

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**Maestría en Derecho con mención en Derecho Procesal**



**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DEL MAGISTER EN  
DERECHO CON MENCION EN DERECHO PROCESAL**

**EL CRITERIO DEL DOBLE CONFORME COMO MECANISMO PARA  
MEJORAR EL SISTEMA DE PRECEDENTES CIVILES Y LA CORTE  
SUPREMA NACIONAL DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL**

**Presentada por:** Cristian Guillermo Angeludis Tomassini

**Código:** 20075830

**Asesor:** Martín Hurtado Reyes

Lima, Perú 2017

## Resumen

**Título:** EL CRITERIO DEL DOBLE CONFORME COMO MECANISMO PARA MEJORAR EL SISTEMA DE PRECEDENTES CIVILES Y LA CORTE SUPREMA NACIONAL DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

1. La concepción de estado constitucional así como la denominada teoría de la interpretación han modificado, entre muchos otros campos, la concepción que se tenía de muchas instituciones jurídicas. En el presente trabajo se destacan los cambios ocurridos en el precedente –institución originaria del *Common Law*, y en las cortes de vértice, y se propone en qué medida el mecanismo del doble conforme ayuda a alcanzar mejoras en el precedente y la corte suprema, peruanos.
2. El estado constitucional y la teoría de la interpretación demuestran que ambas instituciones están íntimamente ligadas, de tal modo que el éxito en los cambios de una, acompañan necesariamente los cambios en la otra. No solo ello, se concluye también que para el estado constitucional y la teoría de la interpretación, es imprescindible tener una corte suprema de precedentes, que promuevan el *ius constitutionis* –función de defensa de la ley y de uniformidad-, en el sentido de dotar de fuerza vinculante a sus precedentes a fin de eliminar la divergencia interpretativa, para lo cual se deberán utilizar las mejores razones.
3. Para una corte suprema de precedentes es necesario, en nuestra opinión, que ésta no esté sobrecargada de casos, pues ello reduce o, inclusive, elimina, la capacidad de emitir precedentes adecuados para un estado constitucional. El doble conforme se propone para lograr progresivamente ese objetivo.
4. En el primer capítulo se expone la evolución histórica de las tradiciones jurídicas del *Common Law* y del *Civil Law*, lo que nos demostrará el contexto en que se concibió el precedente, diametralmente opuesto a la evolución del derecho en el *Civil Law*. El constitucionalismo, en esta tradición, produce un acercamiento con el *Common Law*, lo que hace pertinente evaluar qué elementos del precedente de esta tradición pueden servir para un desarrollo del mismo en el Perú.
5. El segundo capítulo se desarrolla la pertinencia de esto último, analizando las características del precedente en el Perú –Tribunal Constitucional y Corte Suprema.
6. El tercer capítulo expone la influencia del constitucionalismo y la teoría de la interpretación en las funciones de la Corte Suprema, determinando las funciones prevalentes en este nuevo contexto político, social, jurídico e interpretativo. Se analiza también los modelos de cortes supremas en un esquema comparado. Para finalmente detallar la importancia del doble conforme como propuesta para los cambios necesarios en la Corte Suprema.

## INDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

1.	CONCEPCIONES GENERALES SOBRE EL PRECEDENTE	9
1.1.	Temas previos.	9
1.1.1	Sobre el precedente.	9
1.1.2	Teoría general del precedente o dimensiones del precedente.	15
1.1.3	Beneficios del precedente.	19
1.1.3.1	Seguridad jurídica.	19
1.1.3.2	Igualdad.	21
1.1.3.3	Coherencia del orden jurídico.	23
1.1.3.4	Control del poder del juez.	25
1.1.3.5	Posibilidad de orientación jurídica.	25
1.1.3.6	Definición de expectativas.	25
1.1.3.7	Desestimulo al litigio.	26
1.1.3.8	Favorecimiento de acuerdos.	26
1.1.3.9	Despersonalización de las demandas. Mayor facilidad de aceptación de la decisión.	27
1.1.3.10	Racionalización del doble grado de jurisdicción.	27
1.1.3.11	Contribución a la duración razonable del proceso.	27
1.1.3.12	Economía de los gastos. Mayor eficiencia del Poder Judicial.	28
1.1.4	Oposición a un sistema de precedentes.	28
1.2.	Apuntes históricos de los modelos del <i>Common Law</i> y <i>Civil Law</i> .	32
1.2.1.	Recuento histórico del <i>Common Law</i> .	32
1.2.2.	Recuento histórico del <i>Civil Law</i> .	39
1.3.	El Neoconstitucionalismo y su influencia en el <i>Civil Law</i> .	51

2.	EL PRECEDENTE DESARROLLADO EN LAS TRADICIONES DEL COMMON LAW Y DEL CIVIL LAW.	56
2.1.	Las decisiones vinculantes en el <i>Common Law</i> y en el <i>Civil Law</i> .	57
2.1.1.	Características de la doctrina del <i>stare decisis et non quita movere</i> .	57
2.1.2.	Características del precedente en el <i>Civil Law</i> .	69
2.2.	Importancia de la teoría de la argumentación en el presente trabajo.	74
2.3.	El precedente en el Perú.	81
2.3.1.	Algunos alcances previos.	81
2.3.2.	El precedente constitucional peruano.	83
2.3.3.	El precedente judicial peruano: la casación civil.	89
3.	MODELO DE CORTE SUPREMA Y DOBLE CONFORME	98
3.1.	Consideraciones preliminares.	99
3.2.	Modelos de Corte Suprema.	104
3.3.	Algunas conclusiones sobre los modelos de Corte Suprema y criterios para una reforma.	113
3.3.1.	¿Cuál debe ser la finalidad de una Corte Suprema dentro de un estado constitucional de derecho? ¿solo <i>ius litigatoris</i> ? ¿sólo <i>ius constitutionis</i> ? ¿un híbrido entre ambas?	115
3.3.1.1.	Descartar un modelo que defienda únicamente el <i>ius litigatoris</i> .	115
3.3.1.2.	La opción del modelo híbrido: <i>ius litigatoris</i> y <i>ius constitutionis</i> .	117
3.3.1.3.	Modelo <i>ius constitutionis</i> .	121
3.3.2.	Carga procesal.	126
3.3.3.	Criterios a tener en cuenta sobre un modelo constitucional de Corte Suprema.	128
3.4.	El modelo peruano.	134
3.5.	La necesidad de una reforma. El criterio del doble conforme.	141

3.5.1.	El criterio del doble conforme. Concepto y funcionamiento.	143
3.5.2.	La lógica del doble conforme y nuestra propuesta de modificación del recurso de casación.	148
3.5.3.	Detalles normativos a tener en cuenta en la regulación del doble conforme según nuestra propuesta.	154
	CONCLUSIONES	156
	BIBLIOGRAFÍA	161



## INTRODUCCIÓN

Desde las aulas universitarias nos enseñaban, desde la teoría del proceso, una estructura no sólo racionalmente coherente, sino construida con el objetivo de lograr la solución del caso y el logro de la justicia social. Sin embargo, una vez fuera de las aulas, pronto advertíamos que dicha estructura se estrellaba diariamente con la realidad de la sobrecarga procesal y la lentitud del sistema para responder a las cada vez mayores demandas de la población y a las cada vez crecientes y cambiantes situaciones que demandaban una solución inmediata. Ello nos generó preocupación por el sistema de administración de justicia, y la búsqueda de soluciones para lograr una justicia eficiente.

El proceso, que teóricamente se nos mostraba perfecto, se desmoronaba ante una realidad diaria, donde la falta de respuesta coherente e inmediata de los órganos jurisdiccionales, hacia desvanecer a los grandes derechos constitucionales de la administración de justicia, como son la tutela jurisdiccional y el debido proceso.

Y frente a este, a veces, desesperanzador panorama, entendimos que sus causas no sólo se debían a la equivocada o mal interpretada legislación procesal, sino, sobre todo, a una estructura judicial que no terminaba –y no termina- de reformarse y adaptarse a las actuales, nuevas y diversas necesidades de nuestra sociedad.

Por ello vimos, en la institución del precedente un mecanismo que podía –y creemos, puede- ayudar a mejorar la administración de justicia, otorgándole flexibilidad y predictibilidad al sistema; pero, a la vez sabíamos que la sola institución del precedente no tendría resultado si se presentaba aislada de toda otra reforma estructural e ideológica del sistema judicial peruano.

Se entiende rápidamente que el desarrollo del precedente debe ir de la mano con otra reforma esencial, cual es en la Corte Suprema de Justicia, la que se debe constituir en el primer escalón desde donde debe empezar la reforma, en



la medida que su labor esta—o debiera estar- íntimamente vinculada con el precedente.

Existen mecanismos que deben reorientar las funciones de la Corte Suprema. Pero, creemos es evidente, se debe implementar no sólo un cambio de leyes, sino un cambio de mentalidad de todos los operadores del derecho. Años de un estilo de interpretar y aplicar el derecho, pasan factura en una cultura jurídica formalista y silogística.

Hay varios mecanismos que pueden ayudar a una reforma estructural del sistema y paralelamente, a un sistema de precedentes, pero de entre ellos, creemos que es un mecanismo que progresivamente nos puede ir descongestionando la Corte Suprema y mejorando el sistema de precedentes.

El objetivo de la tesis es tener al criterio del doble conforme como una herramienta desde donde se puede empezar un cambio deseado por todos.

En efecto, la presente tesis busca que el criterio del doble conforme, sea una herramienta para potenciar el precedente y reformar la Corte Suprema, sin embargo, para que dicho mecanismo funcione, no podemos implementarlo si no tenemos un precedente ni una Corte Suprema, con determinadas características.

Para ello, en el primer capítulo tendremos algunos criterios que nos acompañarán en todo el trabajo, así como algunos alcances. No podremos profundizar en los temas propuestos si no estamos convencidos de los beneficios del precedente, ni con los alcances del constitucionalismo —o neo constitucionalismo como teoría del derecho.

En el segundo capítulo, trataremos de esbozar los lineamientos del precedente dentro del constitucionalismo y a la luz de la teoría de la interpretación.

Finalmente, el tercer capítulo planteará las características de la Corte Suprema y nuestra propuesta de implementación del doble conforme.

Este trabajo es complementario a otra tesis presentada en la Maestría de Política Jurisdiccional de la Escuela de graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde exponemos las relaciones entre la política de precedentes y el procedimiento de ratificación de magistrados supremos. El presente trabajo representa una reformulación de muchos de los criterios y definiciones expresados en el anterior trabajo.





## CAPÍTULO 1

### CONCEPCIONES GENERALES SOBRE EL PRECEDENTE

Este primer capítulo servirá para definir algunas cuestiones y hacer un recuento histórico sobre las dos tradiciones jurídicas que, consideramos, ejercen influencia y, actualmente, conviven en el Perú: el *Common Law* –o Derecho Común- y el *Civil Law* –o Derecho Civil-, convivencia que –extendiéndose por toda Latinoamérica-, nos puede llevar incluso a concebir un sistema jurídico latinoamericano, cuyas particularidades lo hacen diferente al *Civil Law* continental europeo y al propio *Common Law* –derecho anglosajón-.

Un recuento de la evolución de ambas tradiciones jurídicas, hasta los tiempos actuales, nos podrá dar un marco general de diferentes institutos o instituciones que, para nuestros efectos, serán relevantes en el presente trabajo: el precedente, como fuente del derecho; la relación entre jueces y poder legislativo, en el desarrollo o evolución del derecho; la composición y funciones de los tribunales supremos, y su papel en lograr igualdad y seguridad jurídica.

Será relevante el desarrollo de ambas tradiciones luego de la Segunda Guerra Mundial, momento en que hay un desarrollo del derecho que se ha dado en llamar de muy diferentes formas: Constitucionalismo o Neo constitucionalismo, todas orientadas a llamar la atención sobre una nueva forma de concebir al derecho, la Constitución y el Estado.

#### 1.1. Temas previos.

##### 1.1.1. Sobre el precedente.

Como hemos adelantado, como fruto de un trabajo anterior<sup>1</sup> hemos pensado diversas reformas que pueden fortalecer un sistema de precedentes en el Perú,

---

<sup>1</sup> ANGELUDIS TOMASSINI, Cristian Guillermo. *El establecimiento del precedente judicial vinculante como manifestación de la idoneidad en el cargo de Juez Supremo*, Tesis de Maestría en Política Jurisdiccional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, 2015.

y como consecuencia de ello, hemos llegado a ideas centrales que nos permitiremos trasladar al presente trabajo. Esas ideas centrales se refieren, específicamente, al precedente y a las cortes supremas.

En ese sentido, una de las primeras ideas centrales es definir qué podemos entender por precedente.

El precedente, para empezar, no se puede identificar con el concepto de jurisprudencia y en la doctrina las definiciones son diversas

*“Como se sabe (...), el término jurisprudencia (...), venía a designar a la ciencia misma del Derecho. Con el tiempo el concepto se asociaría también y predominantemente al pronunciamiento de los tribunales, tanto para designar al conjunto de las sentencias y a la doctrina que contiene, como para referirse al criterio jurídico uniforme establecido en una pluralidad de sentencias”<sup>2</sup>*

Así, entre las primeras características que asociaremos al término jurisprudencia, es que se refiere a un conjunto de sentencias o pronunciamientos. En dicho camino encontramos conceptos muy amplios, entre los que tenemos el proporcionado por GARCÍA MÁYNEZ, quien la define como *“el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”<sup>3</sup>*, también DíEZ-PICAZO, quien la define como *“un complejo de afirmaciones y de decisiones pronunciadas en sus sentencias por los órganos del Estado y contenidos en ellas”<sup>4</sup>*. A su turno, CASTÁN TOBEÑAS, entiende que la jurisprudencia es *“la doctrina sentada por los tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir las cuestiones sometidas a ellos”<sup>5</sup>*.

Por tanto, por jurisprudencia nos permitimos entender a un conjunto de fallos, sean estos emitidos por un poder judicial, o por cualquier instancia o por un órgano jurisdiccional individualmente considerado. Todos ellos emiten fallos cuyo conjunto consideramos que les podemos llamar jurisprudencia

---

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*, en: Estudios al precedente constitucional, Lima, Palestra, 2007, p. 21.

<sup>3</sup> GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, México DF, Porrúa, 1989, p. 68.

<sup>4</sup> DíEZ-PICAZO, Luis. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, 1979, t. 1, p. 2.

<sup>5</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, t. I, p. 511

En ese sentido, jurisprudencia puede ser referida a las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar los conflictos a ellos sometidos. También se puede hablar en un sentido *estricto*, como a las resoluciones que emite el máximo tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él, aquí se puede hablar de “*una jurisprudencia*” o de “*la jurisprudencia*”<sup>6</sup>. En este último sentido, ALONSO OLEA, nos dice que “*la jurisprudencia es la serie de decisiones judiciales emitidas por el máximo tribunal que resuelven de forma idéntica o análoga continuos supuestos de hecho análogos o idénticos*”<sup>7</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia también puede ser entendida no como un conjunto de fallos, sino que se le puede asociar a una tendencia o a un criterio adoptado de manera constante o no por el poder judicial, un nivel de instancia, o un órgano jurisdiccional.

Conforme a lo anterior, se puede decir que:

*“(...) la jurisprudencia es la norma general y abstracta, emitida en principio por los órganos del Poder Judicial [...] competentes, generalmente en sus resoluciones de carácter jurisdiccional, con la finalidad de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, que reuniendo ciertos requisitos y condiciones se vuelve obligatoria para los demás casos o situaciones semejantes que se presenten ante los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía a aquellos que la emiten”*.<sup>8</sup>

De aquí resulta relevante señalar que la jurisprudencia se puede asociar no con los fallos o sentencias que resuelven un conflicto o controversia, de cualquier naturaleza, sino con algo diferente a aquellos, aunque relacionados: a una “*norma general y abstracta*”, obligatoria y con la finalidad de uniformizar criterios. De esta manera, la jurisprudencia no sólo se puede asociar con la solución de

---

<sup>6</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 6ª. edición, corregida y aumentada. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1993, p. 167.

<sup>7</sup> Citado por HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. *Programa de formación de aspirantes. Tercer Curso. Función Jurisdiccional*, Lima, Academia de la Magistratura, 2000, p. 76.

<sup>8</sup> CARBONELL, Miguel. *Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, D.F., número 87, septiembre- diciembre, 1996, p. 780

un conflicto –siendo obligatorio para las partes que participaron en él<sup>9</sup>-, sino, a la vez, como fuente de derecho obligatoria para casos análogos o semejantes, posteriores, en tal caso, la resolución posterior debe ajustarse a los términos de lo resuelto anteriormente para dicho caso<sup>10</sup>. Por tanto, la jurisprudencia puede ser obligatoria -o vinculante-, o no serlo.

Ahora bien, en el presente trabajo vamos a utilizar el concepto de precedente, concepto que se podría asociar al de jurisprudencia obligatoria, en la medida que éste se trata de una norma o regla de derecho vinculante. Sin embargo, el “*precedente judicial*” también es un concepto altamente amplio. Por ejemplo, se le puede asociar a un conjunto de sentencias o a una sentencia, emitidas por el Poder Judicial, o una parte de una sentencia donde se expresa la decisión o caso concreto, o como una parte de la sentencia que contiene la *ratio decidendi* del caso<sup>11</sup>. Es esta última definición, y que es propia de la tradición jurídica del *Common Law*, o sistema anglosajón, a la que nos referiremos, ya que en esta tradición, el precedente tiene características que lo hacen muy diferente –que con detalle, veremos más adelante:

*“Para que exista precedente no basta solo un enunciado acerca de una cuestión jurídica, sino es imprescindible que este enunciado haya sido elaborado en respeto a la adecuada participación en el contradictorio de los litigantes y, así, haya surgido como un resultado de un proceso judicial, o mejor, como un verdadero resultado del debate entre las partes”<sup>12</sup>*

Así las cosas, la noción de precedente –siempre ubicado como instituto del *Common Law*-, al igual que la de jurisprudencia –entendida como criterio o regla, vinculante o no-, se presentan como similares en tanto hablamos de algo diferente a una resolución o decisión judicial y, por lo mismo, tiene un efecto “*hacia afuera*” –externo- al fallo que recae, de modo vinculante o no, sobre casos futuros semejantes o iguales. En este sentido, es diferente al fallo, decisión o sentencia, el mismo que sólo tiene efectos sobre las partes del proceso concreto que resuelve.

---

<sup>9</sup> RUBIO CORREA, Marcial, op. cit., p. 182.

<sup>10</sup> *Ibíd*em

<sup>11</sup> IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *La fuerza vinculante del precedente judicial*, en: Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Lima, Grijley, 2010, p. 27

<sup>12</sup> MARINONI, Luis Guilherme, *Precedentes obligatorios*, Lima, Palestra, 2013, p. 252



Queremos dejar en claro que las distinciones aquí expuestas aunque discutibles, nos proporcionan alcances sobre las instituciones que abordaremos, y poder dotarlas de un significado que nos permitirá avanzar sobre los diversos temas para una claridad pedagógica y, así, evitar confusiones. En este sentido, la definición de precedente –desde su notable influencia en el *Civil Law*-, ya no puede ajustarse a una definición estricta que hemos descrito, como correspondiente al *Common Law*. Actualmente, decir “precedente” es referirse a algo mucho más genérico y amplio, que puede incluir los diferentes mecanismos adoptados en el *Civil Law* y en el *Common Law*.

En efecto, autores como TARUFFO<sup>13</sup>, comentan esa situación, es decir, que si hablamos de precedente “*el verdadero precedente*”<sup>14</sup>, es el desarrollado por el *Common Law*, teniendo el *Civil Law* mecanismos similares de unificación jurisprudencial aunque, ciertamente, diferentes a la noción de precedente de *Common Law*. Sin embargo, explica o entra a explicar una teoría general del precedente.

En todo caso, preliminarmente, cuando hablamos de precedente, en un concepto restrictivo, hablaremos del perteneciente al *Common Law*; pero en un concepto amplio, el precedente se referirá a toda decisión vinculante, diferente al fallo o resolución judicial, y equivalente a una regla de derecho, obligatoria o vinculante –con diversos matices, grados, niveles o intensidades-, y aplicable a casos futuros semejantes o análogos.

Bajo ese concepto, incluso, se puede incluir al concepto de jurisprudencia, conforme con lo expuesto arriba; sin embargo, para nuestros efectos, preferimos identificarlo con el conjunto de resoluciones judiciales, sentencias, decisiones o fallos; o, en una segunda acepción, con un criterio o regla de derecho o jurídica vinculante o no-, resultante de un conjunto uniforme de resoluciones judiciales, sentencias, decisiones o fallos<sup>15</sup>. En consecuencia, un término siempre asociado

---

<sup>13</sup> TARUFFO, Michelle, *Dimensiones del precedente*, en: Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Lima, Grijley, 2010.

<sup>14</sup> Ídem, p. 19

<sup>15</sup> Conforme al diccionario de la Real Academia española, las acepciones de “*jurisprudencia*”, son:

a un conjunto de decisiones judiciales, mientras que precedente se asocia a una sola resolución judicial, sentencia, decisión o fallo.

De este modo, y para efectos del presente trabajo, la jurisprudencia vinculante será diferente al precedente –siempre vinculante-, entendiendo que la jurisprudencia vinculante no hace alusión:

*“(...) a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del TC, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República”*<sup>16 17</sup>

En consecuencia, la jurisprudencia vinculante esta relacionada a una “reiteración de decisiones”<sup>18</sup>, y responsable de expresiones como “línea [o doctrina] jurisprudencial”<sup>19</sup>. Más aún, siendo que la jurisprudencia vinculante es “resultado de un precipitado de resoluciones”<sup>20</sup>, es “difícil encontrar su punto concreto de configuración”<sup>21</sup>, es decir, el punto de su incorporación al ordenamiento jurídico –salvo que la ley o la costumbre lo determinen.

Muy diferente es el caso del precedente, pues se trata de un solo acto jurisdiccional:

*“(...) el precedente constitucional vinculante nace en un momento específico, crea una norma que pasa a pertenecer inmediatamente al Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno.”*<sup>22</sup>

---

1. f. Ciencia del derecho.

2. f. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen.

3. f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes.”

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 59

<sup>17</sup> Es cierto que dichos conceptos se refieren a conceptos relacionados al Código Procesal Constitucional peruano y a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, pero consideramos perfectamente aplicable a las diferenciaciones y conceptos acá expuestos.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, loc. cit., p. 59

<sup>19</sup> Ibídem.

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Ibídem.

<sup>22</sup> Ídem, p.63.



En este punto reiteramos, será el precedente al que nos referiremos durante el presente trabajo.

### 1.1.2. Teoría general del precedente o dimensiones del precedente.

Ya hemos adelantado que el precedente, si bien original de la tradición del *Common Law*, tiene allí características bastante claras, sin embargo, actualmente, desde su notable influencia en el *Civil Law* -muchos ordenamientos regulan al precedente vinculante-, ya no se puede entender restrictivamente, sino que ahora es una noción bastante amplia, y se refiere a toda decisión vinculante, diferente al fallo o resolución judicial, y equivalente a una regla de derecho, obligatoria o vinculante –con diversos matices, grados, niveles o intensidades-, y aplicable a casos futuros semejantes o análogos.

En ese sentido, podría justificarse una teoría general del precedente, más aún si, como sostiene LANDA, puede concluirse que *“la regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental”*<sup>23</sup>.

Por ello, podemos usar conceptos comunes del precedente, válidos para el *Common Law* como para el *Civil Law*, aunque aquél ciertamente tiene cualidades que pueden hacerlo difícil entrar en una clasificación. En todo caso, consideramos que TARUFFO<sup>24</sup> ha venido planteado todo aquello, y pudiéndose denominar una teoría del precedente o, como él ha denominado, dimensiones del precedente.

- a. Dimensión institucional del precedente: Vinculada a la organización judicial y las relaciones de autoridad entre los diversos estamentos de las Cortes. Se puede observar:

---

<sup>23</sup> LANDA ARROYO, César, *Los precedentes constitucionales*, en: Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Lima, Grijley, 2010, p. 93

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele, *Dimensiones del Precedente Judicial*. En: Jus Constitucional, Lima, enero, no. 1, 2008, p. 29-40

- Precedente vertical: Alude a la “jerarquía de autoridad entre órganos judiciales”<sup>25</sup>.

A su turno, éste puede entenderse como<sup>26</sup> precedente vertical descendente –si los órganos judiciales inferiores toman en cuenta lo establecido por los superiores-; o precedente vertical ascendente –si los superiores son influidos por las decisiones de los inferiores-.

- Precedente horizontal: Se trata del (i) auto precedente, y (ii) la relación entre órganos judiciales del mismo nivel (¿se toma en cuenta o no lo que resuelve otro juez o tribunal del mismo nivel, o se toma solo como ejemplo?).

A la vez, el auto precedente puede ser<sup>27</sup>: auto precedente del órgano –la influencia del precedente sólo obliga al órgano jurisdiccional que lo tomó, en tanto tal, por lo que es indiferente que no sea el mismo juez o los mismo jueces que tomaron la decisión-, o auto precedente en sentido estricto –la influencia es válida en atención a los jueces o juez, que formaron parte del órgano jurisdiccional, por lo que un cambio de jueces haría perder influencia al precedente-.

- b. Dimensión objetiva del precedente: se refiere a “aquello a lo que se atribuye eficacia de precedente, es decir, a la capacidad de influir en la decisión sucesiva”<sup>28</sup>.

Sobre ello, entendemos que esta referido a qué es lo que obliga. En el *Common Law* la parte que obliga es la *ratio decidendi* –por lo que es importante determinar el *obiter dictum*-, que serán desarrollados en detalle, más adelante.

Como hemos visto, el precedente no se identifica con la resolución judicial, es algo externo a ella.

En el *Civil Law* puede ser una regla de derecho que se encuentra definido en la misma sentencia, como en el caso del precedente constitucional vinculante peruano.

---

<sup>25</sup> Ídem, p. 30

<sup>26</sup> IGARTÚA SALAVERRÍA, op. cit., p. 29

<sup>27</sup> Ibídem

<sup>28</sup> Taruffo, op. cit., p. 32

- c. Dimensión estructural del precedente: se refiere a “aquello que es usado como punto de referencia para una decisión sucesiva”<sup>29</sup>. Podemos encontrar los siguientes supuestos:
- Basta un solo precedente, como en el caso del *Common Law*.
  - Sucesión de soluciones, estamos ante el caso de jurisprudencia vinculante, como hemos reseñado antes -jurisprudencia por repetición-. Taruffo refiere que se trata del supuesto de la “*jurisprudencia constante*”<sup>30</sup>.
  - Varios precedentes en conflicto, ante lo cual (i) se encuentra una solución en forma de precedente –o regla de derecho-, usando mecanismos institucionales -caso de la contradicción de tesis-; (ii) se está ante varias posiciones y no está claro cuál de ellas prevalece o se debe seguir; (iii) el caso del “*juez sucesivo*”<sup>31</sup>, caso en el que el segundo juez debe decidir qué tendencia prevalece, justificando su toma de postura.
  - Supuesto de caos, en el que hay total contradicción o divergencia de posiciones.
- d. Dimensión de la eficacia del precedente. “*Concierne a la naturaleza y a la intensidad de la influencia que él [el precedente] ejerce sobre la decisión del caso sucesivo*”<sup>32</sup>. Esta dimensión está referida al nivel de vinculación del precedente sobre los jueces sucesivos.

Taruffo indica que el nivel de vinculación u obligatoriedad en el *Common Law* es muy relativa, vale para algunos aspectos del derecho inglés, y no vale para el elástico sistema del *stare decisis* norteamericano. En este sentido, no se puede hablar de vinculante o no vinculante<sup>33</sup>:

*“Se reconoce, pues, que el precedente es eficaz solo cuando el juez del caso sucesivo considera oportuno no apartarse: pero entonces se está en el terreno de la eficacia persuasiva del precedente, o de una bindingness atenuada, no sobre el plano de una vinculación rigurosa”*<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Ídem, p. 36

<sup>30</sup> Ídem, p. 37

<sup>31</sup> Ibídem

<sup>32</sup> Ídem, p. 39

<sup>33</sup> TARUFFO, *Dimensiones del precedente*, en: Comentarios a los precedentes vinculantes ..., p. 19

<sup>34</sup> Ibídem

En todo caso, en esta dimensión pueden haber varias intensidades o grados, que van entre los extremos de vinculante, en absoluto, y no vinculante, en absoluto:

- Extremo superior de la escala tenemos la *“hipótesis de la obligación absoluta y sin excepciones”*<sup>35</sup>.
- Extremo inferior *“el segundo juez dispone de plena discrecionalidad respecto al precedente: éste podría ser usado, pero solo en cuanto el juez sucesivo se persuada de la oportunidad de hacerlo”*<sup>36</sup>.
- Entre ambos extremos tenemos:
  - i. El precedente genera un vínculo con excepciones, y el segundo juez puede apartarse cuando se verifican razones admitidas por el ordenamiento.
  - ii. El precedente debe ser seguido, salvo cuando el juez encuentre razones relevantes para apartarse, razones que deben ser explicitadas y fundamentadas.
  - iii. Se considera oportuno seguir el precedente pero el juez sucesivo no está obligado a justificar su apartamiento y no hay consecuencias por no seguir el precedente.

Otra clasificación bastante utilizada sobre esta dimensión es la siguiente<sup>37</sup>:

- a. Precedente meramente persuasivo: En el que el juez debe mencionar el precedente, pero se puede separar de éste, sin siquiera fundamentar su apartamiento.
- b. Precedente prejuzgante: El juez está obligado a seguir y mencionar el precedente, a menos que hayan buenas o graves razones para apartarse, las que debe fundamentar.
- c. Precedente incondicionalmente vinculante: El juez debe mencionar el precedente y obligado a sujetarse a éste.

---

<sup>35</sup> TARUFFO, Michele. *Dimensiones del Precedente Judicial*. En: Jus Constitucional, Lima, enero, no. 1, 2008, p. 40

<sup>36</sup> *Ibíd*em

<sup>37</sup> IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del precedente*. En: Jus Constitucional, Lima, Enero, 1, 2008, p. 105

### 1.1.3. **Beneficios del precedente**<sup>38</sup>.

Como hemos visto, el precedente aparece regulado –con características muy variadas- tanto en el *Common Law*, como la del *Civil Law*, y precisamente dicha variedad no necesariamente, consideramos, garantizan el logro de los objetivos deseados.

Sin embargo, y a pesar de las diferencias, consideramos que la adopción del precedente, se encuentra en la búsqueda común –de ambas tradiciones- de lograr seguridad jurídica –buscando un justo medio entre previsibilidad y flexibilidad-, y la igualdad en la aplicación del derecho.

#### 1.1.3.1 **Seguridad jurídica.**

En efecto, el precedente tiene indudable relación con el logro de la seguridad jurídica, entendida como conocimiento del ciudadano de que el Estado y los terceros se comportarán de determinada manera –acorde al derecho-, así como conocimiento del ciudadano de que sus actos tendrán determinadas consecuencias jurídicas<sup>39</sup>.

Para lograr ello, es necesario poder conocer el contenido de la disposición que establece las consecuencias legales a los diversos comportamientos del Estado y los particulares, así como pueda ser dichas consecuencias comprendidas. Se verá más adelante que en el *Civil Law* se apostó como medio de difusión de las consecuencias legales al texto de la ley, mecanismo que, actualmente, ha demostrado su insuficiencia por su propia vaguedad –teoría de la interpretación. Es decir, la ley, por sí misma, no puede llegar un nivel de difusión aceptable y su equivocidad no permite tener el conocimiento preciso de sus consecuencias.

En el *Common Law*, en cambio, el mecanismo utilizado es el precedente, que ciertamente ha demostrado ser más eficaz<sup>40</sup>, y que permite, mediante la

---

<sup>38</sup> Los beneficios han sido denominados conforme MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obligatorios*, Lima, Palestra, 2010.

<sup>39</sup> Ídem, p. 137-138

<sup>40</sup> Ídem, p. 141



interpretación, poder llegar a una disposición para determinado supuesto de hecho, disposición que, entre varias posibles, deberá demostrar que ha sido hecha en base a buenas razones. En tal medida el precedente, como labor del Poder Judicial, puede especificar el sentido de una norma:

*“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 protección de la previsibilidad (...).”<sup>41</sup>*

En consecuencia, la seguridad jurídica no sólo debe entenderse como sujeción a la ley, sino, además, al precedente<sup>42</sup>. El precedente hace posible *“que las razones encontradas por el Tribunal Supremo para resolver un caso clave para la propia sociedad puedan aplicarse en el resto de casos implementando coetáneamente los principios y valores constitucionales”*<sup>43</sup>. En suma, *“la regla del precedente aporta un método para que un tribunal supremo pueda cumplir sus unciones institucionales dentro de una democracia constitucional”*<sup>44</sup>.

En nuestra opinión, si hablamos de previsibilidad tenemos que también hablar de flexibilidad –o adaptabilidad–, en la medida que ambos elementos, en su justa medida, también favorecen la seguridad jurídica.

*“Por su parte, la idea de seguridad, permite saber antes de actuar el alcance asignado por el sistema jurídico a una determinada conducta. Por la otra, a noción de adaptabilidad permite al derecho generar respuestas frente a las necesidades sociales cambiantes. El problema que los ordenamientos jurídicos enfrentan consiste en lograr un adecuado balance entre una estabilidad que brinde certidumbre y una capacidad de readecuación que permita dar nuevas respuestas. Legisladores y jueces interactúan en la consolidación y evolución de los distintos sistemas jurídicos. Con roles diferentes, ambos renuevan desde lugares diferentes el alcance del ordenamiento jurídico”.*<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Ídem, p. 143

<sup>42</sup> RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, *Corte suprema y jurisprudencia normativa*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 240

<sup>43</sup> Liendo Tagle, Fernando, *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*, Lima, ARA Editores, 2012, p. 160

<sup>44</sup> Ídem, p. 163

<sup>45</sup> OTEIZA, Eduardo. *La función de las Cortes Supremas en América latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas*. En: Revista de Derecho Procesal, No. 14, Año XIII, 2009, Lima, p. 342.



De la misma opinión es BULLARD GONZÁLES<sup>46</sup>, quien añade que ambos valores se encuentran en permanente tensión

*“Lamentablemente predictibilidad y flexibilidad están siempre en conflicto. Para que algo sea más predecible, debe ser menos cambiante, debe ser más difícil que los cambios se den. Si algo cambia mucho uno no sabe a qué atenerse. Pero un sistema que se resiste al cambio es poco flexible y con ello va abriendo una brecha entre la norma y la realidad que dicha norma debe regular. Ser más predecible implica ser menos flexible y ser más flexible implica ser menos predecible.”<sup>47</sup>*

Esta tensión ha sido también la historia del *Common Law* y del *Civil Law*, tradiciones en busca también de flexibilidad pero utilizando mecanismos diferentes. Como sostiene BULLARD<sup>48</sup>, en el *Civil Law*, la herramienta de estabilidad tradicional fue la ley, difícil de modificar, es decir, lenta en adaptarse a lo nuevo; por el contrario, la herramienta de flexibilidad se hallaron en las normas reglamentarias, aunque no tan flexibles, lo eran ciertamente más que la ley.

En cambio, el precedente, como mecanismo para adaptarse a los nuevos retos o cambio de circunstancias, implica que sus cambios –o variaciones- no se darán al modo de una modificación de la ley, en donde prima la voluntad política sino, finalmente, al efectuarse la modificación por el Poder Judicial, se puede esperar que contenga un mínimo de racionalidad y fundamento, ya que teóricamente se buscará persuadir de las bondades del cambio de rumbo<sup>49</sup>.

### 1.1.3.2 Igualdad.

Como hemos dicho en líneas anteriores, es un principio de la cultura occidental que *“tratar de la misma forma casos similares es algo fundamental para la estabilidad del poder”*<sup>50</sup>:

---

<sup>46</sup> BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Un nuevo paradigma: la jurisprudencia es la ley ¿es el “Common Law” más eficiente que el sistema romano germánico?* En: Derecho & Sociedad, Lima, No. 19, Año XIII, 2002, p. 254

<sup>47</sup> *Ibidem*

<sup>48</sup> *Ídem*, p. 254-255

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, *op. cit.*, p. 64

<sup>50</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 72

*“El principio de igualdad es el principio fundacional de las democracias modernas y es indiscutible que éste debe encontrar actuación en el ejercicio de la jurisdicción.”<sup>51</sup>*

Por ello, el precedente al minimizar, en la medida de lo posible, las divergencias interpretativas, posibilita la maximización de la igualdad ante la ley, en el momento más importante de la función jurisdiccional, cual es el de decidir la solución a los conflictos o controversias jurídicas<sup>52</sup>:

*“(…) consideramos válido sostener que un sistema de precedentes precisa, resuelve e ilustra situaciones de indeterminación y conflicto normativo, construyendo reglas más claras y precisas, y con ello fomenta la aplicación igualitaria de la ley”<sup>53</sup>*

Ahora bien, hablar de igualdad ante la ley es necesario desde que según la teoría de la interpretación una norma puede tener muchos significados posibles y, por ende, muchos jueces pueden adoptar varias soluciones posibles a casos esencialmente análogos o semejantes, ante ello, el precedente –y no el texto de la ley-, al fijar una interpretación –de las varias posibles- para casos análogos o semejantes, se convierte en mecanismo para lograr la igualdad. Es esencial pues, que el precedente sea vinculante, para evitar la multiplicidad de criterios y para ello, debe tener legitimación, la que se da en la motivación sustentada en buenas razones:

*“Todo esto quiere decir que, aunque el juez pueda crear una norma jurídica, es necesario impedir que haya una multiplicidad de normas jurídicas para casos iguales, generando inseguridad y desigualdad. Se aplica ahí, literalmente, la máxima del Common Law, en el sentido de que los casos iguales deben ser tratados de la misma forma.”<sup>54</sup>*

---

<sup>51</sup> GRAZIADEI, Michele, *Poder Judicial, sujeción del juez a la ley, y vinculación al precedente: una reflexión histórico comparativa sobre la justicia y sobre la garantía de los derechos*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 205-206

<sup>52</sup> MARINONI, op. cit., p. 161

<sup>53</sup> LIENDO TAGLE, op. cit., p. 170

<sup>54</sup> MARINONI, op. cit., p. 178

### 1.1.3.3 Coherencia del orden jurídico.

Cuando se tiene certeza que la ley, su texto, admite varias interpretaciones, queda claro que ésta, por sí solo, no puede garantizar la igualdad ante el derecho, ni la seguridad, ni la igualdad. Así, no se puede pensar que un Tribunal Supremo puede “*controlar las decisiones basándose en el sentido exacto de la ley, para admitir que está autorizando a atribuir sentido al derecho mediante la definición e la interpretación adecuada*”<sup>55</sup>. En otras palabras, el Tribunal Supremo atribuye sentido al derecho a partir de valoraciones debidamente racionalizadas. Es creación del derecho y expresión de la voluntad del Poder Judicial<sup>56</sup>.

En este aspecto, la estructura jerárquica de nuestro Poder Judicial exige un respeto a los precedentes, pues si se ha creado un órgano supremo encargado de la última interpretación del sentido de una ley, no tendría ningún sentido su creación si sus decisiones no sean obligatorias. En efecto, si se han creado varias instancias, y la discusión debiera terminar en un órgano como la corte suprema, la necesidad de la vinculatoriedad de sus decisiones cae de madura<sup>57</sup>.

En similar sentido:

*“De modo que la lógica y la racionalidad del sistema estructurado sobre el juez y el tribunal exigen, inevitablemente, la formación de jurisprudencia estable y, todavía, el respeto por parte de los jueces inferiores. El respeto a los precedentes, en esta dimensión, se fundamenta apenas en la lógica del propio sistema judicial. Si la premisa aceptada fuese la de que los jueces inferiores pueden decidir cuestiones de derecho sin considerar los tribunales, habría grave disparate lógico en tener al tribunal como punto final del proceso, obligando a las partes a necesariamente llegar a este, con todas las enfermedades de ella derivadas.”*<sup>58</sup>

Así las cosas, si un juez inferior emite un criterio apartado del criterio de los superiores, tenemos que esta conducta penaliza a la parte que es favorecida con el precedente, obligándola a apelar y continuar un proceso innecesariamente,

---

55 Marinoni, Luiz Guilherme, *El precedente interpretativo*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 221

56 Ibidem

57 RAMÍREZ JIMÉNEZ, op. cit., p. 238

58 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 194

sin considerar el perjuicio a la imagen del Poder Judicial por un inexplicable conflicto interno de criterios<sup>59</sup>.

La jerarquía sobre la que está estructurado el Poder Judicial deja de tener sentido si aquella no se respeta, teniendo en cuenta que ello no afecta la independencia judicial:

*“Ha llegado el momento de colocarle punto final al agotador discurso de que el juez tiene la libertad herida cuando es obligado a decidir de acuerdo con los tribunales superiores. El Juez, además, de libertad para juzgar, tiene el deber para con el Poder del cual hace parte y para con el ciudadano. Posee el deber de mantener la coherencia del ordenamiento y de velar celosamente por la respetabilidad y por la credibilidad del Poder Judicial”<sup>60</sup>*

En el mismo sentido:

*“Baste observar que el juez sigue siendo director del proceso, y lo es con mayor énfasis en el análisis y valoración de la prueba, eje central de su decisión. A partir de ello, el juez puede considerar que existen elementos que diferencian el caso del precedente que se le exige aplicar por tanto, considerar que está ante un caso distinguible.”<sup>61</sup>*

Como sostiene RODRÍGUEZ SANTANDER, los jueces y tribunales no son una isla en el sistema, es decir, pertenecen a una organización, y lo contrario sería entrar a la atomización de la respuesta<sup>62</sup>:

*“No existe coherencia en un derecho que se expresa mediante decisiones que tratan casos iguales de manera desigual (...). Se desconoce el pensamiento y el discurso del Poder Judicial.  
(...)  
(...) el Estado de Derecho depende de un derecho coherente.”<sup>63</sup>*

---

59 Ibidem.

60 Ídem, p. 70

61 RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, op. cit., p. 241

62 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 65

63 MARINONI, op. cit., p. 199-200



#### 1.1.3.4 Control del poder del juez.

Dice GRAZIADEI que el juez que no respeta el precedente generará desconfianza al punto de poder considerar que no está aplicando el derecho y tiene otros intereses, a menos que explicita o argumente razones para tal apartamiento, las cuales deberán ser apropiadas, oportunas y transparentes<sup>64</sup>.

En efecto, *“al permitir decisiones dispares a casos iguales, el sistema estimula el arbitrio y la parcialidad”*<sup>65</sup>. De este modo, se controla la actividad del juez, en el sentido que transparenta las decisiones judiciales evitando que los jueces asuman posiciones distintas sin ninguna justificación<sup>66</sup>.

#### 1.1.3.5 Posibilidad de orientación jurídica.

En el sentido que un abogado, al momento de orientar a los ciudadanos, al servirse de la ley o la doctrina, no le es posible un asesoramiento fiable, habida cuenta la indeterminación de los signos lingüísticos.

En efecto, si las normas pueden tener varias interpretaciones, no constituyen una fuente fiable para la toma de decisiones.

Ello no sucede en un sistema de respeto a los precedentes: *“En suma: para que los abogados puedan adecuadamente ejercer sus funciones y para que los ciudadanos puedan realmente ser orientados acerca de sus derechos, el Poder Judicial debe ser confiable, o mejor, sus decisiones deben ser previsibles”*<sup>67</sup>.

#### 1.1.3.6 Definición de expectativas.

Las decisiones de los tribunales, en base a los precedentes, tienen un impacto insospechado, no sólo un nivel político y económico, sino para facilitar y racionalizar la vida diaria de los ciudadanos:

---

64 GRACIADEI, op. cit., p. 206

65 MARINONI, op. cit., p. 203

66 LIENDO TAGLE, op. cit., p. 178-179.

67 MARINONI, op. cit., p. 207

*“La ciencia de cómo los tribunales deciden es importante para que las personas puedan estabilizar sus vidas y, especialmente, para que los conflictos puedan ser prontamente disipados a partir de una simple intervención de los abogados. La estabilidad personal y la disolución de los conflictos con la mera consulta al derecho, esto es, las decisiones de los tribunales, es fuente propicia para la armonía de la vida social.”<sup>68</sup>*

### **1.1.3.7 Desestimulo al litigio.**

Es evidente que la previsibilidad de las decisiones disuade la proposición de demandas, con lo que las partes que saben que su pretensión no será amparada por el Poder Judicial evitará un gasto de esfuerzo y dinero y, teóricamente podrá buscar una solución consensuada a su controversia.

Por el contrario, ante decisiones dispares sobre un mismo tema, las partes estarán más tentadas a probar suerte e iniciar un litigio, para defender sus pretensiones.

Este beneficio, en el largo plazo, puede lograr insospechados beneficios como es la reducción de la litigiosidad y, con ello, una disminución de la demanda de juicios en la sociedad, lo que redundaría en una mejora en la administración de justicia y fortalecería el trabajo de la Corte Suprema.

### **1.1.3.8 Favorecimiento de acuerdos.**

Es evidente que la previsibilidad favorece acuerdos al desestimula el litigio, y acomoda la situación de conflicto, desestimulando a ambos litigantes de contender y favoreciendo acuerdos<sup>69</sup>.

---

68 Ídem, p. 209

69 Ídem, p. 213



### **1.1.3.9 Despersonalización de las demandas. Mayor facilidad de aceptación de la decisión.**

La previsibilidad de una decisión fomenta su aceptación por la parte vencida, evitando que se rebele ante ella. Por el contrario, cuando casos iguales son decididos de forma diferente las decisiones pueden acabar siendo personalizadas, hacia el juez que la emitió o con las partes contendientes en del proceso<sup>70</sup>.

### **1.1.3.10 Racionalización del doble grado de jurisdicción.**

Si un tribunal superior ya emite una decisión sobre determinado tema, puede evitar que ante la decisión análoga del inferior el proceso continúe. Por el contrario, ante una decisión de precedente del superior, y que el inferior no respete, se grava innecesariamente a la parte favorecida con el precedente<sup>71</sup>.

### **1.1.3.11 Contribución a la duración razonable del proceso**

Entre los contenidos específicos y esenciales del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional tenemos, según PRIORI POSADA<sup>72</sup>, al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas -el proceso debe durar en un plazo razonable para que sea efectivo-, ello pone de relieve la importancia de los precedentes para la realización de este derecho constitucional.

Así, en un sistema de respeto a los precedentes se maximiza el derecho a una duración razonable del proceso, pudiendo evitarse que las partes o la que se vea beneficiada con el precedente- poder acudir hasta las instancias finales para ver realizada su pretensión o su derecho<sup>73</sup>.

---

70 Ídem, p. 215

71 Ídem, p. 216

72 PRIORI POSADA, Giovanni F. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso.* En: *Ius et veritas*. Año XIII, No. 26 (2003). p. 290

73 MARINONI, op. cit., p. 217

#### 1.1.3.12 Economía de los gastos. Mayor eficiencia del Poder Judicial.

Como es evidente, el precedente confiere mayor transparencia al proceso decisorio, pues la predictibilidad hace esperable determinada solución del Poder Judicial, con ello, hay toda una serie de beneficios colaterales que se resumen en la reducción de una serie de costos para la administración de justicia y para los litigantes<sup>74</sup>:

- a. Reduce los retrasos judiciales ocasionados por decisiones complejas.
- b. Reduce la corrupción.
- c. Permite la concentración de capital humano en otros casos y no en los ya resueltos por las reglas. Hay un proceso de aprendizaje que se reduce.

Un beneficio especialmente destacable es el hecho que un sistema de precedentes simplifica considerablemente el deber de argumentación, logrando la economía del proceso. Ello coloca la carga de la argumentación en quien quiere modificarlo o combatirlo, este solo hecho, como ya se ha dicho, fortalece la seguridad jurídica y la igualdad<sup>75</sup>.

La vigencia innecesaria de procesos que mantienen una opinión diversa al precedente, por ejemplo, arrastra al Estado a un gasto de recursos materiales y humanos en la administración de justicia, desatendiendo otros casos en donde o un pronunciamiento judicial –casos difíciles, por ejemplo- o una definición interpretativa. En este sentido, un sistema de precedentes puede racionalizar y reorientar el gasto del Poder Judicial.

#### 1.1.4. Oposición a un sistema de precedentes.

Se considera que los precedentes son negativos por lo siguiente:

- a. Producen la “petrificación” del derecho.

---

74 LIENDO TAGLE, Fernando. op. cit., p. 178-179

75 RAMÍREZ JÍMENEZ, op. cit., p. 237-238

Los precedentes son susceptibles de ser modificados –técnica del *overruling* en el *Common Law*, por ejemplo-, en tanto varíen las circunstancias que los sustentaron.

Como dice RODRÍGUEZ SANTANDER, *“un precedente no es una ley”*<sup>76</sup>, sino que es fruto de una experiencia concreta judicial, por tanto, es un acto normativo que desarrolla o interpreta la ley que *“se ha construido desde el análisis de casos específicos”*<sup>77</sup>.

Por tanto, en la medida que las consideraciones jurídicas, políticas o sociales sobre los hechos o circunstancias que sustentaron un precedente varíen, lo lógico es que al perder sustento el precedente, se deba optar por variarlo. Ello tiene perfecto sustento en el valor de flexibilidad del que hablamos líneas atrás, y es la capacidad de adaptarse a las nuevas situaciones, y que al lado de la previsibilidad confiere seguridad jurídica y coherencia al sistema.

Ahora bien, un precedente no debe emitirse si no tiene un mínimo de estabilidad, de tal modo que *“en un sistema que se funda en su respeto, solamente pueden ser revocados excepcionalmente, cuando el desarrollo de la doctrina demuestra que el precedente está, indiscutiblemente, equivocado, o cuando surgen nuevos valores o nuevas circunstancias fácticas (...) que imponen su redefinición.”*<sup>78</sup>

b. Factor ecualizador de situaciones desiguales.

Se explica en la idea de que el respeto a los precedentes impediría el tratamiento diferenciado de situaciones, en otras palabras, situaciones que, por su falta de semejanza, no podrían ser tratadas de la misma manera<sup>79</sup>.

Sobre ello, se está ante un sistema de precedentes en lo que, se presupone, una aplicación racional, es decir con conocimiento y valoración de los hechos involucrados, y la interpretación jurídica correspondiente.

---

76 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, op. cit., p. 63

77 Ídem, p. 64

78 MARINONI, op. cit., p. 227

79 Ídem, p. 228

Si no hay identidad o semejanza entre los hechos y el sustento jurídico entre el precedente y los hechos del caso a resolver, entonces el juez, sencillamente, no lo aplicará –técnica del *distinguishing* en el *Common Law*–, y tendrá que encontrar otra solución:

*“(...) es el hecho el que determina la aplicación de la regla de derecho a que ella deba ser aplicada (...). En consecuencia, son las peculiaridades de los hechos de los varios casos que pueda llevar a diversas interpretaciones de la misma regla, y en consecuencia a no aplicarla en casos aparentemente similares o a aplicarla a casos aparentemente diversos.”<sup>80</sup>*

c. Violación al principio de separación de poderes.

Compartimos el criterio de Ramírez en el sentido de que no cabe duda de que los jueces crean normas jurídicas<sup>81</sup>, pero este criterio no afecta la separación de poderes, en tanto éste *“significa que los poderes no deben estar todos en manos de un único sujeto (...). No significa (...) que un poder deba ser ejercido exclusiva y necesariamente por sólo un órgano, y otro poder por otro órgano”<sup>82</sup>*. En este sentido en la producción de normas interviene tanto el legislador, como el juez.

Estamos hablando pues, de dos planos diferentes, y es que es totalmente cierto que no estamos ante una fuente de derecho generada en los espacios legislativos –llámese Poder Legislativo y Poder Ejecutivo- sino que se trata de una creación fruto de una experiencia concreta judicial al momento de aplicar una norma legal al caso que se va a resolver. Como dice RODRÍGUEZ SANTANDER *“(...) un precedente no es una ley. Comparte su fuerza vinculante, pero no la realidad de la que emana”<sup>83</sup>*.

---

80 TARUFFO, Michelle, *Las funciones de las cortes supremas: entre uniformidad y justicia*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 140

81 RAMÍREZ JIMÉNEZ, op. cit., p. 239

82 Comanducci, Paolo, *Democracia, derechos e interpretación jurídica*, Lima, ARA Editores, 2010, p. 149 (citado por RAMÍREZ JIMÉNEZ, op. cit., p. 239-240)

83 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 65

En el mismo sentido:

*“(...) es fácil advertir que reconocer a una decisión judicial carácter obligatorio no tiene nada que ver con la función legislativa. La decisión interpreta la norma a partir de un caso concreto, desarrollando, por tanto, una función claramente judicial.”<sup>84</sup>*

Se trata pues, de un proceso de colaboración entre el Legislativo y Judicial<sup>85</sup>, pero no de oposición, ni sujeción ni enfrentamiento.

d. Violación del juez natural.

Se sustenta en que el precedente, a quien le debe corresponder resolver el litigio, no puede estar obligado a adoptar el precedente<sup>86</sup>.

Ello no es así, pues el precedente obliga no a un juez, sino al Poder Judicial<sup>87</sup>, en tanto es una manifestación de voluntad de éste, a través de los órganos competentes correspondientes.

e. Violación de la garantía de acceso a la justicia.

Según Marinoni:

*“(...) lo que se desea a través de esta visión de acceso a la justicia, es el derecho a un juzgamiento descomprometido con el propio Poder Judicial - o, exactamente, un juez sin responsabilidad delante del Poder del cual hace parte- o la prohibición del propio Poder Judicial de comprometerse con los precedentes.”<sup>88</sup>*

---

84 MARINONI, *El precedente interpretativo*, op. cit., p. 226

85 *Ibidem*

86 Marinoni, *Precedentes obligatorios*, op. cit, p. 246

87 *Ibidem*

88 *Ídem*, p. 247



## 1.2. Apuntes históricos de los modelos del *Common Law* y *Civil Law*.

### 1.2.1 Recuento histórico del *Common Law*.

La fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común –*Common Law*– es el año de 1066, cuando los normandos, al mando de Guillermo el Conquistador, derrotaron a los nativos defensores en la batalla de Hastings y conquistaron Inglaterra<sup>89</sup>.

Sin embargo, se trata de una fecha establecida por convención y, por lo mismo, no es exacta. Pero en el caso del *Common Law* no parece poder encontrarse dicha exactitud, así tenemos que según J.H BAKER “en 1470, un *sergeant-at-law* afirmo que el *common law* existe desde la creación del mundo (...) [y] no es improbable que él creyera literalmente en lo que dijo”<sup>90</sup>. Sobre esta afirmación, nos dice el mismo BAKER que “ello no consiste en un absurdo total, pues el sistema inglés representa un continuo desarrollo desde los tiempos prehistóricos: no hubo ningún acto consciente de creación o adaptación”<sup>91</sup>.

Y es que el derecho inglés, “hogar histórico”<sup>92</sup> del *Common Law* y del precedente, nace y se desarrolla bajo un fundamental criterio:

*“Los casos iban surgiendo y se iban decidiendo. Cuando, posteriormente, surgían casos iguales o semejantes, aquella decisión tomada anteriormente era repetida para el nuevo caso”*<sup>93</sup>.

Este principio, que al parecer, nació desde la génesis misma del *Common Law* fue fundamental para preservar la igualdad, generando, además, predictibilidad y armonía<sup>94</sup>.

---

89 MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano – canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 20

90 ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law*, en: Themis No. 58, Lima, p. 72

91 *Ibidem*.

92 TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas del Civil Law*. En: *Ius et veritas*, Lima, No. 45, diciembre de 2012, p. 89

93 ALVIM WAMBIER, op. cit. p. 72

94 *Ibidem*

Además, permitía que el derecho se formara de abajo hacia arriba, pues se formaba a partir de la resolución de los casos o conflictos que se presentaban.

Según 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”<sup>95</sup>*

Lo dicho por RODRÍGUEZ SANTANDER nos hace ver que en el *Common Law* la costumbre tuvo un rol importante en su evolución, y la tiene en la actualidad. En otras palabras, el *Common Law* no evoluciona como una reacción contra el pasado, más bien, encuentra en éste la creación de reglas de derecho que ayudará a los jueces a resolver las controversias que le son sometidas.

*“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 el de afirmar el Common Law, el cual se sobreponía al legislativo, que, por eso, debería actuar de modo a complementarlo. A propósito, en la tradición del Common Law inglés, el Parlamento consideraba las decisiones proferidas por las Cortes en los casos concretos para, a partir de ellas, precisar y delinear la ley derivada de la voluntad común.”<sup>96</sup>*

Es un hito importante en la formación del *Common Law*, la denominada Revolución Gloriosa (*Glorius Revolution*), desarrollada entre 1688 y 1689, en la cual el Parlamento inglés en alianza con el holandés Guillermo de Orange, destruyen las aspiraciones absolutistas del Rey Jacobo II. Es con el fin de dicha revolución que los reyes ingleses nunca volverían a tener poder absoluto, y se instauraría el poder supremo del Parlamento y se promulgaría la Declaración de Derechos (*Bill of rights*), uno de los documentos más importantes de Inglaterra:

*“La expulsión de Jacobo II fue un acto revolucionario; y, sin embargo, el espíritu de esta extraña Revolución era opuesta a todo intento*

---

95 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, op. cit., p.34.

96 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 34

*revolucionario. No quiso destruir las leyes, sino confirmarlas contra un rey que las vulneraba. No quiso obligar al pueblo a someterse a un patrón en lo político y lo religioso, sino darle la libertad bajo la ley y por ley. Fue al mismo tiempo liberal y conservadora; la mayor parte de las revoluciones no son una cosa ni otra, sino que primero destruyen la ley y después imponen un modo único de pensar”<sup>97</sup>*

El gran impacto que dicha revolución tuvo en el *Common Law* nos la puede explicar AGUEDO:

*“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 Derechos [documento conocido como Bill of Rights]. 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.”<sup>98</sup>*

Ello muestra una característica esencial del derecho inglés, cual era no destruir el pasado, sino revalorizarlo, a menos que atente contra la naturaleza o la costumbre. Se asumía también que el derecho podía ser aplicado y creado por el juez, y por ello mismo no había una colisión de poderes con el Parlamento Inglés:

*“Dicho de otra manera, se entendía que cuando el Parlamento legislaba no se situaba en el punto inicial de la “configuración positiva”, sino en un paso subsecuente a él, a saber, el de su interpretación, de forma tal que lo que aparecía en las leyes era en realidad un Derecho interpretado, función muy similar a la que en la actualidad se atribuye a la sentencia judicial. De ahí la asimilación entre la función legislativa del Parlamento inglés y la función judicial.”<sup>99</sup>*

Así pues, “el legislativo no se opuso al judicial, llegando en realidad, a confundirse con éste”<sup>100</sup>. Más aún, actualmente se puede decir que el

---

97 MACAULAY TREVELYAN, G. *La Revolución inglesa: 1688-1689*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 10-11. Citado por LIENDO TAGLE, op. cit., p. 110

98 AGUEDO DEL CASTILLO, Rudy, *La Jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las resoluciones judiciales*. Tesis de Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, 2014, p. 18.

99 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 36

100 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 34

denominado “*case law*” es una actividad creadora de derecho, teniendo el juez un poder normativo discrecional<sup>101</sup>. En todo caso, la evolución del *Common Law*, luego de la Revolución Gloriosa, se dio en una época en que se consideraba que había una supremacía del Parlamento –*supremacy of the parliament*–, aunque limitada por una ley fundamental, que COKE concebía era la Carta Magna del año 1215<sup>102</sup>.

En efecto, el juez está sometido a la ley<sup>103</sup>, hasta el punto que la voluntad del Parlamento se impone a aquél. Sin embargo, las relaciones entre ambos no fue como en Francia –según veremos–, así “*la historia constitucional inglesa es la historia de un viaje hacia la democracia que tiene entre sus protagonistas a jueces, al lado del Parlamento, contra el soberano (...)*”<sup>104</sup>, alianza que tuvo una finalidad: “*(...) estar unidos en el reclamo del respeto de las antiguas libertades inglesas (representada por la ancient constitution que data del tiempo antes de la conquista normanda)*”<sup>105</sup>.

Estos ideales marcan diferencias con la Francia revolucionaria, donde tenemos a la razón encabezando dicho movimiento, mientras en Inglaterra se hace un “*llamado a lo consuetudinario*”<sup>106</sup>. Es decir, la razón está presente en ambos casos, llevando a Francia a una revolución; mientras que a Inglaterra, a otra revolución que valora el pasado. Esta razón también supone la subordinación absoluta del soberano a la ley, pero se trata no de una razón filosófica –como la francesa–, sino jurídica<sup>107</sup>:

*“Es una razón jurídica que no tiene por símbolo a la ley, pero es más bien una expresión de conocimiento custodiado por el Poder Judicial que se rige por sus propias reglas, establecidas a través de la utilización del precedente.”*<sup>108</sup>

Como refiere RODRÍGUEZ SANTANDER:

---

101 DA ROSA DE BUSTAMANTE, Thomas, *Teoría del Precedente judicial*, Lima, Ediciones Legales, 2016, p. 193

102 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 36

103 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 36

104 GRAZIADEI, Michele, op. cit., p. 208

105 *Ibíd*em

106 *Ibíd*em

107 *Ibíd*em

108 *Ibíd*em



*“El Common Law se consideraba como un producto de la razón y de la costumbre, y cada uno de estos dos elementos fortalecía y contribuía al otro. Las costumbres tenían que adecuarse a la razón si querían convertirse en Derecho. Pero igualmente, la razón tenía que pasar el test del tiempo (...). El Common Law era la “razón experimentada”, un conjunto de normas que no sólo eran racionales, sino que lo habían probado que lo eran a través de los siglos.”<sup>109</sup>*

Pues bien, hasta el momento vemos que un componente esencial en la formación del *Common Law* es la costumbre, pero no cualquier costumbre, sino una *“costumbre racionalizada”*, que tenga no sólo espíritu de permanencia, sino que sea aceptada. Sin embargo, otro elemento esencial es la intervención de los jueces en la elaboración del derecho. En efecto, desde que los jueces son los llamados a decidir los conflictos que se les planteaban, y desde que buscaban la solución en la costumbre, y desde que esta solución se incorporaba al derecho, es notorio que el juez tenía un papel esencial dentro del *Common Law*: *“el ejercicio de la judicatura siempre ha sido profundamente respetado y requerido”<sup>110</sup>*. Más aún:

*“La ratio para decidir no está en una decisión tomada por un ente externo a la práctica pragmática de observar casos/regularidades y decidir cuestiones particulares, sino en la autoridad de la misma persona que observa esas regularidades y debe imponer standars o patrones de comportamiento para el caso concreto: no hay una distinción clara entre creación y aplicación del derecho.”<sup>111</sup>*

Como cuestión adicional, tenemos que el Parlamento en el *Common Law*, si bien tiene preeminencia sobre el Judicial –desde la Revolución Gloriosa–, nunca se presentó o actuó como un poder absoluto, y ello por las siguientes razones:

- a. Por la propia concepción del *Common Law* como *“un Derecho superior difuminado en diversos documentos (la mayoría muy antiguos) es una premisa que de cierta manera limita al Parlamento”<sup>112</sup>*.
- b. Por el gran prestigio de la judicatura: *“la capacidad de legislar y la capacidad de interpretar, se mantienen como dos cauces en equilibrio armónico, en buena parte gracias a que la interpretación final de la*

---

109 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p.38.

110 Ídem, p. 34

111 DA ROSA DE BUSTAMANTE, op. cit., p. 15.

112 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 41



*organización judicial reside en un órgano inserto en el Parlamento (House of Lords)”<sup>113</sup>.*

- c. Porque la supremacía del Parlamento no significaba supremacía sobre el juez, sino la completa sumisión del rey al derecho inglés<sup>114</sup>.

Muchos de estos principios e ideales se trasladan a los Estados Unidos de América, donde los revolucionarios de 1776 *“reivindican el sistema de la libertad e inmunidad que había estado en el origen de la Constitución inglesa”<sup>115</sup>*. La libertad e inmunidad se garantizan con el respeto del precedente judicial, excluyendo a la discrecionalidad pura. Luego, este precedente se convertirá en precedente vinculante, para dotar al derecho de suficiente estabilidad<sup>116</sup>.

A diferencia del caso inglés, el derecho común en los Estados Unidos no se encuentra en la costumbre o una serie de documentos, sino en la Constitución:

*“En ella, se encuentran la estructuración del poder y los derechos esenciales del hombre expuestos claramente (...), por lo pronto, cuando de encontrar los fundamentos inherentes al origen del Estado se trata, no hay que recurrir a demasiadas elucubraciones, pues se conoce bien hacia dónde deben dirigirse las miradas.”<sup>117</sup>*

Para el caso específico de los Estados Unidos, la Constitución no fue vista como un texto político, sin carácter normativo, sino como una norma jurídica que vincula y obliga a todos los poderes públicos y a todas las personas. Ello dio al juez norte americano el *“poder de controlar la ley a partir de la Constitución”<sup>118</sup>*.

El *judicial review* estadounidense tiene su origen en el papel desempeñado por los documentos denominados Cartas, emitidos por la corona inglesa para sus colonias americanas, con el objetivo de eliminar todo acto de éstas que violasen las leyes emitidas por el Parlamento inglés<sup>119</sup>. Precisamente, los magistrados encargados del control de los actos de las colonias que contravengan las leyes

---

113 *Ibidem*

114 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 47

115 GRAZIADEI, op. cit., p. 208

116 *Ídem*, p. 209

117 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 45

118 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 39

119 *Ídem*, p. 45

de la metrópoli –sumidas en las Cartas-, luego de la independencia norteamericana en 1776, vieron con naturalidad el control de las leyes que violasen las constituciones de las colonias, ya independientes<sup>120</sup>.

No se puede dejar de mencionar el acto paradigmático de control judicial en la experiencia norteamericana en la sentencia recaída en el caso *Marbury v. Madison* (1803), en el cual por primera vez se ejerció el control de constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, debe quedar claro que la doctrina de los precedentes –obligatorios- o *stare decisis* no fue concebido desde el mismo momento del nacimiento del sistema del *Common Law*, por el contrario, dicha doctrina es de reciente creación. Son razones de nacimiento de *stare decisis*, según LIENDO:

- a. La protección de expectativas patrimoniales.
- b. La seguridad jurídica.
- c. Uniformizar el sentido de las sentencias “*en tanto manifestación del principio de igualdad*”<sup>121</sup>.

Por tanto, hubo *Common Law* sin *stare decisis*, hasta la primera mitad del siglo XIX<sup>122</sup> en donde se empieza a hablar o teorizar sobre el precedente vinculante. Sin embargo, no se puede negar que este instituto fue fundamental para el desarrollo de este sistema, en su faceta moderna<sup>123</sup>. Como sostiene Liendo Tagle:

*“Es bastante claro que la uniformidad en la aplicación del Derecho fue una aspiración inicial del stare decisis en el common law. Si el propósito inicial de tal tradición jurídica era constituirse como un case law (...), las decisiones judiciales debían de que sistematizarse y generar una continuidad que produzca confianza y certeza sobre el Derecho. Y, en tal punto, la certeza se obtendría al reconocer que las decisiones judiciales tenían fuerza de ley; y su acumulación con el correr del tiempo proporcionaría una serie de ejemplos detallados y concretos sobre cuáles son las normas jurídicas en vigor y cómo se aplican”*<sup>124</sup>.

---

120 *Ibidem*

121 LIENDO TAGLE, Fernando. op. cit., p. 164

122 TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas del civil Law*, en: *lus et veritas*, p. 89

123 MARINONI, *Precedentes Obligatorios*, op. cit., p. 31

124 LIENDO TAGLE, Fernando. op. cit., p. 164

La doctrina del *stare decisis* pues, ha terminado de perfilar la naturaleza actual del *Common Law* –aunque como veremos, se trata de una doctrina que también ha venido evolucionando. Así, entre 1898 y 1966 la *House of Lords* determinó que estaba obligada a respetar sus decisiones anteriores –caso *London Trainways vs London County Council*, 1898-, es decir, se podía decir que se estaba ante un precedente absolutamente vinculante, decisión que fue modificada en 1966, donde declaró que en determinados casos y cuando le pareciera correcto, podía declarar un *overruling*<sup>125</sup>.

Ello, a diferencia del caso de los Estados Unidos, en el cual su Corte Suprema siempre entendió que podía derogar sus precedentes, pero en caso de *overruling* éste no podía estar sin justificar, por lo que sólo podía darse “*si se supera la carga argumentativa que evidencie la imposibilidad de mantenerla en virtud de las nuevas condiciones generales*”<sup>126</sup>.

## 1.2.2 Recuento histórico del *Civil Law*.

Tradicionalmente se ubica el nacimiento de la tradición del *Civil Law* –o tradición romano germánica- en el año 450 a.c., supuesto momento de la publicación de las XII Tablas en Roma<sup>127</sup>

Pero no sólo de derecho romano se nutre la tradición jurídica de la que el Perú forma parte, pues para MERRYMAN, el *Civil Law* es una combinación de las siguientes sub tradiciones: el derecho civil romano, el derecho canónico, el derecho mercantil, la revolución –no sólo la francesa, sino el autor identifica ese término con todo un proceso que incluye la independencia de los Estados Unidos hasta la unificación alemana- y la ciencia jurídica<sup>128</sup>.

Luego de la caída del Imperio Romano de occidente –año 476 d.c.-, la Europa central y occidental abandonó el derecho romano a cambio del modelo jurídico

---

125 MARINONI, Luis Guilherme, *El precedente interpretativo*, op. cit., p. 224,

126 Ibidem

127 MERRYMAN, op. cit., p. 18

128 Ídem, p. 24

germánico, modelo vigente hasta entrada la Edad Medio, específicamente hasta fines del siglo XI, momento en que se descubrieron muchos textos romanos y coincidía con el nacimiento de las primeras universidades europeas:

*“El surgimiento de los modernos sistemas jurídicos occidentales a fines del siglo XI y durante el XII estuvo directamente relacionado con el nacimiento de las primeras universidades europeas. Allí, por primera vez en Europa occidental, el derecho se enseñó como cuerpo distinto y sistematizado de conocimiento, como una ciencia en que decisiones, reglas y aplicaciones jurídicas en particular eran estudiadas objetivamente y explicadas en función de principios generales y de verdades básicas para el sistema en su conjunto.”<sup>129</sup>*

En esos siglos donde recién empezaba a diferenciarse la política de la religión, donde las leyes e instituciones legales prevalecientes eran locales y consuetudinarias, mezcladas aún con creencias y prácticas religiosas, no se enseñaba ese derecho consuetudinario, local, casi religioso, sino que el derecho enseñado en las primeras universidades europeas –como unión de alumnos y maestros, que formaban su propia personería jurídica, llamadas *universitas*- era el contenido de un antiguo manuscrito encontrado en una biblioteca italiana a fines del siglo XI, dentro del cual se encontraba el Digesto, enorme colección de material jurídico compilado en tiempos del emperador romano Justiniano, cerca del año 534 d.c.<sup>130</sup>.

De esas universidades destacaron las ubicadas al norte de Italia, y más específicamente en Bolonia.

La compilación de material jurídico encontrado a fines del siglo XI tenía 4 partes: el Código, que comprendía 12 libros de ordenanzas y decisiones de los emperadores romanos anteriores a Justiniano; las Novelas, que contenían las leyes promulgadas por el propio emperador Justiniano; la Instituta, breve libro de texto planeado como introducción para iniciar a estudiantes de derecho; y el Digesto, cuyos 50 libros contenían toda una multitud de extractos de las opiniones de juristas romanos sobre una variedad de cuestiones jurídicas<sup>131</sup>. A

---

129 BERMAN, Harold J. , *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 130

130 Ídem, p. 131

131 Ídem, p. 137-138



sido luego de descubrirlo que todo ese conjunto descubierto fue denominado *Corpus Iuris Civilis*.

El Digesto –también denominado Pandectas- contenía opiniones sobre todos los temas conocidos- propiedad, testamentos, contratos, etc.

El Digesto no era un código en el sentido moderno: no trataba de exponer un conjunto de conceptos, principios y reglas de derecho que fuese completo, auto contenido, interna, congruente y sistemáticamente dispuesto, sino que se trataba de un conjunto de textos “*intensamente casuistas y ateóricos*”<sup>132</sup>, eran opiniones sobre casos reales y teóricos de pretores –magistrados.

Fueron los juristas medievales quienes, sobre la base del Digesto, sacaron “*las implicancias conceptuales, los que hicieron una teoría del derecho del contrato a base de tipos particulares de contratos romanos, quienes definieron el derecho de posesión, quienes elaboraron doctrinas de justificación al uso de la fuerza, quienes, en general, sistematizaron los antiguos textos sobre la base de vastos principios y conceptos*”<sup>133</sup>.

“(...) los textos eran estudiados y analizados profundamente, por medio de distintos métodos: gramatical, retórico, dialéctico. Eran armonizados por un complejo proceso de exégesis, pues los textos no eran siempre coherentes.”<sup>134</sup>

“Así nacieron las reglas, como por ejemplo, el legislador dijo más de lo que quería, o menos de lo que quería o la regla especial prevalece sobre la regla general, etcétera. Fue así como el Derecho pasó a ser enteramente absorbido por las universidades, en la que los expertos se ocupaban de analizar técnicas jurídicas (...)”<sup>135</sup>.

Así, estamos ante los orígenes de un rasgo fundamental en el *Civil Law*, cuál es la importancia de la doctrina<sup>136</sup>. Tan fundamental que, como sostiene OTEIZA<sup>137</sup>, se reconocerá como principales figuras en el *Common Law* a los jueces:

---

132 Ídem, p. 139

133 Ibidem

134 ALVIM WAMBIER, op. cit. p. 73

135 Ibidem

136 Ibidem

137 OTEIZA, op. cit. p. 354



*“(...) en la tradición angloamericana el juez es un héroe social (...). La aceptación de la idea del judge made law y de la doctrina del stare decisis se sustenta en una cultura que reconoce la capacidad de los jueces para articular soluciones por intermedio de sus decisiones que exceden los límites del caso concreto examinado. Para la tradición del civil law, en cambio, los lugares preponderantes son ocupados por legisladores (...) o académicos. Las creencias sociales arraigadas en cada una de ellas sobre el papel asignado a los jueces y a los legisladores tuvieron una particular trascendencia en los esquemas institucionales y jurídicos que precipitaron ambas tradiciones.”*<sup>138</sup>

Sin embargo, en nuestra opinión, el momento que determinó cómo conocemos al *Civil Law* fue la Revolución Francesa, la que sobre la base de la voluntad popular, canalizada a través del Parlamento, encumbró a la ley como “*fuerza suprema del derecho*”<sup>139</sup>, y convirtiendo al juez en mero medio para su aplicación, reconociendo la expresión de que ellos eran “*boca de la ley*”.

Una característica de la Revolución Francesa fue tener como objetivo abolir el *ancien regime* y destruir todo rastro del pasado, identificado con la explotación, los abusos y la injusticia, pasado en donde los jueces tenían el papel de proteger los privilegios de los monarcas, nobles y del clero:

*“Los jueces pre revolucionarios se negaban a aplicar la legislación que era contraria a los intereses de sus protegidos e interpretaban las nuevas leyes de cara a mantener el status quo y a no permitir que las intenciones progresistas de sus elaboradores fuesen alcanzadas.”*<sup>140</sup>

Precisamente, por ello:

*“La Revolución Francesa, sin embargo, procuró crear un derecho que fuese capaz de eliminar el pasado y las tradiciones hasta entonces heredadas de otros pueblos, mediante el olvido no sólo del derecho francés más antiguo, sino también de la negación de la autoridad del ius commune. El derecho común había de ser substituido por el derecho nacional.”*<sup>141</sup>

Fue notoria la diferencia con el caso de la Revolución Gloriosa:

---

138 *Ibidem*

139 GRAZIADEI, op. cit., p. 207

140 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 55

141 *Ídem*, p. 61

*“En Inglaterra, el juez estuvo al lado del Parlamento en la lucha contra el arbitrio del monarca, reivindicando la tutela de los derechos y de las libertades del ciudadano. Por eso mismo, al contrario de lo que ocurrió de cara a la Revolución Francesa, no hubo clima para desconfiar del poder judicial o para suponer que los jueces se posicionarían a favor del rey o del absolutismo.”<sup>142</sup>*

En efecto:

*“Los cambios que aquella [la Revolución Francesa] produjo se dirigieron directamente a desmontar un tejido social que, además, de sostenerse en “razones” de sangre, expresaba la existencia de múltiples mundos jurídicos, tantos como exigía la necesidad de identificar los rígidos límites de las distintas clases sociales.”<sup>143</sup>*

En el mismo sentido:

*“El movimiento revolucionario francés derriba todas las estructuras del antiguo régimen que podrían oponerse a la concentración de poder en los órganos revolucionarios. Se cierran las facultades de derecho y se suprimen los tribunales del antiguo régimen. Solo la ley puede garantizar los derechos de los ciudadanos. La voluntad general proclama la igualdad de todos ante la ley. Se niegan los derechos anteriores o precedentes respecto a la ley, derechos que sean contrarios a la razón y a la ley natural, apoyados a su vez por la razón y que tengan naturaleza u origen consuetudinario.”<sup>144</sup>*

Así pues, la eliminación del pasado se justificó en los ideales revolucionarios, y se consagró el dogma de que la ley es la expresión de la voluntad popular. Como sostiene WAMBIER *“la ley escrita debería ser la expresión de la voluntad de la nación francesa”<sup>145</sup>*. Consecuentemente, *“los jueces tenían que obedecer la ley, tenían que decidir los casos precisamente de acuerdo a la ley (...). Los jueces eran vistos como seres inanimados, obrando como si fuesen “la boca de la ley”<sup>146</sup>*.

---

142 Ídem, p. 34-35

143 MONROY, Juan. *Las Cortes Supremas en la Postmodernidad*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, p. 146

144 GRAZIADEI, op. cit., p. 206

145 ALVIM WAMBIER, op. cit., p. 73

146 Ibídem

Ello marca otra diferencia con el Common Law, pues el asegurar la vigencia de los principios de la igualdad y la previsibilidad, no lo estuvieron nunca confiados a la ley, sino a los jueces y a sus decisiones<sup>147</sup>:

*“La previsibilidad de las decisiones de los jueces se consideró como fin de la ley escrita, no de la jurisprudencia (...) sino como fines de la ley, del código.”*<sup>148</sup>

Así pues:

*“La Revolución Francesa pretendió prohibir al juez interpretar la ley. Se imaginaba que con una legislación clara y completa, sería posible al juez simplemente aplicar la ley y, de esta manera, solucionar los casos (...)”*<sup>149</sup>

Esta concepción sobre la interpretación del derecho trajo otro aporte de gran relevancia para todos los países herederos del *Civil Law*: el recurso de casación. El origen francés del recurso de casación es indiscutible. En efecto, el 27 de noviembre de 1790, la Asamblea Nacional francesa creó el Tribunal de Casación, con una única función: velar por la supremacía de la ley<sup>150</sup>.

En sus inicios, el Tribunal de Casación no era un órgano jurisdiccional sino, más bien, legislativo<sup>151</sup>, ello en el entendido que la creación del derecho y, por ende, la definición de lo que *“dice la ley”*, era de competencia del Poder Legislativo, mientras que era el Poder Judicial el encargado de sólo aplicar la ley o reproducir lo que esta dice.

Precisamente, el Tribunal de Casación, como vigilante de la actividad jurisdiccional<sup>152</sup>, una vez que detectaba que una resolución judicial no aplicaba el texto de la ley, la casaba –o anulaba- y luego la reenviaba –es decir, no se

---

147 TARUFFO, *El precedente judicial en los sistemas del civil law*, op. cit., p. 91

148 *Ibíd*em

149 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit. p. 62

150 HURTADO REYES, Martín. *La casación civil*, Lima, IDEMSA, 2012, p. 24

151 ARIANO DEHO, Eugenia, *Resoluciones Judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos*, Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 265.

152 CARRIÓN LUGO, Jorge. *Recurso de casación*, Lima, Iustitia – Grijley, 2012, p. 14

pronunciaba sobre el fondo del asunto- al Poder Judicial para que emita una nueva decisión<sup>153</sup>.

Si bien con el recurso de casación “*se tutelaba el poder del Parlamento frente al órgano jurisdiccional*”<sup>154</sup>, ello originalmente fue así para controlar a una judicatura aristocrática aún muy identificada con el *ancient regime*, por lo que se negaba a aplicar las leyes emitidas por la Asamblea Nacional francesa<sup>155</sup>. Así pues, la finalidad del recurso de casación fue “*evitar que los jueces del Antiguo Régimen (...), pudieran oponerse a los designios del Poder Legislativo democrático (...)*”<sup>156</sup>

El control de las resoluciones judiciales lo hacía el Tribunal da Casación en última instancia. Así, su estatuto procesal establecía la competencia para anular las resoluciones judiciales en “*dernier ressort*” –última instancia-, viciadas por contener “*une contravention expresse au texte de la loi*”, o por una violación de las formas del proceso, pero sin la facultad de conocer del “*fond des affaires*”<sup>157</sup>.

Es importante, para nuestros fines, precisar los alcances de la competencia del Tribunal de Casación para proceder a anular una resolución judicial que contravenga el texto expreso de la ley. Sobre ello, ASENCIO sostiene que al Tribunal no le interesaba inmiscuirse en la función judicial en tanto y en cuanto ésta aplique la ley –con lo que era posible que los jueces pudieran cometer errores *in iudicando* o *in procedendo*-. En efecto, téngase en cuenta que el objetivo era “*defender la separación de poderes, el poder legislativo frente a la inaplicación de la ley por parte de los tribunales*”<sup>158</sup>.

---

153 HURTADO REYES, Martín, loc. cit.,

154 DELGADO SUÁREZ, Christian, *Modelos de cortes supremas y revocación de precedentes vinculantes*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 248

155 ZELA VILLEGAS, Aldo. *El recurso de casación: entre el ser y el deber ser*. En: Manual de actualización civil y procesal civil, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 197

156 ASENCIO MELLADO, José María. *El Recurso de Casación*, En: Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal, Lima, Palestra, 2015, p. 479

157 ZELA, loc cit.

158 ASENCIO MELLADO, loc. cit.



De este modo, sigue el mismo autor, en el modelo original la casación sólo se dirige a controlar exclusivamente la inaplicación de la ley, no la defectuosa aplicación de la misma, con lo que tenemos un matiz al control de la contravención de una sentencia al texto de la ley. Ello reafirma que el Tribunal de Casación era un órgano legislativo y, por ello, cumplía sólo una función negativa:

*“Nunca, pues, el órgano casacional entraba en el fondo emitiendo una nueva sentencia, pues su falta de jurisdiccionalidad y su función política se lo impedían”*<sup>159</sup>

Por tanto, al inicio, el recurso de casación –revolucionario- sólo revisaba y casaba casos en los que los tribunales ordinarios negaban la aplicación de la ley, sin revisar, reiteramos, su defectuosa aplicación.

En el mismo sentido, QUIROGA afirma que el *Tribunal de Cassation*, como órgano legislativo, tuvo como finalidad *“fiscalizar las infracciones que atacaban a las leyes, las que negaban la existencia o incumbencia de una ley (contravention exprese au texte de la loi)”*<sup>160</sup>.

Por tanto, vemos que en el modelo original de la casación, éste sólo defendía la ley ante su no aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales que, por su afinidad al *ancien regime*, se negaban a reconocer la autoridad de la ley y, por ende, a aplicarla. Este modelo original no se inmiscuía en los casos en que la ley haya sido aplicada, a pesar de poder estar mal interpretada, pues se consideraba que no se debía intervenir en la función judicial.

Por ello mismo, una vez que se casaba la resolución infractora, se reenviaba el caso al Poder Judicial para que resuelva el caso concreto. Como sostiene ASENCIO, este modelo original resguardaba el denominado *ius constitutionis* en estado puro<sup>161</sup>.

---

159 Ibidem

160 QUIROGA LEÓN, Aníbal, *La Casación Civil. Mito y realidad*, en: *Derecho PUCP*, Lima, número 52, 1999, p. 716

161 ASENCIO MELLADO, op. cit., p. 479



Agrega ASECIO que aún no se buscaba cumplir aún un fin unificador de la jurisprudencia, por lo que para esa época no se podía reconocer en la casación tal función:

*“No se pretendía, pues, función alguna unificadora de la ley (aunque se consiguiera indirectamente). Lo que se pretendía era solo la vinculación del Poder Judicial a lo dispuesto por el Legislativo.”<sup>162</sup>*

Ahora bien, pronto el Tribunal de Casación fue reemplazado por la *Cour de Cassation*, creada por Senado Consulto del 28 Floreal del año XII<sup>163</sup>, momento en el cual se inicia la transición de órgano puramente legislativo a un órgano puramente jurisdiccional, ubicado en el vértice de la organización judicial<sup>164</sup>:

*“(…) tal vez ya se vislumbraba la dificultad práctica de exigirle a los jueces la exposición de sus dudas al legislativo, bien por el trabajo excesivo y prácticamente inviable que sería sometido al legislador en caso todas las dificultades interpretativas le fuesen anunciadas”<sup>165</sup>*

En efecto, la realidad imponía la dificultad de la tesis revolucionaria del “juez boca de la ley”:

*“El civil law carga, a partir de las banderas de la Revolución Francesa, dogmas que todavía sirven para negar conceptos e institutos que, aunque no se adhieren a su teoría o tradición, se muestran indispensables delante de la práctica y de la realidad de países que se formaron a partir de la doctrina de la separación estricta de poderes y de la mera declaración de la ley.”<sup>166</sup>*

Como sostiene BULLARD: “creer que la ley es un texto capaz de determinar el sentido de la decisión jurisprudencial es un acto de ingenuidad”<sup>167</sup>. Afirma MARINONI:

*“No obstante, ni al “descubrirse” que la ley es interpretada de diversas formas y, visiblemente, que los jueces del Civil Law de forma rutinaria*

---

162 ASECIO MELLADO, op. cit., p. 481

163 Fecha identificada con el 18 de mayo de 1804 (HURTADO REYES, op. cit., p. 25)

164 ARIANO DEHO, *Resoluciones judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada*. op. cit, p. 266

165 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit.,p. 64

166 Ídem, p. 19

167 BULLARD, Alfredo. op. cit. p. 253

*deciden e diferentes modos los “casos iguales”, se abandonó la suposición de que la ley es suficiente para garantizar la seguridad jurídica”<sup>168</sup>.*

Ello advierte desde ya la incoherencia del modelo revolucionario, pues se quiso mantener el dogma de que el juez no podía interpretar la ley, pero se tuvo que aceptar la creación de un órgano jurisdiccional cuya única función era precisamente interpretar la ley, y más aún interpretarla de modo correcto. Esta interpretación única y correcta, debemos aceptarlo, ya no provenía de la ley, sino de la decisión de un órgano jurisdiccional, de un conjunto de jueces:

*“De cualquier forma, es imprescindible e importante notar que la Corte de Casación, hoy, Tribunal jurisdiccional destinado a asegurar la uniformidad de la interpretación de la ley, tiene origen en un órgano no jurisdiccional instituido para evitar que la voluntad de los jueces se sobrepusiese a la voluntad de los habitantes del parlamento. De órgano destinado a garantizar la supremacía de la ley a órgano destinado a afinar y velar por una única interpretación de la ley: he ahí la verdadera mutación por la cual la casación paso.”<sup>169</sup>*

Esta forma de concebir el derecho y la labor judicial empieza a calar profundamente en el Common Law a fines del siglo XIX, debido a las críticas de la Escuela del Derecho Libre y a las del francés Francois GENY, representante del método de la Libre Investigación Científica<sup>170</sup>, al modelo post revolucionario. Nos dice RODRÍGUEZ SANTANDER:

*“Esta nueva concepción del Derecho trae consigo una redimensión de la función del Juez, pues si bien el legislador también debe tener en consideración los valores al momento de dictar la ley, la determinación de si dicha ley es en efecto compatible con ellos, se pone a prueba en el momento de su aplicación. Será al juez a quien en última instancia corresponda buscar la compatibilidad entre ley y valores, de forma tal que el Derecho positivo atienda a su finalidad, a saber, componer las relaciones sociales.”<sup>171</sup>*

GLAVE sostiene que, paralelamente, a una progresiva desaparición de la desconfianza hacia el juez, se reconocía *“su labor interpretativa, que colaboraba*

---

168 MARINONI, op. cit., p. 16

169 Ídem, p. 66

170 TARUFFO, *el precedente judicial en los sistemas del Civil Law*, op. cit., p. 91

Crf. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, op. cit., p. 24-26

171 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 30

con la labor legislativa, con lo que se dejó ver la gran importancia de la uniformidad jurisprudencial como fin casacional<sup>172</sup>. En efecto, a inicios del siglo XX, CALAMANDREI empieza a hablar de la uniformidad de la jurisprudencia como una nueva finalidad del recurso de casación

La función dikelógica de la casación nace en el siglo XX, en medio de una revaloración de la actividad jurisdiccional en cuanto a la creación del derecho<sup>173</sup>. Es así que, esta función busca *“proteger al litigante, pretendiendo cautelar sus intereses –privados, a diferencia de los intereses públicos de las funciones tradicionales-, generando la posibilidad que con el recurso de casación se busque hacer justicia al caso concreto (...)*<sup>174</sup>, con ello, es claro que esta función está íntimamente vinculada con el *ius litigatoris*<sup>175</sup>.

Es un modelo casatorio –mezclado con tres funciones que encierran valores diversos- que impregnan los modelos de Corte Suprema y de casación que se incorporan al Perú desde fines del siglo pasado.

Este modelo de creación, interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces marca diferencias con el *Common Law*:

*“Cuando pensamos en los sistemas del civil law de hoy, pensamos en un corpus de reglas cuyo significado es deducido de principios generales y están ordenadas sistemáticamente en códigos que poseen textos fijos y dotados de autoridad. Esos textos pueden ser interpretados de nuevas maneras, pero la formulación lingüística permanece igual. De manera distinta, el common law aparece más como un conjunto de reglas inferidas de decisiones de casos particulares. Los enunciados jurídicos son siempre provisionales, pues continuamente son reformulados a través de ampliaciones y restricciones de sus términos a medida que surgen nuevos casos”*<sup>176</sup>

Sin embargo, a pesar de las profundas diferencias, los precedentes emanados de cada sistema pueden y deben tener más similitudes que diferencias. A

---

172 GLAVE MAVILA, Carlos. *El Recurso de Casación en el Perú*. En: Derecho & Sociedad, Lima, 38, p. 104

173 ASECIO, op. cit., p. 488

174 HURTADO REYES, op. cit., p. 103

175 Ídem, p. 104.

176 DA ROSA DE BUSTAMANTE, op. cit., p. 16

propósito de la *Cour de Cassation* francesa, tenemos al Presidente de ésta entre los años 1999 y 2007, Guy CANIVET que nos dice:

*“La Cour es consciente de la necesidad de legitimar, por medio de argumentos que se exteriorizan para la comunidad jurídica y para toda la sociedad, el derecho jurisprudencial elaborado por ella.*

*(...)*

*(...) la cour de cassation es llamada a desempeñar una tarea mayor en la estabilización de la norma de derecho privado y a solucionar casos de fuerte apelación moral, social y económica (...).*

*El juicio phrase unique, que es destinado a traducir estrictamente la voluntad del legislador bajo la forma de un silogismo, es manifiestamente insuficiente para desempeñar la tarea pedagógica que los ciudadanos esperan de las decisiones judiciales: el tecnicismo y la falta de accesibilidad del juicio acaban por arruinar su autoridad”<sup>177</sup>*

Más aún, seguimos con CANIVET, quien manifiesta:

*“El derecho no tan solo regula relaciones sociales, sino también refleja valores sociales ampliamente compartidos. El juez comprende el derecho de su sociedad como conjunto coherente que interacciona con una realidad social en movimiento perpetuo. Ese es claramente el caso de los países del common law (...) pero es también el caso de los países de civil law, como el mío, donde los tribunales completan y dan sentido a los cambios en la ley a través de su trabajo de interpretación (...)”<sup>178</sup>*

Esta comprensión de la nueva labor de los jueces ha dado en el acercamiento inevitable de ambas tradiciones. En efecto, la teoría actual de neo constitucionalismo –o, sencillamente constitucionalismo- se le da mayor poder al juez del *Civil Law*, y ello se aprecia, entre otras cosas, en la valoración o importancia de los hechos al momento de resolver un conflicto en base a principios o cláusulas generales, donde su *“textura más abierta y alcance más generalizado”<sup>179</sup>* exige la detenida identificación de los hechos de cada caso concreto.

Sin embargo, a pesar que la idea de que el juez ya no está subordinado a la letra de la ley, en el *Civil Law*, ello no impide que al momento de resolver un caso hayan desaparecido las diferencias con el *Common Law*, al contrario, estas

---

177 Ídem, p. 42-43

178 Ídem, p. 35-36

179 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 296



permanecen, partiendo del hecho, por ejemplo, al momento de resolver conflictos, ya que para aplicar una consecuencia jurídica, los hechos ya están previamente seleccionados y determinados por las normas jurídicas<sup>180</sup>.

Por tanto, a pesar del acercamiento, las diferencias persisten. Seguidamente, nos referiremos a los alcances de la teoría responsable de este acercamiento.

### 1.3. **El Neoconstitucionalismo y su influencia en el Civil Law.**

A mediados del siglo XX se postula que los jueces ya no están atados, única y exclusivamente, a las reglas<sup>181</sup>, sino sobre todo a la Constitución, por ello mismo, pueden oponerse, por ejemplo, a una decisión mayoritaria proveniente del Parlamento sólo en caso éste haya sobrepasado los límites impuestos por la Constitución.

El neoconstitucionalismo –o constitucionalismo- tiende un nuevo puente entre el *Common Law* y el *Civil Law*, y creemos que mayor influencia ha ejercido en este último, por lo que para entender esta influencia es necesario reiterar, a grandes rasgos, que antes de éste estábamos ante un “*Estado Legislativo*”<sup>182</sup>, donde la producción jurídica era monopolio del Estado y había un respeto a la ley: “*la norma legislada se convierte en factor de unidad y estabilidad del derecho*”<sup>183</sup>. En esta etapa, se añade, la jurisprudencia no es considerada como productora del derecho<sup>184</sup>.

Según PRIETO SANCHÍZ, el neoconstitucionalismo:

*“Es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos (...).”*

---

180 *Ibíd*em

181 CAMPOS BERNAL, Heber Joel, *El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro*, *en*: Control judicial y activismo judicial, Lima, ARA Editores, 2012, p. 314.

182 DA ROSA DE BUSTAMANTE, *op. cit.* p. 258

183 *Ibíd*em

184 *Ibíd*em.



*En líneas generales, esta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior (...), la Constitución se postula como jurídicamente superior (...) y su garantía se atribuye al más “neutro” de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial. (...).*

*La segunda tradición, en cambio, concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado (...) en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas (...).*

*También en líneas generales, cabe decir que esta es la concepción del constitucionalismo nacido de la revolución francesa.”<sup>185</sup>*

Como se aprecia, estamos ante una nueva visión del derecho en donde la Constitución se presenta como una norma efectiva y vigente en todo ordenamiento jurídico, como norma suprema. Y donde el juez tiene un papel protagónico como garante de los derechos y contralor del poder.

Citando a GUASTINI, VELEZMORO nos dice sobre el constitucionalismo:

*“Proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”<sup>186</sup>*

Como ya hemos mencionado, existe un acercamiento entre ambas tradiciones, y ello se puede ver en la nueva relación que entre el judicial y el legislativo establece el constitucionalismo:

*“(...) en el Estado Constitucional entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existe una relación de jerarquía, sino de complementación en el ejercicio de unas funciones cuya separación absoluta ha quedado relativizada. Así, por ejemplo, con la misma firmeza con la que cabe*

---

185 PRIETO SANCHIZ, Luis. *Derechos Fundamentales y neoconstitucionalismo y ponderación judicial* Lima, Palestra, 2002, p. 111-113

186 Velezmoro, Fernando, *El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo*, en: Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Lima, Grijley, 2010, p. 128

*defender la constitucionalidad de los juicios políticos provenientes fundamentalmente de la tradición anglosajona, llevados a cabo en el seno del Parlamento, cabe también defender la doctrina del mismo origen conforme a la cual en determinadas circunstancias la sentencia actúa como verdadera fuente de Derecho*<sup>187</sup>

Así pues, los precedentes no sólo tendrán una importancia en cuanto a la interpretación y uniformización del derecho, sino en tanto controladores de los excesos de poder.

*“La dificultad en ver el papel del juez bajo el neoconstitucionalismo impide que se perciba que la tarea del Juez del civil law, en la actualidad, está muy próxima de la ejercida por el juez del common law”*<sup>188</sup>

En efecto, la interpretación alcanza un papel relevante, pues el control del poder y la defensa de los derechos exige que el “centro de gravedad del Derecho se traslada así del texto a su valoración, del enunciado a la norma concretizada por el intérprete”<sup>189</sup>. En síntesis: “el problema central del Derecho actual es el problema de su interpretación”<sup>190</sup>.

Hay un efecto trascendental en el Derecho a partir del cambio de centro de gravedad propiciado por el Neoconstitucionalismo, pues ahora las decisiones de los jueces sí importan, y sí afectan políticas estatales y sí tienen influencia decisiva en las sociedades contemporáneas. Es dentro de este marco en que pretendemos se revalore el precedente, pues la decisión judicial no es expresión exclusiva de las mayorías, sino una expresión de los valores y derechos de nuestro tiempo, de los derechos muchas veces excluidos pero que deben ser escuchado, protegidos y afirmados. Es el precedente –o la jurisprudencia, en general- el mecanismo para ello:

*“Es decir, se trata de una herramienta para la incorporación “de aquello sobre lo que no se vota” que es, en esencia la actividad de los Tribunales Constitucionales en las sociedades contemporáneas. Si aquello sobre “lo que sí se vota” se concreta a través de las decisiones del Tribunal*

---

187 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. op. cit. p. 20

188 MARINONI, *precedentes obligatorios*, op. cit., p. 78

189 GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú*. En: Estudios al precedente constitucional, Lima, Palestra, 2007, p. 80.

190 *Ibidem*

*Constitucional, parecen reclamar nuevas formas de expresión para hacer su ingreso en el sistema de fuentes del Derecho.*<sup>191</sup>

El constitucionalismo tiene algunas características:

- a. Vinculación de la Constitución a todo el sistema jurídico, sobre el Estado y sobre la sociedad.
- b. El órgano jurisdiccional es el garante de la vinculación constitucional. A este se puede acudir y éste garantizar la primacía constitucional.
- c. La Constitución vista de este modo, modifica el método en que debe ser interpretada: se distingue entre principios y reglas.

Los principios, por su propia estructura –diferente a las reglas- posibilita una multiplicación de normas jurídicas para casos iguales, lo que puede ocasionar inseguridad jurídica y falta de previsión, por ello es necesario que las cortes sean capaces de dictar normas –o precedentes- de aplicación general aplicable para casos futuros similares.

Por ello, el constitucionalismo no puede prescindir de los precedentes obligatorios, los que deben ser emitidos por un supremo tribunal que, al tener la última palabra, establece el significado de las normas constitucionales<sup>192</sup>.

- d. La Constitución se *“encuentra dotada de un contenido material moral explícito: los derechos fundamentales”*<sup>193</sup>, que adoptan forma de principios.
- e. La Constitución contiene principios de signos distintos, a veces contrapuestos.
- f. El conflicto entre principios se resuelve con ponderación, no subsunción, el juez valora el peso de cada principio en conflicto, lo que da pie a nunca una única solución, sino diferentes.

Ello impone una nueva visión de pensar y aplicar el derecho y pone en debate la legitimidad misma de las Cortes de ampliar su rango de actuación, que muchas veces ha colisionado con lo que el Poder Legislativo ha considerado tradicionalmente sus fueros.

---

191 Ídem p. 81

192 MARINONI, *El precedente interpretativo*, op. cit. p. 217

193 VELEZMORO, op. cit., p. 128

Desde este punto de vista, vemos que el constitucionalismo, impone un activismo judicial que puede orientarse en dos sentidos. Un tipo liberal y conservador. El liberal, que sostiene básicamente que los jueces tienen legitimidad democrática para proteger o reconocer derechos en base a consideraciones morales o éticas. Así, el juez puede oponerse a una decisión mayoritaria del Parlamento, en aras del reconocimiento de derechos individuales, sin por ello violar la Constitución<sup>194</sup>.

El conservador, en cambio, subraya que los jueces tienen legitimidad democrática sólo para resolver conflictos jurídicos en función del derecho preexistente, s pena de atentar contra el principio de separación de poderes<sup>195</sup>.



---

194 CAMPOS BERNAL, Heber Joel, op. cit., p. 313

195 Ibídem



## CAPÍTULO 2

### EL PRECEDENTE DESARROLLADO EN LAS TRADICIONES DEL COMMON LAW Y DEL CIVIL LAW

Como hemos visto en el primer capítulo, el nuevo constitucionalismo implica una nueva forma de entender el derecho. Uno de sus principales efectos es el replanteo de la función judicial –o activismo, diría Bernal Pulido- la que amerita convertirse en un verdadero poder, contralor de los otros poderes, evitando sus excesos siempre limitado por la Constitución.

Una de las expresiones en el que Poder Judicial –o el Tribunal Constitucional- limitará los excesos de poder será –qué duda cabe- a través de sus decisiones judiciales y, para nuestros efectos, el precedente.

El precedente deberá ser un medio para lograr seguridad jurídica e igualdad, pero tanto éste –como el Poder Judicial-, debe estar en paridad con las exigencias del nuevo constitucionalismo y alejado de una teoría formalista de la interpretación.

Antes de ver la situación actual del precedente en el Perú, creemos es importante referirnos cómo se entiende éste en el *Common Law* y en el *Civil Law*, para luego definir cómo debe ser entendida la función de éste dentro del neo constitucionalismo –o, simplemente, constitucionalismo- y la teoría de la interpretación, pues sólo así podremos entender, en nuestra opinión, cómo se debe entender un precedente como real instrumento para intentar lograr seguridad jurídica e igualdad. En otras palabras, de nada nos servirá que una Corte Suprema emita muchos precedentes al año si se sigue una teoría formalista de interpretación, pues no se entenderá al precedente como un instrumento real de influencia en la sociedad, sino como una norma jurídica más que los jueces inferiores deberán seguir, cuando lo realmente importante son los argumentos utilizados por la Corte Suprema, a la luz de los hechos de cada caso.

## 2.1. Las decisiones vinculantes en el *Common Law* y en el *Civil Law*.

### 2.1.1. Características de la doctrina del *stare decisis et non quieta movere*.

Como hemos visto, el *Common Law* y el *Civil Law* entienden de modo diferente el funcionamiento del derecho y de sus instituciones –especialmente los poderes legislativo y judicial-, y ello a través de siglos de historia que, han determinado cómo funciona actualmente cada una de dichas tradiciones.

En nuestra opinión, es importante comprender -en líneas generales- cómo funciona el precedente en el *Common Law*, pues es innegable su influencia no sólo en los sistemas del *Civil Law* -y viceversa-, sino específicamente en el Perú. Por ello, si vamos a referir las bondades de tener y fomentar los precedentes en el Perú, debemos saber cómo se entiende y cómo funciona en esa tradición – donde creemos que funciona con cierto éxito-, pues, para empezar, no debe concluirse que deba ser todo importado al Perú –aunque es innegable que conceptos como *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *overruling* ya son utilizados por nuestro Tribunal Constitucional-, pero sí saber qué puede ser utilizado o aprendido, para así crear una propia institución ajustada a nuestra realidad.

*“El gran problema que se establece (...) es que, el discurso sobre la necesidad respecto a los precedentes y su aplicación concreta sólo puede ser recogido en un manantial teórico extraño a la tradición romano – canónica. Si es verdad que las razones para seguir precedentes son comunes a ambas tradiciones, también lo es que sólo en la tradición del *Common Law* se debe buscar los medios por los cuales los precedentes pueden ser correctamente identificados y aplicados en juicio. Es a partir de aquella tradición que la cultura [latinoamericana] debe pensar – críticamente- respecto a la adopción de un sistema de precedentes”<sup>196</sup>*

Por tanto, si se conoce el precedente en el *Common Law*, podemos saber qué podemos utilizar como referentes en el Perú, y que no.

*“El punto acá es mostrar que tal doctrina [el *stare decisis*] no puede aplicarse irreflexivamente. Así, debe colocarse como un elemento central que el precedente vinculante no es una técnica simple o mecánica, sino*

---

196 Mitidiero, Daniel, *Fundamentación y precedente: dos discursos a partir de la decisión judicial*, en: Revista Derecho y Sociedad, No. 40, Lima, p. 277

*que requiere del conocimiento y empleo de consideraciones muy relevantes al momento de aplicarlas*<sup>197</sup>

Es entendible pues, que el juez del *Common Law* tenga altas calidades jurídicas, requisitos indispensables para un buen y satisfactorio uso del precedente, notoria diferencia con la realidad judicial que vive nuestro país, lo que nos lleva más aún a ser reflexivos sobre una incorporación irreflexiva de esta doctrina.

Pues bien, como sabemos el *stare decisis* se puede entender como “*la eficacia vinculante de los precedentes*”<sup>198</sup>, se trata de la doctrina –relativamente reciente, como se ha visto- que dota de obligatoriedad al precedente.

Según Landa, el *stare decisis* es el principio por el cual los jueces anglosajones se encuentran vinculados por sus decisiones en casos anteriores, y tiene efecto vertical (hacia los inferiores), como horizontal. Los jueces inferiores se deberán así, sujetar a determinados parámetros al momento de emitir sus decisiones, “*siempre y cuando se constate la similitud del caso*”, para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley del justiciable<sup>199</sup>:

*“(...) el principio de stare decisis deriva de una concepción del Derecho según la cual “éste no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos [...] como un conjunto abierto de reglas concretas que dan directamente la solución a los litigios definidos”*<sup>200</sup>

Una primera aproximación es la característica del *Common Law* como un derecho de casos –*case law*-, pues sus decisiones se resuelven en base al caso que se tiene que resolver y los anteriores, haciendo un trabajo de identificación de hechos relevantes y no relevantes, a fin de aplicar la regla de derecho anterior, por tanto, la nota distintiva del precedente en el *Common Law* son los hechos:

---

197 Liendo Tagle, Fernando, op. cit., p. 200

198 Marinoni, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 14

199 LANDA ARROYO, César, *Los precedentes constitucionales*, op. cit., p. 91

200 *Ibídem*

*“(...) la aplicación de un precedente dependerá, sobre todo, de las similitudes o diferencia fácticas que existan entre el caso a resolver y el caso del que emanó el precedente.”<sup>201</sup>*

Ello, como se puede apreciar, implica para el juez no sólo conocer a detalle el caso que se le somete para resolver sino, además, conocer a nivel casuístico igualmente la decisión que se presenta como precedente, para decidir si debe o no debe ser aplicado:

*“Así, el sistema de precedentes opera a partir del establecimiento de analogías y distinciones fácticas entre las controversias; lo relevante son las similitudes fácticas entre el caso que contiene el precedente y el nuevo litigio.”<sup>202</sup>*

El precedente, en el *Common Law*, no es una regla de derecho, en el sentido que no es *ex profeso* creada o establecida por el primer juez, sino que la misma hay que determinarla o materializarla conforme a los hechos probados del caso particular:

*“Los precedentes no son equivalentes a las decisiones judiciales. Ellos son razones generalizables que pueden ser identificados a partir de decisiones judiciales. El precedente es formado a partir de la decisión judicial. Y por tener materia prima la decisión, el precedente trabaja esencialmente sobre hechos jurídicos relevantes que componen el caso examinado por la jurisdicción y que determinaron la emanación de la decisión de la forma como fue proferida.”<sup>203</sup>*

Pero el precedente no es sólo un trabajo sobre los hechos jurídicos relevantes, sino que también se forma con argumentos o enunciados jurídicos: enunciados jurídicos y hechos o circunstancia que lo motivaron, son inseparables<sup>204</sup>.

Otra característica del precedente es su trascendencia. Por tanto, el precedente no sólo se trata sobre una determinada cuestión jurídica, sino que tiene *“cualidades externas que escapan a su contenido”<sup>205</sup>*, elaborando una tesis

---

201 LIENDO TAGLE, op. cit., p. 194

202 Ídem, p. 195.

203 MITIDIERO, op. cit., 177

204 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. it., p. 253

205 Ídem, p. 251



jurídica donde se analizan los “principales argumentos relativos a una cuestión de derecho”<sup>206</sup>, dando una solución judicial “que pasa por diversos casos”<sup>207</sup>.

Pero no se puede hablar ni comprender el precedente en el *Common Law*, sin acudir a los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dictum*.

Para la doctrina en general, la *ratio decidendi* es “la clave de la doctrina del precedente”<sup>208</sup>, ello en la medida que es un concepto referido a la “eficacia del precedente”<sup>209</sup>.

Sin embargo, la definición de la *ratio decidendi* no es un tema pacífico en el *Common Law*, donde “existen versiones diferentes”<sup>210</sup>, y es “considerablemente ambigua”<sup>211</sup>, pero lo que sí se puede afirmar es que la *ratio decidendi* tiene un valor propedéutico indiscutible, pues allí se afirma la forma en que deben actuar los ciudadanos, por lo que sus alcances exceden el interés privado de las partes<sup>212</sup>.

Sobre la *ratio decidendi*, se puede concluir como el extremo del precedente que contiene la eficacia vinculante, es decir, es el razonamiento o interpretación de derecho que vincula, pero como decimos, no se trata de un tema pacífico:

*“El precedente puede ser identificado con la ratio decidendi de un caso o de cuestión jurídica, también conocido como holding del caso. La ratio decidendi constituye una generalización de las razones adoptadas como pasos necesarios y suficientes para decidir un caso o las cuestiones de un caso por el juez. (...) la ratio decidendi debe ser formulada por abstracciones realizadas a partir de la fundamentación de la decisión judicial.”*<sup>213</sup>

---

206 *Ibidem*

207 *Ibidem*

208 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995, p. 81

209 TARUFFO, Michele. *Dimensiones del Precedente Judicial*. *En*: Jus Constitucional, Lima, enero, 1, 2008, p. 32

210 *Ídem*, p. 33

211 *Ibidem*

212 Ramírez Jiménez, Nelson, *op. cit.*, p. 237

213 Mitidiero, *op. cit.*, 177

Por tanto, si bien la *ratio decidendi* se encuentra en la misma decisión judicial, no es esta misma, no es tanto el fundamento ni el racionio judicial utilizados en el caso mismo, pero se forma a partir de éstos, y ello porque la *ratio decidendi* tiene relación con la unidad del derecho, con la trascendencia de la decisión, por lo que se asemeja más a una regla de derecho.

*“La ratio decidendi en el Common Law, es extraída o elaborada a partir de los elementos de la decisión, esto es, de la fundamentación, en lo dispositivo y del reporte. Así, cuando se relacionan los llamados “requisitos de la sentencia” ella ciertamente es “algo más””*<sup>214</sup>

De lo dicho se entiende que la *ratio decidendi* es “algo externo”<sup>215</sup> a la parte dispositiva, a la fundamentación y a la parte expositiva, de una sentencia, pero es “formulado a partir de éstas”<sup>216</sup>.

Si ello es así, es decir, si la *ratio decidendi* es “algo externo” a la decisión, consideramos que su identificación en una decisión anterior “depende en gran medida, de la interpretación del precedente realizada por el juez del caso sucesivo”<sup>217</sup>. De la misma opinión es MAC CORMICK:

*“Es una cuestión controvertida si hay o no una ratio que ha de ser encontrada obligatoriamente en una determinada decisión, o si la llamada ratio es simplemente una proposición de derecho que un tribunal o tribunales posteriores encuentran oportuno adscribir a una anterior decisión como base de que podría entonces ser empleada para ayudar a justificar alguna decisión posterior”*<sup>218</sup>

Como sostiene ITURRALDE, ello solo muestra que “la práctica de los tribunales respecto al uso de concepto de *ratio decidendi* es muy variado e incluso inconsistente”<sup>219</sup>. Más aún, nos dice que “no hay reglas para determinar la *ratio decidendi* de un caso, aunque hay algunas pautas”<sup>220</sup>. Por ello, ante un mismo caso resuelto, el juez posterior “tiene una discreción que no está regulada por

---

214 Marinoni, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 258-259

215 Ídem, p. 259

216 Ibidem

217 TARUFFO, Michele. *Dimensiones del Precedente Judicial*. En: *Jus Constitucional*, op. cit., p. 34

218 Citado por Iturralde Sesma, Victoria, op. cit. p. 81

219 Iturralde Sesma, Victoria, op. cit. p. 83

220 Ídem, p. 94

*ninguna regla de la doctrina del precedente*<sup>221</sup>, y ello está dado porque el juez, cada juez, tiene varias y posibles interpretaciones de solución al caso previo elegido.

Veamos el ejemplo plasmado por ITURRALDE en el caso *Donoghue v. Stevenson* [1932, Inglaterra]<sup>222</sup>. En este caso, la demandante, Mrs Donoghue, planteó una indemnización por daño a unos fabricantes de bebidas gaseosas por ella haber bebido un poco del contenido servido de una botella opaca de cerveza de jengibre Stevenson, antes de descubrir en el contenido restante los restos de un caracol descompuesto, hecho que le causó gastroenteritis y shock nervioso. La presencia del caracol fue debido a un error del fabricante.

De este caso se pueden desprender las siguientes reglas, que van de una interpretación restrictiva a una amplia:

- a. Los fabricantes escoceses de cerveza de jengibre en botellas opacas tienen un deber de cuidado de no permitir que caracoles muertos entren en el producto.
- b. Los fabricantes de cerveza de jengibre en botellas opacas tienen un deber de cuidado de no permitir que ningún caracol entre en el producto.
- c. Los fabricantes de productos de comida y bebida tienen un deber de cuidado de no permitir que ningún cuerpo extraño nocivo entre en el producto.
- d. Los fabricantes de productos que los venden de tal manera que se entiende que se proponen alcanzar al último consumidor de forma que lo deje sin ninguna posibilidad razonable en la preparación o conservación de los productos resultará un daño para la vida o la propiedad del consumidor, tienen un deber respecto del consumidor de tomar ese cuidado razonable.

Cualquiera de las reglas mencionadas pueden calzar como una a ser tenida como precedente para resolver un caso, entendiéndose como concepciones que van de una minimalista (restrictiva, profundamente condicionada a los hechos

---

221 Ídem, p. 93

222 Ídem, p. 91

del caso anterior) a una maximalista (más general y abstracta, parecida a una regla general de derecho)<sup>223</sup>.

Si bien se muestra que la determinación de la *ratio decidendi* es muy variable, también demuestra flexibilidad y dinamismo, lo cual es positivo si lo que se desea es evitar soluciones injustas o buscando decisiones justas al caso<sup>224</sup>. En efecto, la *ratio decidendi* es una institución dinámica, pues se trata de obtener la justicia del caso que se tiene que resolver, por ello, no es una regla jurídica abstracta, general o estática.

No obstante ello, hay métodos para identificar la *ratio decidendi*, Marinoni nos refiere dos:

- a. Prueba de Wambaugh, que establece que la *ratio decidendi* “es una regla general en cuya ausencia el caso será decidido de otra forma”, la cual la doctrina contemporánea del *Common Law* ha señalado como falsa<sup>225</sup>.
- b. Prueba de Goodhart, la cual da mayor énfasis a los hechos que la anterior, y según la cual se deben determinar todos los hechos del caso, como vistos por el juez y, después, identificar cuáles de estos hechos el juez admitió como material o fundamental para decidir. Adicionalmente a ello, también es importante la decisión que en ellos se fundó<sup>226</sup>.

Con ello se ratifica que en la formación de la *ratio decidendi* no solo debe haber un conocimiento profundo del caso que sirve como precedente: identificando los hechos y las razones que subyacen a la conclusión<sup>227</sup>. Pero también de los hechos del caso que se va a resolver. Por tanto, la determinación y uso de la *ratio decidendi* demanda conocimiento y mucha responsabilidad

*“[La] motivación resulta imprescindible (...), en el que lo vinculante no son las decisiones judiciales en sí mismas, sino la ratio decidendi, y ésta sólo puede ser obtenida analizando el razonamiento de tribunal”<sup>228</sup>*

---

223 LIENDO TAGLE, op. cit., p. 127

224 Ibídem

225 MARINONI, *precedentes obligatorios*, op. cit., p. 260-261

226 Ídem, p. 263

227 Ídem, p. 267

228 ITURRALDE SESMA, op. cit., p. 100



Por tanto, no basta la invocación de un precedente para la solución de un caso, sino que se tiene que precisar -o motivar- cuál fue la *ratio decidendi* en el caso anterior, pero como vimos, ello le da una gran flexibilidad al precedente a fin de llevar –teóricamente- una solución justa al caso que se desea resolver. Ello, como veremos en el tercer capítulo, puede llevar a una multiplicidad de criterios en la cortes inferiores adscritas al Common Law, sobre los asuntos que no llegan a sus cortes supremas, no obstante el relativo éxito del precedente en esta tradición jurídica.

Ahora bien, MARINONI refiere, por ejemplo, que cuando la corte posterior, antes de aplicar un precedente, necesita definir lo que realmente la obliga, vale decir necesita tener delineada la *ratio decidendi* del caso ya resuelto, no sólo debe poner atención al lenguaje del precedente –hechos y cuestión de derecho-, sino también a lo juzgado antes y, principalmente, después del precedente, que puede explicar el significado de las declaraciones contenidas en un precedente interpretado<sup>229</sup>. Ello, en nuestra opinión, sirve para poder delimitar el ámbito de aplicación de la *ratio decidendi* del caso anterior, lo cual, ciertamente, reduce el margen de interpretación de los jueces de los casos posteriores sucesivos, reduciendo, a la vez, la multiplicidad de criterios y confirmando seguridad jurídica al sistema.

En conclusión, determinar la *ratio decidendi* no es una tarea sencilla, pero no se puede completar una exposición sobre éste instituto si no hablamos del *obiter dictum*, sin el cual, tampoco puede haber una definición satisfactoria del primero.

Una definición general del *obiter dictum* es que consiste en “*todo lo que no entra en la ratio decidendi*”<sup>230</sup>. En otras palabras, son todas aquellas consideraciones o argumentos de la sentencia que no son vinculantes, por lo que tienen una “*función persuasiva*”<sup>231</sup>.

Ante lo dicho, tenemos que encontrar un concepto de *obiter dictum* nos lleva al mismo problema de encontrar una definición a la *ratio decidendi*, si es que aquél

---

229 Marinoni, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 287

230 Taruffo, Michele. Dimensiones del Precedente Judicial. En: *Jus Constitucional*, op. cit., p. 34

231 Ídem, p. 33

es todo aquello que, por defecto, no es *ratio decidendi*. Sobre ello, TARUFFO nos adelanta que su naturaleza es poco clara y “(...) *no se excluye sin embargo, que pueda tener una eficacia particularmente intensa y no distinguible, en realidad, de la ratio decidendi*”<sup>232</sup>.

También sobre el *obiter dictum*, ITURRALDE dice que no es fácil trazar la línea divisoria entre aquél y la *ratio decidendi*<sup>233</sup>. Sin embargo, para establecer un criterio, tenemos que “*la ratio decidendi es una regla necesaria para la decisión, de forma que, a sensu contrario, aquellas consideraciones hechas en la sentencia que no sean necesarias para la decisión son meros obiter dicta*”<sup>234</sup>.

Ahora bien, definir “*regla necesaria*” es harto complicado en cada caso, pero preliminarmente tenemos que una “*regla jurídica (anterior) era innecesaria si el tribunal podía haber llegado a la misma conclusión aplicando otra regla jurídica*”<sup>235</sup>. Este concepto de “*necesaria*” es de un contenido bien debatible dentro de la doctrina del *Common Law*<sup>236</sup>, pero es bien utilizado para tratar de definir el *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. Por ejemplo, también MARTIRIONI se refiere a este último como que no es una proposición necesaria para la solución del caso, si concierne a éste, o se trata de una proposición que no tiene referencia al caso<sup>237</sup>.

Sobre el *obiter dictum*, Marinoni:

*“(...) el fundamento que, aunque detenidamente analizado, es suficiente para la decisión que se pronuncia sobre la competencia del Tribunal, pero no soluciona el caso. También, por ejemplo, es por el mismo motivo que las razones que rechazan un argumento elaborado por la parte, que, con base en otro fundamento, obtiene solución favorable, no constituye ratio decidendi.”*<sup>238</sup>

---

<sup>232</sup> Ídem, p. 34

<sup>233</sup> ITURRALDE SESMA, op. cit., p. 101

<sup>234</sup> Ídem, p. 102

<sup>235</sup> Ibídem

<sup>236</sup> MARINONI, precedentes obligatorios, p. 277

<sup>237</sup> MARTIRIONI, op. cit., p. 178

<sup>238</sup> MARINONI, op. cit., p. 289

También, en línea de ejemplos, MARINONI nos dice que el *obiter dictum* sería “la conclusión basada en un hecho hipotético o mejor en un hecho cuya existencia no ha sido determinado por la corte”<sup>239</sup>.

Como se ha visto, el proceso de aplicación del precedente en el *Common Law* no es un proceso sencillo, sino que requiere un elevado conocimiento del mismo, un conocimiento del caso que sirve de precedente –hechos y fundamentación jurídica- del cual se extrae una regla de derecho que denominaremos precedente –o *ratio decidendi*- externa y diferente a la sentencia o decisión judicial del que se extrae, aunque se sirve de ésta. Con ello no podemos dejar de mencionar la *obiter dictum*, sin la cual tampoco podemos hacer una adecuada determinación del precedente a aplicar.

¿Qué sucede cuándo se determina la *ratio decidendi* de un caso previo? El juez del caso posterior puede decidir<sup>240</sup>:

- a. Aplicar –*apply*- la regla del precedente, cuando haya semejanza exacta entre el precedente y el caso analizado.
- b. Seguir –*follow*- la regla del precedente, cuando habiendo diferencias entre el precedente y el caso analizado, se decide extender la regla del precedente.
- c. Distinguir –*distinguish*- la regla del precedente, es decir, apartarse de éste, en caso éste no sea idéntico.

A ello se puede agregar el *overruling* (revocación o sustitución del precedente), que implica un razonamiento y responsabilidad mayor<sup>241</sup>, y supone supuestos de superación del precedente. El *overruling* significa una modificación total del precedente, mientras que los casos de modificación parcial se denominan transformación –*transformation*-, o reescritura –*overriding*-<sup>242</sup>.

Cabe hacer algunos apuntes sobre el *distinguishing*, elemento esencial del precedente en el *Common Law*, y que contribuye la estabilidad y desarrollo del

---

239 *Ibidem*, p. 265

240 Iturralde Sesma, op. cit., p. 194.

241 *Ibidem*

242 MARTIRIONI, op. cit., p. 175

derecho<sup>243</sup>, pues es el ejemplo de como las particularidades de cada caso –o precedente- son –y deben- ser tomadas en cuenta para encontrar la mejor solución al caso que se va a resolver. Es evidente pues, que si un precedente tiene aplicación general y obligatoria, no impide se tengan en cuenta las particularidades de cada caso.

Reiteramos –como ya se ha visto anteriormente, son las particularidades del caso los que guían la interpretación de la norma<sup>244</sup>:

*“Por ello es necesario reconocer que la interpretación de la norma que termina en su aplicación como regla de juicio en un caso concreto tiene un inevitable y muy relevante aspecto particular, debiéndose fundar sobre una completa y analítica consideración de las particulars del caso: y es sobre las particulars, en consecuencia, que se modela la interpretación de la norma.”<sup>245</sup>*

Precisamente, el *distinguishing* “que utiliza el common law, consiste en distinguir el caso en causa de aquellos que dieron origen al precedente. Esta técnica permite que el derecho se desarrolle mediante la elaboración de precedentes que abarcan particularidades distintas o, incluso, mediante la simple extensión del precedente a otras situaciones”<sup>246</sup>.

El *distinguishing* sirve pues, para buscar una real solución al caso que se enfrenta, atendiendo a las razones (hechos y argumentos) que motivaron el precedente:

*“La adopción de un precedente no puede ser incongruente con las razones lo justificaron. Ante estas razones, el precedente debe regular todos los casos compatibles con ellas. Esta potencialidad, inherente al precedente, hace posible su adopción para resolver casos individuales en virtud de circunstancias que en un primer momento no se tuvieron en consideración. Sin embargo, si en una determinada situación no se hallan las razones que justificaron el precedente, este no podrá aplicarse. De este modo, se justifica la extensión o la limitación del precedente según el caso nuevo esté individualizado por razones compatibles o incompatibles con las que están presentes en el precedente.”<sup>247</sup>*

---

243 MARINONI, op. cit., p. 229

244 Taruffo, Michelle, *Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia*, op. cit., p. 139

245 Ídem, p. 141

246 MARINONI, *El precedente interpretativo*, op. cit., p. 229

247 Ídem, p. 228-229



Otra técnica importante en el *Common Law*, respecto a los precedentes, es el *overruling* que, en otras palabras, consiste en la revocación de los precedentes, una vez que dejan “*de tener contacto con la realidad, con los nuevos valores o interpretaciones unísonas del derecho, permitiendo la sustitución por un nuevo precedente*”<sup>248</sup>.

El *overruling* consiste en:

*“(...) cancelar la anterior ratio decidendi en vista de nuevas circunstancias sociales o jurídicas que determinen que la manutención del recedente genera mayor inseguridad que revocarlo. A través del overruling (...) se busca alterar un status quo dado por el precedente anterior, siempre mediando una nueva interpretación que servirá de sustento a la nueva regla jurídica (...) o cuando las situaciones de hecho no sean más las mismas.”*<sup>249</sup>

El *overruling* es un buen ejemplo de las posibilidades del precedente de cumplir con las exigencias de flexibilidad que también necesita todo sistema jurídico – como vimos en el primer capítulo: adaptarse a las nuevas situaciones o a los cambios que impone el desarrollo humano. Por cierto, en la medida que el precedente –al ser fruto de una experiencia judicial- puede estar más en contacto con los conflictos –o necesidades- que los justiciables llevan al órgano jurisdiccional, está en las posibilidades de –mediante técnica jurídica y no tanto política- dar una respuesta más rápida que los órganos legislativos al modificar o derogar una ley -guiándose por criterios políticos y no tanto jurídicos.

Por otro lado, la derogación de un precedente puede tener dos efectos distintos: (i) se puede ordenar la aplicación inmediata de sus efectos, lo que implica afectar a los procesos en trámite y a los iniciados con posterioridad a la emisión del precedente; y (ii) se puede ordenar su aplicación diferida hasta una fecha posterior en la cual se perfeccionarán ciertas situaciones materiales para su entrada en vigor<sup>250</sup> –*prospective overruling*.

---

248 DELGADO SUÁREZ, Christian, *Modelos de cortes supremas y revocación de precedentes vinculantes*, op. cit., p. 257-258

249 Ídem, p, 258

250 GARCÍA TOMA, Víctor (citado por DELGADO SUÁREZ, Christian, op. cit., p. 259)

## 2.1.2. Características del precedente en el *Civil Law*.

Como se ha citado, si queremos hablar de una doctrina de precedentes vinculantes no tenemos más, sino acudir al *Common Law*, ya que en la tradición adscrita al *Civil Law* se carecía por completo de una doctrina sólida. Inclusive, autores como TARUFFO, sostienen que el precedente en el *Civil Law* –antes de la influencia del *Common Law*, en este tema- siempre ha sido persuasivo y no vinculante, como se puede entender en el *Common Law* –afirmación, ésta última, que da, aunque con muchos reparos<sup>251</sup>. Es así que, por ejemplo, se introducen en el *Civil Law* –y, obviamente, en el Perú- nociones como *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling*, etc, viéndose necesaria una teoría del precedente en el *Civil Law*<sup>252</sup>.

En razón a ello, el mismo TARUFFO sostiene que si queremos hablar de precedente, sólo podemos entender que el verdadero precedente es el del *Common Law*, y en tal virtud no puede hablarse de precedentes en los sistemas jurídicos del *Civil Law*. Sostiene, dicho autor, que para lograr la uniformización e igualdad en un sistema jurídico, las tradiciones del *Civil Law* y del *Common Law* recurren a diversos mecanismos, éste, por ejemplo, ha implementado un sistema muy difuso, el *stare decisis*, el que a través de la *ratio decidendi*, justifica jurídicamente el aplicar la misma decisión a un caso idéntico y análogo posterior<sup>253</sup>. Este mecanismo es el verdadero precedente, donde su “*naturaleza fundamental*”<sup>254</sup> se encuentra en la analogía entre los hechos de los dos casos<sup>255</sup>.

Por otro lado, a criterio de TARUFFO, existe una diferencia de origen entre los precedentes –del *Common Law*- y las decisiones vinculantes del *Civil Law*. En efecto, sostiene que cuando CALAMANDREI empieza a hablar, a inicios del siglo XX, de la uniformidad de la jurisprudencia como una nueva finalidad del recurso

---

251 TARUFFO, *Dimensiones del precedente*, en: Jus Constitucional, op. cit.

252 MARINONI, *El precedente interpretativo*, op. cit., p. 217

253 TARUFFO, Michelle, *Las funciones de las cortes supremas: entre uniformidad y justicia*, op. cit., p. 136

254 *Ibidem*

255 Una opinión similar encontramos en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA*, en: Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Lima, Grijley, 2010, p. 58

de casación, surge el problema de cómo combatir la sobrecarga del trabajo de las cortes<sup>256</sup>, lo que produce un cambio en los objetivos de la uniformidad de la jurisprudencia:

*“Entonces, se empieza a razonar sobre el precedente no como un principio de igualdad o como un principio de fiabilidad en el sistema jurídico, sino como una herramienta de economía del sistema. Cuando se empieza a razonar en términos de economía del sistema, los valores originarios, no digo que se dejen de lado, pero se hacen menos importantes. La finalidad número uno es reducir el número de los litigios, en general, y en particular, es reducir el número de recursos en los tribunales supremos.”<sup>257</sup>*

Este cambio de finalidad, habría cambiado la perspectiva y, con ello, los mecanismos legales, también cambiarían, ya que el objetivo no es primariamente buscar la igualdad y la previsibilidad, sino, además, la reducción de la carga, acelerar los procesos.

Sin embargo, dicha opinión no es uniforme en la doctrina y, por el contrario, se sostiene que el problema de la sobrecarga de trabajo en las cortes o tribunales supremos era –o es- una problemática común tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*<sup>258</sup>, por lo que, por ejemplo, el mecanismo del *certiorari* fue adoptado en la Corte Suprema norteamericana<sup>259</sup>.

En todo caso, existen diferencias que podríamos llamar de fondo respecto de los precedentes con la variedad de decisiones vinculantes en el *Civil Law*.

Pues bien, como hemos visto, en la decisión judicial del *Common Law* los argumentos y hechos expuestos en sus partes expositiva y considerativa, son muy relevantes, y ello debido al sistema de precedentes, en la medida que los fundamentos se externalizan fuera de la sentencia, el proceso particular y las partes que allí intervinieron, a fin de orientar a los justiciables y para que los

---

256 TARUFFO, Michele, *El precedente judicial*, op. cit., p. 91

257 Ibídem

258 NIEVA FENOLL, Jordi, *¿Un juez supremo o un legislador “supremo”?*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015.

259 GLAVE MAVILA, Carlos, *Certiorari y procesos colectivos*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 282.

jueces puedan orientar sus decisiones futuras para casos iguales o semejantes<sup>260</sup>. En este sentido, las razones de decidir importa a los justiciables –orientan su conducta, da seguridad jurídica y previsibilidad- y a los jueces –dan coherencia al derecho aplicando el precedente en casos iguales o semejantes.

En cambio, se puede decir de la decisión judicial en el sistema del *Civil Law*, que ésta se basa en una estructura lógica en donde destaca la parte dispositiva –decisión- y no tanto la motivación o fundamentación. Al momento de sentenciarse se describen los incidentes del proceso, los argumentos de las partes, los medios probatorios y los hechos que están acreditados por éstos últimos, los cuales se procede a subsumirlos en la norma que se cree aplicable –silogismos-, luego de ello viene la parte resolutive. La elaboración de la decisión, desde los hechos que se consideran probados, la ley aplicable, fundamentación, la subsunción y la consecuencia jurídica, tienen como uno de sus principales objetivos acreditar que se cumple con la congruencia, es decir, que hay coherencia entre lo pedido por las partes y lo resuelto por el juez<sup>261</sup>.

En el *Common Law*, pues, es importante verificar lo juzgado, lo argumentado, y en relación con los hechos que le sirven de sustento, al ser de allí desde donde se determina el extremo con efecto obligatorio –*ratio decidendi*-. Ello nunca ha sido importante en el *Civil Law*, ya que los tribunales sólo aplican la ley, por lo que la fundamentación –conectando hechos con la norma- debería ser sucinta y breve<sup>262</sup>, ya que solo le interesa a las partes, por el contrario “(...) siempre preocupó, en términos de seguridad jurídica, (...) lo dispositivo de la sentencia que aplica la regla de derechos dándole concreción”<sup>263</sup>.

Bajo una teoría formalista de la interpretación, en el *Civil Law* se daba por cierto que los hechos del caso siempre encontrarían solución en la ley –completitud del derecho-, por lo que el juez sólo subsumiría o encuadraría los hechos en la norma para darle el efecto o consecuencia jurídica preestablecida. Como veremos, dicha teoría tenía una perspectiva estática y uniforme del ordenamiento

---

260 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 257

261 Ídem, p. 258.

262 Ídem, p. 272

263 Ibídem



jurídico, que al ser completo y coherente todas las controversias podrían encontrar una solución estable y unitaria en la ley<sup>264</sup>.

En el *Common Law*, en cambio, ello no sucede así, pues el juez decide a partir de los hechos del caso –*case law*–, no importando que haya ley o precedente<sup>265</sup>.

Esta diferenciación no es más que la consecuencia de la evolución histórica que tuvieron ambas tradiciones y, en el caso del *Civil Law*, un reflejo de la subordinación del juez al poder legislativo, el cual cuidaba siempre de evitar que el juez pudiera excederse o declare alguna cosa que no fuera la ley expresa<sup>266</sup>.

Por tanto, podemos hablar ciertamente de un precedente en el *Common Law*, más si consideramos las características propias impuestas por esta tradición como el verdadero precedente, tenemos que concluir que en el *Civil Law* no estamos o no se tiene un precedente, pues no comparte las características de éste. Ello nos lleva a ampliar el concepto de precedente, uno del *Common Law* y otro del *Civil Law*, cuyas diferencias básicas hemos podido ver antes.

En esta línea, tenemos que para TARUFFO, la función uniformadora de una Corte Suprema –cuyo detalle veremos más adelante– se busca a través de varios mecanismos, uno a través del *stare decisis* –*Common Law*–, y otro que el autor ejemplifica con el modelo italiano, español y brasileño. En estos modelos:

*“Se considera como precedente cualquier afirmación abstracta de la Corte de Casación sobre una quaestio iuris, de algún modo referida al caso específico. La consecuencia es que en la mayor parte de los casos el “precedente” de la Corte de Casación no es la sentencia en su integridad, y es más bien una “máxima” de pocas líneas que enuncia una regla en términos generales y abstractos.”*<sup>267</sup>

TARUFFO agrega características sobre este modelo:

*“Una técnica muy diversa consiste en configurar la posibilidad que la Corte Suprema emane pronunciamientos dotados de eficacia ultra partes, es*

---

264 TARUFFO, Michele, *Las funciones de las Cortes Supremas*, op. cit., p. 134

265 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 294

266 Ibidem

267 TARUFFO, Michele, *Las funciones de las Cortes Supremas*, op. cit., p. 136

*decir de efectos vinculados capaces de determinar directamente la decisión de los casos sucesivos.*<sup>268</sup>

Muestra como ejemplo de ello a las denominadas *sumulas vinculantes* del derecho brasileño, los cuales aparecen como enunciados formulados por el Supremo Tribunal Federal del Brasil, emitidos con el fin de resolver la diversidad de criterios de las cortes inferiores, pero que no derivan de la decisión de un caso concreto *“es un enunciado interpretativo formulado en términos generales”*<sup>269</sup>, sin hacer referencia a los hechos que están en la base de la situación jurídica afrontada. La función de las sùmulas sería la eliminación de incertidumbres y conflictos, asegurando la uniformidad de la jurisprudencia, con eficacia vinculante para el Poder Judicial y òrganos pùblicos<sup>270</sup>.

Sobre que la sùmula no compartiría la naturaleza del precedente del *Common Law*, Marinoni tiene la misma opini3n, al calificarla de *“un enunciado externo a la decisi3n judicial”*<sup>271</sup>.

En este caso, donde la decisi3n vinculante no tiene ninguna –o muy poca– relaci3n con un caso particular, sino más bien, la decisi3n se emite al más alto nivel judicial para corregir una diversidad de opiniones y emitir una regla de derecho con las características propias de una norma –generalidad y abstracci3n, estamos ante un *“(…) modelo clásico de la burocracia centralizada”*<sup>272</sup>. Nos dice TARUFFO:

*“A mí me parece que cuanto más le otorgamos a un Tribunal Supremo, al máximo nivel de la pirámide judicial, un poder de interpretar en términos generales la ley sin hacer referencia a un caso específico, de manera tal que esta interpretación cae desde arriba hasta abajo, sobre todos los jueces, sobre todo cuando esto es vinculante, yo veo aquí que llega un modelo burocrático, autoritario y vertical de la administración de justicia”*<sup>273</sup>

En un similar sentido, RODRÍGUEZ SANTANDER:

---

268 *Ibíd*em

269 *Ídem*, p. 137

270 *Ibíd*em

271 MARINONI, *Precedentes obligatorios*, op. cit., p. 253

272 TARUFFO, *Las funciones de las cortes supremas*, op. cit., p. 138

273 TARUFFO, Michele, *El precedente judicial*, op. cit., p. 94

*“Mientras que los caracteres de civil law se evidencian en la regulación del instituto [en referencia al precedente vinculante] como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho Legislado”<sup>274</sup>*

Como vemos, el mayor desarrollo de una teoría del precedente en el *Common Law* es innegable, lo que nos lleva a tratar de evaluar sus alcances y detalles para poder determinar qué institutos o mecanismos son los adecuados para poder lograr seguridad jurídica, flexibilidad e igualdad ante la ley.

Sin embargo, el desarrollo de un precedente del *Common Law* y otro del *Civil Law*, con particulares características, propone el reto de determinar si el modelo de precedente –o no- que se ha podido desarrollar en el país es el adecuado para las finalidades descritas en el párrafo anterior: ¿debemos mantener las características de un precedente allegado a un modelo burocrático?, ¿debemos adecuar el modelo de precedente a un modelo constitucional y a una teoría de la interpretación?, ¿nuestro modelo de precedente responde a los actuales retos?. Son solo algunas preguntas que intentaremos responder en las siguientes líneas.

## **2.2. Importancia de la teoría de la argumentación en el presente trabajo.**

Como hemos dicho, la idea de la presente exposición es responder algunas preguntas que nos ayuden a determinar si las decisiones vinculantes reguladas en nuestro país nos ayudan a responder los altos retos que impone el constitucionalismo –o neoconstitucionalismo- y una teoría de interpretación judicial un precedente no debe ser concebido dentro de una teoría cognitiva o formalista de la interpretación, la cual tiene sus orígenes en la Revolución Francesa, es decir, es una expresión de cuando se consideraba que el juez era sólo boca de la ley, justificación que ahora se encuentra totalmente desfasada.

En efecto, MARINONI sostiene que la teoría cognitiva de la interpretación –o teoría de la interpretación formalista- se asienta en los valores del Estado Legislativo:

---

274 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. op. cit. p. 63

*“El juez, al interpretar, analiza el significado del texto legal y entonces lo describe. Se entiende que la “norma jurídica”, el sentido o el contenido de la ley, esta implícito en el texto legal. El juez interpreta para señalar lo que de forma implícita se afirma en el texto.”<sup>275</sup>*

Supone esta teoría que el derecho es completo y coherente: sólo existe una interpretación correcta<sup>276</sup> que es la que el juez describe al decir la ley. Se asume, así, que la actividad interpretativa que busca resolver un caso es una de búsqueda de un único significado del texto legal, una: *“(...) mera actividad lógico-intelectual del descubrimiento de un significado exacto y objetivo de la disposición legislativa”<sup>277</sup>.*

Como se aprecia, estamos ante la plasmación, en la teoría de la interpretación, de lo que conocemos como *“juez boca de la ley”*. En efecto:

*“(...) el juez no actúa de forma subjetiva, pues, cuando decide, está vinculado a una norma preexistente. De modo que la interpretación, como producto, es un mero enunciado descriptivo”<sup>278</sup>*

Las ideas revolucionarias, sobre el sometimiento del juez a la ley, perdurarían en el tiempo:

*“El modelo de racionalidad propuesto para la interpretación jurídica, tanto científica como operativa, por la escuela de la exégesis (...) es suficientemente conocido. A partir del dogma de la plenitud del Derecho y, más concretamente, del Derecho del Estado que en el fondo es el único que se reconoce, el juez verifica una operación técnica de acuerdo con el modelo silogístico, en la que se hallan ausentes elementos ideológicos o políticos.”<sup>279</sup>*

Esta concepción se trasladaba a las funciones de las cortes supremas –aunque lo veremos con más detalle más adelante–, a las que MARINONI llama cortes de corrección:

*“La decisión, por tan solo aplicar la ley al caso concreto, es revelada en su parte dispositiva y ella es la que produce efectos sobre las partes. Como la*

---

275 MARINONI, *El precedente interpretativo*, op. cit., p. 215

276 *Ibidem*

277 DELGADO SUÁREZ, op. cit., p. 246

278 MARINONI, loc. cit., p. 215

279 PRIETO SANCHÍZ, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Lima, Palestra, 2005, p. 57.



*decisión no adiciones nada al orden jurídico, no cabe razonar en términos de efectos prospectivos. En otras palabras: (i) como la decisión se limita a aplicar la ley, sus efectos no tienen por qué proyectarse más allá de las partes; (ii) como la decisión no adiciona nada al orden jurídico, no hay motivo para considerar sus fundamentos y; (iii) como la decisión simplemente reafirma el orden jurídico, no hay por qué temer una “sorpresa injusta” o efectos retroactivos”<sup>280</sup>*

Por ende, cosas como el precedente o la argumentación, no son relevantes para una teoría de la interpretación formalista, y ello porque la igualdad y la seguridad jurídica, se reafirmaban con cada pronunciamiento de las cortes –supremas- en cada caso en el que descubrían el significado único de la ley.

Sin embargo, como hemos visto antes, esta concepción de la interpretación no era sostenible, y fue más evidente con la aparición del neo constitucionalismo y una nueva teoría de la interpretación:

*“Al subordinarse la ley a los derechos fundamentales, se le impuso al juez, además del deber de razonar a partir de normas-principios, que proyectas (sic) figuras imprecisas, la necesidad de considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentra en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales, lo que amplió el espacio judicial para expresar el derecho y resolver el caso litigioso (...). De este modo, se acabó con la pretensión de lograr certeza jurídica y previsibilidad mediante el esquema positivista típico del civil law de finales del siglo XIX y principios del XX, marcado por la sistematicidad y la plenitud.”<sup>281</sup>*

En efecto, se está ante una simple constatación: la ley no es un mandato claro y preciso y, por tanto, ante su equivocidad, necesita de ser interpretada para resolver los conflictos jurídicos. Para ello, el “discernimiento” del juez es su mejor arma para poder interpretar la ley y extraer de ella la norma que aplicará<sup>282</sup>.

Dicha constatación dio paso a una nueva teoría de la interpretación, opuesta a la cognitiva o al formalismo interpretativo, en la que básicamente se enuncia que el sentido de una norma no lo constituye el texto de la ley. En efecto, mientras que para la teoría cognitiva el sentido de una norma era el propio texto de la ley

---

280 MARINONI, Luiz Guilherme, *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*, Lima, Raguel ediciones, 2015, p. 57

281 MARINONI, *El precedente interpretativo*, op. cit., p. 215

282 RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, op. cit., p. 237

de la que el juez era su “boca”, actualmente entendemos que ello no es así, por lo que el sentido de una norma no está en el texto de la ley.

Así, es el juez el que, a través de su actividad interpretativa, le confiere sentido al texto –que no tiene un significado por sí mismo-.

Dice MARINONI: *“en realidad, la atribución de sentido es consecuencia inmediata, natural e inevitable del contacto de una persona con el enunciado”*<sup>283</sup>.

Siguiendo a GUASTINI, MARINONI nos dice que la teoría de la interpretación no formal, nos permite diferenciar dos especies de enunciados<sup>284</sup>:

- a. Enunciado del discurso de las fuentes, que es una disposición, siempre vaga y ambigua y que tolera distintos significados que, incluso, pueden entrar en conflicto.
- b. Enunciado del discurso del intérprete, que es la norma, por lo que, a cada disposición, le puede corresponder una multiplicidad de normas disociadas.

Ello debe haber constituido, en su momento, una verdadera revolución, habida cuenta de más de 100 años de una teoría –post Revolución Francesa- que no diferenciaba los conceptos antes referidos –enunciado de las fuentes y enunciado del intérprete-, sino que, por el contrario, los equiparaba.

En razón a dichas bases teóricas es que la labor del intérprete y del juez, en especial, es importante –tan como lo tiene el juez en el constitucionalismo- y, por tanto, su actividad se vuelve un objeto de estudio:

*“El juez reconstruye el derecho a partir del texto, de elementos extra textuales del orden jurídico y mediante directivas interpretativas y valoraciones. Por otro lado, por decir que el juez, además del texto legal, toma en consideración los principios y los fundamentos que están detrás de él, la decisión no deja de ser construcción.*

*(...)*

*(...) para llegarse al sentido de la ley tiene que producirse una actividad presidida por directivas, que, una vez elegidas y utilizadas, dependen de juicios de valor. En la justificación de las decisiones interpretativas los*

---

283 MARINONI, *El precedente interpretativo*, ... p. 218

284 Ídem, p. 219

*juicios de valor desempeñan el papel más importante, pues la fórmula normal de las decisiones interpretativas justificadas utiliza directivas interpretativas y juicios de valor, pero estos determinan la elección y el uso de las directivas.”<sup>285</sup>*

Como se aprecia, antes de estar ante el resultado de la interpretación –norma-, el juez no está sujeto a una serie de reglas lógicas, sino a sus propios juicios de valor, y son éstos los que determinan el resultado de su interpretación:

*“La interpretación capaz de atribuir sentido al derecho no es una operación meramente lógica. Las directivas interpretativas no constituyen reglas lógicas, sino criterios elegidos y cumplidos mediante juicios de valor y opciones del juez, que conducen a un resultado-interpretación que expresa su voluntad. La decisión de tribunal supremo, no sólo en virtud de las reglas legales que invitan al intérprete a concretarla según las circunstancias del caso y la impresindibilidad de que la ley se ajuste a los dictados de la Constitución, como también por la circunstancia de que resulta de una actividad interpretativa que contiene juicios de valor y decisiones sobre contenidos externos al texto de la ley, realmente añade sentido a sustancia al orden legislativo. Esta, en otras palabras, no es suficiente para orientar a la sociedad o, mejor dicho, para por sí solo reflejar el derecho que regula la vida social. El derecho necesita algo más: necesita la colaboración del poder judicial y en ese contexto, en particular, requiere que los tribunales supremos tengan la “última palabra”.”<sup>286</sup>*

Precisamente, y sobre la idea de “última palabra”, es claro que si el discurso de las fuentes es siempre vago, y puede tolerar distintos significados, más aun dependiendo de las circunstancias, es lógico que cada intérprete o, inclusive, un mismo juez, puede llegar a varias interpretaciones o normas. Siendo ello así, no se puede hablar de una única interpretación, pero tampoco de una interpretación correcta ni verdadera, por lo que es preferible hablar de “decisiones interpretativas justificadas en argumentos concretos”<sup>287</sup>.

MARINONI, citando a TARUFFO, nos dice que el resultado-interpretación debe fundarse en el correcto uso de criterios de elección aceptables, que revelen un significado en las mejores razones<sup>288</sup>, estas “mejores razones” están

---

285 Ibídem

286 Ídem, p.221

287 Ídem, p. 220

288 Ibídem

relacionadas con la “corrección del procedimiento de elección y con la adaptabilidad de los criterios en los que se basa”<sup>289</sup>.

En resumen:

*“Mientras tanto, cuando se toma en consideración los textos de carácter abierto, la necesidad de la conformación de la ley a las normas constitucionales y la disociación entre texto y norma judicial, se percibe que la tarea jurisdiccional no está limitada a revelar la ley o simplemente declarar algo que siempre estuvo a la percepción de todos. No solo se admite que el texto es potencialmente equívoco, como también se dice que el juez considera sus elementos con base a valores y realiza opciones racionalmente justificadas. De ahí establece la norma judicial.”<sup>290</sup>*

Por tanto, frente a un caso pueden existir varias “decisiones interpretativas justificadas en argumentos concretos”, lo que puede dar en una multiplicidad de soluciones judiciales ocasionando inseguridad jurídica, por lo que se hace más que indispensable que haya esa “última palabra” que defina determinada controversia.

*“Cuando se sustituye la idea de “interpretación exacta” por la de “interpretación basada en razones apropiadas”, el tribunal supremo está de forma natural investido de la facultad de definir la interpretación adecuada o de atribuir sentido al derecho y, en consecuencia, surge la correlativa facultad de garantizar la unidad del derecho que proclama.”<sup>291</sup>*

Como se ve, la función de la Corte Suprema se convierte en gravitante para una teoría de la interpretación -no formalista-, pero la unidad del derecho que se busca no puede realizarse sin un instrumento que la garantice: el precedente. Nos lo resume MARINONI:

*“Ante el impacto del constitucionalismo, de la evolución de la teoría de la interpretación y del desarrollo de la argumentación jurídica, no hay cómo dejar de ver que las cortes supremas dejaron de tener la función de declarar el exacto sentido de la ley para garantiza una ilusoria uniformidad interpretativa y pasaron a tener la misión de atribuir sentido al derecho mediante la presentación de “razones racionalmente convincentes”. Subráyese que en esa dimensión el derecho es proclamado –y no*

---

289 Ibídem

290 MARINONI, cultura, unidad del derecho, op. cit., p. 57

291 MARINONI, *El precedente interpretativo*, op. cit. p. 220



*simplemente revelado- por la corte suprema. De ello es por qué la igualdad, que un día fue relacionada exclusivamente a la ley, ahora se relaciona con el derecho instituido por la corte suprema y, en consecuencia, sus precedentes naturalmente incorporan la naturaleza obligatoria o vinculante.*<sup>292</sup>

De la misma opinión es RAMÍREZ:

*“Nuestro texto constitucional es “poroso”, al igual que las leyes, por una serie de razones que van desde el uso de conceptos indeterminados, circunstancias de tiempo y lugar hoy inexistentes. La jurisprudencia es un instrumento que permite el desarrollo y adecuación de los textos.”*<sup>293</sup>

Allí, ante la “porosidad” de los textos legales, reside la importancia no solo del precedente y una Corte Suprema, sino de la argumentación, esencial para que una decisión judicial sea aceptable o aceptada, para lo cual debe ser:

- a. Racionalmente justificada desde un punto de vista interno: coherencia de premisas y conclusiones.
- b. Racionalmente justificada desde un punto de vista externo: fundabilidad y aceptabilidad de las premisas.

Así, al contrario de una teoría formalista, la teoría de la interpretación sí le da importancia a la argumentación y al precedente. En efecto, junto al Poder Legislativo, el Poder Judicial crea derecho, aporta al sistema jurídico, “*incrementa en algo al orden jurídico*”<sup>294</sup>: “*tiene la función de otorgar sentido al derecho, propiciando su desarrollo*”<sup>295</sup>.

Y el Poder Judicial “*incrementa*” el orden jurídico a través de sus sentencias, y ante la multiplicidad de interpretaciones, es la Corte Suprema la que, utilizando las “*mejores razones*” –argumentación- optar entre aquellas y decide cuál es la mejor decisión para el caso que resuelve, el mismo que, por haber sido emitido por el vértice de la estructura judicial debe vincular a todos los órganos judiciales inferiores:

---

292 MARINONI, *Cultura, unidad del derecho*, op. cit., p. 51

293 RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, op. cit., p. 236

294 MARINONI, *Cultura, unidad del derecho*, op. cit. p. 58

295 *Ibídem*

*“El impacto del constitucionalismo y la disociación entre texto y norma dieron a la decisión judicial un significado muy distinto de aquel imaginado por quien suponía que la misión del juez era apenas declarar la norma contenida en la ley. La decisión judicial, no sólo por el hecho de que resulta de una actividad interpretativa que contiene valoraciones y decisiones de contenidos externos al texto de la ley, sino también ante las reglas legales que invitan al juez a su concretización según las circunstancias del caso y de la imprescindibilidad de que la ley sea conforme a los dictados de la Constitución, ciertamente agrega sentido o sustancia al orden legislativo. En otras palabras, la ley no es suficiente para orientar la sociedad o, bien vistas las cosas, no refleja el derecho que conduce la vida social. El derecho necesita algo más: la colaboración del Poder Judicial.”<sup>296</sup>*

### 2.3. **El precedente en el Perú.**

#### 2.3.1. **Algunos alcances previos.**

La influencia de la teoría de la interpretación en la teoría del precedente es muy importante, a tal punto que en nuestra opinión cuestiona directamente la necesidad de mantener un precedente que tenga las características antes señaladas para el *Civil Law*.

En efecto, la validez de la emisión de máximas o normas generales y abstractas de los supremos tribunales del *Civil Law*, debe ser revisada si lo que se quiere es un precedente que logre seguridad jurídica, flexibilidad e igualdad ante la ley.

En ese sentido, si bien consideramos que querer implantar un precedente al estilo del *Common Law* es muy poco realista –la sola determinación del precedente o *ratio decidendi*, importa un trabajo intelectual que puede no condecirse con la carga procesal que soportan los jueces de todas las instancias en el país-, tenemos que una labor de determinación de precedentes –por las Cortes Supremas- con un sustento en los hechos y razones de derecho que lo motivaron, puede ser muy relevante no sólo para la resolución de casos análogos o similares, sino -más importante aún- servir de modelo para la interpretación de muy diversas situaciones jurídicas.

---

296 Ídem, p. 70

De este modo, si la Corte Suprema debe ser la natural instancia que deba decidir- con buenas razones- la opción de entre las varias normas de una disposición, serán esas buenas razones –con apoyo indudable de los hechos que la llevaron a dicha conclusión- el modelo o la fuente que guie la interpretación de muscas otras situaciones jurídicas. En suma, la guía de interpretación puede salir de la Corte Suprema para varios casos más.

¿El modelo del precedente peruano puede servir a dichos alcances? Veamos que podemos apreciar del precedente constitucional –por ser emitido por el Tribunal Constitucional peruano- y el judicial.

Por otro lado, es importante destacar que el modelo jurídico peruano –como en Latinoamérica- es resultado de una influencia conjunta de los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*, ello a pesar de tres siglos de dominación europea, con lo que el derecho latinoamericano no es del todo ajustado a aquel modelo. Ello se aprecia desde los movimientos independentistas, desde los cuales se intentó combinar los desarrollos nacidos de la Revolución Francesa y el proceso constituyente de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>297</sup>.

Nos dice OTEIZA:

*“En su desarrollo el derecho latinoamericano ha recibido desde el ochocientos una influencia convergente de ambas tradiciones. Sin importar el real alcance de cada arquetipo en la actualidad es interesante observar que América Latina los adoptó simultáneamente. América Latina hereda de Europa el respeto por el legislador y el doctrinario no obstante adoptar el sistema constitucional norteamericano que le asigna a la Corte el poder de controlar la constitucionalidad de los actos del legislativo y el ejecutivo.”<sup>298</sup>*

Sin embargo, debemos decir, es claro que la influencia del diseño institucional norteamericano no supuso “*un acto de confianza en las Cortes*”<sup>299</sup>.

En suma, el derecho latinoamericano y, por ende el peruano, no es totalmente del *Civil Law*, sin embargo, un rasgo esencial de éste, cual es el sometimiento

---

297 OTEIZA, op. cit. p. 351

298 Ídem, p. 354-355

299 Ídem, p. 355

de la figura del juez a los otros poderes del estado, se presente como un rasgo esencial e histórico, inclusive en el Perú.

### 2.3.2. El precedente constitucional peruano.

Sobre las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional tenemos que el Código Procesal Constitucional regula dos supuestos, los artículos VI y VII del Título Preliminar de dicho código:

*“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional  
(...)”*

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

*Artículo VII.- Precedente*

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

Tanto la doctrina como el criterio del propio TC, han dejado establecido que ambos artículos se refieren a supuestos diferentes. Así, para GARCÍA AMADO, el artículo VI *“se refiere al efecto vinculante que tiene la interpretación que, en sus sentencias, haga el Tribunal Constitucional de los preceptos y principios constitucionales”*<sup>300</sup>, de este modo, los jueces deberán interpretar y aplicar las normas constitucionales conforme lo haya hecho el TC, sin poder contrariarlas.

Por otro lado, el artículo VII se refiere a:

*“(...) la vinculatoriedad como precedente, de las decisiones en sí del Tribunal y en lo que éste quiera que de esa manera vinculen. Aquí no se trata de la vinculatoriedad de sus interpretaciones de las normas de la Constitución, sino de sus valoraciones e interpretaciones de otras normas o de actos, situaciones o estados de cosas”*<sup>301</sup>.

---

300 GARCÍA AMADO, op. cit., p. 59

301 Ibídem



En otras palabras, el artículo VII *“hace vinculantes, en tanto que precedentes, las pautas decisorias de los casos en los que el Tribunal quiera, y siempre teniendo en cuenta que entre las que llamamos pautas decisorias no figura la interpretación de las normas constitucionales, que en virtud del artículo VI obligan siempre”*<sup>302</sup>.

Para Landa, el artículo VI, en mención, sería un supuesto de jurisprudencia vinculante, mientras que el artículo VII, uno de precedente vinculante<sup>303</sup>.

La STC 3741-2004-AA, sobre ambas disposiciones ha establecido:

*“42. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal (...). Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional (...) [l]a 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 resolviendo.*

*43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, (...). De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante (...), el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.”*

Específicamente, sobre el artículo VII del CPCo –que es el que nos interesa- el TC establece en la STC 0024-2003-AI:

*“(...) el precedente constitucional vinculante 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.*

*El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que*

---

302 Ídem, p. 60

303 LANDA ARROYO, César, op. cit., p. 93

*alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.*

*En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.”<sup>304</sup>*

Sobre ello, Landa Arroyo sostiene que el precedente, según el TC, se refiere a un caso concreto, que por su trascendencia, servirá para establecer reglas jurídicas abstractas y generales, que serán de aplicación obligatoria para casos iguales o idénticos en el futuro, y que vincularán a los particulares y a los demás poderes del Estado<sup>305</sup>. En nuestra opinión, atendiendo a que el precedente, que emita el TC, estaría relacionado a un caso concreto, estaríamos ante la definición más cercana a un precedente del *Common Law*.

A nuestro criterio, y como ya lo hemos dicho, consideramos que una técnica correcta de los precedentes, dentro de una teoría de la interpretación y un punto de vista neoconstitucionalista, no debe estar separado de la consideración de los hechos, es decir, no debe estar disociada de la resolución de casos. Reiteramos, el precedente en nuestra opinión no debe identificarse con la resolución judicial, sino a aquél extremo de ésta que le trasciende, por ser aplicable a una generalidad de casos. Es la regla de derecho que no necesariamente se identifica con la resolución judicial.

Una de las grandes diferencias entre el precedente del *Common Law* y el precedente constitucional que regula nuestro TC, es el momento en que el precedente se crea. En efecto, podemos decir que el precedente del *Common Law* es determinado por el segundo juez, quien al momento de resolver un caso a él presentado, recurre a una decisión anterior para determinar el precedente o la *ratio decidendi* de una resolución anterior. Se crea, pues, una regla *ex profeso*, para el caso a resolver. En cambio, en el modelo del TC, el juez que va a resolver un caso tiene que aplicar una regla general ya creada previamente por un juez anterior –en este caso el TC–.

---

304 STC 0024-2003-AI/TC

305 LANDA, loc. cit., p. 93

Ello nos lleva a otra diferencia, cual es que en el Common Law, el segundo juez –el que va a resolver el caso que se le presenta- tiene un trabajo jurídico de identificación de los hechos relevantes y los argumentos jurídicos a fin de determinar la regla de derecho –o *ratio decidendi*-. En efecto, como hemos visto, el precedente no se identifica con la resolución, es externo y diferente a ella, y es el juez el que la tiene que determinar. En cambio, en el precedente del TC estamos ante un precedente que no tiene que ser determinado, pues ya lo está en la resolución que le da origen. En este caso, el precedente se encuentra en la resolución, no es externo a ella, ni se tiene que determinar. Es más, ello lo encontramos normado en el mismo artículo VII del CPCO, que dispone que el TC debe “*precisar el efecto normativo*” de lo que constituye el precedente, de aquellas sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada.

*“(...) el precedente peruano se ha apartado de modo radical de esta tradición del Common law. Aquí la regla precedente viene estatuida en el propio fallo y con precisión de una regla que no admita confusiones. Quizá la explicación a esto haya que buscarla en la permanente falta de confianza hacia la capacidad de juicio de los jueces del Poder Judicial. Pero también no habría que descartar la concepción de juez (...), una concepción de judicatura a la que sólo se le puede confiar la aplicación silogística (...)”<sup>306</sup>*

A este respecto, en el fj 49 de la STC 3741-2004-AA, el TC precisa que su precedente tendría efectos “*más generales*” a un precedente del *Common Law*, vinculando no sólo a la estructura judicial y constitucional, sino a todos los poderes públicos y los particulares, al tener “*prima facie, los mismos efectos de una ley*”.

¿Qué efectos puede traer ello? Es decir, ¿tiene algún sentido que, por ejemplo, el TC desarrolle una teoría de precedente, incluyendo definiciones sobre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, si el extremo normativo –o precedente- está determinado en la sentencia?:

*“(...) si la regla vinculante debe ser precisada por el propio Tribunal, poca o ninguna importancia tendrían entonces la distinción entre obiter y ratio. Por esta misma razón, tampoco tendrían valor alguno las teorías que se han desarrollado en el common law, precisamente para descifrar o identificar la ratio decidendi o holding de las sentencias”<sup>307</sup>*

---

306 GRÁNDEZ CASTRO, op. cit., p. 99-100

307 Ídem, p. 100

A nuestro juicio, podemos entender que para la aplicación de los precedentes, los jueces sólo tendrían que realizar una labor de subsunción, no siendo necesaria en el sistema peruano la labor del juez del *Common Law* que, caso por caso, determina una *ratio decidendi* que puede ser flexibilizada – concretándola o generalizándola- para lograr la solución del caso. Lo que queremos decir es que el traslado de instituciones debe tener algún sentido, y si carece de sentido entonces el traslado es inútil. Por ello, utilizar las denominaciones de *ratio decidend* u *obiter dictum*, para terminar indicando cual es el extremo normativo de cada sentencia del TC, a un estilo –que no nos parece incorrecto así llamar- del *Civil Law*, entonces mejor no se hable de dichos conceptos y centrémonos en un modelo propio:

*“Si algún éxito llega a tener su funcionamiento en nuestro medio [se refiere al precedente del Common Law en el Perú], el resultado necesariamente será una especie de híbrido en el que se encontrarán lugar parte de las bondades y defectos de las dos tradiciones, por lo que es probable que la clave se encuentre en encontrar el justo equilibrio”<sup>308</sup>*

En efecto, como hemos dicho antes, la clave no sería la importación del modelo del *Common Law* pues, como vimos, la determinación de la *ratio decidendi* impone una labor jurídica del más alto nivel, lo que consideramos difícil de implementar en nuestro medio, siendo más viable contar con un híbrido que pueda permitir la unificación de la jurisprudencia:

*“De esta manera, se presenta una fusión entre la tradición anglosajona de precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en la intención de dotar la fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente creadora de Derecho. Mientras que los caracteres del civil law se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el derecho legislado.”<sup>309</sup>*

Sin embargo, a nuestro criterio el modelo del TC puede sufrir algunas limitaciones desde la formulación de una regla abstracta a modo de precedente.

---

308 RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit. p. 55

309 Ídem, p. 63



Nos explicamos, si como vimos anteriormente, gracias a la teoría de la interpretación, estamos ante una equivocidad del lenguaje –en este caso jurídico-, no tenemos más remedio que concluir en que dicha equivocidad se manifiesta en el precedente constitucional peruano –por más que sea precisado el extremo del efecto normativo-. Por tanto, se pueden predicar del precedente constitucional, las mismas problemáticas de la disposición jurídica, pudiendo generarse discrepancias en la interpretación del precedente constitucional, aunque, es cierto, estamos frente a una importante orientación judicial. En efecto, si bien la regla constitucional adolecerá de la misma pluralidad de interpretaciones, estamos ante una guía judicial –apoyada por los argumentos utilizados- de determinadas situaciones jurídicas, dejándole al juez de la causa la libertad para encontrar una solución adecuada al caso que va a resolver.

Precisamente, consideramos que el modelo de precedente del *Common Law*, al ser flexible y remitirse no sólo a los hechos, sino a los fundamentos de hecho para formar una *ratio decidendi* acorde con la justicia –o injusticia- del caso a resolver, permite darle importancia a la fundamentación y no tanto a la parte dispositiva de una resolución. Por ello, más importante en una sentencia constitucional no solo será la parte del precedente, donde se prefija la regla de derecho, sino los fundamentos que sirvieron para llegar a esa conclusión, los mismos que permitirán crear criterios específicos que puedan ser aplicados a situaciones similares, ¿podrá ello ser aplicado eficazmente en el caso peruano por los jueces?

Otro extremo importante, sobre el que queremos dejar algunas opiniones es el tema de la vinculatoriedad del precedente constitucional. A este respecto, el artículo VII del CPCo dispone que el precedente constitucional es vinculante, por lo que así declarado no debe admitir excepciones, acorde con su naturaleza de efectos análogos al de una disposición jurídica:

*“Por su parte, el adjetivo “vinculante” hace referencia a la fuerza con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos sustancialmente idénticos a aquél en el que fue establecida. La referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los*

*que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica*<sup>310</sup>

¿Debería ser así?, a este respecto creemos en que los jueces si bien están, en principio, obligados a cumplir con el precedente, podrían apartarse de éste con una debida motivación, pudiendo ser aplicable algunos criterios del *distinguishing*.

Precisamente, si como en líneas arriba explicamos, gracias a la teoría de la interpretación, tenemos que un precedente puede ser adoptado -de entre varias interpretaciones posibles- por sus mejores razones, son dichas razones válidas para un momento y hechos dados: *“el resultado de una interpretación no es correcto de por sí, sino en función de las “razones” que lo justifican*<sup>311</sup>.

Según IGARTÚA *“La interpretación uniforme no se impone autoritariamente, se consigue dialógicamente; y no con carácter definitivo sino hasta la próxima*<sup>312</sup>. En ese sentido, compartimos esta opinión con la convicción que una imposición de una interpretación de un modo vertical, a modo de precedente incondicionalmente vinculante –como parecería la redacción del artículo VII del CPCo- no sería una correcta solución, pues siempre se les debería dar la posibilidad de poder distanciarse de un precedente con una debida argumentación, primando una dinámica de diálogo, donde el supremo ofrece una mejor solución, sin bloquear nuevas soluciones<sup>313</sup>.

### **2.3.3. El precedente judicial peruano: la casación civil.**

Sobre la casación civil, tenemos que el original artículo 384 del Código Procesal Civil estableció en su primer párrafo:

*“Artículo 384.- El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.”*

---

310 *Ibíd*em, p. 57

311 IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *op. cit.*, p. 39

312 *Ídem*, p. 40

313 *Ibíd*em

Por tanto, la casación nacional es *ius constitutionis* -finalidad nomofiláctica y la uniformizadora-, excluyendo el *ius litigatoris*. Sin embargo, de una lectura sistemática del capítulo dedicado a la casación, se podía decir lo contrario, tal como se aprecia de la redacción original del artículo 396 del CPC, en el cual se podía entender que estaba incluida la finalidad dikelógica, al establecer que en caso la sentencia casatoria declarara la existencia de un vicio *in iudicando*, el artículo 396, inciso 1, disponía que la Corte Suprema resuelva el fondo del asunto “según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses”.

En este sentido, el modelo casatorio peruano originalmente buscaba cumplir una finalidad pública y una privada.

Ello fue ratificado por la doctrina nacional y la jurisprudencia suprema, los que reconocieron la existencia de la función dikelógica, como fin complementario de la casación<sup>314</sup>.

La casación procedía contra las sentencias o autos finales expedidos, en revisión, por las cortes superiores<sup>315</sup>, y establecía como causales una serie específica y complicada de errores en los que deberían incurrir las resoluciones impugnadas para que sean conocidas por el supremo<sup>316</sup>.

---

314 PALACIOS PAREJA, Enrique, *El recurso de casación en el proceso civil. Dónde estamos y a dónde vamos*, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 508

315 “Artículo 385.- Sólo procede el recurso de casación contra:

1. Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores;
2. Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y
3. Las resoluciones que la ley señale.”

316 “Artículo 386.- Son causales para interponer recurso de casación:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o
3. 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 procesales.

Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del Artículo 236 de la Constitución.”

La función uniformadora se cumplía con el artículo 400 del CPC, el cual estableció el procedimiento para que la corte emitiera su doctrina jurisprudencial, que no era otra cosa que los precedentes. El artículo 400 en su redacción original estableció:

*“Artículo 400.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.  
La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.  
Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.  
El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.  
El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”*

Se trataba de un procedimiento complicado, lo que se tradujo en prácticamente la no emisión de doctrina jurisprudencial alguna durante la vigencia del texto original del artículo 400.

El 28 de mayo del año 2009 se publicó la Ley 29364 que modificó, íntegramente, todo el marco regulatorio del CPC sobre el recurso de casación.

La ley tuvo como antecedentes a los proyectos de ley 672-2006-CR, 749-2006-PE, 1725-2007-CR, 1726-2007-CR y 2881-2008-CR, todos los cuales formaron parte del dictamen propuesto por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, el cual tuvo como motivaciones principales<sup>317</sup>:

- a. No se cumple con la función nomofiláctica del recurso de casación, debido a que éste se viene usando como una “tercera instancia”, dilatando innecesariamente la actuación de las sentencias emitidas por las Cortes Superiores.

---

317 PALACIOS PAREJA, op. cit. p. 162.



- b. No se cumple eficientemente con la función de unificación de la jurisprudencia.
- c. Hay un “*desbordamiento*” de recursos de casación que impide a la Corte Suprema cumplir sus funciones.

Para nuestros efectos, nos centraremos en las siguientes modificaciones:

- a. A pesar que el modelo *ius constitutionis*, según la casi unanimidad de la doctrina, era el llamado a ocupar un lugar central en la reforma, se reconoció como uno de los fines de la casación también al *ius litigatoris*. El nuevo artículo 384 establece:

*“Artículo 384.- Fines de la casación  
El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.”*

La sola referencia al “*caso concreto*” implica en nuestra opinión el reconocimiento, en paralelo, del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*.

Haciendo un matiz, sobre el renovado artículo 384 del CPC, ZELA opina que se mantiene la finalidad nomofiláctica y se reduce la importancia del fin dikelógico “*que es el causante directo de que las elevadas funciones sociales y políticas de la Corte Suprema no se hayan cumplido*”<sup>318</sup>. Aunque dicha explicación no nos parece correcta, entendemos que el reconocimiento de ambas finalidades ocasiona, de igual manera, el pernicioso efecto que ya explicamos.

- b. Otra modificación que merece destacarse, es el nuevo artículo 386, el que precisa como causal para interponer el recurso en “*la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial*”<sup>319</sup>.

---

318 ZELA, op. cit., p. 199

319 "Artículo 386.- Causales.

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.”

De este modo, se deja de lado todas las otras causales de aplicación indebida, interpretación errónea y la inaplicación de normas de derecho material, que a criterio de la doctrina sólo hacía más engorroso el recurso de casación, innecesariamente:

*“Antes que nada, conviene tener en cuenta que resulta inconveniente hacer distingos entre la ‘aplicación indebida’, ‘interpretación errónea’ e ‘inaplicación’, porque puede conducir a un excesivo formalismo (...), ya que a veces resulta difícil diferenciar estas tres parcelas, por lo que es preferible unificarlas en un solo motivo, es decir, el de infracción, que abarca a todos y evita confusiones y frustraciones para los justiciables.”<sup>320</sup>*

En el mismo sentido, la doctrina nacional:

*“Lo que se pretende con la nueva redacción de la norma es dejar de lado las interminables discusiones sobre lo que cada una de las causales de casación establece específicamente y unificar estas en la figura de la ‘infracción normativa’. En suma, tanto los errores in iudicando, como los errores in procedendo, siguen siendo las causales de casación por excelencia (...).”<sup>321</sup>*

Aunque la reducción de las formalidades para interponer el recurso de casación nos parece positiva –como hemos dicho antes–, en el sentido que se debe facilitar el acceso de los conflictos que pueden ser de relevancia social, en tanto que los formalismos lo que hacen es reducir dicho acceso innecesariamente, ello no fue compartido por toda la doctrina nacional inicialmente. Por ejemplo, para PALACIOS, en un inicio<sup>322</sup>, la simplificación de la proposición del recurso para formular la causal de casación provocaría el efecto contrario de descargar las labores de la suprema, haciendo que éste proliferara, no logrando el objetivo de aliviar la carga procesal<sup>323</sup>.

- c. Es importante, para nuestros efectos, mencionar la inclusión del artículo 392-A en el CPC:

---

320 HITTERS, citado por PALACIOS PAREJA, op. cit., p. 512

321 ZELA, op. cit., p. 202.

322 Aunque luego cambió de opinión.

323 PALACIOS, op. cit., p. 163

*“Artículo 392-A.- Procedencia excepcional  
Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384.  
Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la Corte motivará las razones de la procedencia.”*

Sobre este aspecto, nos ratificamos en nuestra posición de que cualquier posibilidad en el que la Corte Suprema pueda ampliar el rango de temas o conflictos que pueda conocer y, así poder emitir una decisión vinculante, útil para el sistema, debe ser aceptada. En este caso, si hay un tema de relevancia social que, por un aspecto formal, no puede ser conocido por casación, la Suprema debe estar en la posibilidad de conocerlo y emitir pronunciamiento. En este caso, la formalidad que caracteriza al recurso de casación debe mostrarse flexible, debe ceder para favorecer la uniformidad del derecho, a través de precedentes y, en consecuencia, favorecer la igualdad y la predictibilidad. En este sentido estamos a favor de la disposición del artículo 392-A.

- d. Otra modificación de ineludible mención es la del artículo 400 del CPC, el cual no sólo varió la denominación de “doctrina jurisprudencial” a “precedente judicial”, sino que varió el procedimiento para la producción de precedentes:

*“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.  
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.”*

Consideramos que ha sido positivo facilitar la producción de precedentes, como lo ha hecho esta disposición.

Sin embargo, a pesar de estas modificaciones el recurso de casación sigue siendo visto hasta el día de hoy como el acceso a una tercera instancia:

*“La casación en la práctica es una tercera instancia y no garantiza certeza en la correcta aplicación de la ley, lo que sí garantiza es el alargamiento del proceso y el aumento de sus costos.”<sup>324</sup>*

En este sentido, es necesario que ante la ambigüedad del texto, sea la Corte Suprema la que al momento de emitir sus decisiones, sean éstas decisiones generales –precedentes- que busquen lograr la uniformidad de criterios en todos los niveles del Poder Judicial, y no tanto la resolución del conflicto específico que resuelven, ya que esa función –llamada clásicamente dikelógica-, debe estar reservada a las instancias inferiores. Sobre ello volveremos más adelante.

Sin embargo, lo que debe quedar claro es que si hablamos de precedente, es necesaria la alusión a la Corte Suprema, de este modo, el éxito de los objetivos que se le confieren a aquél, va ligado a que ésta sea idónea a dichos objetivos. Ello implica que las nociones originales de las funciones clásicas de la casación –nomofiláctica y de unificación-, deben ser replanteadas. Y cuando hablamos de replanteamiento, nos referimos –en términos de MONROY- a que una modificación del precedente y de la Corte Suprema, deben convertir a aquél en guía de la interpretación legislativa, y el medio idóneo de la evolución del derecho<sup>325</sup>.

Pues bien, el precedente de la casación civil encuentra su concreción en los llamados plenos casatorios civiles. Hasta la fecha –y desde la entrada en vigencia del actual Código Procesal Civil, tenemos 8 plenos casatorios publicados y vigentes.

---

324 REGGIARDO SAAVEDRA, Mario, *El recurso de casación peruano en el proceso civil de instancia única*, en: *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, Lima, Palestra, 2015, p. 522

325 MONROY, Juan. *Las Cortes Supremas en la Postmodernidad*, op. cit., p. 168.



La doctrina judicial sobre sus precedentes no se ve materializada ni en la ley ni en las propias decisiones de la Corte Suprema, como sí lo ha hecho el Tribunal Constitucional, pero sí comparte su naturaleza. En efecto, preliminarmente podemos decir lo siguiente sobre el precedente judicial:

- a. Como en el precedente constitucional, el judicial se origina en la resolución de un proceso judicial concreto, al que –en todos los plenos– se hace referencia de manera detallada. Ello, como se ha venido diciendo es en extremo relevante, pues la referencia a los hechos –y poder relacionarlos con los argumentos jurídicos utilizados– son esenciales para poder aplicar el precedente o, eventualmente, no aplicarlo.

Como sostiene TARUFFO, las decisiones o reglas de derecho sin ninguna referencia al caso son solo decisiones burocráticas<sup>326</sup>, emitidas por las cortes supremas para que las instancias inferiores lo apliquen a los casos que resuelven, sin embargo, los hechos y particularidades no pueden dejarse de tomar en cuenta.

- b. El precedente judicial se elabora en la misma resolución que le da origen, especificando cuál es el extremo que tendrá efectos generales y abstractos. Es decir, la *ratio decidendi*, esta previamente definida por la Corte Suprema, que elabora la resolución. Ello, como se ha dicho antes, marca una diferencia con el precedente del *Common Law*, en donde el precedente lo determina el segundo juez en base a una decisión anterior, lo que implica un trabajo jurídico importante y mayor flexibilidad del precedente para determinar una *ratio decidendi* que se adecue a las *particulars* y justicia del caso concreto a resolver.
- c. En otras palabras, el precedente esta previamente determinado y se aplica como una norma jurídica, lo que no sucede en el *Common Law*. Si bien le resta flexibilidad al precedente judicial peruano, creemos que, en efecto, es un mecanismo para reducir la indeterminación de la norma – como en el caso del precedente constitucional. En efecto, como hemos

---

326 TARUFFO, Las funciones de las Cortes Supremas, op. cit., p. 143

dicho antes, es importante –y es la naturaleza del precedente- ser una guía de interpretación, de tal suerte que no sólo la parte donde se determina el precedente es importante, sino tanto –más- lo serán los hechos del caso y los argumentos –que servirán de verdadera guía interpretativa del juez que resuelva determinado caso concreto posterior.

Como sostiene TARUFFO –citado por GLAVE- la función nomofiláctica de la casación que tradicionalmente tenía como objetivo la defensa de la ley, actualmente, en un estado constitucional, “*supone una verificación de un método en la aplicación de las normas*”<sup>327</sup>.

- d. Otro tema importante es la posibilidad de los jueces posteriores de apartarse del precedente o, mejor dicho, no aplicarlo, ello en tanto el juez posterior motive debidamente, a modo de *distiguishing* –en caso encuentre diferencias fácticas o haya un sustento jurídico diferente- que al caso que va a resolver no se debe aplicar determinado precedente.

Reiteramos, es importante para estos efectos no sólo los hechos de cada caso –que en todos los plenos jurisdiccionales son descritos con detalle- sino los argumentos de derecho. Como se ha dicho,

---

<sup>327</sup> GLAVE MAVILA, Carlos, Certiorari y procesos colectivos, op. cit., p. 280

## CAPÍTULO 3

### MODELO DE CORTE SUPREMA Y DOBLE CONFORME

Como hemos establecido, el precedente es una institución muy útil para poder alcanzar seguridad jurídica, igualdad y flexibilidad en nuestro sistema jurídico, pero bajo ciertas características. Además, y respecto al precedente judicial, tenemos que dadas las especiales características de nuestro sistema e idiosincrasia judiciales, sería especialmente beneficioso para disminuir –no eliminar- determinados elementos negativos del sistema, como la corrupción y la sobrecarga de los tribunales.

Ahora bien, es por demás obvio que el sólo refuerzo del precedente judicial no será suficiente, sino que debe estar acompañado de otras reformas en el sistema. Creemos que una reforma de la Corte Suprema es un elemento vital que reforzaría las ventajas del precedente judicial.

La reforma, como aporte de la tesis es empezar por combatir la sobrecarga judicial. La cantidad de expedientes y procesos judiciales que año a año conoce la Corte Suprema nacional impide poder realizar los objetivos de convertirse en guía de la labor judicial, estableciendo las directrices sobre temas esenciales en la administración de justicia y en la sociedad.

De las herramientas o mecanismos hemos escogido al criterio del doble conforme para poder descargar –progresivamente- las labores de la Corte Suprema y, a la vez, reforzar los objetivos del precedente judicial para lograr la uniformización exitosa de la jurisprudencia.

### 3.1. Consideraciones preliminares.

#### 3.1.1. Funciones de las Cortes Supremas.

Dentro de un esquema de división de poderes, el Poder Judicial tiene como función el de realizar un control jurídico del Legislativo y del Ejecutivo. Como sostiene MONROY, por su “*autoridad y solvencia*”<sup>328</sup> se convierte en el “*auténtico contralor*”<sup>329</sup>.

Sin embargo, no escapa a muchos que esa característica le ha traído muchos inconvenientes, a tal punto que ha sido marginado y convertido en el controlador de seguridad y pacificación de la sociedad, garantizando el *status quo*<sup>330</sup>.

Esta, obviamente, no es la función a la que debe arrinconarse ni al Poder Judicial, ni a la Corte Suprema, los que deben trascender a las sociedades, convirtiéndose en instrumentos de cambio social:

*“(...) deben ser las instituciones encargadas de proponer las directrices que orienten la evolución del pensamiento jurídico nacional y, también, las que refuercen los valores democráticos y sociales que permitan postular una sociedad igualitaria y solidaria.”*<sup>331</sup>

Así, tenemos que en las tradiciones del *Common Law* y del *Civil Law*, teóricamente buscan alcanzar dichos objetivos, pero tan igual que en el caso del precedente, los medios o técnicas para alcanzarlos, difieren. En líneas generales, las funciones que se buscan realizar para las Cortes Supremas son<sup>332</sup>:

- a. Control de legalidad sobre las decisiones de los jueces inferiores. Función asociada a lo que en Casación se reconoce como nomofilaquia<sup>333</sup>.

---

328 MONROY, Juan. *Las Cortes Supremas en la Postmodernidad*, op. cit., p. 157.

329 Ibídem

330 Ídem, p. 158

331 Ibídem

332 TARUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas*. En: Asociación Argentina de Derecho Procesal. *Reforma Procesal Civil*, Buenos Aires, 2010, Rubinzal – Culzoni, p. 649-667

333 MONROY, Juan. *Las Cortes Supremas en la Postmodernidad*, op. cit., p. 157



La función de control de la legalidad está asociada a la función pública o extra proceso de la Corte Suprema, es decir, se trata de una función que trasciende a las partes que intervienen en el proceso o juicio, pues está relacionada con la defensa del derecho objetivo, estableciendo su correcta aplicación o interpretación. Estamos pues, ante una función de gran interés para la sociedad. Para autores como ASENCIO MELLADO tenemos:

*“Finalidad nomofiláctica implica entonces una forma de control que se ejerce a través de la casación para la defensa del derecho objetivo, de aquellas decisiones que pretenden quebrar la unidad jurídica.”<sup>334</sup>*

Sin embargo, esta función contiene riesgos y debilidades, en este caso TARUFFO sostiene que:

*“(...) el riesgo está dado por que consideraciones latu sensu equitativas terminan prevaleciendo, y el costo es que se reduce la posibilidad de un empleo extensivo del precedente.”<sup>335</sup>*

Como hemos visto, al referirnos al recurso de casación, la función de nomofilaquia la encontramos en los orígenes mismos del recurso y, por ende, como función originaria del denominado Tribunal de Casación.

- b. Asegurar la uniformidad de la jurisprudencia. Función que se apoya en la resolución de un caso concreto para establecer líneas generales de aplicación o interpretación de la ley para casos futuros. En otras palabras, se establece cuál sería la interpretación más justa de una norma a partir de un caso concreto, pero los efectos de dicha interpretación trascienden a éste, ya que se aplicaría para casos futuros.

Como se puede establecer, esta función también es de interés para la sociedad, es decir, trasciende a las partes del proceso, ya que se trata de proyectar una interpretación en la solución de un caso judicial para otros casos iguales o similares.

---

334 ASENCIO MELLADO, José María. op. cit., p. 479

335 TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo: Ensayos sobre la casación civil*. Citado por: HANKOVITS, Francisco Agustín. *Análisis teórico del funcionamiento de la casación*. En: ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL. *Reforma Procesal Civil*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 478-479

- c. Función de la búsqueda de la justicia del caso concreto. Estamos ante una función también asignada a las Supremas Cortes y, por lo tanto, su existencia no se puede negar.

Esta función está relacionada a un fin privado o procesal, es decir, una finalidad que tiene relación con el interés de justicia de las partes intervinientes en el conflicto específico evaluado por la Suprema Corte, es decir, las partes no les interesa un fin público, sino que los motiva que el conflicto sea resuelto conforme a sus intereses particulares.

Esta finalidad, que en el *Civil Law* es conocida como dikelógica, está presente, por lo menos, en todos aquellos sistemas que, como los latinoamericanos, regulan el recurso de casación.

Conforme sostiene HURTADO REYES, y precisamente en relación al recurso de casación, esta función busca “*proteger al litigante pretendiendo cautelar sus intereses –privados (...)-, generando la posibilidad que con el recurso de casación se busque hacer justicia al caso concreto (...)*”<sup>336</sup>.

Esta función –que detenta un interés particular o *ius litigatoris*-, y aunque suene contradictorio, está muy vinculada a la función de control de la legalidad –que detenta un interés público o *ius litigatoris*-, y es que, como sostiene ASECIO, no hay duda que cuando un Supremo Tribunal controla la legalidad en la aplicación de la ley en un caso particular, a la vez resuelve el caso concreto, dándole solución.

Por otro lado, y en lo que atañe al Civil Law y, específicamente, dentro de la doctrina del recurso de casación, a la búsqueda de la justicia del caso concreto se le denomina dikelógica.

---

336 HURTADO REYES, op. cit., p. 103

Creemos que en la evaluación de las funciones de las Cortes Supremas –por lo menos de las latinoamericanas-, no se puede dejar de tener en cuenta estas tres variables, como funciones asignadas a las Cortes Supremas:

- a. Función de control de la legalidad de las decisiones.
- b. Función de uniformidad de la jurisprudencia.
- c. Función de la justicia del caso concreto.

La función de control de la legalidad de las decisiones y de uniformidad de la jurisprudencia, están asociadas al *ius constitutionis* –o finalidad pública-. Como se puede deducir, al ser el precedente un elemento diferente a la resolución, y que trasciende a ella influenciando la solución para otros casos futuros análogos y semejantes, tenemos que, una Corte Suprema que busque una finalidad pública no debe estar disociada de un sistema de precedentes:

*“(...) cuando las Cortes persiguen una finalidad publicista, su actividad tiene como principal objetivo resolver las cuestiones de derecho contenidas en el caso concreto, pero buscando obtener que su decisión tenga un alcance general y prospectivo (...).*

*En otras palabras, las Cortes privilegian el fin público cuando por medio de la nomofilaquia al servicio de la uniformidad de la jurisprudencia pretenden el desarrollo armónico del derecho a través de la decisión judicial. Esto ocurre cuando se impone el interés público de concretar un desarrollo ordenado y coherente del derecho nacional (...).”<sup>337</sup>*

Por el contrario, el fin dikelógico está relacionado a un fin privado y, por ello, con el *ius litigatoris*:

*“Si se prefiere privilegiar el derecho subjetivo a impugnar, es decir, satisfacer la última ratio de un litigante que quiere mejorar su posición, se habrá optado por una finalidad privatista. Con la obtención del fin privatista se busca proteger el derecho del individuo que recurre a mejorar su posición sobre el mérito o sobre la validez del procedimiento.”<sup>338</sup>*

La existencia de ambas funciones se puede comprobar en varios modelos de Corte Suprema, la diferencia estriba en la intensidad o importancia que la legislación o el sistema le otorga al *ius litigatoris* o al *ius constitutionis*. A su vez, la prevalencia de una de las dos funciones acarrea importantes modificaciones

---

337 MONROY, Juan. op. cit., p. 167.

338 Ibídem.

en el sistema organizativo de la Corte Suprema, sea en número de jueces o carga procesal anual a resolver por año, como veremos más adelante.

Ambos conceptos, que sintetizan en dos las finalidades de las Cortes Supremas, son reconocidos con varias denominaciones en la doctrina, como ya hemos visto. Así, para NIEVA FENOLL, estamos ante dos tendencias, a las que dicho autor denomina el “*modelo semi legislativo*” y el “*modelo de la instancia de recurso para el ciudadano*”<sup>339</sup>, identificados con el *ius constitutionis* y con el *ius litigatoris*, respectivamente.

En todo caso, lo que se pretende es determinar cuál debe ser la función o misión que debe tener una Corte Suprema y, más aún, el modelo conveniente para el sistema peruano.

En efecto, si como hemos establecido, es necesario y beneficioso adoptar un sistema de precedentes, ello no debe darse de manera aislada, por el contrario, son necesarias otras reformas conjuntas como la definición de la misión o función que debe tener nuestra Corte Suprema. Es por ello que, en el presente capítulo, presentamos ambas tendencias –*ius constitutionis* y *ius litigatoris*–, para determinar a cuál debemos adscribirnos o sí, por el contrario es necesario un sistema híbrido que combine elementos de ambas tendencias.

Seguidamente, es necesario apreciar los tipos de modelos de Cortes Supremas que aparecen en el derecho comparado, y apreciar si combinan *ius constitutionis* con *ius litigatoris* o, por el contrario, se presentan adhiriéndose a un modelo, aunque deberíamos tener en cuenta que, como sostiene NIEVA FENOLL prácticamente no existiría ningún modelo que se decante netamente por una de las dos opciones<sup>340</sup>, por lo que no podríamos identificar modelos “*puros*” de Corte Suprema.

---

339 NIEVA FENOLL, op. cit., p. 175

340 *Ibidem*



### 3.2. Modelos de Corte Suprema.

Para nuestros efectos clasificaremos los modelos de Cortes Supremas que existen en el derecho comparado.

Ahora bien, sobre esta tipología creemos importante decir que estos modelos no se presentan puros en la realidad, es decir, no estamos ante modelos exentos de influencias entre uno u otro y, más bien, su evolución se debe a la influencia de los otros sistemas. Ya vimos, en el segundo capítulo que el precedente nacional –sea constitucional o judicial- se ha estructurado sobre la influencia del *Common Law*.

Pues bien, la clasificación que exponemos la adoptamos de TARUFFO, quien tiene dos trabajos sobre este tema<sup>341</sup>, además de algunos aportes adicionales de MONROY<sup>342</sup>. Así tenemos:

- a. Modelo Angloamericano: Concebido dentro de la tradición del *Common Law*, tiene a la *House of Lords* inglesa –hoy denominada Corte Suprema- y a la *Supreme Court* de los Estados Unidos, a sus modelos paradigmáticos.

Estas cortes, sostiene Taruffo, no se ocupan de los hechos de la causa, siendo su tarea fundamental la de “*verificación de la legalidad o de la legitimidad de la decisión impugnada*”<sup>343</sup>:

“(…) estas cortes interpretan sus funciones no sólo en el sentido de que se trata de obtener una solución jurídicamente correcta del caso singular, sino también -y sobre todo- en el sentido de proyectar tal solución sobre casos sucesivos, estableciendo criterios a los cuales los futuros jueces de casos iguales o análogos deberán atenerse”<sup>344</sup>

---

341 TARUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas*. En: Asociación Argentina de Derecho Procesal. *Reforma Procesal Civil*, op. cit., p. 649-667

TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo: Ensayos sobre la casación civil*, Lima, Palestra, 2005

342 MONROY, Juan. *Las Cortes Supremas en la Postmodernidad*, op. cit.

343 TARUFFO, Michele. op. cit., p. 650

344 Ídem, p. 651

En el mismo sentido opina HANKOVITS, quien se refiere a este modelo como Sistema de Appeal o Corte de Apelación:

*“Tienen como función principal el control de la legalidad, especialmente orientada a formular reglas de juicio tendencialmente uniformes en el ámbito de la jurisprudencia sucesiva”*<sup>345</sup>

MONROY sostiene:

*“(...) el rasgo prominente de este modelo es la búsqueda de que las decisiones establezcan criterios interpretativos que, convertidos en precedentes actúen como “normas” que puedan ser usadas a futuro por los jueces para casos iguales o análogos.”*<sup>346</sup>

Como ya hemos establecido, el instrumento para lograr tal uniformización, es el precedente que, en criterio que compartimos es principalmente persuasivo, es decir, no es formalmente vinculante, sin embargo, su poder de influencia a los jueces que deciden casos posteriores se da por *“estar dotado de una notable eficacia persuasiva”*<sup>347</sup>.

Se advierte fácilmente que la finalidad que prima en este modelo es la uniformidad de la jurisprudencia *–ius constitutionis–*, para lo cual, como vimos, se utiliza la técnica del precedente y, adicionalmente, el *stare decisis*, entendida como la doctrina complementaria encargada de dotar de autoridad al precedente<sup>348</sup>. Reiteramos, la autoridad del precedente viene de la solvencia y prestigio de la Corte que lo expide, no por la posición de éste; por tanto, la autoridad con la que el precedente en este modelo se presenta como obligatorio se explica mejor como *“fuerza persuasiva”*<sup>349</sup>.

Son estas cortes supremas verdaderas unificadoras de jurisprudencia, y ello se debe, considera TARUFFO, a dos características esenciales:

---

345 HANKOVITS, op. cit., p. 476

346 MONROY, op. cit., p. 162.

347 TARUFFO, op. cit., p. 652

348 MONROY, op. cit., p. 162.

349 Ibídem

i. El certiorari, o la capacidad de la Corte Suprema de poder elegir qué casos decide.

*“El writ of certiorari es una prerrogativa (...) exclusiva de la Corte Suprema para resolver el tema de la admisión de casos a su sede y, como resulta obvio, su número. Se trata del equivalente a la impugnación del common law como técnica de acceso a la Corte, pero con el rasgo particular de no necesitar motivación, siendo entonces un acto discrecional de aquélla.”<sup>350</sup>*

Por tanto, la *Supreme Court* decide, “con plena e ilimitada discrecionalidad”<sup>351</sup> y sin motivación, los casos que merecen un pronunciamiento, aunque se pueden esbozar los siguientes criterios que motivan a la Suprema a escoger un caso para pronunciamiento:

- Para establecer la solución correcta a una cuestión novedosa.
- Para solucionar un problema jurídico que se soluciona contradictoriamente en las Cortes inferiores.
- Para superar o dejar de lado un viejo precedente (*overruling*).

La gran ventaja del *certiorari*, como se puede advertir, es que le permite a la Corte Suprema descargarse de todo aquello que considera irrelevante para su examen, lo que le permite enfocarse en los pocos casos que resuelve.

ii. El número limitado de decisiones.

Al año, sostiene TARUFFO, la Corte Suprema inglesa resuelve menos de 100 sentencias al año, mientras que la *Supreme Court*, menos de 200. La reducción de casos trae como consecuencia<sup>352</sup>:

- Tener bajo control la legalidad global del sistema.
- Posibilita mayor uniformidad de las decisiones.
- Evita que la misma cuestión venga decidida muchas veces y de manera diferente, por los jueces inferiores.
- Se desalienta a las partes a recurrir a la Corte.

---

350 Ídem, p. 163.

351 TARUFFO, op. cit., p. 652

352 Ídem, p. 653

A ello, debe agregarse el número reducido de jueces:

*“(...) el número reducido de jueces y los pocos asuntos que resuelven la dotan de una autoridad tal que les permite mantener eficientemente el control de la legalidad del sistema (...)”*<sup>353</sup>

Para TARUFFO, se puede concluir:

*“(...) la eficacia del precedente, y, por tanto, su capacidad efectiva de orientar en modo uniforme las decisiones sucesivas, es inversamente proporcional al número de precedentes establecidos por las mismas cortes supremas”*.<sup>354</sup>

Agrega MONROY:

*“Si como ya se expresó, la eficacia del precedente judicial es inversamente proporcional a su número, es imprescindible que sea el sistema quien decida cuando actúa la Corte Suprema y no el justiciable.”*<sup>355</sup>

Este autor aporta un elemento sobre el que volveremos más adelante, el cual es que el poder de acceso a la Suprema Corte no está en manos del justiciable –al cumplir con los requisitos establecido por ley, como en el caso del recurso de casación–, sino en el criterio de la Corte –como es el *certiorari*–, lo que determina ciertamente el número de casos que acceden a esta última sede revisora. Este criterio es relevante para poder adoptar mecanismos que permitan definir las finalidades de la Corte Suprema, en el caso nacional.

Tres observaciones, sobre las que debemos ser reiterativos, sobre este modelo:

- i. El poco número de jueces facilita la organización administrativa, dota de gran influencia a las decisiones de la Corte y, como dice SAN

---

353 HANKOVITS, op. cit., p. 476

354 TARUFFO, op. cit., p. 654

355 MONROY, op. cit., p. 164.



MARTÍN CASTRO, se favorece el debate entre magistrados, y se evitan multiplicidad de criterios y jurisprudencia divergente<sup>356</sup>.

- ii. Se desmitifica el hecho de que para asegurar la función uniformadora es necesario resolver miles de casos en el mismo sentido. Por el contrario, la labor de uniformización de la jurisprudencia necesita de tiempo para poder dotar de fuerza persuasiva al precedente, y ello sólo puede lograrse con un número reducido de causas<sup>357</sup>.
- iii. Lo más importante, como ya lo dijimos, no hay un derecho de los litigantes a acceder a la Corte Suprema, y el centro de gravedad sobre el cual gira la decisión de acceder a ésta no se encuentra en la voluntad de aquellos, sino en la voluntad de ésta.

Como vemos, en este modelo se privilegia en *ius constitutionis*, ya que cada caso que es conocido por el Supremo lo es por su relevancia para el sistema jurídico, no por la relevancia que tiene el caso para las partes del proceso.

En términos de DELGADO<sup>358</sup>, este modelo de cortes detentan una función “proactiva” o de “promoción del derecho”, ya que sus resoluciones buscan un “desarrollo del derecho”.

*“El carácter principal de esta función es que las cuestiones de derecho sometidas a estos tribunales realmente deben ameritar y justificar el examen del recurso y la capacidad de que la decisión a ser emitida contribuya al desenvolvimiento del derecho. De tal forma se trata de una función orientada hacia el futuro.”<sup>359</sup>*

En este modelo, es el precedente vinculante –y de éste, la *ratio decidendi*– el medio necesario para sentar una determinada uniformidad interpretativa, en busca de alcanzar seguridad jurídica e igualdad.

---

356 SAN MARTÍN CASTRO, César, *La Corte Suprema que queremos. Mesa redonda con César San Martín Castro, Juan Luis Avendaño Valdez, Juan Monroy Gálvez, Giovanni Priori Posada y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*. En: *Ius et Veritas*, Lima, Año 17, No. 34, 2007, p. 316.

357 MONROY, op. cit., p. 164.

358 DELGADO SUÁREZ, Christian, op. cit., p. 254

359 *Ibidem*

- b. Modelo Alemán o de Revisión. Lo importante de este modelo reside en que si bien es un representante del sistema del *Civil Law*, las sucesivas reformas hechas han convertido a la función uniformadora en la estelar del modelo. En otras palabras, podemos decir que se trata de un modelo de tránsito del *Civil Law* al *Common Law*, ya que las reformas dadas incidieron en<sup>360</sup> (i) la reducción del número de casos que conoce el Supremo, y (ii) convertir en su función principal la uniformización de la jurisprudencia.

A fin de reducir el número de causas, dichas reformas estuvieron orientadas a dotar a la Corte de un amplio poder discrecional para seleccionar los casos o recursos que considera debe decidir. En efecto, el *revisionsgericht* alemán, si bien aún sigue siendo una corte de tercera instancia, ha sido fundamental para su evolución el dotarle de poderes discrecionales para admitir o no un recurso de revisión, sobre la base que éste conlleve una cuestión de derecho fundamental y necesaria para la evolución del sistema<sup>361</sup>.

*“Uno de sus rasgos más saltantes es el poder casi discrecional que se le concede a las Cortes de Apelaciones (...) para decidir en qué casos concede el recurso (...). [S]ólo se concede el recurso: a) en los casos de fundamental importancia (...); b) cuando el tribunal considere que su decisión es necesaria para generar jurisprudencia uniforme; o c) para concretar una evolución del derecho.”<sup>362</sup>*

En este caso, como indica HANKOVITS, *“la cuestión de derecho sobre la cual la Corte deberá de decidir no es proporcional al interés particular de las partes de la causa”<sup>363</sup>*. Por tanto, su misión primordial es el gobierno de la legalidad del sistema jurídico y no tanto, la correcta aplicación de la ley en el caso específico. Agrega el autor que se controla *“en forma expansiva”<sup>364</sup>* la motivación de la sentencia del juez de grado.

---

360 *Ibidem*

361 TARUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas*, op. cit., p. 655

362 MONROY, Juan. op. cit., p. 165.

363 HANKOVITS, op. cit., p. 475

364 *Ibidem*

A diferencia del modelo anglosajón, la voluntad de recurrir a la corte suprema depende de los litigantes, en el sentido que los requisitos de acceso están refigurados en la ley, pero aquéllos están configurados de tal manera que reservan toda la potestad de acceso a la decisión de la Corte. Como hemos visto, el hecho que el requisito sea una cuestión de derecho fundamental, le otorga un margen amplio de discrecionalidad a la Corte y da mayor importancia al interés público de reducir la actividad del Tribunal para dedicarse a temas de trascendencia, que al interés privado del litigante.

Otra diferencia con el modelo del *Common Law* es que si bien la discrecionalidad para aceptar o no un caso y pronunciarse sobre él, “no encuentra ningún límite establecido por la ley”<sup>365</sup>, tenemos que los criterios no son conocidos e identificables. En cambio, en el modelo alemán, dichos criterios sí son conocidos e identificables, y ello por estar precisados normativamente<sup>366</sup>.

Ello ocasiona que se vean muchos más casos que en los modelos anglosajones, se trata de “algunos millares cada año”<sup>367</sup>, aunque ello no implica que su función uniformadora sea más efectiva que en los modelos del *Common Law*.

Podemos concluir que este modelo es básicamente *ius constitutionis* y proactivo, pues el caso que conoce el Supremo debe ser uno de naturaleza fundamental para el sistema, es decir, se busca el desarrollo del derecho. Es de resaltar que, al igual que el modelo anteriormente descrito, se prioriza la decisión de la Corte al acceso por sobre el derecho del litigante, lo que se traduce en una reducción de los procesos.

- c. Modelo Franco – Italiano. Son modelos clásicos del *Civil Law*, y la diferencia más notoria con los anteriores es la cantidad excesiva de recursos sobre

---

365 TARUFFO, Michele, op. cit., p. 658

366 Ibídem

367 Ibídem.

las que se tienen que pronunciar, lo que obliga a tener un mayor número de magistrados supremos<sup>368</sup>.

En el caso francés, una de sus características resaltantes es el fraccionamiento de la Corte en salas por especialidad jurídica, lo que conlleva a un riesgo conocido: la diversidad de criterios<sup>369</sup>.

El tema de la sobrecarga procesal es un grave inconveniente que debe ser solucionado. Así, en Francia durante el año 2006 se reformó la *Cour de Cassation*, estableciendo que cada recurso debía ser primero examinado por un colegiado de tres magistrados, y si la decisión a tomar es simple e inmediata, se pronunciaba inmediatamente, en cambio, ante los casos complejos se seguía el procedimiento ordinario de la casación.

Precisamente dicha reforma se hizo en atención a que la cantidad de procedimientos hace al trámite ante la *Cour* muy lento. En ese mismo año (2006) se resolvieron poco más de 32,000 casos para cerca de 200 jueces<sup>370</sup>.

En Francia, dice TARUFFO, las decisiones de la Suprema, a pesar de su gran número, tienen una “*notable capacidad para incidir sobre la jurisprudencia sucesiva*”<sup>371</sup>, por lo que aparecen las dos funciones de la Suprema.

En contrapartida, el modelo italiano es descrito como caótico, y en donde sí prima la solución de la legalidad del caso, más que el *ius constitutionis*. Es de destacar que la voluntad de recurrir al Supremo no está en éste, más bien esta prefigurada en la constitución italiana, por lo que los litigantes tienen un derecho subjetivo a acudir en casación. En efecto, el artículo 117 párrafo 7 de la Constitución italiana de 1948 establece:

---

368 En Francia hay casi 200 (TARUFFO, op. cit., p. 659)

369 MONROY, op. cit., p. 159.

370 Ibídem

371 TARUFFO, op. cit., p. 660



*“Siempre se podrá interponer recurso de casación por infracción de la ley ante el Tribunal Supremo frente a las sentencias y los autos en materia de libertad personal pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales. Esta misma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra”<sup>372 373</sup>*

Como se puede ver, el recurso de casación italiano procede siempre contra las sentencias de los jueces ordinarios o especiales<sup>374</sup>.

Pero este modelo tiende a sufrir distorsiones:

*“Direccionada al control de la legitimidad sobre la decisión impugnada, no obstante que a través del ingreso al control de la motivación de la sentencia, paulatina y tendencialmente se incursiona en las cuestiones de hecho”<sup>375</sup>*

Por ello, la distorsión aparece cuando en estos modelos la Corte Suprema, vía casación, parece más asemejarse a una tercera instancia, al estar más orientada al control de legalidad del caso concreto.

En el caso italiano, existen una cantidad descomunal de procesos. En 1996, más de 500 jueces resolvieron 14,193 casos y en 2006, se resolvieron 29,641 casos. En el mismo 1996 quedaron pendientes 37,080 casos, y en 2006 los pendientes fueron 100,609 casos. Otra característica es la lentitud de los procesos, ya que en la Corte fue, en el 2006, de unos 31 meses<sup>376</sup>.

En conclusión, la consecuencia del caso italiano es el privilegio del control de legalidad sobre el de uniformidad<sup>377</sup>, pero esta función de control “se realiza sobre el caso concreto y sólo sobre las cuestiones que surgieron del

---

372 MONROY, op. cit., p. 159.

373 “Art. 111.-

(...)

*Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.”*

374 PROTO PISANI, op. cit., p. 538

375 HANKOVITS, op. cit., p. 476

376 MONROY, op. cit., p. 160

377 Ídem, p. 161

caso<sup>378</sup>, lo que implica -como lo dijimos cuando hablamos de la distorsión de este modelo, líneas arriba- un privilegio del interés individual (de las partes en el caso resuelto), sobre los deberes jurídico-político de la Corte<sup>379</sup>.

Otro elemento que se desprende de lo dicho es que, a diferencia del modelo anglosajón, la jurisprudencia abundante no garantiza ni la uniformidad ni la autoridad persuasiva de las resoluciones que emanan del Supremo.

### 3.3. **Algunas conclusiones sobre los modelos de Corte Suprema y criterios para una reforma.**

Como hemos visto, los modelos de Corte Suprema expuestos se han estructurado para responder a las finalidades que consideran preponderantes.

Dichas finalidades, como vimos, se pueden agrupar de tal modo que favorezcan un modelo semi legislativo o *ius constitutionis* (nomofilaquia y uniformidad de la jurisprudencia), es decir, que sean cortes proactivas, como el caso norteamericano, inglés o alemán; o, pueden favorecer el modelo de instancia del recurso para el ciudadano o *ius litigatoris* (función dikelógica o la búsqueda de la justicia del caso concreto), es decir, que sean cortes reactivas, como los modelos francés e italiano.

Inclusive podría haber un tercer grupo de Cortes Supremas, es decir, aquéllas que son un híbrido, favoreciendo no sólo el *ius litigatoris* sino, a la vez, el *ius constitutionis*.

Ciertamente, también como se dijo antes, puede considerarse que no hay modelos puros, sino modelos que se aproximan más a favorecer el *ius constitutionis* o a favorecer el *ius litigatoris*, sin descartar el otro, aunque sea mínimamente considerado. Por tanto, teóricamente podría haber modelos que se sitúen más al centro, es decir, por igual o casi igual medida, favorecen ambas finalidades.

---

378 Ibídem

379 Ibídem

Los criterios para determinar si se está en uno u otro modelo, pueden resumirse en los siguientes:

- a. Capacidad de acceso de los litigantes para que su recurso sea conocido por el Supremo. Ello se determina si la decisión para el acceso está en manos de la Corte (certiorari o los requisitos del recurso de revisión alemán) o de los litigantes (derecho subjetivo al recurso).  
Se adopte una de las dos decisiones, se determina, a su vez, dos variables: el número de jueces supremos y el número de causas que conoce el tribunal supremo.
- b. Uso del precedente vinculante o no.

Ahora bien, en nuestra opinión, primero se debe determinar qué funciones se desean priorizar en la Corte Suprema nacional: (i) una finalidad privada – encontrar la interpretación de la ley más justa al caso concreto- o *ius litigatoris*; (ii) una finalidad pública –encontrar la interpretación más justa de una disposición para que sea aplicada a la generalidad de los casos- o *ius constitutionis*; o, (iii) inclusive, ambas simultáneamente, es decir, “*un modelo híbrido y compensado que no deje solo al litigante, pero tampoco olvide la potencialidad de la jurisprudencia para proteger y desarrollar el ordenamiento jurídico*”<sup>380</sup>.

Una vez definido qué es lo que se desea, se procede a buscar las soluciones o reformas necesarias para ir materializando la Corte Suprema que deseamos, las cuales se resumen en las dos variables o dos criterios que arriba expusimos. San Martín nos dice que para una reforma de la Corte Suprema se debe establecer<sup>381</sup>:

- a. ¿Qué casos debe conocer la Corte Suprema?
- b. ¿Cómo deben llegar esos casos a conocimiento de la Corte Suprema?
- c. ¿Cuáles son los poderes de cognición de la Corte Suprema al conocer y resolver un caso que llega a conocer?

---

380 NIEVA, op. cit., p. 175

381 SAN MARTÍN CASTRO, César, op. cit., p. 316

Es objetivo del presente trabajo centrarse en las dos primeras preguntas, pero, como se ha dicho, se debe determinar qué funciones se deben priorizar.

**3.3.1. ¿Cuál debe ser la finalidad de una Corte Suprema dentro de un estado constitucional de derecho? ¿solo *ius litigatoris*? ¿sólo *ius constitutionis*? ¿un híbrido entre ambas?**

Si como se ha establecido en el capítulo anterior, es necesario adoptar una política de precedentes, los cuales deben adoptar determinadas características acordes a un estado constitucional de derecho, es decir, ser una herramienta efectiva para lograr los beneficios deseados de, entre otros, uniformidad, igualdad y seguridad jurídica, se cae en la cuenta que no alcanzará éxito alguno si no va acompañada de una reforma igualmente esencial, como es la de adoptar un modelo de Corte Suprema acorde, también, a un estado constitucional de derecho.

En el caso del *Civil Law*, el modelo original del Tribunal de Casación -luego, Corte de Casación-, que actuaba ante la no aplicación de la ley emitida por el Parlamento revolucionario, por parte de los jueces, nos ponía ante un modelo originario y puro de *ius constitutionis*, modelo que ha ido sufriendo cambios hasta la aparición del *ius litigatoris*, o defensa de la justicia del caso concreto.

La aparición de esta finalidad, en el caso del recurso de casación, confundió los fines de este recurso, haciéndolo más complejo y acercando más al Supremo a un modelo de tercera instancia<sup>382</sup>.

**3.3.1.1. Descartar un modelo que defienda únicamente el *ius litigatoris*.**

En efecto, un modelo de corte suprema cuyo objetivo sea la defensa de la justicia del caso concreto no es, claramente, lo que se debe buscar dentro de un estado constitucional.

*“El problema de este modelo es que todos los ciudadanos acaban queriendo acudir al juez supremo. Y no desean que su asunto sea*

---

382 ASECIO, op. cit., p. 488



*analizado superficialmente, sino que esperan que el juez supremo revise su conflicto en todos sus extremos. La consecuencia de ello es que el órgano se colapsa, porque su composición personal siempre es necesariamente reducida para no favorecer la dispersión en las decisiones del órgano”<sup>383</sup>*

Basta apreciar el modelo franco – italiano para concluir que una de las principales dificultades de un sistema orientado únicamente al *ius litigatoris* es la excesiva carga procesal, el aumento de magistrados para poder asumirla, la división en especialidades del supremo y, con ello, la desaparición del precedente como herramienta concebida para para cumplir una función uniformadora.

Debemos entender que la primacía del *ius litigatoris* en un modelo de Corte Suprema debe asumirse la mayor cantidad de proceso, pues si lo que se desea es supervisar si se realizó o no la justicia de caso concreto, en consecuencia, se deben revisar la mayor cantidad de procesos posibles, para así controlar la legalidad de las resoluciones emitidas por jueces inferiores. Así lo considera ASENCIO, para quien en un modelo de *ius litigatoris* “es conveniente regular el recurso [de casación] de forma amplia y evitar condiciones excesivas”<sup>384</sup>.

Es el embalse de procesos<sup>385</sup> en las cortes supremas lo que motiva que se empiece a buscar soluciones que controlen ello y, mejor aún, a definir o tratar de definir cuáles son las funciones de aquéllas. Precisamente, sobre las consecuencias de facilitar el acceso al supremo:

*“El resultado de la facilidad de interponer recursos de casación generó un escenario previsible: la acumulación de trabajo y gasto excesivo de recursos del Poder Judicial. A comparación de la United States Supreme Court, en donde rara vez se conceden writ of certiorari, en las cortes supremas de los países adscritos a la tradición del civil law (...), el acceso a las cortes de casación resulta ser una mera explicación sucinta de que dispositivo normativo no se aplicó o, en su defecto, fue indebidamente aplicado.”<sup>386</sup>*

---

383 NIEVA FENOLL, op. cit., p. 178

384 ASENCIO, op. cit., p. 498

385 NIEVA, op. cit., p. 175

386 DELGADO, op. cit., p. 244

Ello no hace sino convertir al Supremo en una instancia más, por ello, NIEVA FENOLL, denomina a este modelo como el de instancia de recurso para el ciudadano<sup>387</sup>, y TARUFFO lo denomina modelo de tercera instancia<sup>388</sup>.

Nos dice DELGADO que:

*“La imposición de causales casatorias como la contrariedad a la ley, la divergencia, la inaplicación de normas, la indebida aplicación de normas, presentes en todos los códigos procesales civiles de los sistemas del civil law llevó a que las cortes de casación estuviesen en descompás con sus verdaderas funciones”<sup>389</sup>*

Precisamente, la “*contrariedad a la ley*” que, en un principio, podemos identificar con un fin *ius constitutionis* no cumplía con ello debido al aumento excesivo de procesos:

*“(…) la multiplicación irracional de recursos, a partir de la lógica “contrariedad a la ley” y del empleo distorsionado de la técnica de la divergencia interpretativa, lleva a la corte a tratar estos recursos como si tuviese que resolverlos apenas en atención al interés privado de la corrección de la decisión y no en razón de la necesidad de sedimentación y del desarrollo del derecho.”<sup>390</sup>*

Debido a ello, tenemos que MONROY señala que “(…) *consideramos que este fin dikelógico es el causante directo de que las levadas funciones sociales y políticas de la Corte Suprema no se hayan cumplido*”<sup>391</sup>.

### **3.3.1.2. La opción del modelo híbrido: *ius litigatoris* y *ius constitutionis*.**

Como se ha dicho antes, el reconocimiento de un modelo como *ius constitutionis*, es decir, de realización de un fin público del supremo (control de la legalidad y uniformidad de la jurisprudencia), supondría que al momento de resolverse un

---

387 NIEVA, loc. cit.

388 TARUFFO, *El vértice ambiguo*, op. cit. p. 222

389 DELGADO, op. cit., p. 240

390 MARINONI, citado por: DELGADO, op. cit., p. 245

391 MONROY GÁLVEZ y MONROY PALACIOS, *El recurso de casación y su imprescindible reforma*, en: Revista Jurídica del Perú, Lima, tomo 84, febrero, 2008, p. 378

caso, cualquier caso, se realiza, de algún modo, la justicia del caso concreto, de ese caso que se revisa.

Ello, creemos, es cierto, y ello en la medida de que, como sostiene NIEVA FENOLL, no existe ningún modelo que se decante por una de las dos opciones<sup>392</sup> –pública y privada-.

Ahora bien, ello no impide, a nuestro criterio, que la regulación de cada modelo tenga la opción clara de hacia qué modelo seguir. Es evidente, en este sentido que, si la *United States Supreme Court* resuelve menos de 200 casos al año, ello no implica que estemos ante un modelo híbrido como el que planteamos en este acápite.

En efecto, como también se dijo antes, el número de caso que revisa una corte –así como el número de magistrados que conforma cada supremo tribunal- son solo variables de un verdadero elemento caracterizador entre un modelo híbrido y un modelo *ius constitutionis*, cual es la capacidad para que cada litigante pueda acceder al supremo tribunal. En efecto, si la decisión y posibilidad de acceder al supremo depende del litigante o de la Corte Suprema –junto con el uso del precedente- y no el número de casos es, en nuestra opinión, lo que determina el tipo de modelo ante el que estamos.

Dicho ello, no es correcto decir que el modelo norteamericano e inglés sean híbridos.

Ahora bien, ¿es viable o recomendable la convivencia de ambas finalidades?

En primer término se debe decir que ambos modelos tienen finalidades diferentes y hasta contradictorias:

*“Defino al primer modelo de ‘tercera instancia’ y el segundo modelo ‘de Corte Suprema’ para subrayar que en el primero el factor dominante consiste en ver a la Casación como el tercer grado del sistema de las impugnaciones, mientras que en el segundo el factor dominante consiste*

---

392 Ibídem

*en ver a la Corte como vértice de la jurisdicción y último garante de la legalidad.”<sup>393</sup>*

Por ello, aunque, como dijimos antes, aunque pareciera que ambos modelos – *ius constitutionis* y *ius litigatoris*- pueden verse como complementarias, lo cierto es que no lo son, y ello se puede ver especialmente en la función uniformadora:

*“Si, en efecto, se adopta el modelo de ‘tercera instancia’, la uniformidad se vuelve del todo indiferente y, por el contrario –con toda probabilidad- asume las características de un disvalor. Quien considera que la función esencial de la Casación consiste en garantizar la decisión justa del caso concreto (...), no está interesado en lo que sucede con los otros casos concretos (...).*

*La situación es obviamente diferente si se adopta el modelo ‘de Corte Suprema’. Si la función de esta Corte es la de asegurar la aplicación de la norma según la interpretación que se considera justa en base a criterios de orden general, es obvio que tal interpretación debe valer en términos generales en tanto se muestra justa y razonable (...).”<sup>394</sup>*

La convivencia de ambos modelos es, pues, contradictoria:

*“Cuando la corte juzga teniendo en la mira la justa solución del caso concreto, tiende inevitablemente a modelar la interpretación de la norma sobre las peculiaridades del supuesto de hecho concreto, antes de configurar interpretaciones destinadas a valer más allá de éste. Es decir, prevalecen criterios individualizantes, que buscan extraer de la norma aquello que sirve para resolver la cuestión específica, antes que criterios generalizantes que reconduzcan el caso particular hacia una interpretación de la norma asumida como válida en línea general, para extraer de ellos elementos útiles para una interpretación pasible de una más amplia aplicación.”<sup>395</sup>*

En este sentido, sería un error tratar de hacer convivir ambas finalidades dentro de un modelo de Corte Suprema:

*“Lo que sucede es que tales funciones, al exigir diferentes grados de requisitos o condiciones, a veces incompatibles, no pueden en realidad verificarse. Porque si se quiere primar la primera [*ius litigatoris*], es conveniente regular el recurso de forma amplia y evitar condiciones excesivas. Pero, si se busca lo segundo [*ius constitutionis*], es obligado restringir al máximo el acceso. Cuando todas las finalidades se quieren*

---

393 TARUFFO, *El vértice ambiguo*, Lima, Palestra, 2005, p. 222

394 Ídem, p. 232-233

395 TARUFFO, Michele. Citado por: HANKOVITS, op. cit., p. 480



*evidenciar, la regulación es muy compleja y surgen disfunciones que dan lugar, incluso, a que el mismo tribunal supremo, dada la ingente cantidad de recursos establezca límites<sup>396</sup> que no son adecuados para alguna o todas las funciones que se prevén. No se satisface, en fin, adecuadamente, ninguna de ellas.”<sup>397</sup>*

De la misma opinión es TARUFFO:

*“La crisis de identidad no deriva, por tanto, de la presencia de factores que se remontan a modelos diversos, sino al hecho de que en realidad la Corte tiende a interpretar un modelo mientras está presente también el otro, que por el contrario suministra las coordenadas institucionales y teóricas de las cuales se sirve normalmente para analizar y definir las funciones de la Casación.”<sup>398</sup>*

Por ello, un modelo de Corte Suprema que pretende, a la vez, satisfacer el *ius litigatoris* tenderá inevitablemente a ser una tercera instancia, algo que, precisamente, no es lo deseado dentro de un modelo constitucional. ASECIO no dice en el caso de la casación:

*“La casación no debe ser una tercera instancia, no puede serlo si se quiere que cumpla una función uniformadora del ordenamiento jurídico. Dos instancias son suficientes cualquiera que sea la cuantía, el hecho punible, la condena o el gravamen que se atribuya por las partes a la sentencia. No es deseable mantener la casación como recurso extraordinario, que proteja el derecho de las partes ante violaciones de la ley, que satisfaga sus intereses y, a la vez, necesariamente, introducir criterios de admisión de modo obligado para evitar el colapso del tribunal que, a su vez, impidan el acceso de asuntos con trascendencia general. Y menos que no puedan acceder a este recurso, por razones materiales referidas a la entidad de la pretensión, cuestiones en las que la uniformidad es indispensable.”<sup>399</sup>*

En consecuencia, un modelo híbrido no es una solución.

---

396 Entre los límites no adecuados pensamos, por ejemplo, en el aumento, sin ningún criterio más allá de limitar el acceso de casos a la Corte Suprema, de la cuantía implicada en las controversias, como sucede en la casación española (LÓPEZ SIMÓ, Francisco, *Sobre las recientes medidas de agilización del Proceso Civil español (Ley 37/2011, del 10 de octubre)*, en: Derecho y Sociedad, Lima, No. 38, 2012, p. 254).

397 ASECIO, op. cit., p. 498

398 TARUFFO, op. cit., p. 225

399 Ídem, p. 477

### 3.3.1.3. Modelo *ius constitutionis*.

Consideramos que un modelo acorde a un estado constitucional es aquél que cumpla una función *ius constitutionis*, es decir, que funcione como una verdadera Corte Suprema y no una instancia más de revisión.

Ahora bien, un fin público, sabemos, tiene dos funciones: control de la legalidad de las resoluciones emitidas por los jueces inferiores y la uniformidad de la jurisprudencia.

Ambas funciones deben entenderse o desarrollarse dentro del marco de un estado constitucional, y no como si fuera un estado de derecho legalista, es decir, *“a través de los precedentes vinculantes, [debe] atribuir sentido al derecho para guiar la conducta social y preservar la seguridad jurídica e igualdad”*<sup>400</sup>.

Es importante hacer dicha precisión, en tanto y en cuanto, se puede afirmar que se busca un modelo *ius constitutionis*, cuando el marco normativo –regulación del precedente y acceso al supremo- realmente favorecen el desarrollo del *ius litigatoris*. Decimos ello en especial a la función de nomofilaquia.

En efecto, en cuanto a la función de nomofilaquia, se espera que no opere en el plano *“del control de legitimidad de la decisión en concreto”*<sup>401</sup>, sino *“sobre el de la elaboración de la mejor interpretación de las normas”*<sup>402</sup>.

Como se mencionó antes, una función de control de la legalidad en el caso concreto no sólo facilita el acceso al supremo –con el consiguiente aumento de la carga procesal-, sino que esta al descompás de cómo debe entenderse esta función en un estado constitucional, pues estamos ante una corte que opera como una instancia de revisión para el ciudadano o una instancia más.

---

400 DELGADO, op. cit., p. 240

401 TARUFFO, op. cit., p. 224

402 Ibídem

Así pues, el control de la legalidad sobre el caso en concreto se encuentra dentro de una función reactiva, “preocupándose por el pasado”<sup>403</sup>. Ello, según DELGADO: “un modelo de corte suprema vista como corte de revisión [una tercera instancia más], presupone una teoría de la interpretación cognitivista, o también conocida como formalista”<sup>404</sup>.

Como se estableció al momento de hablar del tipo de precedente que deseamos dentro de un estado constitucional, como ejercicio de una teoría de la interpretación no formalista o cognitivista, tenemos que, precisamente, una interpretación formalista de función de control de la legalidad –o de nomofilaquia– supone lo siguiente:

*“Este formalismo interpretativo, significa descubrir el significado intrínseco al texto normativo, un significado incorporado y pre existente a la actividad de la interpretación (...). [T]al teoría interpretativa tenía como objeto declarar la única, exacta, objetiva y correcta interpretación de la ley la cual era la voluntad del legislador.”<sup>405</sup>*

En ese sentido, se trata de una función que mira al pasado, tratando de hacer una labor interpretativa formalista de descubrimiento, ello en tanto se identificaba al derecho con la ley creada por el legislador.

Por tanto, desde ese punto de vista, no estamos ante una visión interpretativista<sup>406</sup>, sino formalista o cognitivista, ésta última que consiste, según DELGADO, en<sup>407</sup>:

- a. Toda norma tiene un significado intrínseco, implícito, pero objetiva y previamente dado.
- b. El intérprete o juez, tiene como labor descubrir dicho significado, tornarlo explícito.
- c. En caso de diversidad de significados de una disposición, el intérprete escoge uno y descarta los otros que se considerarán falsos.

---

403 DELGADO, op. cit., p. 245

404 Ídem, p. 246

405 Ibídem

406 MARINONI, op. cit., p. 219

407 DELGADO, op. cit., p. 246-247

- d. El método interpretativo es lógico deductivo y excluye cualquier valoración y elección discrecional del intérprete.
- e. Se interpreta la norma sin realizar una elección valorativa y aplica deductivamente la norma al hecho.

Ahora bien, de lo que se trata es de ajustar la visión formalista a una interpretativista, acorde aun estado constitucional. En este punto, concordamos con lo afirmado por PALACIOS, para quien esta nueva concepción de la nomofilaquia permite tener a la interpretación que debería hacer la Corte Suprema no como un medio, sino como fin en sí mismo, no es un medio para revisar la decisión impugnada sino asignar *“un significado a la norma luego de la aplicación de criterios lógicos-formales, sistemáticos y valorativos en materia ética, económica, social y política”*<sup>408</sup>.

*“(…) no es el de limitar la justa solución al caso concreto dentro de los márgenes interpretativos de la norma, sino el de interpretar la norma de modo que se redefina su significado global teniendo en cuenta el problema que presenta el caso concreto.”*<sup>409</sup>

En el mismo sentido DELGADO nos dice:

*“Aún sobre la función reactiva de la corte de casación, es claramente visible que la interpretación de la ley no constituye propiamente una finalidad de esta corte. La interpretación –si es que se da- es un medio para otra finalidad: el control de la legalidad de las decisiones judiciales.”*<sup>410</sup>

Por tanto, el control de la legalidad debe pasar por la utilización de la interpretación de un medio –de control- a un fin en sí misma, con la finalidad de lograr un significado de la norma a casos futuros, lo que le otorga una visión hacia adelante o hacia futuro a la corte suprema, lo que DELGADO resume como función proactiva<sup>411</sup>. Nos dice dicho autor:

*“La función nomofiláctica interpretativa supone, evidentemente, una justificación para la fuerza vinculante del precedente. Siendo que el*

---

408 PALACIOS, op. cit., p. 510

409 TARUFFO, op. cit., p. 229

410 DELGADO, op. cit, p. 249

411 Ibídem



*propósito de las cortes supremas (...) es eliminar la equivocidad del derecho delante de determinado contexto fáctico normativo mediante a fijación de una interpretación, es natural que la norma de ahí oriunda desempeñe un papel de guía para su interpretación futura*<sup>412</sup>

Habiendo delimitado genéricamente los alcances de la función de nomofilaquia en un estado constitucional, es indudable que, como vemos, ella va de la mano necesariamente con la función uniformadora, ambas como expresión del *ius constitutionis*:

*“(...) la Casación no sólo debe asegurar que la norma sea interpretada de modo justo en el caso concreto; si una determinada interpretación es justa, es necesario que ella valga para todos los casos reconducibles al mismo supuesto de hecho (...).”*<sup>413</sup>

Es esencial la uniformidad de la jurisprudencia para aspirar a alcanzar la seguridad jurídica y la igualdad, más aún ante la innegable equivocidad de las disposiciones normativas:

*“(...) ante la multiplicidad de interpretaciones o significados pasibles de ser extraídos de los documentos normativos, debe existir un medio o instrumento encargado de concentrar el significado final en determinados contextos y de velar por su unidad. Reafirmamos que es precisamente esta función la que debe detentar toda corte suprema, función que consistirá en dar unidad al derecho y atribuir un significado uniforme [interpretación unívoca] a partir del juzgamiento de casos concretos. Esta función, como ha sido denominada anteriormente de proactiva (...) está dirigida a orientar la adecuada interpretación y aplicación del Derecho, tanto para el aparato judicial, como para la sociedad civil (...).”*<sup>414</sup>

Por tanto, las dos caras de una misma moneda que, hemos visto, parecería pregonarse de las funciones *ius constitutionis* y *ius litigatoris* y, como concluimos, no puede darse, sí, en cambio, existe de las funciones de control de la legalidad y uniformidad, las que se integran en la finalidad pública de la casación.

Ello no es todo, sino que conforme se detalló en el segundo capítulo, es la teoría de la interpretación jurídica la que justifica no sólo la importancia del precedente, como guía de la interpretación de una disposición normativa en base a

---

412 Ídem, p. 256

413 TARUFFO, op. cit., p. 231

414 DELGADO, op. cit., p. 255

argumentos, sino que también justifica naturalmente la necesidad que sea a través de la corte suprema donde se establezca dicha guía interpretativa, de entre varias posibles, y desde allí se *“viabilizará la justa interpretación del texto normativo”*<sup>415</sup>.

Será el precedente vinculante el *“estabilizador interpretativo”*<sup>416</sup> a partir de un caso concreto y serán sus *“razones de decidir o las llamadas ratio decidendi las que determinan el comportamiento de toda una comunidad puesto que instalan una pauta de conducta a toda la ciudadanía y a la judicatura nacional”*<sup>417</sup>.

Por tanto, si buscamos cuál debe ser la finalidad que debe cumplir un modelo de corte suprema dentro de un estado constitucional y bajo una teoría de la interpretación no formalista, no cabe duda que debe ser una de naturaleza pública, únicamente, pues ésta *“garantiza que se verifique la posibilidad de asegurar la uniformidad en la interpretación de la ley”*<sup>418</sup>.

La finalidad pública garantiza, además, convertir progresivamente a una corte suprema en un verdadero poder del Estado, con la capacidad y el prestigio, que nace del debate judicial y la persuasión, de establecer las directrices de la administración de justicia y las soluciones jurídicas a problemas trascendentales de la sociedad y el Gobierno, procurando seguridad jurídica e igualdad.

Sobre esto último, se busca una solución a los casos trascendentales, así como a los casos que, por su gran número –e inclusive fácil solución- no deban estar sometidos a un proceso largo y tedioso, sino a una rápida –o menos tediosa- solución.

En este sentido, el objetivo es que una Corte Suprema no sólo resuelva casos concretos, sino que sobre la base de éstos:

---

415 *Ibíd*em

416 *Ídem*, p. 256

417 *Ídem*, p. 257

418 HANKOVITS, op. cit., p. 479

*“(...) actúa y se erige en un propio y verdadero poder del Estado, como actor principal que influye decisivamente en el gobierno, contribuyendo a orientar, y aún a innovar creativamente en el quehacer de las restantes ramas políticas, y sobremanera en relación con la sociedad toda.”<sup>419</sup>*

Como sostiene TARUFFO:

*“(...) si se quiere una justicia eficiente, coherente, confiable y racionalmente orientada hacia el ordenado desarrollo del Derecho, entonces debe configurarse un modelo de Corte Suprema capaz de tender hacia esos valores y de realizar estas finalidades.”<sup>420</sup>*

### **3.3.2. Carga procesal.**

Las propuestas en estos campos deben estar en consonancia con el modelo *ius constitutionis*, pues cualquier distorsión puede convertir el modelo en un *ius litigatoris*, como se ha visto antes.

Es consecuencia de adoptar un modelo de fin público, el asumir que se deben de reducir las causas que conoce el supremo, pues la sobrecarga impide priorizar su función uniformadora:

*“(...) el número de casos es el que determina si la institución casatoria está en posibilidades de funcionar como tal, y que de no ser posible, no cabe sino admitir que esa pieza se ha transformado en otra distinta”<sup>421</sup>*

En efecto, es lógico que una sobrecarga procesal cuyo fin es interpretar la ley a la justicia del caso concreto o, inclusive, resolver miles de causas en el mismo sentido, hacen perder la perspectiva del fin público que puede ejercer una corte suprema o, por lo menos, no hacerlo con la calidad y dedicación suficiente.

*“(...) en los ordenamientos en los cuales los pronunciamientos de la Corte Suprema se cuentan por decenas de miles (...) se persiguen otros valores*

---

419 Ibídem

420 TARUFFO, *Las funciones de las Cortes Supremas*. En: Asociación Argentina de Derecho Procesal. *Reforma Procesal Civil*, op. cit., p. 667

421 HANKOVITS, op. cit., p. 491

*y otras finalidades: (...) asegurar exclusivamente la legitimidad de la decisión del caso singular específico*<sup>422</sup>

En el mismo sentido, tenemos la opinión de MORELLO:

*“La sobrecarga de los tribunales superiores (...) acarrea los serios riesgos de hacer malograr su capacidad para atender con éxito el propósito público perseguido con su funcionamiento, por la simple razón de que los jueces no pueden brindar el tiempo necesario a la discusión y consideración profunda de los casos cuyos contenidos constituyen las controversias jurídicas importantes.*<sup>423</sup>

Por ello, en nuestra opinión, una reforma esencial del sistema de justicia en una corte suprema pasa por una reducción de los casos que viene conociendo, ello con el fin de poder potenciar una política de precedentes eficiente y de calidad.

*“(...) la legalidad debe ser perseguida de manera eficiente, racional y coherente, es decir, a través de una selección razonable en la cantidad (...) de los casos de que valga la pena someter a decisión de la Corte Suprema*<sup>424</sup>

Agrega PRIORI:

*“Si queremos que la Corte Suprema establezca los lineamientos generales de la jurisprudencia, definitivamente eso supone pasar por reducir el número de casos que conoce, porque no hay posibilidad, con la carga que actualmente tiene, de que en estos momentos nuestra Corte pueda realizar el trascendente trabajo que debería cumplir como rectora del ordenamiento*<sup>425</sup>

SAN MARTÍN, acorde con ello, manifiesta que no todo debe ir a la Corte Suprema si es que queremos que ésta:

*“(...) debe ser el constructor de una inserción uniforme del ordenamiento jurídico a través de su jurisprudencia [debe] asumir, proteger, expandir, dos grandes valores del ordenamiento jurídico: seguridad jurídica e igualdad en la interpretación y aplicación judicial de la ley*<sup>426</sup>

---

422 TARUFFO, op. cit., p. 666

423 MORELLO, Augusto M. *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los congresos internacionales de derecho procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 91

424 TARUFFO, Michele. op. cit., 665

425 PRIORI POSADA, Giovanni, *La Corte Suprema que queremos*, op. cit., p. 317

426 SAN MARTÍN CASTRO, op. cit. p. 319



Como sentencia MORELLO: “En primer término, recalcar la imperiosa necesidad de encaminarnos, con pasos firmes, positivos (...), a la reducción real de los pleitos”<sup>427</sup>.

Así pues, un modelo de corte suprema orientada únicamente al *ius constitutionis*, debe tener una carga limitada:

“Para unificar la doctrina, para asegurar la igualdad, es imprescindible una casación muy limitada (...). Y es evidente que esa calidad es un desiderátum, más que un hecho y un deseo irrealizable (...). Pocos son los asuntos que deben llegar a los tribunales supremos (...)”<sup>428</sup>

Pero no sólo un número reducido de causas, sino también no debe haber un número excesivo de integrantes, pues de lo contrario dejaría de ser un tribunal supremo, ya que con un número elevado de jueces se pierde la necesaria homogeneidad que es consustancial a su esencia y al recurso de casación<sup>429</sup>, sin perjuicio de la natural dificultad de llegar a acuerdos cuando estamos ante muchos jueces y, por ende, muchos criterios, como hemos ya referido.

### 3.3.3. Criterios a tener en cuenta sobre un modelo constitucional de Corte Suprema.

A lo largo de este capítulo se ha puesto en evidencia la necesidad de tener un modelo determinado de corte suprema, sin embargo, no proponemos la adopción inmediata de un modelo anglo norteamericano o del *Common Law*, sino buscar opciones adecuadas a la realidad de nuestro sistema nacional que, finalmente, es heredero de la tradición del *Civil Law*.

La reforma debe ajustarse a algunos criterios. Siguiendo a ASENCIO:

- a. La sobrecarga procesal, hasta el punto que impide a una corte suprema poder ejercer funciones como la uniformidad o el control –o promoción– de

---

427 MORELLO, Augusto Mario, *La reforma de la justicia*, Buenos Aires, Librería Editora Platense-Abeledo-Perrot, 1991, p. 157.

428 Ídem, p. 478

429 Ídem, p. 491

la legalidad, convierte inevitablemente a la corte suprema en una instancia más. En estas situaciones no se puede aducir que, en el caso del recurso de casación estemos ante uno de naturaleza extraordinaria.

En efecto, y hablando del caso nacional, la excesiva carga procesal le quita la naturaleza de excepcional al recurso de casación. La excepcionalidad de, por lo menos en el Perú, del recurso de casación está en relación a las altas funciones que nuestra legislación le impone, pero una exorbitante carga impide la unificación de la jurisprudencia -como hemos visto-, con lo cual la calificación de “extraordinario” sale sobrando.

A diferencia del caso italiano, en nuestro país el acceso al supremo a través del recurso de casación no está asegurado constitucionalmente, por lo que el legislador de cada país es libre de configurar o fijar *“discrecionalmente (...) las características del medio para llegar a ‘ese’ tercer juez”*<sup>430</sup>, por lo que, a nivel legal, se puede regular el acceso al recurso de casación.

A este respecto, PRIORI refiere que para poder reducir el acceso a un tribunal supremo hay dos opciones: *“i) la ley determina cuáles son los excepcionales casos que deben llegar a Casación (...); o ii) la propia Corte Suprema es la que establece en función de sus propios criterios cuáles son aquellos casos en los que justifica su intervención”*<sup>431</sup>. Actualmente, es claro, en el Perú tenemos el primer mecanismo, pues si una de las partes propone un recurso de casación y cumple los requisitos legales, entonces *“el recurrente adquiere el derecho”*<sup>432</sup> a que su recurso sea admitido y tramitado conforme a ley.

Estamos ante una diferencia entre dos modelos de corte suprema que hemos revisado:

*“El common law y el civil law han desarrollado posiciones disímiles en cuanto al derecho al recurso. En la tradición del civil law el derecho a recurrir a una instancia completa de revisión es visto como parte del derecho al debido proceso no así en el common law. Posiblemente la distinta visión que ambas tradiciones poseen sobre el juez haya incidido*

---

430 ARIANO DEHO, Eugenia. *Impugnaciones Procesales*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 78.

431 PRIORI POSADA, Giovanni, *La Corte Suprema que queremos*, op. cit., p. 317.

432 *Ibidem*

*fuertemente sobre la posición divergente de ellas en cuanto la cantidad y calidad de las sucesivas revisiones*<sup>433</sup>

Creemos que deberían implementarse mecanismos que se orienten a la segunda opción, como en el modelo anglo americano y alemán, de tal modo que sea la corte suprema la que, dado que esta en las mejores condiciones de conocer qué áreas necesitan un pronunciamiento de su parte, defina criterios jurisprudenciales.

- b. La opción no es por aumentar el número de magistrados, pues ello impide la mejor toma de acuerdos.

En este sentido, siguiendo a PROTO PISANI<sup>434</sup>, ante la excesiva carga procesal no es viable ni racional aumentar el número de jueces, sino que se debe introducir un filtro para reducir drásticamente los recursos. La experiencia en otros países –dice PROTO PISANI, al comentar la situación italiana-, demuestra que lo más efectivo es pronunciarse sobre un recurso que *“envuelva una cuestión de relevancia general, o que se haya resuelto de modo diverso con orientaciones constantes de la Corte*<sup>435</sup>.

- c. Otro aspecto a tener en cuenta es que, si bien el acceso de los recursos al supremo debe ser limitado y, además, que la capacidad de decisión esté en manos de la Corte Suprema, se debe tener en cuenta que estas limitaciones no deben ser excesivamente formalistas.

Así, en un estado constitucional donde es fundamental la protección de los derechos fundamentales, un recurso excesivamente formalista no favorece ello. ASECIO, al referirse al recurso de casación nos dice:

*“Y esta protección especial no la proporciona, ni la puede proporcionar la casación clásica, excesivamente formalista y limitada a los casos en que concurre un determinado gravamen no medido en términos de afectación de derechos, sino en atención a la gravedad de los hechos o a la cuantía*

---

433 OTEIZA, op. cit., p. 357-358

434 PROTO PISANI, op. cit., p. 539

435 Ibídem

*de la pretensión (...), lo que implica una subordinación de la vigencia de los derechos a criterios materiales que (...) son jurídicamente inferiores (...)*<sup>436</sup>

El mismo formalismo no favorece el desarrollo de la uniformidad:

*“(...) el alto dogmatismo que rodea a la casación, su excesivo formalismo revestido en ocasiones de tecnicismo, implican una cierta limitación a los tribunales casacionales a la hora de cumplir esa nueva función inevitable de unificación de la doctrina, de amparo de la seguridad jurídica (...)*<sup>437</sup>

Por tanto, consideramos que si bien debe haber una reducción de los recursos que conoce el supremo, el acceso de éstos no debe ser limitado por cuestiones o requisitos formales que impidan el acceso de determinadas materias o conflictos que, por su relevancia, deben merecer un pronunciamiento vinculante de una corte suprema. Como sostiene NIEVA FENOLL, se ha incurrido en un *“fetichismo procedimental”*<sup>438</sup>, que ha motivado una evolución doctrinal para seguir un camino más acertado que *“consiste en eliminar esas vergonzosas excusas procedimentalistas (...) en favor de un debate más elevado en torno a la misión que debe desempeñar el juez supremo”*<sup>439</sup>.

Es necesario mencionar que cuando decimos que se debe optar por un modelo proactivo, cercano a los modelos alemán o anglo norteamericano, debemos ver conscientes de los límites y ventajas que presentan cada uno de dichos modelos. La necesidad de saber ello es dejar ver lo importante que es llevar a cabo una reforma responsable, que tome en cuenta la realidad de cada país.

A nuestro criterio uno de los importantes debates sobre las reformas a adoptarse está en determinar qué tanto control debería tener una corte suprema *ius constitutionis* sobre las instancias inferiores, y ello está en relación con la carga procesal que debería aceptar y sobre qué materias debería ejercer el control.

---

436 ASECIO, op. cit., p. 475

437 Ídem, p. 474

438 NIEVA, op. cit., p. 177

439 Ibídem



En efecto, en un modelo *ius constitutionis* el instrumento de seguridad jurídica y de igualdad en el sistema sería el precedente. Según NIEVA FENOLL, en el modelo cuasi legislativo:

*“Para esta si opción, el litigante no es más que una excusa para legislar. El ciudadano acude al juez supremo con su problema, y si éste lo considera interesante para la generalidad, emitirá una resolución que se pretende que tenga eficacia normativa”<sup>440</sup>*

Sin embargo, y sobre el control que se desea ejerza la suprema, se debe tener en cuenta que en el modelo cuasi legislativo de los sistemas anglosajones el nivel de litigiosidad es muy inferior. En efecto, según NIEVA FENOLL, a diferencia de lo que sucede en los países continentales europeos, en los sistemas anglosajones la enorme mayoría de asuntos se resuelven en fase de *pretial* – antes del juicio- con algún ADR<sup>441</sup> –*alternative dispute resolution*-. A este respecto, dicho autor sostiene que el modelo cuasi legislativo “es difícilmente viable (...) en países con una pendencia de procesos muy superior a las anglosajonas”<sup>442</sup>.

Otro factor a tomar en cuenta en los sistemas anglosajones es la confianza existente en los jueces, lo que favorece que una corte suprema pueda centrar el control en unos pocos casos, dejando muchas áreas del derecho y, por ende, conflictos, fuera de su revisión.

*“En estas condiciones, optando por la opción del órgano cuasilegislativo acabamos obteniendo un tribunal que no ejerce de tal, desempeñando funciones que no le corresponden realmente, con un déficit democrático importante y además pronunciándose en pocos ámbitos del ordenamiento jurídico, porque dada su reducida composición no es viable que dicte resoluciones ejemplarizantes en una multitud de asuntos, porque ciertamente perdería autoridad al no poder cumplir su labor con la debida eficiencia.*

*En conclusión, pese a la autoridad (...) que observamos en algunas resoluciones de las jurisprudencias anglosajonas, y pese a que su labor no se ve inundada con una multitud de recursos particulares (...), la opción tiene el inconveniente de propiciar la dispersión de las jurisprudencias*

---

440 Ídem, p. 180

441 Ídem, p. 182

442 Ídem, p. 184

*inferiores, que es tanto más grave cuantos más procesos se celebran realmente.*<sup>443</sup>

Por tanto, como podemos advertir, un modelo cuasi legislativo como el modelo anglo norteamericano, el control se centra en pocos casos, dejando mucho campo al criterio de las cortes inferiores –lo que genera dispersión de criterios<sup>444</sup>, pero ello solo es posible en países donde se tiene mucha confianza en los jueces y donde no hay una cultura de litigiosidad –en la cual las personas prefieren resolver sus conflictos antes que buscar la solución acudiendo a un juicio–.

Otro factor que advierte NIEVA FENOLL es que dicho modelo –precisamente se llama cuasi legislativo–, confiere mucho poder legislativo –creación de derecho– a los jueces supremos, a pesar de no tener un nombramiento por sufragio universal<sup>445</sup>.

En otras palabras, si bien se tiene a un tribunal supremo con autoridad –pocos casos– y cierta coherencia en las decisiones por la poca cantidad de magistrados –aunque sostiene NIEVA FENOLL que ello no impide que se vayan produciendo contradicciones internas por simples cambios de criterios en función de las personas que ocupan el puesto o simple oportunismo social<sup>446</sup>, se acepta que las instancias inferiores resuelvan conforme a su criterio, con lo que hay poco control de los supremos.

Ello no sucede, ciertamente, en un modelo de tercera instancia –en términos de TARUFFO–, donde el control se ejerce sobre muchas más decisiones inferiores en aras de lograr la uniformidad y la igualdad, aunque paradójicamente<sup>447</sup> ello sea imposible lograr por la gran cantidad de recursos y la proliferación de magistrados supremos en salas especializadas, lo que ocasiona poca autoridad en sus decisiones.

---

443 Ídem, p. 184

444 Ídem, p. 182

445 Ibídem

446 Ibídem.

447 Ídem, p. 180

Ahora bien, nuestra propuesta apuesta por la continuidad de una corte suprema, a pesar que, como sostiene NIEVA FENOLL, ningún modelo –cuasi legislativo, instancia de recurso para el ciudadano o híbrido- cumplen sus funciones debidamente, por lo que incluso llega a cuestionar la existencia y necesidad de una corte suprema:

*“(…) los tribunales supremos de los diversos Estados no acaban de cumplir eficazmente su labor bajo ninguno de los dos modelos existentes, sea ésta la de servir de último recurso, por los tremendos retrasos que se producen en este caso y la dispersión jurisprudencial, sea la de prestar una función cuasilegislativa, que sólo prestan muy puntualmente, de manera notablemente fragmentaria, a veces contradictoria, y en todo caso con un notable déficit democrático y poniendo en cuestión la separación de poderes.”<sup>448</sup>*

No es objeto del presente trabajo proponer la desaparición de la corte suprema, sino dotarla de una finalidad que, en el caso peruano, nos parece que nunca ha tenido. Dicho cambio pasa no sólo por una definición de la función del tribunal supremo, junto con el uso del precedente. Ello no se podrá lograr satisfactoriamente sin una reducción –tal vez no radical, pero sí progresiva- de la carga procesal, y la definición de qué materias debe conocer el supremo.

### **3.4. El modelo peruano.**

La Corte Suprema Nacional se encuadrada, qué duda cabe, en la tradición del *Civil Law*, desde este punto de vista analizaremos su estructuración dentro del sistema, qué modelo ha adoptado y sobre ello establecer las necesidades de reforma que, ya hemos adelantado, necesitaría.

Además de la Corte Suprema, también revisaremos el modelo de la casación civil, habida cuenta resolver este recurso es de competencia de la suprema y es fuente de derecho en la medida que es el medio para crear precedente judiciales.

---

448 Ídem, p. 189

En referencia al número de jueces supremos, tenemos que el artículo 29<sup>o449</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), establece que la Corte Suprema de Justicia está formada por 20 vocales supremos.

Dentro de los 20 vocales supremos se incluyen tres salas especializadas: Civil, Penal y Constitucional y Social. Sin embargo, actualmente ese número ha aumentado a 20 adicionales, por la creación de nuevas salas: una Sala Civil Transitoria, una Sala Penal Transitoria y dos Salas Constitucional y Social Transitorias. El sustento, siempre presente para adicionar dichas salas transitorias fue el aumento de la carga procesal. Por tanto, actualmente, el número de vocales supremos asciende a 40.

Por otro lado, el artículo 141 de la Constitución, reconoce que a la Suprema corresponde *“fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema”*.

Para entender y definir a qué nos referimos entre ser órgano de casación y órgano de instancia, nos remitimos a lo siguiente:

*“En casación, modalidad en la cual no falla sobre el fondo del asunto sino sobre la forma en que ha sido llevado el proceso y sobre la manera adecuada o inadecuada como ha sido aplicada la normativa relativa al caso.*

*En última instancia, que quiere decir que asume plena jurisdicción sobre el caso y revisa no sólo el proceso en sí mismo y la forma como ha sido aplicada la ley, sino que entra a conocer y fallar sobre el fondo del asunto”<sup>450</sup>*

Como se puede apreciar, a nivel constitucional se le adjudica a la Corte Suprema cumplir un rol privado –resolver la justicia del caso concreto–, en determinadas

---

449 *“Artículo 29. Composición*

*La Corte Suprema está integrada por veinte Jueces Supremos, distribuidos de la siguiente forma:*

- 1. El Presidente de la Corte Suprema.*
  - 2. El juez supremo jefe de la Oficina de Control de la Magistratura.*
  - 3. Dos jueces supremos integrantes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.*
  - 4. Un juez supremo representante de la Corte Suprema ante el Jurado Nacional de Elecciones.*
  - 5. Los demás jueces supremos integrantes de las salas jurisdiccionales.*
- (...)”*

450 RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1999, p. 162. Citado por ZELA, op. cit., p. 193.



causas, y un rol público –ser órgano de casación- lo que, conforme lo hemos manifestado, ya representa un problema, pues lo conveniente es que la Corte cumpla únicamente un rol público. Por tanto, convertir o reconocer a la Corte Suprema en una sede de instancia –aunque sea en algunas materias- marca una tendencia histórica a la sobrecarga procesal<sup>451</sup>. Esta cantidad enorme de procesos judiciales es reconocida por la doctrina nacional, así OPINAN MONROY GÁLVEZ, PRIORI POSADA, SAN MARTÍN CASTRO, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA y AVENDAÑO VALDEZ<sup>452</sup>, lo que es sólo una muestra de la opinión generalizada de la doctrina.

En Latinoamérica el Perú no fue el único país que asignó a su corte suprema también competencia de sede de instancia, responsable de la sobre carga en todos nuestros países:

*“Los sistemas judiciales sudamericanos optaron durante el siglo XX, mayoritariamente, por una Corte Suprema que realizara labores de tercera instancia o de tercer grado (...). Las consecuencias de tal elección, entre otras, fue que el flujo de los casos a ser conocidos por las distintas salas especializadas (...) han sido y son lo suficientemente considerables como para determinar (...) la renuncia de la Corte a convertirse en un instrumento de afirmación y de difusión de las tendencias sociales, políticas y económicas de una sociedad.”<sup>453</sup>*

En todo caso, como hemos sostenido, la intención de querer cumplir con ambas finalidades por igual, en los hechos, se convierte en una desventaja.

Sobre las materias específicas que serían materia de pronunciamiento de una instancia o de casación, a nivel legal tenemos que la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) estableció originalmente lo siguiente:

*“Instancia de fallo*

*Artículo 31.- La Corte Suprema conoce como órgano de instancia de fallo los siguientes procesos:*

- a) Los iniciados en las Cortes Superiores;*
- b) Los de materia constitucional;*

---

451 ZELA, op. cit., p. 193

452 La Corte Suprema que queremos, op. cit. También: MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, op. cit., p. 374 y ZELA, op. cit., p. 193

453 MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, op. cit., p. 374.

- c) *Los originados en la propia Corte Suprema; y,*
- d) *Los demás que señala la ley.*

*Casación.*

*Artículo 32.- La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva.*

*(...)"*

El artículo 31 de la LOPJ fue derogado por la Ley 29364 –la misma que contenía todo un paquete de modificaciones al recurso de casación del Código Procesal Civil-, publicada el 28 de mayo de 2009, con el objetivo de delimitar las funciones de la Corte Suprema suprimiendo sus funciones de instancia, la misma que superaba las posibilidades materiales de la Corte.

La misma Ley 29364, reformuló el artículo 32<sup>454</sup> de la LOPJ, reduciendo la las funciones de la Corte Suprema a conocer:

- a. De los recursos de casación;
- b. De las contiendas de competencia entre jueces de distritos judiciales distintos;
- c. De las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso;
- d. De las apelaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior; y,
- e. De la apelación y la consulta prevista en los artículos 93 y 95 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Con ello, prácticamente se eliminó de la competencia de la Corte Suprema su función como órgano de instancia. Sin embargo, las modificaciones hechas por

---

454 "Artículo 32.- Competencia

*La Corte Suprema conoce:*

- a) De los recursos de casación con arreglo a la ley procesal respectiva;*
- b) de las contiendas de competencia entre jueces de distritos judiciales distintos;*
- c) de las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso;*
- d) de las apelaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior; y,*
- e) de la apelación y la consulta prevista en los artículos 93 y 95 del Código Procesal Constitucional, respectivamente."*

la Ley 29364, no han reducido la sobrecarga de nuestro tribunal supremo, lo que se puede deber a varias razones:

- a. La Corte Suprema, aunque legalmente no es tribunal de instancia, parece muchas veces serlo<sup>455</sup>, por lo que en la práctica no ha dejado de funcionar como tal.

Dice Priori que hay una “*cultura judicial*”<sup>456</sup> que compele a los jueces a resolver el problema que está en este expediente especialmente, y ver única y exclusivamente este caso concreto sin determinar cómo esta decisión puede terminar influyendo en el sistema social, en el sistema político o en las futuras decisiones que tenga que tomar en otros casos<sup>457</sup>.

Y es que esa “*cultura judicial*” está enraizada desde muy antiguo en el Perú. Refiere Eugenia Ariano que el rol de tercera instancia de la Corte Suprema se originó en un Decreto Dictatorial de fecha 31 de marzo de 1855 por Ramón Castilla, cuando se creó un recurso ordinario que debía conocer la Corte Suprema, creación que se mantuvo en el recurso de nulidad regulado por el Código de Procedimiento Civiles de 1912<sup>458</sup>.

- b. Si bien en el Perú –y a diferencia del caso italiano, que referimos antes-, no hay un derecho subjetivo a acceder al recurso de casación, lo cierto es que el centro de gravedad sobre la decisión, o no, de recurrir a la Corte Suprema depende de los litigantes y no de ésta, como veremos más adelante.

Aunque se debe reconocer que la tendencia de la Corte Suprema es a rechazar en su mayoría los recursos de casación a través de un antejudio de procedencia –que, además, puede demostrar que la interposición de un recurso de casación lo es para que la parte que probablemente pierda el juicio lo use para alargar el proceso-, lo cierto es que éste no sólo

---

455 PRIORI POSADA, *La Corte Suprema que queremos*, op. cit., p. 317

456 Ídem, p. 320

457 Ibídem

458 ARIANO DEHO, Eugenia. *Impugnaciones Procesales*, op. cit., p. 270.

implica tiempo sino, además, recursos para poder ser resuelto, ello en la medida que la Corte tiene que motivar su decisión de no pasar a resolver el fondo del asunto.

En efecto, tal como se encuentra regulado el proceso, si los litigantes cumplen con los requisitos establecidos en las diferentes leyes procesales sobre la admisibilidad y procedencia del recurso, entonces se adquiere el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo de su recurso de casación, independientemente de si la materia es o no relevante o novedosa o esencial para el sistema jurídico peruano, como lo veremos más adelante. En pocas palabras, si se cumple con los requisitos, se tiene derecho de acceso al sistema, sea cual sea la controversia o materia<sup>459</sup>.

Ello posibilita, como hemos visto, el embalse de procesos ante la Corte Suprema, impidiendo que puede ejercer eficazmente una labor acorde a las exigencias de un modelo *ius constitutionis*.

Por ello, creemos, aún existe una sobrecarga en la Corte Suprema, a pesar de las modificaciones introducidas.

Además, la labor de los jueces supremos no es sólo jurisdiccional. Como en muchas otras cortes, ejercen una labor administrativa de gobierno del Poder Judicial. El órgano de gobierno judicial es la Sala Plena<sup>460</sup>, a través de la cual, como dijimos, se ejercen las funciones de gobierno del Poder Judicial, y está formada sólo por los vocales supremos titulares<sup>461</sup>.

---

459 Aunque ciertamente, las leyes procesales limitan a varias pretensiones el acceso a la corte suprema, vía casación.

460 "Artículo 79. Órgano supremo: competencia, presidencia, integrantes y sesiones

*La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano supremo de deliberación del Poder Judicial que, debidamente convocada, decide sobre la marcha institucional de dicho poder y sobre otros asuntos que no sean de competencia exclusiva de otros órganos, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. La preside el Presidente de la Corte Suprema y se integra por todos los jueces supremos titulares. El jefe de la Oficina de Control de la Magistratura no interviene en los casos que haya conocido con anterioridad en el ejercicio de sus funciones.*

(...)"

461 "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:*



Como se puede apreciar, el número de jueces supremos no es excesivo, y es mucho menor a la Corte de Casación francesa, por ejemplo. Ahora bien, la Corte Suprema no sólo conoce recursos de casación, sino que es competente sobre otras materias, recargando la labor de la Corte.

A dicha labor se le agrega una administrativa, que supone dirigir la marcha del Poder Judicial y sus políticas de gobierno.

A todas luces, se advierte la necesidad de una reforma a fin que la Corte Suprema deje de ser un modelo de instancia del recurso para el ciudadano, sino orientada a un fin público.

La doctrina nacional es prácticamente uniforme en dicha opinión, a lo que se debe agregar la conclusión de la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus), la que en su informe de junio de 2004 concluyó que se debía optar por una Corte Suprema que defienda el *ius constitutionis*:

*“(...) los comisionados de la Ceriajus han optado por circunscribir aún más las potestades resolutorias de la Corte Suprema, dictaminando que deberá ocuparse tan solo en actividad casatoria (salvo la excepción del antejuicio). Al parecer, se espera contribuir así a la elaboración jurisprudencial y a la predictibilidad de los fallos jurisdiccionales, lo que ha*

- 
1. Aprobar la Política General del Poder Judicial a propuesta de su Consejo Ejecutivo.
  2. Elegir en votación secreta entre sus magistrados jubilados o en actividad, al representante de la Corte Suprema ante el Jurado Nacional de Elecciones.
  3. Elegir en votación secreta al representante ante el Consejo Nacional de la Magistratura.
  4. Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.
  5. Designar a los Vocales Supremos integrantes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
  6. Designar al Vocal Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura.
  7. Ejercer el derecho a iniciativa legislativa.
  8. Las demás que señala la Constitución, la Ley y el Reglamento.”
  9. Designar cada dos años y con una votación no menor al ochenta por ciento del total de Vocales Supremos, a dos Vocales Superiores Ad hoc titulares y con experiencia de cinco años en el cargo, a los que se les asigna competencia a nivel nacional, encargados de resolver las solicitudes de operaciones especiales, a que se refiere la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia – DINI.”

*de redundar en beneficio de todos, al permitir anticipar el sentido de las decisiones judiciales. Por lo demás, ello debe conducir asimismo a una reducción del volumen de causas y quizá de la litigiosidad del país.*

*Una Corte Suprema centralmente dedicada a la casación es también el fundamento de su reducción en tamaño —solo once miembros— y de su funcionamiento como corte única (esto es, sin división en salas o secciones), lo que supondrá un giro radical respecto de la tradición judicial peruana.<sup>462</sup>*

### **3.5. La necesidad de una reforma. El criterio del doble conforme.**

Como hemos establecido, consideramos que es una necesidad tener un sistema de precedentes judicial, pero para lograr ello no sólo debe haber una nueva concepción del precedente ajustada a la teoría de la argumentación, una teoría argumentativa no formalista, sino que resulta indispensable que dicha reforma vaya de la mano con: (i) la modificación de las funciones de la Corte Suprema hacia el *ius litigatoris*, exclusivamente; (ii) la reducción de la carga procesal, con la finalidad de lograr una política eficiente de precedentes judiciales, para lo cual la decisión del acceso al supremo debe estar en manos de éste y no de los litigantes —con el uso de la fórmula de que el tema es de relevancia para el desarrollo del derecho— y (iii) reducción de las formalidades del recurso de casación, con la finalidad que la Corte Suprema pueda tener acceso a todos los conflictos sociales que han sido llevados a juicio y pueda decidir qué aspectos necesitan un precedente que deba ser observado por las instancias inferiores.

Estas propuestas, obviamente, no son novedad, pues no sólo la doctrina nacional está —diríamos— absolutamente de acuerdo con ello<sup>463</sup>, sino que la Comisión de Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS ha propuesto, en su Plan Nacional presentado el año 2004, modificar el texto del artículo 141 constitucional -glosado líneas arriba:

*“No obstante, es igualmente sabido que esta cláusula constitucional no ha conseguido impedir que la Corte Suprema continúe inundada de causas, y que sus posibilidades de elaboración de directrices jurisprudenciales se vean del todo obstaculizadas mediante las tareas casatorias.*

---

462 Plan de Reforma de la Administración de Justicia de la Ceriajus: El acuerdo por la Justicia que debemos respetar, Lima, Justicia Viva, 2004, p. 37

463 La Corte Suprema que queremos, op. cit.

*Conocedores de esta experiencia, los comisionados de la Ceriajus han optado por circunscribir aún más las potestades resolutorias de la Corte Suprema, dictaminando que deberá ocuparse tan solo en actividad casatoria (salvo la excepción del antejuicio). Al parecer, se espera contribuir así a la elaboración jurisprudencial y a la predictibilidad de los fallos jurisdiccionales, lo que ha de redundar en beneficio de todos, al permitir anticipar el sentido de las decisiones judiciales. Por lo demás, ello debe conducir asimismo a una reducción del volumen de causas y quizá de la litigiosidad del país.*<sup>464</sup>

Precisamente, la reforma del artículo 141 constitucional se expresa en el artículo 142 del proyecto propuesto por la CERIAJUS:

*“Artículo 142.- La Corte Suprema es el máximo órgano jurisdiccional. Se constituye en corte única y se compone de once miembros. (...).*

*Son atribuciones de la Corte Suprema:*

- 1. Actuar como corte de casación; y,*
- 2. Juzgar los casos a los que se refiere el artículo 100 de la Constitución.*<sup>465 466</sup>

En nuestra opinión, desde que se propone que la Corte Suprema actúe como una corte de casación, se propone la idea de adoptar un modelo *ius constitutionis*. Ahora bien, para ello, uno, de entre varios mecanismos, es la reducción de la carga procesal de la Corte Suprema, estableciendo filtros para que sólo los casos esenciales o importantes, puedan ser conocidos por el supremo.

Y, en una primera acción, los casos no esenciales no debieran ser conocidos por la Corte Suprema:

*“(...) lo que se rotula “procesos inútiles” y “procesos rutinarios o seriados”, (...) deberían marginarse de los tribunales o, al menos, de sus continentes usuales. Recargan innecesariamente a la jurisdicción cuando las respuestas más idóneas se deben brindar antes (preventivamente) o fuera de la estructura judicial.*<sup>467</sup>

---

464 *Plan de Reforma de la Administración de Justicia de la Ceriajus: El acuerdo por la Justicia que debemos respetar*, Lima, Justicia Viva, 2004, p. 36-37

465 Artículo constitucional referido al antejuicio político.

466 Informe No. 1 del Grupo de Trabajo Temático sobre Reforma Parcial de la Constitución de 1993, Leyes Orgánicas y otros niveles de coordinación de la CERIAJUS.

467 MORELLO, Augusto M. *Tendencias dominantes en la litigación civil*, op. cit., p. 83

Otro tipo de casos que no deberían ser conocidos por la Corte son, según SAN MARTÍN CASTRO:

*“Cuando hay un tema que ya esta decidido, que hay jurisprudencia que no cabe cambiar que es consolidada, etcétera.”<sup>468</sup>*

Por tanto, nuestra primera propuesta específica, es la incorporación del denominado criterio del doble conforme, según el cual ante una pretensión que obtiene dos pronunciamientos “conformes”, tanto en primera como en segunda instancia, ya no procedería el recurso de casación.

### **3.5.1. El criterio del doble conforme. Concepto y funcionamiento.**

En principio, deseamos definir qué entendemos por doble conforme y, para ello, necesitamos diferenciarlo con el principio de doble instancia. Ello a propósito de la doctrina ecuatoriana que denomina de la misma manera a ambos institutos<sup>469</sup>. En todo caso, el doble conforme se encuentra originalmente vinculado al derecho penal:

*“El doble conforme es una garantía del procesado o imputado, por tanto si existen dos sentencias absolutorias o que confirmen su estado de inocencia, no procede una nueva revisión porque va en contra del “non bis in ídem”, de manera que ni el Fiscal, ni el acusador pueden interponer recurso de casación.”<sup>470</sup>*

Ello marca una diferencia esencial con el principio de doble instancia:

*“La doble instancia es una institución finalista que tiene por objeto corregir errores en que han incurrido los jueces de primera instancia. Se busca que el examen y la decisión de una controversia no queden terminados de una*

---

468 SAN MARTÍN CASTRO, César, *La Corte Suprema que queremos*, op. cit., p. 321

469 Vid. HURTADO REYES, Martín, op. cit. p. 172

470 YÉPEZ ANDRADE, Mariana, *La garantía del doble conforme*,

[http://www.derechoecuator.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/05/garantia-del-doble-conforme#\\_ftnref1](http://www.derechoecuator.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/05/garantia-del-doble-conforme#_ftnref1) (enlace consultado el 23 de junio de 2016).



*sola vez, sino que haya la posibilidad de que la actuación de la primera instancia sea revisada”.*<sup>471</sup>

En todo caso, el doble conforme está relacionado a un doble pronunciamiento, que si bien aparece como inicialmente vinculado al derecho penal, parece extenderse a otras especialidades.

A nivel nacional, MONROY GÁLVEZ propone su incorporación al proceso civil como un requisito para excluir pretensiones del acceso al recurso de casación:

*“Si el proceso es, como bien sabemos, una angustia a plazos para los que litigan (...). En tal sentido, la doctrina suele admitir que una manera de enfrentar esta grave situación consiste en considerar que está satisfecha la tutela procesal de los litigantes cuando estos reciben dos decisiones judiciales en un mismo sentido. Este es el principio del doble y conforme (...).*

*Por lo tanto, (...) se propone que cuando la situación fáctica planteada como hipótesis de hecho se presente, es decir, cuando se produzcan dos decisiones sucesivas que establecen la misma regla de derecho, el proceso quedará concluido”.*<sup>472</sup>

En el mismo sentido, y explicando el funcionamiento del criterio del doble conforme, HURTADO REYES nos dice:

*“Llevando la figura a nuestro medio diríamos que se presenta la doble conforme cuando el Juez Especializado declara fundada la pretensión postulada en la demanda (primera decisión) y la Sala Superior confirma esta decisión (segundo pronunciamiento), con ambas decisiones “conformes” (en el mismo sentido, resolviendo igual) se habría cumplido con una doble decisión que resuelve de manera homogénea la litis. Se requiere que el doble conforme sea en su integridad o que abarque las pretensiones principales, ello para no dejar dudas respecto de si con la decisión de Sala Superior ya se resolvió el tema de fondo.”*<sup>473</sup>

La incorporación de este criterio no sería novedosa en nuestro ordenamiento, pues ya se viene aplicando precisamente como un criterio de exclusión de casos para acceder a la casación. Así, el artículo 35 del Texto Único Ordenado de la

---

471 NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES, Fabio, *Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano*, Tesis para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p. 33.

472 MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, op. cit., p. 387.

473 HURTADO REYES, op. cit., p. 173

Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo No. 013-2008-JUS:

*“Artículo 35.- Recursos*

*En el proceso contencioso administrativo proceden los siguientes recursos:  
(...)*

*3. El recurso de casación contra las siguientes resoluciones:*

*3.1 Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores;*

*3.2 Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso.*

*(...).*

*En los casos a que se refiere el artículo 26<sup>474</sup> no procede el recurso de casación cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, en caso de amparar la pretensión.*

*(...).”*

El reconocimiento de este criterio, dentro de este procedimiento, ha sido reconocido por la doctrina nacional<sup>475</sup>.

Ciertamente, se le da un sentido a la utilización del doble conforme, en el caso del proceso contencioso administrativo, en la medida que se trata de un proceso en donde estamos frente a “*pretensiones alimentadas de lo urgente*”<sup>476</sup>, para las cuales se deben utilizar vías procesales sencillas, rápidas y, sobre todo, eficaces<sup>477</sup>. En ese sentido, acudir a la Corte Suprema vía casación, más aún

---

474 “Artículo 26.- Proceso Urgente

*Se tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones:*

*1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.*

*2. El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.*

*3. Las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión. Para conceder la tutela urgente se requiere que del mérito de la demanda y sus recaudos, se advierta que concurrentemente existe:*

*a) Interés tutelable cierto y manifiesto,*

*b) Necesidad impostergable de tutela, y*

*c) Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.”*

475 La Ley del Proceso Contencioso Administrativo “*recoge la improcedencia del recurso de casación en los casos que opere el criterio del doble y conforme*” (JIMÉNEZ VIVAS, Javier. *Comentarios a la Ley del proceso contencioso administrativo*, Lima, Ediciones Legales, 2010, p.218.

476 HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luis Alberto, *El Proceso Contencioso Administrativo comentado*, Lima, Jurista Editores, 2014, 1411.

477 *Ibíd.*

cuando dos instancias judiciales han convenido en amparar la solicitud de dicha tutela, convierte en inútil lo urgente.

Si bien, nuestra propuesta es algo más específica, debemos mencionar que el doble conforme como criterio para determinar la improcedencia del recurso de casación, es objeto de propuesta de ley ante el Congreso de la República, en los términos ya expuestos. Así tenemos el Proyecto de Ley No. 1873/2012-CR, presentado el 15 de enero de 2013 por el grupo parlamentario Perú Posible, el mismo que fue presentado para Dictamen ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, el año 2014. El artículo 4 del proyecto de ley en mención proyecta:

*“Artículo 4.- Principio del doble y conforme  
En ningún caso procede recurso de casación cuando un órgano jurisdiccional confirma íntegramente la sentencia del magistrado de inferior jerarquía. Los magistrados que conocieron el proceso tanto en primera como en segunda instancia, mantienen su responsabilidad civil, penal o administrativa”*

Como se puede apreciar, el criterio del doble conforme tiene como finalidad la reducción de la carga de la Corte Suprema, lo cual es un objetivo que se busca en el presente trabajo, pero limitando el acceso de los justiciables al recurso de casación.

Si bien estamos de acuerdo con ello, creemos necesario establecer que esa limitación de acceso a la Corte Suprema no limita el derecho a la pluralidad de instancia reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución<sup>478</sup>. En efecto, como hemos dicho antes el doble conforme y la pluralidad de instancia son diferentes y un reconocimiento de aquél, como límite al acceso al recurso de casación ante la Corte Suprema, no afecta a éste, ya que la pluralidad de instancia garantiza sólo una doble revisión, no una tercera.

Así lo garantiza el artículo 11 de la LOPJ, que desarrolla a nivel legal la disposición constitucional:

---

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

*(...)*

*6. La pluralidad de la instancia.”*

*“Artículo 11.- Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior.  
La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable.  
Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley.”*

Precisamente, las referencias a “una instancia superior” o que “lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada”, resuelven claramente que la pluralidad de instancias se agota con dos revisiones. La misma línea es asumida por el Código Procesal Civil en el artículo X de su Título Preliminar:

*“Artículo X.- El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.”*

A nivel doctrinario, tenemos la opinión de HURTADO REYES, quien sostiene:

*“(...) su exigencia [en referencia al inciso 6, artículo 139, de la Constitución] se ve cumplida con la decisión de la Sala Superior de resolver el asunto, puesto que como hemos insistido en este trabajo la decisión de la Corte Suprema no constituye una respuesta de instancia (...). El límite de la “pluralidad de instancias” se agota con la decisión de Sala Superior.”<sup>479</sup>*

Finalmente, la Corte Suprema nacional en su Casación 182-2004, ha establecido:

*“Para que el derecho a la instancia plural se encuentre cumplido bastan dos decisiones judiciales expedidas en un mismo procedimiento por autoridades judiciales de diferente jerarquía.”<sup>480</sup>*

Por tanto, el criterio del doble conforme, según los supuestos a los que pretende ser aplicados no afecta el derecho a una pluralidad de instancias. Así como tampoco, lo veremos seguidamente, afecta nuestra propuesta.

---

479 HURTADO REYES, op. cit. p. 174.

480 NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES, Fabio, op. cit., p. 42-43



### 3.5.2. La lógica del doble conforme y nuestra propuesta de modificación del recurso de casación.

Como se puede determinar, el principio del doble conforme<sup>481</sup>, si bien parece tener un origen garantista para el imputado o acusado, en el derecho penal, se ha podido aplicar en otras ramas del derecho y, como consecuencia de ello, su contenido inicial se ha flexibilizado.

La flexibilización en el derecho procesal no es nueva, evidentemente, y se presenta cuando hay interés en tutelar determinados sectores sociales, determinados litigantes o determinados supuestos, cuyas necesidades la justifican:

*“En una época en el que amplias franjas de la sociedad son excluidas de los derechos que asoman como fundamentales (...) resulta indispensable contar con procedimientos que permitan asegurar la vigencia de las normas constitucionales (...)”<sup>482</sup>*

Precisamente, adoptar el criterio del doble conforme para el proceso contencioso administrativo, es un ejemplo de favorecer las pretensiones revestidas de urgencia. En todo caso, respecto al doble conforme, consideramos se pueden establecer los siguientes márgenes de utilización:

1. La existencia de dos sentencias en el mismo sentido.
2. Determina la improcedencia del recurso de casación.
3. Se aplica en casos en donde se quiere priorizar la eficacia y la duración razonable del proceso. Por ejemplo, para el proceso urgente contencioso administrativo –donde hay un estado de necesidad y el respaldo probatorio de las pretensiones es contundente- o como la propuesta de inserción del Código Procesal Civil –en donde se puede aceptar una evidente fundabilidad de la pretensión, cuando dos instancias coinciden en dar la misma solución al caso que conocen, con lo que se hace innecesario, y hasta contraproducente, llevar el proceso a la Corte Suprema.

---

481 Aunque se puede discutir la denominación dada, debemos estar de acuerdo con su contenido.

482 MONROY GÁLVEZ, Juan. *El Código Procesal Civil requiere reformas estructurales*. En: *Ius Doctrina y Práctica*, Lima, No. 6, junio 2007, p. 4

De este modo, el doble conforme se presenta como una herramienta para disminuir la sobrecarga procesal, favorecer la tutela jurisdiccional y la efectividad del proceso, tratando de otorgarle un plazo razonable, más aun cuando, como se ha visto, el litigante no tiene el derecho a recurrir en casación cuando no cumple con los requisitos preestablecidos en la ley.

En cuanto al tipo de técnicas para reducir la carga procesal, MORELLO las clasifica de la siguiente manera:

- a. Aquellas que buscan controlar la cantidad de casos de manera que una cierta categoría o tipo de conflictos queden marginados del intento apelatorio<sup>483</sup>. Dentro de las cuales se encuentra el criterio del doble conforme.
- b. Las que desplazándose del litigante al órgano, persiguen que los tribunales colegiados de apelación, puedan disponer, de una manera más expeditiva, el conocimiento definitivo de las causas<sup>484</sup>.

Otra clasificación, que adoptaremos, es una presentada por PRIORI POSADA, quien nos refiere dos mecanismos<sup>485</sup>:

- a. La ley determina cuáles son los excepcionales casos que deben llegar a casación o al conocimiento de la Corte Suprema.
- b. La propia Corte Suprema es la que establece en función de sus propios criterios cuáles son aquellos casos en los que justifica su decisión.

Pues bien, en nuestra propuesta, que veremos un poco más adelante, queremos que el doble conforme, a pesar de estar prefijado en la ley, tenga una orientación en que la Corte Suprema decida progresivamente sobre qué casos se pronunciará o no, sabiendo que es el actor judicial que mejor conoce los casos en que, de modo inmediato, necesitan un precedente, y ello mejor se logrará en la medida que disminuya la carga procesal. En efecto, tal como hemos sostenido líneas arriba, compartiendo la opinión del profesor SAN MARTÍN CASTRO, el máximo órgano de justicia no debe conocer casos sobre los que ya se ha

---

483 MORELLO, Augusto M. *Tendencias dominantes en la litigación civil*, op. cit., p. 89

484 *Ibidem*.

485 PRIORI POSADA, Giovanni, *La Corte Suprema que queremos*, op. cit., p. 317

pronunciado -a menos haya necesidad de variar un criterio-, y por ello nuestra propuesta se estructura sobre los precedentes judiciales.

En consecuencia, es nuestra propuesta incluir el criterio del doble conforme para el caso en que las dos instancias resuelvan aplicando un mismo precedente judicial –inclusive puede aplicarse para el caso del precedente constitucional- en el mismo sentido, sea declarando fundada, infundada o improcedente la demanda planteada. Cuando se esté ante dicha situación, el recurso de casación que se interponga –sea la parte que fuere-, deberá ser declarado improcedente.

El sustento es que la aplicación de un precedente por dos instancias judiciales, en el mismo sentido, ya no cabe que sea revisado por la Corte Suprema, vía casación, en la medida que ya se trata de un asunto solucionado por la Corte y, más aún, cuando consideramos que se genera una presunción de legitimidad, cuando dos instancias judiciales la aplicaron en el mismo sentido.

Nuestra propuesta es obviamente distinta a la del Proyecto de ley 1873/2012-CR pues, en este caso, se pone en la ley la decisión de excluir los casos que se verán en la Corte Suprema, mientras que, en nuestra propuesta, será la Corte Suprema, progresivamente, la que irá decidiendo qué casos conocerá y qué casos dejara de conocer, utilizando para ello el mecanismo que deseamos se fomente: el precedente judicial. En este sentido, el mecanismo de descarga de la Corte, si bien tiene un origen legal, pone el peso de la decisión en la Corte Suprema, opción que consideramos deseable.

En efecto, para una mejor descarga de la Corte Suprema se deben reforzar 2 mecanismos: (i) la decisión de acceder al recurso de casación no debe recaer en los litigantes, sino en la Corte Suprema, según sigue el modelo anglosajón – usando el *certiorari*- o el modelo alemán –cuando la norma procesal habla de que en la Corte Suprema se deben conocer temas esenciales de derecho-; (ii) la potestad de decidir qué ingresa o no a ser conocido por el supremo tribunal debe recaer en éste y no tanto en la ley.

Ciertamente, nuestra propuesta se enfoca en éste último supuesto, pero sin dejar de apoyarse en la ley, la que sabemos, tiene gran importancia en un sistema

heredero del *Civil Law*, como es el nuestro. En esencia, se trata de buscar mecanismos que, poco a poco, vayan modificando la cultura judicial del sistema peruano. En este sentido, por ejemplo, importar instituciones como el *certiorari* sería un contrasentido.

Téngase en cuenta que establecer causales para la interposición de medios impugnatorios, no son inconstitucionales, a menos que sean irrazonables:

*“La regulación específica de este derecho [en referencia al derecho a recurrir] (...) debe encontrar un justo medio entre la posibilidad de acceder a una instancia jerárquicamente superior y la necesidad de no prolongar más allá de lo razonablemente tolerable la resolución del conflicto, teniendo como fiel de la balanza la necesidad de justicia de ambas partes y la materia del proceso.”*<sup>486</sup>

Del mismo modo, consideramos que este requisito de procedencia del recurso de casación no fomenta la complejidad o formalismo de éste, pues como decimos la idea no es excluir materias a ser conocidas por el supremo, sino que busca excluir del acceso a materias que ya han sido conocidas por la Corte Suprema. Como hemos sostenido antes, el trabajo de la Corte Suprema debe enfocarse en establecer directrices a los problemas jurídicos esenciales, y no enfocarse continuamente en resolver los mismos casos una y otra vez, como pareciera convertirse el caso peruano:

*“[Pareciera que el trabajo de la Corte Suprema] se limita a la aplicación en el caso específico de criterios jurisprudenciales ya emitidos y consolidados, limitándose, pues, éste órgano supremo a reiterarlos para la controversia particular en juzgamiento”*<sup>487</sup>

En este sentido, la Corte Suprema no debería pronunciarse sobre los mismos casos, a menos que la intención sea el cambio de precedente. No olvidemos que la sobrecarga de procesos desdibuja la función de toda Corte Suprema:

*“(...) le quita además, la dinámica necesaria que un órgano casatorio debe tener (...), resolviendo un sin número de casos con poco peso –institucional y social- específico y con la consecuente demora que pone en jaque la mismísima garantía del plazo razonable. Ciertamente es que, en cambio, hay*

---

486 GOZAÍNI, Oswaldo A., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, p. 412

487 HANKOVITS, op. cit. p. 481



*necesidad de proteger esos órganos de una tarea que excede su tiempo de reflexión y que ha de recordarse en miras de asumir y atender pocos y graves asuntos.”<sup>488</sup>*

Ello es lo que se pretende con la inclusión del doble conforme en los términos expuestos, sin que ello, naturalmente sea la solución completa de la sobrecarga procesal.

Como se aprecia, una justificación importante es la realización del derecho a un plazo razonable, el mismo que forma parte integrante de los derechos a un debido proceso y a una tutela jurisdiccional. No es que pretendamos que nuestra única solución es la reducción del tiempo en el proceso, pues este valor se tiene que contrapesar con otros del sistema:

*“(…) la apreciación instrumental de la aplicación de la ley bajo el único prisma de la rapidez puede hacer que el servicio entre en conflicto con otros valores al cabo subordinantes. Es desde luego peligroso considerar a la celeridad como un valor al cual haya de pagar un precio demasiado costoso.”<sup>489</sup>*

Por ello, entendemos es más viable la aplicación de un criterio de doble conforme amplio, sino, restrictivo a la aplicación de los precedentes.

Ahora bien, sobre el derecho a un plazo razonable del proceso se encuentra reconocido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José:

*“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal*

*(…)*

*5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

*(…)*

*Artículo 8. Garantías Judiciales*

---

488 Ídem, p. 482-483.

489 MORELLO, Augusto M., *Tendencias dominantes en la litigación civil*, op. cit. p. 79

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...).*

También en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos:

*“Artículo 9*

*(...)*

*3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. (...).”*

A nivel nacional, este derecho está recogido en el Código Procesal Penal, en el artículo 1, numeral 1 del Título Preliminar:

*“Artículo I. Justicia Penal.-*

*1. La justicia penal (...) Se imparte (...) en un plazo razonable.”*

Este derecho, propone que para medir la duración razonable de los procesos, se tenga en cuenta la materia de éstos. En este sentido, si ante un caso de aplicación uniforme del precedente sobre un tema, se impone el poder recurrir a casación, cuando ese tema ya ha sido decidido por la Suprema y dos niveles judiciales la aplican en el mismo sentido, consideramos atenta contra dicho derecho.

Compartimos las siguientes palabras del profesor Priori:

*“El dilema descrito se agrava si somos conscientes de que tan injusta es una decisión incorrecta como una decisión tardía. El problema, sin embargo, siempre ha sido visto desde una perspectiva absolutamente tendenciosa, pues siempre se ha querido hacer ver que injusta es una decisión incorrecta; más no una decisión tardía (...) la desesperada búsqueda de una supuesta justicia basada en la corrección de las resoluciones, es decir, en la insaciable búsqueda de decisiones infalibles (...), ha terminado por lapidar una decisión oportuna y efectiva y, en consecuencia, por matar a la justicia”.*<sup>490</sup>

---

490 PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: ADVOCATUS, Lima, No. 9, diciembre 2003, p. 408.

En efecto, estamos convencidos que en determinados supuestos –seguramente más frecuentes de lo que podemos admitir- recurrir al recurso de casación es tan sólo una extensión del proceso que convierte en inútil la decisión final. Actualmente, son tantos los recursos de casación que acceden a la Corte Suprema que, creemos la denominación de extraordinario no tiene ningún sentido. Por otro lado, reiteramos nuestra convicción que la Corte Suprema debe poder ejercer sus labores públicas de uniformizar la jurisprudencia y la correcta aplicación de la ley, y estas funciones sólo pueden ejercerse adecuadamente si las labores de los jueces supremos se dedican a resolver menos procesos.

### **3.5.3. Detalles normativos a tener en cuenta en la regulación del doble conforme según nuestra propuesta.**

En este acápite presentaremos los criterios bajo los cuales consideramos se debe regular nuestra propuesta:

1. No procede el recurso de casación cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, cuando apliquen un mismo precedente judicial, en el mismo sentido.
2. La aplicación del precedente que determina la improcedencia del recurso de casación debe ser en el mismo sentido sea por la improcedencia de la demanda (o de la contrademanda) o la declaración de fundabilidad o infundabilidad de la demanda (o de la contrademanda), según sea el caso.
3. En caso se considere que la doble decisión que determina la improcedencia de la demanda haya aplicado erróneamente un precedente judicial, procederá como excepción un recurso de queja que será interpuesto directamente a la Sala Especializada Suprema competente.

Este recurso de queja será excepcional y sumario, debiéndose formar un cuadernillo formado por el recurso de queja y copia de las resoluciones de primera y segunda instancia.

La interposición del recurso de queja no suspenderá la ejecución de la sentencia.

Sobre este último punto, es menester hacer algunas aclaraciones, pues consideramos que es necesario que haya un control permanente de la Corte

Suprema sobre lo que vaya o no a conocer, que como dijimos antes, corresponde a este actor judicial dicha decisión. Como dice SAN MARTÍN CASTRO:

*“(...) creo que la Corte Suprema tiene que tener también aquella capacidad de meterse, como se dice, en los recovecos de los derechos jurídicos (...). Porque si tú quieres unificar, tienes que tener la posibilidad de hacerlos cuando corresponda (...) para que los jueces conozcan de un caso que normalmente no iría, pero que por asuntos de orden público o por interés supremos se tengan que conocer”<sup>491</sup>*

Como dijimos, siempre debe haber un control permanente de la Corte Suprema, y no dejarle todo ello a la ley. Precisamente, ese es el sentido del recurso de queja que proponemos. Nos ponemos en el caso que los precedentes puedan ser mal usados, mal entendidos o haya necesidad de un cambio de precedente, razón por la cual es siempre necesario que en una vía sumaria la Corte Suprema tenga la oportunidad de corregir.

La idea de un control permanente de la Corte Suprema no es nueva en la doctrina. Por ejemplo, el profesor Hurtado Reyes propone también un recurso de queja en la aplicación del doble conforme –aunque el criterio de éste es que existan 2 sentencias conformes, sin referencia al precedente-. Veamos:

*“Aunque conviene precisar que su incorporación [en referencia al principio del doble conforme] debe dejar la posibilidad que sea finalmente la Corte Suprema quien emita pronunciamiento sobre su procedencia o no, pues pueden existir casos en los que habiéndose dado la doble conformidad se aprecie la necesidad de pronunciamiento por la naturaleza del caso discutido o porque se hace necesario el dictado de precedente judicial (...) o por la existencia de criterios contradictorios en los jueces de mérito sobre el asunto discutido o por la manifiesta arbitrariedad de la decisión. En estos últimos casos la procedencia será excepcional, siendo entonces la regla general del doble conforme. Esta posibilidad de último pronunciamiento de nuestra Corte Suprema debe darse con la reimplantación del recurso de queja por denegatoria (...).”<sup>492</sup>*

En ese sentido, proponemos la inclusión, dentro de nuestra propuesta, de un recurso de queja ante la denegatoria de un recurso de casación, a pesar de haberse producido el doble conforme en la aplicación de un precedente judicial.

---

491 SAN MARTÍN CASTRO, César, op. cit., p. 319

492 HURTADO REYES, Martín, op. cit., p. 175



## CONCLUSIONES

1. Actualmente el precedente ya no se puede entender como restrictivo al *Common Law* -de donde es originario. Por el contrario, la difusión que este instituto ha tenido en los últimos años en los sistemas del Civil Law, a fin de lograr predictibilidad, igualdad y descongestionamiento de sus tribunales; posibilita que hablar de precedente sea hablar de un instituto con muchos matices, pero cuyas características generales se pueden resumir en entenderla como una decisión vinculante –con diversos niveles e intensidades-, diferente de la resolución judicial –externa a ella o conformante de ésta-, que se aplicará a casos futuros análogos o semejantes.
2. Para nuestros efectos jurisprudencia –no siempre vinculante- es diferente a precedente –siempre vinculante. El primer concepto está relacionado a un precipitado de resoluciones –pudiendo estar orientadas hacia una misma tendencia-, pero el precedente se trata de un solo acto normativo.
3. Los beneficios del precedente se pueden circunscribir básicamente a la seguridad, igualdad y para desestimular el litigio.

Debe quedar claro que el precedente no interfiere con la independencia judicial –pues prima la coherencia del sistema-. Pero, en todo caso, el juez siempre puede decidir el caso en base a los hechos probados y aplicar racionalmente –y no autónomamente- un precedente.

Tampoco afecta la división de poderes, pues la actividad judicial se desarrolla en una fase o momento distinto de legislativo, permitiendo un trabajo de cooperación y no de enfrentamiento.

4. El constitucionalismo –o neo constitucionalismo- impone una nueva visión del derecho. Entre sus características tenemos una fuerza normativa de la Constitución, que contiene principios, cuya estructura permite un carácter abierto a muchas interpretaciones. Aunado a ello, la teoría de la

interpretación determinar que la equivocidad del lenguaje, por lo que no se puede equiparar el texto de la norma con sus disposiciones que son las diversas conclusiones que pueden extraer los operadores del derecho.

Esta visión impone que al haber varias interpretaciones posibles, debe haber un órgano que determine con técnica y con mejores argumentos cuál es la mejor –no la correcta- interpretación. Ello sólo se puede materializar a través de los precedentes y a través de la Corte Suprema.

5. El precedente en el Common Law se puede equiparar a la *ratio decidendi*, éste elemento –cuya definición o conceptualización es debatible en el *Common Law*- es el extremo normativo que vincula a los jueces posteriores. Por ello, se dice que la *ratio decidendi* es diferente a la resolución judicial, es “algo más”.

En este sentido, el juez posterior determina –con diversidad de técnicas- cuál es la *ratio decidendi* del caso anterior que revisa y lo aplica a su caso. Para ello debe haber un trabajo de analogía entre los hechos de ambos casos –el que sirve de precedente y el que se va a resolver- y el estudio de los argumentos legales que motivaron la solución del caso precedente. En caso haya una analogía o semejanza o igualdad entre ambos casos, el juez posterior determina la *ratio decidendi* y la aplica.

En este sentido, la *ratio decidendi* la determina el juez posterior y no se encuentra determinada en la resolución precedente.

6. En el caso del *Civil Law* el precedente tiene otras características. En muchos ordenamientos –súmula brasileña- se trata de una regla de derecho pre determinada por el juez anterior. Esta regla se aplica tal cual una norma jurídica y sirve para salvar diferencias de criterios entre los jueces o tribunales de instancia. En el *Civil Law*, siempre ha sido más importante el extremo resolutivo o dispositivo de la sentencia –protegido por la cosa juzgada- sustentado en la consecuencia de un análisis silogístico que sólo interesa a las partes.

Este método es muy cuestionado por parte de la doctrina que la asemeja a un modelo burocrático de precedente que al no tener en cuenta los hechos –pues, por ejemplo, la súpula no se origina en un caso específico-, pierde la capacidad de adaptarse a la justicia del caso concreto.

A la vez, ello marca una diferencia esencial con el precedente del *Common Law*, en el cual lo más importante en sus resoluciones es la parte argumentativa y de hechos –de donde se determina la *ratio decidendi*-, y es la que tiene la potencialidad de proyectarse “hacia afuera”, es decir, a los casos futuros semejantes o iguales.

7. En el caso peruano hay dos precedentes, el constitucional, emitido por el TC, y el judicial -denominados plenos casatorios-, emitidos por el Código Procesal Civil.

Ambos son muy semejantes en estructura y finalidad. Así, son precedentes que, aunque diferentes de la resolución judicial, están predeterminados en la resolución, es decir, no hay ninguna determinación por parte del juez posterior. Por otro lado, sí se tienen en cuenta los hechos del caso del que se origina, es decir, ambos precedentes se originan en un proceso judicial con debate de ambas partes, por lo que los hechos y argumentos que los motivan son importantes.

Creemos que en ambos casos estamos ante instrumentos que sirven de guía interpretativa a los jueces posteriores. Es importante aclarar que para el precedente lo importante no es la parte dispositiva o resolutive, sino los argumentos y hechos que han servido para llegar a esa conclusión.

8. La Corte Suprema debe replantear sus funciones. Para ello se pueden identificar hasta 3 modelos de Corte Suprema: Modelo anglosajón o proactivo, que pertenece al *Common Law*.

Se caracteriza por una Corte Suprema Unificada, pocos magistrados, pocos casos, y en donde la decisión del acceso de los recursos para ser resueltos se encuentra en la Corte –por ejemplo, el certiorari-

El otro modelo es el franco italiano o de corte de acceso del recurso para el ciudadano, caracterizado por su gran cantidad de casos, y de magistrados, y en donde la decisión de acceso para que el recurso sea revisado, se encuentra en el litigante o en la ley – en el caso italiano se trata de un derecho positivizado en la constitución-.

Un tercer modelo es el alemán, que se trata de un híbrido entre los dos anteriores. Hay menos casos y menos jueces que en el franco italiano, pero si bien el derecho de acceso está regulado en la ley, su aplicación depende de la Corte –en el caso alemán, la ley impone que para que un recurso sea revisado debe ser relevante para el derecho.

4. Tradicionalmente a las cortes supremas se le reconocen tres funciones: nomofiláctica y unificación de la jurisprudencia (ambas identificadas como *ius constitutionis*- y dikelógica o de justicia para el caso concreto – identificada como *ius litigatoris*.

El gran debate se halla en qué funciones debe tener la corte suprema. Consideramos que debe ser únicamente *ius constitutionis*, dejando del lado la justicia de los casos concretos. Ambos criterios no pueden coexistir, pues son esencialmente incompatibles. El *ius litigatoris* puede ocasionar una sobrecarga procesal y puede hacer perder de vista a la Corte Suprema de su capacidad para emitir precedentes sobre los asuntos relevantes del sistema jurídico y dotarla de autoridad.

5. En líneas generales, los modelos del *Common Law* deben su éxito a los pocos casos que se convierten en juicios. Pues los precedentes, allí emitidos, lo son sobre muy pocas áreas del derecho, con lo que las instancias inferiores no tienen mucho control ejercido por la Suprema. Hay una gran confianza en sus magistrados, pues en instancias inferiores sí hay multiplicidad de criterios.

Ello no sucede en el *Civil Law*, donde la desconfianza histórica hacia el juez, quizá haya generado un precedente que se prefigura en la resolución, no permitiéndole al juez determinar él mismo un precedente acorde a su



caso, como en el *Common Law*. Creemos, ello se debe a la histórica desconfianza hacia los jueces en esta tradición. Ello explicaría la estructura de los precedentes (constitucional y judicial) en el Perú, donde se puede advertir una mezcla de características del *Common Law* y del *Civil Law*.

6. El modelo peruano tiene rezagos de *ius litigatoris*, y la sobre carga actual de la corte a convierten en una práctica en una tercera instancia. La reforma debe ir por sólo *ius constitutionis* y debe tender la reducción progresiva de la carga procesal, y que no accedan a la corte temas en los que ella ya ha emitido posición.
7. El doble conforme que se propone tiene como objetivo declarar la improcedencia del recurso cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, aplicando un mismo precedente judicial, en el mismo sentido.

La aplicación del precedente que determina la improcedencia del recurso de casación debe ser en el mismo sentido sea por la improcedencia de la demanda (o de la contrademanda) o la declaración de fundabilidad o infundabilidad de la demanda (o de la contrademanda), según sea el caso.

En caso se considere que la doble decisión que determina la improcedencia de la demanda haya aplicado erróneamente un precedente judicial, procederá como excepción un recurso de queja que será interpuesto directamente a la Sala Especializada Suprema competente.

Este recurso de queja será excepcional y sumario, que no suspenderá la ejecución de la sentencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜEDO DEL CASTILLO, Rudy Renzo,  
2015 *La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las resoluciones judiciales*, Tesis de maestría de Política Jurisdiccional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.
- AHUMADA RUIZ, María Ángeles.  
2003 *Stare decisis y creación judicial de derecho (constitucional). A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, N° 67, Año 23, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda.  
2010 *La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de Derecho – Civil Law y Common Law*, en: Themis Revista de Derecho, Número 58, Lima.
- ANGELUDIS TOMASSINI, Cristian Guillermo.  
2015 *El establecimiento del precedente judicial vinculante como manifestación de la idoneidad en el cargo de Juez Supremo*, Tesis de maestría de Política Jurisdiccional, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.
- ARIANO DEHO, Eugenia  
2015 *Impugnaciones procesales*, Lima, Instituto Pacífico.
- 2016 *Resoluciones Judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos*, Lima, Instituto Pacífico.
- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL.  
2010 *Reforma Procesal Civil*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni,
- BERMAN, Harold J.  
1996 *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México DF, Fondo de Cultura Económica

- BULLARD GONZÁLES, Alfredo.  
2002 *Un nuevo paradigma: la jurisprudencia es la ley ¿es el “Common Law” más eficiente que el sistema romano germánico?* En: Derecho & Sociedad, Lima, No. 19, Año XIII.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel.  
1996 *Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano.* En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México DF, N° 87, septiembre-diciembre  
2006 «*Marbury versus Madison*», en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 5, México, D.F.
- CARRIÓN LUGO, Jorge.  
2012 *Recurso de casación*, Lima, Iustitia – Grijley.
- CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores)  
2007 *Estudios al precedente constitucional*, Lima: Palestra
- CAMPOS BERNAL, Heber Joel (editor)  
2012 *Control judicial y activismo judicial*, Lima, ARA Editores.
- CASTÁN TOBEÑAS, José.  
1943 *Derecho civil español*, común y foral, dos volúmenes, Madrid, Reus
- CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora)  
2010 *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: Grijley
- CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis.  
2008 *El precedente judicial y el precedente constitucional.* Lima: ARA editores.
- CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO  
2007 *Eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 6, abril-junio, Lima.

COMISIÓN EJECUTIVA DEL PODER JUDICIAL

1999 *Reforma judicial: gestión administrativa, soporte de la función jurisdiccional*. Lima: Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial.

COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – CERIAJUS

2004 *Plan de Reforma de la Administración de Justicia de la Ceriajus: El acuerdo por la Justicia que debemos respetar*, Lima, Justicia Viva.

DA ROSA DE BUSTAMANTE, Thomas

2016 *Teoría del Precedente judicial*, Lima, Ediciones Legales.

DÍEZ-PICAZO, Luis

1979 *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Tres tomos, Madrid: Tecnos.

GARCÍA MAYNES, Eduardo.

1989 *Introducción al estudio del derecho*, México DF: Porrúa.

GONZALES MANTILLA, Gorki.

1998 *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Diego Portales de Chile.

2009 *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra Editores.

GOZAÍNI, Oswaldo A.

2005 *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EDIAR

GUASTINI, Riccardo.

1999 *Concepciones de las fuentes del derecho*, Traducción de Miguel Carbonell. Isonomía N° 11, Alicante: Universidad Alicante.

HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo

2000 *Programa de formación de aspirantes. Tercer Curso. Función Jurisdiccional*, Lima: Academia de la Magistratura



- HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luis Alberto  
2014 *El Proceso Contencioso Administrativo comentado*, Lima, Jurista Editores.
- HURTADO REYES, Martín,  
2012 *La casación civil*, Lima, IDEMSA
- ITURRALDE SESMA, Victoria.  
1995 *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas
- JIMÉNEZ VIVAS, Javier.  
2010 *Comentarios a la Ley del proceso contencioso administrativo*, Lima, Ediciones Legales.
- LIENDO TAGLE, Fernando,  
2012 *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*, Lima, ARA Editores
- LÓPEZ SIMÓ, Francisco,  
2012 *Sobre las recientes medidas de agilización del Proceso Civil español (Ley 37/2011, del 10 de octubre)*, en: *Derecho y Sociedad*, Lima, No. 38.
- MARINONI, Luiz Guilherme,  
2013 *Precedentes obligatorios*, Lima: Palestra
- 2015 *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*, Lima, Raguel
- MERRYMAN, John Henry,  
1989 *La tradición jurídica romano – canónica*, México, Fondo de Cultura Económica
- MESA REDONDA CON CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ, JUAN MONROY GÁLVEZ, GIOVANNI PRIORI POSADA Y ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA  
2007 *La Corte Suprema que queremos. En: lus et veritas*, Lima, Año 17, No. 34.

- MITIDIERO, Daniel,  
2013 *Fundamentación y precedente: dos discursos a partir de la decisión judicial*, en: Revista Derecho y Sociedad, No. 40, Lima.
- MONROY GÁLVEZ, Juan.  
2007 *El código procesal civil requiere de reformas estructurales*. En: *ius doctrina y práctica*, Lima, No. 6, junio, p. 3-6
- MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan.  
2008 *El recurso de casación y su imprescindible reforma*, en: Revista Jurídica del Perú, Lima, tomo 84, febrero
- MONTERO AROCA, Juan.  
1999 *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORELLO, Augusto Mario  
1991 *La Reforma de la Justicia*, Buenos Aires, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot
- 2002 *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los congresos internacionales de derecho procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- NÚÑEZ DEL PRADO CHAVEZ, Fabio  
2015 *Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano*, Tesis de licenciatura, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de derecho
- OTEIZA, Eduardo  
2009 *La función de las cortes supremas en América latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Año XIII, No.14
- PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador)  
2003 *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: ADVOCATUS, Lima, No. 9, diciembre.

2003 *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso.* En: *Ius et Veritas*. Lima, Año XIII, No. 26

2015 *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, Lima: Palestra

PIETRO SANCHIZ, Luis.

2002 *Derechos Fundamentales y neoconstitucionalismo y ponderación judicial* Lima, Palestra

2004 *El Constitucionalismo de los Derechos.* *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Año 24, N° 71, mayo-agosto.

2005 *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Lima, Palestra.

QUIROGA LEÓN, Aníbal

1999 *La Casación Civil. Mito y realidad*, en: *Derecho PUCP*, Lima, número 52.

RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto.

2008 *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, 2 tomos. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

RUBIO CORREA, Marcial.

1993 *El sistema jurídico*, 6ª edición Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique.

1985 *Constitución y Sociedad Política*. Lima: Mesa Redonda Editores.

SAGÜÉS, Néstor Pedro.

1995 *Variables y problemática del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo Latinoamericano. La Constitución de 1993: análisis y comentarios II*, Serie Lecturas sobre temas constitucionales, N° 11, Diciembre, Lima: Comisión Andina de Juristas.

TARUFFO, Michele

2005 *El vértice ambiguo: Ensayos sobre la casación civil*, Lima, Palestra.

2012 *El precedente judicial en los sistemas del Civil Law.* En: Ius et veritas, Lima, No. 45, diciembre de 2012

2008 *Dimensiones del Precedente Judicial.* En: Jus Constitucional, Lima, enero, 1, 2008

YÉPEZ ANDRADE, Mariana,

2014 La garantía del doble conforme  
[http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/05/garantia-del-doble-conforme#\\_ftnref1](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/05/garantia-del-doble-conforme#_ftnref1)

ZELA VILLEGAS, Aldo

2010 *El recurso de casación: entre el ser y el deber ser.* En: Manual de actualización civil y procesal civil, Lima, Gaceta Jurídica.

