

²⁴⁷FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa*, Separata del autor, Madrid, 2004. P 26.

De esta manera, la interdicción de la arbitrariedad, está en estrecha vinculación con el principio democrático, pues una decisión de estado que se encuentre debidamente justificada no sólo evita las sospechas de arbitrariedad, sino que también aporta a que se legitime el poder de quien la dicta, siendo que el arbitrio no es malo en sí mismo, lo malo es el uso ilícito que a veces se le suele dar.

La justificación es exigida incluso en muchas prerrogativas discrecionales, ya que esta discreción no puede ser tomada como la potestad para cometer arbitrariedades, tal como lo señala Isabel Infante: *“Si consideramos que en un Estado de Derecho, la arbitrariedad se encuentra prohibida, entonces parece claro que los órganos jurídicos tienen la obligación de justificar todos sus actos, también los discrecionales”*²⁴⁸.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la proscripción de los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dice. Dichas razones no pueden ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherente.²⁴⁹

4.5. La justificación como motivación adecuada

Tal como se mencionó al referirnos a la diferencia entre motivación y justificación, la conclusión es que la justificación puede asumirse bajo el término de adecuada motivación. Sin embargo, la nomenclatura es el menor problema al momento de determinar a qué debemos denominar una adecuada motivación.

Desde un punto de vista normativo, a la motivación de las Resoluciones Judiciales la hemos encontrado en diversos instrumentos legislativos, empezando por las Constituciones, las mismas que como en el Perú han consignado este principio en

²⁴⁸LIFANTE VIDAL, Isabel. *Poderes Discrecionales*. En: *Racionalidad y derecho*, UCLM, Toledo, 2004, p. 17.

²⁴⁹STC Exp. N°. 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 15.

su contenido. Por ejemplo las Constituciones Políticas²⁵⁰ de los años 1920, 1867, 1860, 1856, 1839, 1834, 1828 y 1823 ya consignaban la motivación de las decisiones Judiciales, sin embargo en cuanto a nuestras dos últimas Constituciones, es decir, la Constitución Política del Perú del año 1979 y la del año 1993 le dan un tratamiento un poco más independiente con respecto a las demás, en la de 1979 se le considera una garantía de la administración de Justicia, sin embargo en la actual Constitución, la de 1993 lo considera un Principio y Derecho.

Es necesario precisar que el nuestro Tribunal Constitucional ha tratado en reiterada jurisprudencia respecto de la motivación de las resoluciones judiciales en las que establecieron algunos alcances de la motivación de las Resoluciones Judiciales; como ejemplo se tiene el expediente N° 00728-2008-PHC/TC²⁵¹ el cual recopila varios fundamentos de resoluciones anteriores para juntos rehacer un estándar Argumentativo bastante alto en cuanto a lo que un Juez debe considerar antes de dictar su decisión Jurisdiccional.

Este estándar se fijó en base considerar a la motivación como un derecho,²⁵² por ende, con un ámbito constitucionalmente protegido, el cual puede interpretarse como lo que se debe evitar en una resolución, en ese sentido se tiene el siguiente contenido:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

²⁵⁰ Constituciones del Perú. Archivo digital de la legislación en el Perú. Congreso de la República del Perú. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm> Consulta 27 de junio de 2012.

²⁵¹ Caso GIULIANA FLOR DE MARIA LLAMOJA HILARES.

²⁵² STC. N° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (STC N° 1744-2005-PA/TC)

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) *Motivaciones cualificadas.*- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones

de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

Al respecto cabe mencionar que este mismo análisis puede hacerse efectivo cuando estamos ante la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios.

Es decir, estaremos ante la inexistencia de motivación o motivación aparente cuando únicamente se adhieren los fundamentos de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios sin hacer justificación alguna de su necesidad y/o congruencia con el caso concreto.

Estaremos ante una falta de motivación interna del razonamiento cuando la conexión lógica narrativa del acuerdo plenario o la jurisprudencia vinculante es realizada de manera confusa, lo cual no permite evidenciar las razones por las cuales ha sido aplicado un criterio superior.

Las deficiencias en la motivación externa o en la justificación de las premisas podremos evidenciarlas cuando únicamente se identifica a la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios con alguna semejanza al caso concreto, pero el análisis se limita a dicha semejanza, la cual podría ser por el tipo de materia a resolver, instituciones involucradas, entre otros.

La motivación insuficiente puede observarse cuando únicamente la decisión se basa en el principio de autoridad de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, lo que no constituye razón suficiente para legitimar la resolución, mientras que la motivación sustancialmente incongruente podría resultar de la aplicación de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios, sin embargo llegándose a otra decisión contraria.

CONCLUSIONES

1. Los sistemas del *Civil Law* y *Common Law* han aportado e influenciado mucho a nuestro sistema jurídico, por ende, la interpretación de la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios no debe ser realizada de manera aislada, sino en concordancia de los rasgos compartidos de los sistemas judiciales que han influido en ellos. El *Civil Law* mostró menor apego a la casuística, por ende el empoderamiento del sistema judicial se vio opacado por el poder legislativo a través de la fuerza vinculante de la norma, lo cual dio lugar a que se establecieran directrices de actuación a los jueces a fin de que se uniformice su actuación al momento de resolver los casos, por ende, este sistema es el mayor influyente de los acuerdos plenarios ya que a través de ellos se ordena la actividad jurisdiccional en cuestiones de interpretación normativa. Por otro lado, el *Common Law* ha influenciado a nuestro sistema desde la importancia otorga a la formación de criterios interpretativos a través de la resolución de los casos, los cuales ameritan ser resueltos de manera uniforme ante hechos similares a través del *stare decisis*, lo cual nos muestra que el antecedente de la jurisprudencia vinculante se ubica en el *Common Law*.
2. La actividad jurisdiccional en el Perú ha aumentado su actividad debido al desarrollo social y diversas nuevas formas de ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos, lo que exige un mayor razonamiento judicial para solucionar las controversias suscitadas , sin embargo, este razonamiento exige un alto grado de responsabilidad que se oriente a asegurar el fortalecimiento de un sistema jurídico ordenado, cuyas decisiones judiciales puedan tener un alto grado de legitimidad basada en decisiones autónomas, predecibles y con alto grado de interdicción de la arbitrariedad. Ante esta necesidad se ha contemplado la existencia de la jurisprudencia vinculante así como los acuerdos plenarios, los que constituyen herramientas destinadas a cumplir los fines de la armonía sistémica judicial.

3. En el Perú, la jurisprudencia vinculante contempla al precedente vinculante en materia constitucional, penal, civil, contencioso administrativo y laboral, así como a la casación. En todos los casos la decisión va a ser determinada por órganos de máxima instancia y dependiendo de la materia podrá emitir pronunciamiento el Tribunal Constitucional en materia constitucional y la Corte Suprema en las demás materias, asimismo, en cada modalidad de jurisprudencia vinculante se resuelven problemas concretos y un caso en particular. Por otro lado, los acuerdos plenarios podrán ser celebrados a través de plenos jurisdiccionales entre Cortes Superiores de Justicia así como a nivel de la Corte Suprema de Justicia, estos plenos jurisdiccionales se realizan sobre cuestiones de interpretación normativa y por ende, no resuelven casos en concreto pese a que la razón para que sean celebrados deriva de la existencia de resoluciones contradictorias.
4. La obligación de seguir los acuerdos plenarios así como a la jurisprudencia vinculante se divide en una obligación horizontal y vertical. Es vinculante de manera horizontal porque quienes emitieron la decisión o interpretación vinculante tienen la obligatoriedad de seguir su decisión o criterio interpretativo bajo un principio de consistencia y coherencia interna. La vinculatoriedad vertical se ciñe por el principio de autoridad por parte de quienes emitieron la decisión o interpretación vinculante hacia los jueces de inferior instancias anteriores.
5. El grado de vinculatoriedad de los acuerdos plenarios es menor respecto de la jurisprudencia vinculante, pues en el primer caso cabe la posibilidad de que los jueces rechacen el argumento del pleno jurisdiccional, sin embargo, deben fundamentar las razones de su decisión de manera expresa. Por otro lado, la jurisprudencia vinculante no permite la desvinculación por parte de los jueces de instancias inferiores.
6. La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios comparten un principio de discurso que permite arribar a decisiones vinculantes a través de consensos, lo cual exige un proceso expositivo y de argumentación de ideas

que logren unificar un criterio obligatorio a demás instancias. El proceso discursivo juega un valor determinante pues a través del mismo se puede obtener mayor legitimidad más allá de la que otorga la norma, lo cual puede realizarse a través de mecanismos de colaboración doctrinaria como el *amicus curiae*.

7. Para efectos de comprender a la jurisprudencia vinculante así como a los acuerdos plenarios debe identificarse la diferenciación entre la *ratio decidendi* y *obiter dicta*. En el primer se configurará como vinculante las razones suficientes que sirvieron para arribar a la decisión final. De otro lado el *obiter dicta* tendrá relevancia al momento de efectuar el *overruling*, pues solo así se puede evidenciar las razones por las cuales se realizará el cambio de criterio o revocación de los acuerdos plenarios así como la jurisprudencia vinculante.
8. Las decisiones judiciales, desde una perspectiva de origen, no gozan de legitimidad democrática, pues la elección de magistrados no deriva de manera directa de la democracia y muchas de sus decisiones son de carácter contra mayoritario, lo cual exige que la legitimidad de los fallos sea defendido desde un punto de vista argumentativo y pueda ser oponible a quienes se encuentran afectados por la resolución final del juez. Asimismo la motivación de las resoluciones judiciales no sólo constituye una herramienta de legitimidad de la decisión, sino que también constituye un derecho por parte los justiciables que se encuentra contemplado en nuestra Constitución Política. Toda motivación debe cumplir estándares mínimos de coherencia lógica, justificación interna y justificación externa, los que deben asegurar una decisión basada en fundamentos jurídicos y razones válidas.
9. Tanto la jurisprudencia vinculante como los acuerdos plenarios gozan de una argumentación propia, en la se exponen la razones por la cuales se llegó a la decisión o carácter interpretativo vinculante, sin embargo no debe entenderse que esta motivación resulta suficiente con citarla, es necesario que se efectúe un ejercicio lógico y de coherencia que justifique las razones por las que el caso en concreto se enmarca dentro de la jurisprudencia vinculante o acuerdo

plenario a utilizar, esta motivación debe ser específica respecto al caso concreto. Esto no impide poder recurrir a la motivación por remisión en el caso de que la jurisprudencia vinculante o el acuerdo plenario sea lo suficientemente específico y los hechos analizados puedan ser subsumidos en el mismo de manera evidente.

10. La obligatoriedad de seguimiento a la jurisprudencia vinculante así como a los acuerdos plenarios deriva de un principio de autoridad, sin embargo no todo caso que cuente con hechos contemplados en un acuerdo plenario o jurisprudencia vinculante obliga al juez a seguirlo, pues aun así puede tratarse de un caso diferente al contemplado por la jurisprudencia vinculante o a un supuesto de hecho contemplado por un acuerdo plenario. La figura del *distinguishing* proveniente del *Common Law* contempla la posibilidad de evidenciar a la luz de un caso en concreto que un precedente no cuenta con la necesidad de ser aplicado, pues no corresponde a la situación análoga, por ende, se resolverá el caso en base a los criterios interpretativos del juez.
11. La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios pueden aportar razonamientos argumentados que apoya a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales, por ende, permiten lograr cierto grado de predictibilidad en las decisiones judiciales, hacer más ligera la carga procesal y mejorar así el sistema judicial peruano, para estos efectos es necesario que estos jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios cuenten con una fuerte carga argumentativa, así como contemplar el *Overruling* o cambio de criterio y/o revocación de estas herramientas como una excepción, debiendo realizarse cuando la jurisprudencia vinculante o acuerdo plenario controvertido es socialmente inconsistente, sea en razón de su inconsistencia con las excepciones o en virtud de su inconsistencia con otra jurisprudencia vinculante o acuerdos plenarios.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel
2005 *El delito y la responsabilidad penal, Teoría, jurisprudencia y práctica*. 1ª edición. México: Porrúa.
- ALEXY, Robert
2007 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy
2009 *Estudio crítico de los precedentes penales vinculantes de la corte Suprema*. Lima: Gaceta Penal.
- ASENCIO MELLADO, José María
1998 *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ATIENZA, Manuel.
2006 *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra.
- 2013 *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO
2009 *Para una teoría post positivista del Derecho*. Lima: Palestra.
- ATIENZA, Manuel y Juan A. GARCÍA AMADO
2012 *Un debate sobre ponderación*. Bogotá: Temis.
- BACHOF, Otto

- 2010 *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra.
- BANKOWSKI, Zenon, Neil MACCORMICK, Lech MORAWSKI y Miguel Alfonso RUIZ
1997 *Rationales for precedents: a comparative study.* London: Dartmouth.
- BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA Javier
2004 *La reforma del sistema de justicia ¿En el Camino Correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes,* Lima: Editorial Grijley.
- BERIZONCE, Roberto (Coordinador)
1999 *El juez y la magistratura.* Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- BERNAL PULIDO, Carlos (Editor)
2011 *La doble dimensión del Derecho, autoridad y razón en la obra de Robert Alexy.* Lima: Palestra.
- BLASCO GASCÓ, Francisco
2000 *La Norma Jurisprudencial.* Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BUCKLAND, William Warwick
1994 *Derecho romano y common law: Una comparación en esbozo.* Madrid: Universidad Complutense
- BURROW, J. W.
1981 *A liberal Descent. Victorian Historian and the English Past.* Cambridge.

- DUXBURY, Neil
2008 *The nature and authority of precedent.* New Cork: Cambrigde University Press.
- CALAMANDREI, Piero
1959 *Los estudios de derecho procesal en Italia, en Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, trad. S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- CAPPELLETTI, Mauro
2010a *¿Jueces Legisladores?* Lima: Communitas.
2010b *La Jurisdicción Constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco.* México: UNAM.
- CARBONELL, Miguel
2010 *Para comprender los derechos, breve historia de sus momentos clave.* Lima: Palestra
- CARBONELL, Miguel (Coordinador)
2014 *Argumentación jurídica. El uso de la ponderación y la proporcionalidad.* Quito: Cevallos Editorial Jurídica.
- CARDOZO, Benjamin N.
1921 *The nature of judicial process.* New Haven: Yale University Press.
- CARLETON KEMP, Allen
1927 *Law in the Making.* New York: Oxford University.

- CASTAÑEDA OTSU, Susana
2010 *Comentarios a los precedentes vinculantes.* Lima: Grijley.
- CASTILLO ALVA, José
2011 *Comentarios a los precedentes vinculantes, sentencias plenarias y acuerdos plenarios en materia penal de la Corte Suprema de Justicia.* Lima: Grijley.
- CASTILLO ALVA, José y Luis CASTILLO CÓRDOVA
2008 *El precedente judicial y el precedente constitucional.* Lima: Ara Editores.
- CHIASSONI, Pierluigi
2011 *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas.* Madrid: Marcial Pons.
- COBO DEL ROSAL, M.
1999 *Derecho Penal. Parte General.* 5° Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CRUZ BARNEY, Óscar
2002 *La historia del Derecho en México,* México D. F: Oxford University Press.
- DE OTTO, Ignacio
1998 *Derecho constitucional sistema de fuentes.* 6ta Edición. Barcelona: Ariel.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio
2004 *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales*

en el proceso penal. México: Porrúa.

DWORKING, Ronald (Traducción de GUASTAVINO, Martha)

1995 *Los derechos en serio.* 2° reimpresión. Barcelona: Ariel.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón

2004 *Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa,* Madrid: Separata del autor.

FERRAJOLI, Luigi

2008 *Democracia y garantismo.* Madrid: Trotta.

2010 *Cultura jurídica y paradigma Constitucional, La experiencia italiana del siglo XX.* Lima: Palestra.

FIX ZAMUDIO, Héctor

2009 *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales.* Lima: Adrus.

FRANÇOIS, Martineau

2013 *Argumentación judicial del abogado.* Bogotá: Universidad del Rosario.

FRIEDMANN, W.

1967 *Legal Theory.* Quinta edición, Nueva York: Columbia University.

GALGANO, Francesco

1996 *El precedente judicial en el Civil Law.* En: Atlas de Derecho privado comparado, Madrid

- GÁLVEZ MONTERO, José Francisco
2008 *La historia del Derecho en el Perú*. Lima:Fondo editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino
2012 *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia*. Lima: Jurista
- GONZALES MANTILLA, Gorki
2009 *Los Jueces-Carrera Judicial y Cultura Jurídica*. Lima: Jurista.
- GROTE, Rainer.
1999 *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit*, en: Christian Starck (Ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis*
- GUASTINI, Riccardo
2000 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Editorial Porrúa.
- HABERMAS, Jürgen
1998 *Facticidad y validez Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- H.L.A. HART (Traducción de CARRIÓ, Genaro R.)
2009 *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto
2010 *Derecho Procesal Civil: Medios probatorios, Doctrina y Jurisprudencia Vinculante*. Lima: Juristas.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan

- 2010 *La fuerza vinculante del precedente judicial.* Lima: Grijley.
- 2009 *El Razonamiento en las resoluciones judiciales.* Bogotá:
Temis.
- LANDA ARROYO, César
- 2010 *Los precedentes constitucionales.* En comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dir. Por Susana Castañeda, Lima: Grijley
- LEE, Thomas R.
- 2000 *Stare decisis doctrine of precedent.* North Carolina Law Review, N° 78.
- LIFANTE VIDAL, Isabel
- 2004 *Poderes Discrecionales.* En: *Racionalidad y derecho*, Madrid: UCLM.
- 2010 *Interpretación Jurídica y teoría del Derecho.* Lima: Palestra.
- LUCIA, Paolo di
- 2010 *Normatividad, Derecho, lenguaje y acción.* México: Distribuciones Fontamara.
- MAC CORMICK, Neil
- 1984 *Argumentación e interpretación del Derecho.* Bruselas: Paul Amselek Bruylant.
- MAIER, Julio
- 2004 *Derecho procesal penal.* Tomo I. 2ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- MARGARET, Martin
2014 *Judging positivism*. United Kingdom: Oxford.
- MARINONI, Luiz Guilherme
2013 *Precedentes Obligatorios*. Lima: Palestra.
- MONROY GÁLVEZ, Juan
1996 *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Bogotá: Temis.
- MORAL SORIANO, Leonor
2002 *El precedente judicial*, Madrid: Marcial Pons
- NEVES MUJICA, Javier
2004 *Introducción a los acuerdos plenarios*. Lima: Editorial PUCP.
- NEYRA FLORES, José.
1997 *El recurso de casación penal. A propósito de la sentencia de casación N° 01-2007*. En: Revista JUS, N° 4, Lima: Grijley.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio
2010 *Medios impugnatorios. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre los medios impugnatorios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PAREDES INFANZÓN, Jelio
2010 *Análisis de los últimos acuerdos plenarios*. Lima: Editorial Esperanza.
- PÉREZ PRENDES, José Manuel
1996 *Interpretación histórica del Derecho. Notas, esquemas, prácticas*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor
2009 *Consecuencias jurídicas del delito y acuerdos plenarios vinculantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia.* Lima: Apecc.
- PRIETO SANCHÍS, Luis
2013 *Sobre Principios y Normas.* Lima: Palestra.
- POZZOLO, Susanna
2011a *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos.* Lima: Palestra.
2011b *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.* Lima: Palestra.
2011c *Disposición vs Norma.* Lima: Palestra.
- REINOSO BARBERO, Fernando
2014 *Principios generales del Derecho.* Pamplona: Editorial Aranzadi.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger
2007 *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos,*Lima: Palestra
- SAN MARTIN CASTRO, César
2006 *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante.* Lima: Palestra.
- SEAN, Coyle
2014 *Modern jurisprudence a philosophical guide.* United Kingdom: Oxford.

- SIMPSON, A.W.B.
1973 *The Common Law and legal theory*. In: HORDER, Jeremy.
Oxford essays in jurisprudence. Oxford: Clarendon Press
- STAMMLER, Rudolf
2005 *El juez*. Lima: Ara editores.
- TÁVARA CÓRDOVA, Francisco
2009 *Los recursos procesales civiles*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TARUFFO, Michele
1994 *Studi in memoria di Gino Gorla, rivistatrimestrali di diritto e
procedureCivile*. Año XLVIII. N°2. Italia: Milán.
- TRIBE, Laurence H. y Michael DORF
2010 *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra.
- TURÉGANO MANSILLA, Isabel
2010 *Justicia Legal: Los límites del constitucionalismo*. Lima:
Palestra.
- TUSHNET, Mark
2013 *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra.
- TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhony
2009 *El precedente constitucional vinculante en el Perú*. Lima:
Editorial Adrus.
- VAN VAENEGEM, R. C.
2011 *Jueces, legisladores y profesores*. Lima: Palestra.

WALDRON, Jeremy (Traducción de J. L. Martí y Á. Quiroga)

2005 *Derecho y desacuerdos.* Madrid: Marcial Pons.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2008a *Principios y votos: El tribunal Constitucional y la política.*
Madrid: Trotta.

2008b *El derecho dúctil. Ley, derechos y Justicia.* Madrid: Trotta.

