

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

LOS PRECEDENTES EN SERIO

Hacia una reconstrucción crítica del concepto de precedente en la praxis de las Salas Civiles de la Corte Suprema peruana y su compatibilidad con el principio de separación de poderes

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado que presenta el Bachiller:

OSCAR VIRGILIO LOZADA MEGO

COD. 20152569

ASESOR: Renzo Cavani Brain

Lima, octubre del 2020

RESUMEN

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, se introdujo en el sistema jurídico peruano una nueva técnica de uniformización jurisprudencial: la “doctrina jurisprudencial”, luego denominada “precedente vinculante” (artículo 400). A la luz de dicha disposición normativa, las Salas Civiles de la Corte Suprema han encontrado respaldada su facultad para emitir, en el marco de los plenos casatorios, sentencias plenarias que consagran reglas jurisprudenciales vinculantes.

En la presente investigación se busca demostrar que el “modelo” de emisión de enunciados jurisprudenciales vinculantes (manipulativos de la legislación), no es respetuoso de nuestro ordenamiento constitucional toda vez que los jueces civiles de la Corte Suprema asumen un rol equiparable a la de un legislador positivo lo cual quebranta el principio de separación de poderes, rasgo de identidad de nuestro ordenamiento constitucional. En atención a ello, se ofrece una propuesta interpretativa del artículo 400 del Código Procesal Civil que insta a la adopción de un trabajo con precedentes basado en hechos compatibilizando, de esta manera, la praxis de las Salas Civiles de la Corte Suprema con el principio de separación de poderes.

PALABRAS CLAVE

Precedentes judiciales, ratio decidendi, plenos casatorios, enunciados jurisprudenciales vinculantes, creación de normas, creación de derecho judicial, separación de poderes.

ABSTRACT

With the enactment of the Civil Procedure Code, a new technique for standardizing jurisprudence was introduced into the Peruvian legal system: “consolidated case law doctrine” later called “binding precedents” (Article 400). In light of this normative provision, the Civil Chambers of the Supreme Court have felt empowered to issue, in the framework of the cassation hearings, plenary judgments that enshrines binding jurisprudential rules.

The present work shows that the “model” of issuing binding jurisprudential rules (manipulation of legislation) is not respectful of our constitutional order, since the civil judges of the Supreme Court assume a role comparable to that of a positive legislator, which violates the principle of separation of powers, a significant feature of our constitutional order. In response to this, an interpretative proposal is offered for article 400 of the of the Civil Procedure Code, which advocates for the adoption of a work with factual precedents, thus making the practice of the Civil Chambers of the Supreme Court compatible with the principle of separation of powers.

KEYWORDS

Judicial precedents, ratio decidendi, cassation hearings, binding jurisprudential rules, creation of regulations, Judicial Law-Making, separation of powers.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de investigación no se habría podido cristalizar de no haber sido por la valiosa orientación y el apoyo incondicional de mi asesor de tesis, Renzo Cavani, mi gran amigo y maestro.

Yo diría que la primera semilla de la presente investigación fue el *paper* de fin de ciclo del curso de “Revisión e Impugnación Judicial”. En dicho trabajo enfrenté críticamente las lecciones impartidas en clase confrontando conceptos y postulados sobre el precedente que defendía Renzo en su calidad de profesor del curso.

Muy lejos de incomodarse por mi crítica, en comentarios al margen, Renzo se defendió y realizó varias observaciones. En general, no estuvo de acuerdo con mis argumentos. No obstante, recibí la mejor nota del ciclo.

A partir de estas discusiones, ambos, hemos podido reflexionar y enriquecer este tema de investigación pero, sobre todo, fortalecer lazos de amistad.

Esta anécdota es pues, una muestra de que el rol de los profesores no consiste en imponer ideas, por el contrario, consiste en promover un razonamiento crítico en los alumnos. Por todo ello, para Renzo, mi gratitud eterna.

Un agradecimiento muy especial a mi gran amigo Brandon John W. por incentivar al estudio de la cultura del *common law* y contribuir desinteresadamente en el presente trabajo.

A Celeste, por su desinteresado apoyo, cariño y comprensión a lo largo de todos estos años.

A mis compañeros de trabajo del Tribunal Constitucional: F. Raffo y, especialmente, al Dr. Álvaro Córdova por sus valiosas sugerencias.

A mis padres, por haberme dado la oportunidad de formarme en esta prestigiosa universidad así como por su apoyo incansable en todas las etapas de mi vida.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL PRECEDENTE: Un concepto	6
2.1. Precedente y sentencia	9
2.2. Precedente y jurisprudencia.....	11
2.3. Precedente y <i>stare decisis</i>	12
2.4. Precedente y <i>ratio decidendi</i>	15
3. LA JUSTIFICACIÓN DE UN SISTEMA DE PRECEDENTES	20
3.1. Seguridad jurídica.....	21
3.2. Igualdad ante las resoluciones judiciales	22
3.2.1. El deber de aplicación uniforme de la ley:	23
3.2.2. Observancia de las interpretaciones ofrecidas por los órganos jurisdiccionales legitimados	25
3.2.3. El deber de igualdad en el tiempo	26
4. PLENOS CASATORIOS Y PRECEDENTES <i>MADE IN PERU</i>	27
4.1. Un análisis de la praxis de las salas civiles de la Corte Suprema con los denominados Plenos Casatorios.....	34
4.1.1. I Pleno Casatorio: El inicio de una praxis de “precedente” disfuncional	35
4.1.2. II Pleno Casatorio: Una convocatoria a pleno para resolver una cuestión de “especial trascendencia”	36
4.1.3. III Pleno Casatorio: El otorgamiento de nuevas facultades al juez para fijar “de oficio” montos indemnizatorios.....	38
4.1.4. IV Pleno Casatorio: Los seis supuestos de precario fijados en una controversia de prescripción adquisitiva.	41
4.1.5. V Pleno Casatorio Civil: La expedición de un “precedente” que transcribe una disposición normativa.....	43
4.1.6. VI Pleno Casatorio: Una regulación para la procedencia de la ejecución de garantías que olvidó hacer el legislador.	45
4.1.7. IX Pleno Casatorio: Una extraña aplicación del “overruling”.	48
4.2. Clasificación de las reglas jurisprudenciales vinculantes	51
4.2.1. Enunciados genuinamente interpretativos de una disposición normativa contenida en el Código Civil o CPC.	51
4.2.2. Enunciados reiterativos o reproductores de la legislación nacional:.....	52
4.2.3. Enunciados manipulativos de la legislación nacional:	52
4.3. Precedentes vs reglas jurisprudenciales vinculantes	53
5. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y LAS FUENTES DEL DERECHO	59
5.1. La concepción de división de poderes francesa	61

5.2.	Una versión moderna del principio de separación de funciones.....	63
5.3.	Creación del Derecho mediante la introducción de normas generales.....	66
5.4.	La interpretación jurídica como actividad disciplinada y creación del Derecho	71
5.5.	El límite constitucionalmente permitido a la facultad creadora del derecho por parte de la judicatura peruana: la proscripción de la emisión de enunciados manipulativos	76
6.	HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN RACIONAL DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE EN EL MARCO DE LOS PLENOS CASATORIOS.....	79
7.	CONCLUSIONES.....	83
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	85



1. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que el precedente judicial —concebida en su manera originaria— es una institución nacida en una tradición jurídica distinta a la nuestra, en un contexto político y cultural diferente. Es en el proceso de formación del *common law* en donde germinaron también instituciones y conceptos propios producto de su desarrollo, siendo el precedente el concepto, que, sin lugar a dudas, se erige como el elemento más significativo y esencial de dicha tradición jurídica¹.

Investigaciones realizadas en distintos sistemas jurídicos² han demostrado que la referencia al precedente, desde hace ya varios años, ha dejado de ser una característica peculiar de la tradición jurídica del *common law*. Dicha institución jurídica está actualmente presente y reviste gran importancia en la vida de casi todos los sistemas jurídicos modernos, incluyendo, por supuesto, a países de la tradición jurídica del *civil law*. Ello, sin duda, ha marcado un debilitamiento de las férreas distinciones clásicas entre el derecho continental y el derecho anglosajón.

Pese al creciente interés registrado en los últimos años en nuestro país, el estudio del *precedente* sigue siendo aún un terreno no suficientemente explorado. Ello propicia que su aplicación, por parte de altos órganos jurisdiccionales como la Corte Suprema, sea realizada muchas veces de manera acrítica. Frente a ello, surge la necesidad de institucionalizar una teoría de los precedentes con fundamento en un discurso de filosofía del derecho, pero enteramente orientado hacia la práctica jurídica.

El presente trabajo pretende demostrar, a partir de un *enfoque conceptual*, que las sentencias emitidas en el marco de los plenos casatorios *no son* equiparables a los precedentes judiciales y, desde una *perspectiva dogmática*, que el “modelo” de emisión de enunciados jurisprudenciales vinculantes quebranta el principio de separación de poderes rasgo de identidad de nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

En el contexto de la expedición de las sentencias plenarias casatorias, las Salas Cíviles de la Corte Suprema, en virtud del artículo 400 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), han encontrado respaldada su facultad de emitir una figura así llamada “precedentes vinculantes”, la cual, desde la convocatoria al primer pleno casatorio civil (Casación 1465-

¹ (MARINONI L. G., 2013, pág. 5)

² (MACCORMICK & SUMMERS, 1997, pág. 7 y ss.)

2007-Cajamarca), ha generado una *praxis* del “precedente” que redundará en un quebrantamiento del *principio de separación de poderes*, el cual está reconocido en el sistema jurídico peruano.

Para demostrar tal tesis se realizará un análisis secuencial que consta de tres etapas. En primer lugar, se intenta esclarecer el concepto de precedente mediante un ejercicio analítico-comparativo distinguiéndolo de acepciones como: *stare decisis*, *ratio decidendi*, acto decisorio y jurisprudencia. Asimismo, expondré cuál es la justificación de la existencia de un sistema de precedentes en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, examinaremos críticamente la *praxis* de las Salas Civiles de la Corte Suprema respecto de los plenos casatorios cuestionándonos si dicho *modus operandi* respeta los postulados para un correcto trabajo con precedentes. En tercer lugar, analizaremos si esta *praxis* se muestra adecuada para garantizar los principios de igualdad y de seguridad jurídica o, si, por el contrario, trae como resultado la violación del principio de separación de poderes. Frente a ello propongo una solución interpretativa del artículo 400 del CPC que reivindique los principios y valores jurídicos anteriormente mencionados.

2. EL PRECEDENTE: UN CONCEPTO

Se afirma³ que a pesar de las diferencias existentes entre el derecho continental y el anglosajón es posible construir una teoría única del precedente judicial para que pueda ser aplicada en los diferentes ordenamientos jurídicos contemporáneos. Para Bustamante⁴, el

³ Entre ellos: (BUSTAMANTE, 2016); (NÚÑEZ VAQUERO, 2018, págs. 51-78)

⁴ Para Bustamante es un error separar radicalmente una teoría de los precedentes judiciales basada en *hechos* (que caracteriza por antonomasia a la tradición anglosajona) de una teoría de los precedentes basada en *reglas* (la cual ha caracterizado a la tradición continental). “El uso del precedente orientado a los hechos y el uso del precedente orientado a las reglas son interconexos, porque las reglas regulan siempre un tipo de hecho, y los hechos en el discurso jurídico no pueden ser comprendidos fuera de sus relaciones con las reglas”. Ello resulta más claro, siguiendo a Bustamante, cuando se analiza la decisión jurídica bajo el prisma de su justificación. Desde el punto de vista de los procesos de raciocinio no hay diferencias considerables entre el *common law* y el *civil law*, aunque permanezcan ciertas diferencias de estilo judicial “cuando hablamos de ‘aplicar el derecho a un problema’, estamos en realidad hablando de lo que es al mismo tiempo el más importante y el más simple modo de argumentación jurídica: el argumento por subsunción” [MACCORMICK EN BUSTAMANTE 2016. p 75].

En cualquier sistema jurídico, un precedente judicial solamente podrá constituir un patrón para resolver casos futuros en el supuesto que fuese posible extraer de él una regla universal a la cual los casos futuros puedan y deban ser subsumidos *siempre* que se repitan las condiciones presentes en la hipótesis de incidencia (*fatispecie*) de dicha regla jurídica.

“El punto central de los sistemas de *common law* es que ellos tratan los precedentes judiciales como fuentes del derecho. Eso significa que las reglas generales de conducta y responsabilidad son consideradas como implícitas en los casos, involucradas en las *judicial opinions* pronunciadas por los jueces al decidir casos

fundamento del derecho jurisprudencial (*case law*) en el *common law* y en el *civil law* vendría a ser el mismo. En efecto, señala que: “Un precedente judicial solamente podrá constituir un patrón para resolver casos futuros en el supuesto que fuese posible extraer de él una regla universal a la cual los casos futuros puedan y deban ser subsumidos siempre que se repitan las condiciones presentes en la hipótesis de incidencia (*fattispecie*) de dicha regla jurídica”. Nuñez Vaquero⁵, por su parte, sostiene que no solamente es posible hablar de una teoría única de precedentes judiciales sino también de *precedentes jurisdiccionales* en sentido amplio.

Por ello, a fin de no incurrir en limitaciones conceptuales que impidan abordar rigurosamente el fenómeno de los precedentes, y sin sacrificar el objeto de estudio del presente trabajo, es preciso partir con un breve análisis de la propia noción de precedente. No obstante, es preciso advertir que, a pesar de innumerables investigaciones realizadas por juristas y teóricos del derecho⁶, nos encontramos con una verdad incómoda cuando hacemos la referencia al término “precedente”: no existe consenso respecto a un concepto unívoco para dicho término. Ello a razón que en el lenguaje jurídico el concepto de precedente es altamente polisémico además de involucrar controversias y juicios de valor. En tal sentido, en la presente investigación no se pretende realizar un análisis conceptual exhaustivo⁷ a efecto de determinar cuál es el concepto “correcto” de precedente que mejor representaría a nuestra concepción o creencia. Nuestro objetivo es menos ambicioso: optaremos por una noción de precedente que sirva de utilidad a los fines de la presente investigación y, a partir de allí, reflexionar acerca de los problemas conceptuales que surgen de la dicción del artículo 400 del CPC.

Partiremos en primer lugar por realizar un primer acercamiento a partir de MacCormick y Summers. Ellos afirman que los precedentes son decisiones anteriores que funcionan como modelos para decisiones futuras⁸. Para dichos autores, es un elemento básico de la racionalidad humana que las lecciones del pasado se puedan aplicar para resolver los

concretos” (MACCORMICK, citado por BUSTAMANTE, 2016: 74). Esas reglas, sin embargo, son expuestas a través de la interpretación de esos casos (*ibidem*), y *eso no constituye un obstáculo para que las decisiones puedan ser reconstruidas de acuerdo con un modelo silogístico. Hay una conexión indivisible entre las ideas de justificación y universalización.* (BUSTAMANTE, 2016, págs. 74-75).

⁵ (NÚÑEZ VAQUERO, 2018, pág. 53)

⁶ (CHIASSONI P. , 2015, pág. 25) Pierluigi Chiassoni, realiza un riguroso análisis estructural que tiene por objeto reconstruir los conceptos esenciales para identificar las posibles acepciones de precedente y su aplicación.

⁷ Un análisis conceptual fuerte es descrito por J. Raz en (Raz, Alexy, & Robert Bulygin, 2007)

⁸ (MACCORMICK & SUMMERS, 1997, pág. 29).

problemas del presente y futuros. Para Núñez Vaquero, asumiendo una noción amplia identifica al precedente como “aquellas decisiones jurisdiccionales que resuelven algún caso genérico o individual, y a las que se les reconoce eficacia no únicamente inter partes”⁹.

Un claro ejemplo de *decisiones anteriores* que funcionan como *modelos para decidir*, es el que recrearemos a partir de lo expuesto por Neil Duxbury¹⁰.

Imaginemos que mi hermano menor, Alex, hizo un airado reclamo para que papá le compre un iPad Pro de 10" el día de su cumpleaños número 11. Para tal propósito, Alex razonó a partir de un precedente: que yo, hermano mayor, recibí mi primer celular móvil cuando cumplí 11 años de edad. El precedente, según mi hermano, consistía en lo siguiente: “Si un hijo cumple 11 años de edad, entonces se le debería comprar un dispositivo electrónico de cierta sofisticación”. Frente a ello, mi padre, evaluando los argumentos y las circunstancias del caso (hechos), decidió no comprarle dicho producto.

En su evaluación, advirtió algunas particularidades en el contexto fáctico: i) mi padre me compró un celular con la finalidad de comunicarnos en circunstancias urgentes; ii) Alex está en una edad en la que aún no ha mostrado la responsabilidad suficiente para hacerse cargo de un dispositivo tan caro y sofisticado; iii) el iPad, a diferencia del celular que tuve a los 11 años, es susceptible de ser un foco de distracción alto que, probablemente, perjudicará el rendimiento académico de Alex. Por tal razón, siendo las circunstancias fácticas (hechos) diferentes, mi padre decide que no está vinculado por el precedente anterior.

A partir de ello, nótese que en las decisiones sobre la base del precedente se enfatiza en los *hechos* previos a la situación actual.

Este caso es sumamente ejemplificativo para reflejar a qué nos referimos con la noción de precedente que propondremos. Pero antes de ello, es necesario realizar un análisis de las distintas concepciones de precedente a las cuales se suele hacer referencia. Podemos encontrar que existen diversas acepciones similares pero conceptualmente distintas sobre las que vale la pena discurrir brevemente.

⁹ (NÚÑEZ VAQUERO, 2018, pág. 130).

¹⁰ (DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent.*, 2008, pág. 3).

2.1. Precedente y sentencia

Podemos identificar que esta escurridiza expresión se refiere al menos a cuatro usos distintos: primero se refiere, en un *largissimo sensu*, a un *caso judicial* previo que vincula a otros tribunales al resolver casos futuros¹¹. En segundo término, el concepto de precedente se puede referir a la *ratio decidendi* de una sentencia dotada de autoridad, efectivamente publicada y que tratan los mismos, o similares, (tipos) de hechos y cuestiones que deben resolver en esta ocasión. El tercer concepto es el que hace referencia a las determinaciones individuales de una sentencia dotadas de autoridad a la cual Chiassoni denomina *precedente-mandato*. Por último, el cuarto concepto es el que identifica a precedente con una *sentencia*, en tanto decisión judicial que incluye la *ratio decidendi* o *holding*¹².

Una vez precisados estos usos del término, en la presente investigación optaremos por identificar al precedente fundamentalmente como una *sentencia* (que cuente con ciertas cualidades que se expondrán más adelante) atendiendo a que tiene un uso más generalizado (principalmente en la tradición jurídica del *common law*¹³) así como por su amplitud semántica.

Ahora bien, de la sentencia se puede extraer al menos una *norma concreta* y una *norma-precedente*¹⁴. En tal sentido, la sentencia (o la decisión) en sí misma no es la vinculante sino únicamente la(s) norma (as) extraíble (s) de aquella. *La norma concreta* está dirigida solo a las partes de la controversia (vinculante solo para aquellas), y se obtiene a partir de la decisión del caso. Por ejemplo, declarar un derecho (piénsese en el supuesto adquisición de la propiedad mediante prescripción adquisitiva), ordenar el pago, ordenar la ejecución de una obligación de hacer, no hacer, etc.¹⁵.

La *norma precedente*, por el contrario, es la que sirve como premisa para resolver casos futuros. Si bien esta norma se *construye* a partir de una decisión judicial (*caso paradigma*) fruto de un *proceso interpretativo*, no tiene la misma formulación que una norma concreta.

¹¹ (GASCÓN ABELLAN, 2015, pág. 67)

¹² (CHIASSONI P. , 2015, pág. 25).

¹³ (CROSS & HARRIS, 1991, pág. 4), Para los referidos autores “The fact that English law is largely a system of case law means that the judge's decisions in a particular case constitutes "precedent””

¹⁴ (CAVANI, 2018, pág. 174)

¹⁵ *Ibidem*.

Ilustraremos esta afirmación a partir del caso *Riggs c. Palmer* o, también, el “caso del nieto asesino”.

En este caso se planteó si un nieto (Elmer E. Palmer) quien asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer), podía heredarle. Esta situación no estaba determinada por el derecho de sucesiones del Estado X¹⁶.

Nótese que la discusión se circunscribe en que si Elmer puede o no heredar (ya que, lógicamente, tendrá que recibir una sanción penal). Por tanto, Elmer (heredero), H (Los bienes sujetos a herencia) y el hecho X (el asesinato del abuelo), son elementos que conforman el caso concreto; pero la norma precedente, cuando es reconstruida, no necesariamente repara en dichas particularidades.

Un ejemplo típico de *norma-precedente* para este caso sería la siguiente: “Si mediante la perpetración de un acto criminal alguien pretendiera obtener un derecho de propiedad entonces dicha adquisición se encontrará proscrita toda vez que ha sido obtenida sobre la base de una acción ilícita”. En ese sentido, la *norma concreta* para este caso sería “Elmer no puede heredar”. Adviértase que la hipótesis normativa de esta norma-precedente *tiene vocación de no solo regular el caso paradigma* (caso n), *sino que sea capaz de abarcar los casos ulteriores* (casos n¹, n², n³... nⁿ) ya que los sus supuestos de hecho en la que surgió la norma precedente sirven como parámetros de aplicación para posteriores casos con *similitud fáctica*¹⁷. Esta es, pues, la riqueza de trabajar con un sistema de precedentes dotado de autoridad, propiciando el desarrollo del Derecho a partir de la interpretación y discursos argumentativos.

Adicionalmente, es preciso advertir que es perfectamente posible entender una norma extraíble de una sentencia (que forma parte del encadenamiento lógico) que no genere vinculación pero, sin embargo, puede servir como *criterio persuasivo* para resolver casos posteriores. Piénsese por ejemplo en las reglas de corte probatorio que se pueden extraer de una sentencia (reglas sobre inferencias, sobre el valor a atribuir a los testigos, sobre la exclusión de prueba, sobre el estándar de prueba¹⁸). Así también podemos retirar una

¹⁶ (DWORKIN, 1989., pág. 72)

¹⁷ Nótese que no sostenemos que el material factico deba ser idéntico. Los casos no pueden ser idénticos si de la aplicación de la analogía hablamos, sino semejantes. Ello significa que compartirán algunas características y no otras. De hecho, si los dos casos tuvieran exactamente las mismas propiedades serían el mismo caso, en virtud de la ley de la identidad de los indiscernibles. (Ferrer Beltrán, 2016, pág. 178).

¹⁸ (NÚÑEZ VAQUERO, 2018)

norma que es el resultado de una interpretación realizada (por el juez) de un determinado precepto constitucional. Nótese que en dichos ejemplos estas normas extraíbles no constituyen una proposición lógicamente necesaria para decidir el caso, sin embargo, pueden ser utilizadas por otros jueces en sus sentencias. Así, “precedente vinculante” no es en absoluto una redundancia, como parecen entenderlo Cross y Harris¹⁹, para quienes “*Binding precedent*” es más bien una categoría en contraste con los precedentes que generan efecto meramente persuasivo de los cuales su grado de persuasión puede variar considerablemente.

2.2. Precedente y jurisprudencia

Ahora bien, al conjunto de decisiones judiciales se les denomina *jurisprudencia*. En un sentido lato es “un complejo de afirmaciones y de decisiones pronunciadas en sus sentencias por los órganos del Estado y contenidos en ellas”²⁰. Este término alude exclusivamente *al conjunto de sentencias judiciales* que puede tener o no una misma orientación decisoria²¹. Por consiguiente, la jurisprudencia puede incluir una elevada cantidad de sentencias. Este aluvión incontrolado de decisiones judiciales se da cada año *sobre la misma cuestión jurídica* (asunto controvertido) o relativo a la interpretación de *la misma (s) disposición(es) normativa(s)* en controversia²²⁻²³.

¹⁹ “If we place ourselves in the position of a judge in a later case, there may be said to be many different kinds of precedent. The judge may simply be obligated to consider the former decision as part of the material on which his precedent decision could be based, or he may be obligated to decide the case before him in the same way as that in which the previous case was decided unless he can give a good reason for not doing so. Finally, the judge in the instant case may be obligated to decide it in the same way as that in which the previous case was decided, even if he can give a good reason for not going so. “Binding” or of “coercive effect” as contrasted with its merely persuasive effect in the other situation in which the degree of persuasiveness may vary considerably”. (CROSS & HARRIS, 1991, pág. 4).

²⁰ (DIEZ-PICAZO, 1979, pág. 2)

²¹ (CAVANI, 2018, pág. 174).

²² (TARUFFO M. , 2007, pág. 89).

²³ A criterio de Taruffo difícilmente la expresión “jurisprudencia” puede tener alguna cualidad vinculante o imperativa. Ello en virtud de razón pragmática “nos encontramos ante la dificultad, a menudo difícilmente superable, de decidir cuántas decisiones se requieren para poder afirmar que existe una jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma”, o bien de establecer cuál debe ser la decisión verdaderamente relevante (si existe alguna). (TARUFFO M. , 2007, pág. 90).

Por consiguiente, un severo problema para un sistema que funcione *sólo* en base a jurisprudencia (prescindiendo de cualquier técnica de uniformización), es que sería proclive a una ulterior degeneración, toda vez que se produciría una serie de incoherencias, evidentes contradicciones y repentinos cambios de dirección por parte de la judicatura en sus decisiones judiciales (Ibidem), incluso, en altos órganos como nuestra Corte Suprema de Justicia (un ejemplo de esto se expone en el punto 4 del presente trabajo).

Como vemos, el término “jurisprudencia” alude “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*”²⁴ (Énfasis añadido).

Ahora bien, no descartamos la posibilidad de que la jurisprudencia adquiera valor vinculante. Se trataría de un factor contingente (depende al ordenamiento jurídico) y subordinado a que una norma jurídica así lo disponga. Ejemplo de ello es lo regulado en el artículo VI del Código Procesal Constitucional peruano, el cual dispone que la interpretación de los preceptos constitucionales que realiza el Tribunal Constitucional tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República (la llamada “doctrina jurisprudencial vinculante”)²⁵.

A partir de lo anteriormente mencionado podemos concluir que la expresión jurisprudencia alude a una pluralidad de sentencias (emitidas por los órganos jurisdiccionales competentes) de las cuales se puede desprender o no una determinada interpretación uniforme sobre la misma cuestión jurídica o disposición normativa en controversia²⁶ y, adicionalmente, puede tener cualidad vinculante si una norma jurídica así lo dispone.

2.3. Precedente y *stare decisis*

Cuando pensamos en *stare decisis*, estamos acostumbrados a plantearnos si los jueces deben seguir una decisión pasada a pesar de haber arribado a una conclusión diferente en la resolución de un caso bajo examen.

²⁴ (RODRÍGUEZ SANTANDER, 2007, pág. 21).

²⁵ En este punto, resulta pertinente realizar la distinción propuesta por Rodríguez entre precedente vinculante y jurisprudencia vinculante. Siguiendo al referido autor “jurisprudencia vinculante” no alude a “(...) 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 (...), 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” (RODRÍGUEZ SANTANDER, 2007, pág. 59).

Nótese que “línea jurisprudencial” o la llamada “jurisprudencia consolidada”, es el resultado de la reiteración de una misma orientación decisoria (en un mismo sentido), de la cual se desprende una interpretación uniforme de una determinada disposición normativa (decisiones en sentido *lato normativas*), la cual –en observancia de lo dispuesto por una norma jurídica– vincula a todos los jueces de la República. Lo que tiene eficacia vinculante, por lo tanto, es el criterio interpretativo (reiterativo) adoptado respecto a una determinada disposición normativa.

²⁶ Taruffo equipara la jurisprudencia a una especie de un inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, todos pueden encontrar lo que quieren (y también lo opuesto). (TARUFFO M., 2016, pág. 332)

Bajo la doctrina del *stare decisis*, se espera que una corte resuelva una cuestión jurídica de la misma manera que ha sido resuelta en el pasado (atenerse a las cosas decididas). Siendo más precisos: “(...) keep to the *rationes decidendi* of past cases”²⁷. Para Schauer, el *stare decisis* consiste en que un tribunal debe tratar una decisión previa como vinculante solo por su existencia y no porque se perciba como correcta. En palabras del referido autor, “If every time a court believed an earlier decision to be mistaken it could overrule that decision, then there would be no principle of *stare decisis* at all”²⁸.

Como vemos, en países del *common law* no se puede concebir un precedente que no cuente con algún grado de vinculación. Como sostiene Rupert Cross, “[t]he peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature”²⁹. En esta tradición jurídica no se cuenta con una disposición normativa (legislativa o administrativa) que obligue a los jueces a fundamentar su decisión en base a precedentes³⁰, esta conciencia o criterios de obligatoriedad son reglas de práctica y, la única sanción posible respecto a la no observancia de un precedente es una moral: comentarios adversos de otros jueces³¹. En ese sentido, “the obligation to follow a [precedent] derives its force from the fact that the practice is followed with a high degree of uniformity”³².

De hecho, en Inglaterra, Estados Unidos y en los demás países del *common law*, basta que haya una decisión aplicable al caso bajo examen para que un juez se vea obligado, en principio, a seguir el precedente. Ello no ocurre, en líneas generales, en Francia y en los demás países de tradición civilista³³.

²⁷ (CROSS & HARRIS, 1991, pág. 100)

²⁸ (SCHAUER, 2009, pág. 37)

²⁹ (CROSS & HARRIS, Precedent in English Law 4th ed., 1991, pág. 3).

³⁰ “En este sistema legal tampoco se conoce de ninguna norma administrativa que sancione –y menos destituya- a ningún juez por no seguir un precedente específico, ni siquiera el de la Corte Suprema”. (DYER CRUZADO, 2014, pág. 6).

³¹ (CROSS & HARRIS, 1991, pág. 99). “The strongly coercive nature of the English doctrine of precedent is due to rules of practice, calls rules of precedent. And the rules of precedent are dependent on the practice of the courts”

³² (CROSS & HARRIS, 1991, pág. 99). “If a judge persistently and vociferously declined to follow a cases which he was bound according to countless statements of other judges, it is possible that steps would be taken to remove him from his office, but it would be a mistake to think in terms of such drastic sanctions for the judge's obligation to act according to the rules of precedent. Those rules are rules of practice, and, if it is thought to be desirable to speak of a sanction for the obligation to comply with them, it is sufficient to say that non-compliance might excite adverse comment from other judges”.

³³ (CROSS & HARRIS, Precedent in English Law 4th ed., 1991, pág. 11).

Podemos concluir por consiguiente que el *stare decisis* alude a la existencia de un conjunto de normas (explícitas o implícitas, según el ordenamiento jurídico) que imponen una vinculación u obligatoriedad para que sea seguido el precedente³⁴. Como señala Nuñez Vaquero, por *stare decisis* “podemos entender aquella norma que ‘obliga’ a los órganos a decidir los casos similares del mismo modo”³⁵, se dirige tanto al órgano que emitió el acto decisorio como a órganos diferentes: al primero, para que respete su propio precedente para futuros casos (*stare decisis* horizontal), a los segundos, para que interpreten la decisión, extraigan la norma precedente y lo apliquen en futuros casos (*stare decisis* vertical).

Nótese que con *stare decisis horizontal* hacemos referencia a la obligación del órgano jurisdiccional de seguir sus decisiones pasadas³⁶. Mientras que el *stare decisis vertical* alude a la obligación de los tribunales de seguir las decisiones —principalmente— del órgano de vértice. En ambos casos la obligación de aplicar el precedente tiene igual naturaleza, pero en el *stare decisis vertical* se advierte con más claridad la sanción en caso de incumplimiento: si un tribunal se aparta de los precedentes de su superior jerárquico este dejará sin efecto la sentencia en cuestión (en caso de que sea apelada); aunque lo mismo puede darse también en el *stare decisis* horizontal, ya que un tribunal superior puede dejar sin efecto la sentencia del inferior que no sigue su propio precedente³⁷.

La obligatoriedad de seguir decisiones pasadas podría ser entonces una propiedad definitoria de este término, y es a partir de estas consideraciones que podemos encontrar diferencias relevantes entre la noción de precedente y *stare decisis*. Este último término constituye, por consiguiente, una “regla del precedente” (o, también, *una regla que ordena seguir un precedente o a la norma extraíble del mismo*) y determina los diferentes grados en los que la *ratio decidendi* extraíble de este puede llegar a ser vinculante. Como vemos, en una

³⁴ Pero no únicamente se trata de las reglas que otorgan relevancia normativa a la *ratio decidendi*, por el contrario, constituye un intrincado conjunto de normas que regulan tanto la competencia un determinado órgano jurisdiccional para emitir la sentencia precedente, así como la derrotabilidad o modificación de la misma. Estos microsistemas normativos regulan, incluso, los mecanismos para la determinación autoritativa de la *ratio decidendi*. (NUÑEZ VAQUERO, 2016).

³⁵ (NUÑEZ VAQUERO, 2018). Es preciso señalar que, para nuestro autor, las normas que componen la regla del *stare decisis* no constituyen *normas prescriptivas* toda vez que no determinan una sanción dirigida al juez en caso de inobservancia de la *ratio decidendi* de un caso precedente (la nulidad de una sentencia, por ejemplo, no se trata de una sanción al órgano jurisdiccional). Por el contrario, sostiene que las normas que componen el *stare decisis* son, principalmente, *normas constitutivas* que expresan al menos una razón en la justificación de decisiones jurisdiccionales posteriores. Para más detalle véase (NUÑEZ VAQUERO, 2016)

³⁶ (GASCÓN ABELLAN, 2015, pág. 67) denomina “auto precedente” cuando un tribunal está obligado a seguir sus decisiones pasadas.

³⁷ (LEGARRE & RIVERA, 2006, pág. 140)

aproximación teórica, sí que resulta relevante distinguir ambos conceptos, toda vez que, no todos los precedentes están revestidos de autoridad (incluso en países de la tradición jurídica del *common law*)³⁸ y con mayor razón aún sí, en países de la tradición continental (como el nuestro), existen decisiones de tribunales que sí vinculan y otras que no.

2.4. Precedente y *ratio decidendi*

La expresión latina *ratio decidendi* ha sido objeto de múltiples estudios que, pese a su profundidad, no se ha podido arribar a un significado unívoco. Ello puede deberse parte por la ambigüedad del término ya que, como mera cuestión de traducción, puede expresarse indistintamente por las frases como “razón para decidir” y “razón de decisión”.

Pierluigi Chiassoni³⁹ realiza un profundo análisis conceptual que tiene por objeto reconstruir los conceptos esenciales para identificar las posibles acepciones de *ratio decidendi* y su aplicación. Nuestro autor identifica que la *ratio decidendi* puede ser definida, al mismo tiempo, de once maneras diversas. No obstante, en cuanto a la naturaleza de *ratio decidendi* existen básicamente dos concepciones relevantes que no necesariamente se excluyen entre sí.

Desde la perspectiva de la *concepción normativa* con “*ratio decidendi*” se alude a una norma jurídica general: la “regla”, el “criterio”, el “principio”, la “premisa normativa” o los “criterios jurídicos” que pueden deducirse de la sentencia global (pronunciamiento decisorio). Pero, además, tenemos una *concepción normativa concreta*, la cual vendría hacer referencia a una norma jurídica generalizada, conjuntamente con los argumentos que lo respaldan y la descripción de los hechos (material fáctico) al que se aplicó⁴⁰.

Dentro de dicha concepción podemos ubicar la definición propuesta por Cross y Harris para quienes la *ratio decidendi* hace referencia a “(…)any rule of law [proposition of law] expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him (...)”⁴¹ En ese mismo sentido, Montrose define dicho término como “the principle of law which the judge considered necessary to the decision of the particular case before him”⁴². Notemos entonces que,

³⁸ (CROSS & HARRIS, 1991, págs. 125-163)

³⁹ (CHIASSONI P. , 2015, pág. 31)

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ (CROSS & HARRIS, Precedent in English Law 4th ed., 1991, pág. 72)

⁴² (MONTROSE, 1957, pág. 125).

bajo esta concepción, la expresión “*ratio decidendi*” hace referencia exclusivamente al principio de derecho (*proposition of law*) propuesto por el juez del caso precedente como sustento necesario para arribar a su decisión.

Adicionalmente, siguiendo a Chiassoni, tenemos la perspectiva de la *concepción argumentativa*, según la cual el término “*ratio decidendi*” no se refiere específicamente a una norma general (principio, premisa, criterio fundamental), ni a una norma contextualizada, sino, en términos generales, a un cualquier elemento esencial (*sine qua non*) ofrecido en la argumentación de una sentencia para justificar la orientación de un determinado fallo. La *ratio decidendi* puede catalogarse como los *razonamientos, premisas, pasos lógicos necesarios, líneas argumentativas necesarias o suficientes de un precedente-sentencia*⁴³. De acuerdo a esta concepción, la *ratio decidendi* puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas⁴⁴.

No obstante dicha diferenciación, Chiassoni sostiene que la *concepción argumentativa* de *ratio decidendi* se encuentra en total sintonía con la *concepción normativa* toda vez que no existe incompatibilidad entre *norma* y *razón*, ello porque la *norma* en el contexto justificatorio termina siendo una *razón*. “La norma general aplicada por un juez para resolver un caso es una *razón (razón normativa)* que justifica la decisión. Al mismo tiempo es una *premisas (premisas normativa)* del razonamiento, cuya conclusión es el mandato judicial”⁴⁵⁻⁴⁶. En efecto, la concepción argumentativa se condensa en que la *ratio decidendi* siempre termina siendo una *norma*.

Como vemos, desde el punto de vista analítico, las nociones normativas deben prevalecer sobre las argumentativas, toda vez que la noción normativa es más determinada. En tal sentido, sería más adecuado concebir a la *ratio decidendi* como una norma, regla o principio que cumple un papel fundamental en la justificación de la resolución judicial⁴⁷. Por

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ (CHIASSONI P. , 2004, pág. 90)

⁴⁵ (CHIASSONI P. , 2015, pág. 34)

⁴⁶ De igual forma, si partimos de una concepción argumentativa, y “vemos a una sentencia como una muestra de razonamiento con una estructura lógica, entonces la norma general aplicada por el juez puede ser considerada como un *paso lógico necesario* (el *paso normativo necesario*) en dicho razonamiento” (CHIASSONI P. , 2015, pág. 34).

⁴⁷ *Ibidem*.

consiguiente, en la presente investigación optaremos por identificar a la *ratio decidendi* como la norma (regla, principio) extraíble de una sentencia.

Una vez esclarecido ello, es necesario precisar que de un precedente no solamente es posible extraer una (sola) *ratio decidendi*, por el contrario, pueden ser numerosas. Por lo tanto, es en la motivación o fundamentación de las sentencias judiciales que las normas adscritas (extraíbles) deben ser encontradas. Y cada una de las normas adscritas es una *ratio decidendi* de la *sentencia precedente*⁴⁸. Naturalmente, es el juez del caso sucesivo quien es el llamado a extraer (o mejor, crear⁴⁹) estas normas universalizables.

En tal sentido, una norma adscrita (expresada en un enunciado como formulación de en una sentencia, o implícita en ella) constituye *ratio decidendi* si y solo si, *de acuerdo con la opinión* (manifiesta o presumible) *del juez que pronunció la sentencia precedente*, a la luz de la estructura lógica⁵⁰ de la justificación de su decisión, no se puede prescindir de dicha (s) norma(s) para arribar a la decisión del caso concreto⁵¹.

Nótese que la “*norma jurídica*” susceptible de resolver casos futuros con similitud fáctica, se *reconstruye* (necesariamente por un operador jurídico que resolverá un caso posterior), a partir de la identificación (fruto de un *proceso interpretativo*⁵² *discursivo racional*) de los *hechos* del caso y de la estructura lógica de la sentencia. En tal sentido, la *ratio decidendi* debe

⁴⁸ (BUSTAMANTE, 2016, pág. 288).

⁴⁹ (TARUFFO M. , 2007, pág. 88). Si bien Taruffo opta por equiparar precedente como *ratio decidendi*, notamos que el razonamiento que utiliza para su extracción es el mismo: El juez del caso sucesivo es quien, por así decirlo, “crea” la norma universalizable. En otras palabras, la *ratio decidendi*, *no es emitida sino reconstruida*.

⁵⁰ Como vemos, para la identificación de la *ratio decidendi*, resultará imprescindible tener en cuenta la estructura lógica del precedente-sentencia “Dicha estructura lógica deberá ser concebida, al menos en, forma de un *modus ponens* normativo, en el que la conclusión normativa individual (parte resolutive o decisión), se deriva de una premisa normativa condicional general (la norma general aplicada)” (CHIASSONI P. , 2015, pág. 40).

⁵¹ Chiassoni distingue una dimensión objetiva y subjetiva de *ratio decidendi* del siguiente modo: “(...) *Ratio decidendi* (soggettiva) = Df. una norma generale – espressa da un enunciato formulato in una sentenza, o in essa implicita – è una *ratio decidendi* se, ma solo se, secondo l’opinione ascrivibile al giudice che ha pronunciato la sentenza (così come accertata secondo le direttive di una qualche metodologia soggettiva di analisi delle sentenze), non possa essere espunta dalla motivazione in diritto di una decisione, senza privare la decisione della norma giuridica – o quantomeno: di una delle regole giuridiche, tra loro alternative e concorrenti – su cui si fonda. (...)” (CHIASSONI P. , 2004, pág. 88).

⁵² Por “interpretación” en este caso estamos entendiendo, a efectos de esta definición propuesta, “el conjunto de actividades que sirven para establecer la *ratio decidendi* así como la atribución de significado al pronunciamiento decisorio en base en criterios interpretativos como, por ejemplo, la inducción o la identificación de qué hechos ha considerado como relevantes (de entre todos los hechos probados) el órgano jurisdiccional”. (Legarre & Rivera, 2006, pág. 143)

constituir la premisa normativa general del *modus ponens* y de la cual, junto con una premisa individual subsuntiva, se pueda derivar la decisión⁵³.

Resulta importante destacar que la labor de extracción de estas normas adscritas (extraíbles) presupone la conjunción entre los *hechos* del caso y las reglas normativas aplicadas a los mismos, porque es allí donde podemos encontrar el razonamiento resolutivo llevada a cabo por el órgano jurisdiccional del caso paradigma.

La hipótesis normativa de la *ratio decidendi* tiene, por lo tanto, *vocación no solo de regular el caso paradigma* (caso n), *sino que sea capaz de abarcar los casos ulteriores* (casos n¹, n², n³... nⁿ) ya que los supuestos de hecho en la que surgió esta norma universalizable, sirven como parámetros de aplicación para posteriores casos con *similitud fáctica*.

Adviértase que en el ejemplo propuesto en el punto 2 del presente trabajo —que recreamos a partir de Duxbury—, el *caso paradigma* es aquella decisión que tuvo mi padre de comprarme un celular cuando cumplí 11 años de edad, y téngase en cuenta que se requería de un trabajo argumentativo por parte de mi padre para que, a partir de un proceso discursivo racional y en base al cambio de circunstancias fácticas (hechos), decida no comprarle el dispositivo electrónico a mi hermano Alex, pese a la *similitud fáctica*.

Ahora bien, para que esta *ratio decidendi* (extraíble de una sentencia), adquiera algún valor vinculante se requiere, adicionalmente, de una norma (explícita o implícita) que le otorgue tal propiedad⁵⁴. “Dicho de otro modo, estaremos frente a una [sentencia] que cuenta como precedente, toda vez que haya otra norma que indique que aquella es un precedente: la regla del *stare decisi*”⁵⁵ (El añadido es nuestro).

Como último punto resulta importante hacer referencia a la distinción dicotómica entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*. Tradicionalmente, se ha considerado que lo no relevante o no esencial de una sentencia vendría a llamarse *obiter dicta*⁵⁶. Es decir, meros dichos que

⁵³ (CHIASSONI P. , 2015, pág. 39)

⁵⁴ Aunque también es perfectamente posible que se haga esta operación aun cuando un ordenamiento jurídico no establezca ninguna directriz o *sin que exista una norma positivizada*. Esto es a lo que Chiassoni denomina *relevancia empírica del precedente*. En este tipo de casos la relevancia (fuerza) de los precedentes se da por el efecto de la práctica judicial (*extra legem*), que ha sido establecido fuera del derecho positivo, posiblemente por una enraizada cultura jurídica. (CHIASSONI P. , 2015, pág. 51) .

⁵⁵ (Legarre & Rivera, 2006, pág. 143).

⁵⁶ Entre otras concepciones encontramos aquellas que lo definen como “el conjunto de las decisiones que forman parte de la justificación externa (diferentes, por tanto, de la premisa mayor del silogismo judicial)

edulcoran el fallo (el *aggiornamento*) y, por lo tanto, lo no vinculante de una sentencia (que cuenta únicamente con valor persuasivo). Somos de la opinión que no sería correcto sostener que una vez determinada la *ratio decidendi* (la norma jurídica universalizable) los otros principios enunciados en la decisión puedan ser *obiter dicta*. En ese sentido, el problema no es encontrar la única posible *ratio decidendi* del caso (ya que pueden ser numerosas), sino qué peso o fuerza debemos atribuir a las *rationes decidendis*⁵⁷⁻⁵⁸.

Estudiadas las acepciones más importantes vinculadas al precedente, podemos concluir en lo siguiente: (i) Trabajar con precedentes presupone un ejercicio argumentativo que implica interpretación⁵⁹ (*determinación de la norma adscrita susceptible de ser universalizable*) de la sentencia *in toto*. (ii) Esta extracción de la *ratio decidendi* se realiza *por el juez del caso sucesivo* a partir de la identificación de los *hechos* del caso y de la estructura lógica de la sentencia. (iii) No hay argumentación posible respecto de los precedentes sin atender a los *hechos* del *caso paradigma* (el paradigma fáctico) y a los hechos del caso sucesivo para que en este último se pueda aplicar la misma *ratio decidendi* que sirvió como premisa para arribar a la decisión del primer caso. Naturalmente ello requiere que las propiedades fácticas en ambos casos sean suficientemente similares. Y, por último, iv) se requiere una regla de *stare decisis* que constituya al precedente como tal (que dote de algún grado de vinculatoriedad a la *ratio decidendi* extraíble del mismo).

pero que son lógicamente necesarias para la regla del caso. Pero, además, es frecuentemente admitido que algunos *obiter dicta*, de hecho, tienen un valor persuasivo”. (Legarre & Rivera, 2006, pág. 129).

⁵⁷ (BUSTAMANTE, 2016, pág. 278).

⁵⁸ Somos de la opinión que no debería existir esta separación dicotómica entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, ello porque en la práctica es una distinción difícil de sostener. Veamos: Imaginemos que desde la perspectiva del “Juez A” (juez del caso precedente) todos los fundamentos de su sentencia son necesarios para fundamentar su decisión; sin embargo, el “juez H” (juez de un caso posterior), “haciendo una lectura del texto de la sentencia, considera que solo los argumentos 1 y 4 son fundamentales para arribar a la decisión, los demás son meros dichos que edulcoran el fallo, pero que no son imprescindibles. A partir de aquí se pueden presentar un sinnúmero de supuestos: Puede que un “Juez A” considere que el fundamento 2 es determinante para la decisión, el “juez B” puede considerar que sólo el argumento 3 es fundamental, y así con todas las combinaciones posibles. Con esto se demuestra que la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es una tarea meramente interpretativa y además de fluctuante, variable e incierta: todo depende del juez que examine la sentencia (SIERRA SOROCKINAS D. , 2016, págs. 249-269).

⁵⁹ Por “interpretación” en este caso estamos entendiendo, a efectos de esta definición propuesta, “el conjunto de actividades que sirven para establecer la *ratio decidendi* así como la atribución de significado al pronunciamiento decisorio en base en criterios interpretativos como, por ejemplo, la inducción o la identificación de qué hechos ha considerado como relevantes (de entre todos los hechos probados) el órgano jurisdiccional”. (Legarre & Rivera, 2006, pág. 143)

Antes de analizar si lo que tenemos en nuestro país podría ser considerado precedente es menester explicar cuál es la importancia o la justificación para que un ordenamiento jurídico cuente con precedentes obligatorios.

3. LA JUSTIFICACIÓN DE UN SISTEMA DE PRECEDENTES

La institución del precedente cumple funciones de suma importancia en un ordenamiento jurídico: preserva valores como la *seguridad jurídica*, la cual, al ser una norma-principio, promueve tanto la igualdad como la libertad en el derecho garantizando, de este modo, una previsibilidad y estabilidad jurídica. En cuanto al principio de *igualdad*, los precedentes tienen una incidencia tanto el derecho a la igualdad en la jurisdicción (igualdad en el proceso), igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley. Asimismo, se tiene como otra gran finalidad de *unificar* y consolidar la jurisprudencia en torno a un tema en particular.

Siguiendo a Marinoni:

“Un sistema judicial caracterizado por el respeto a los precedentes está lejos de ser dotado de una mera característica técnica. Respetar precedentes es una manera de preservar valores indispensables para el Estado de derecho, así como de posibilitar un modo de vivir en el que el derecho asume su debida dignidad, en la medida en que, además de ser aplicado de modo igualitario, puede determinar conductas y generar un modo de vida marcado por la responsabilidad personal”⁶⁰

Precisamente, para alcanzar la unidad del derecho, una alternativa de gran aceptación en la actualidad es la existencia un sistema de precedentes —obligatorios— que refleje un ordenamiento jurídico coherente, en donde la previsibilidad y el tratamiento uniforme de casos similares sean valores supremos e indispensables para un Estado de Derecho. Por consiguiente, con el establecimiento de un sistema de precedentes dotado de autoridad, se ofrecería la posibilidad de desarrollar el derecho de una manera positiva y sofisticada. En efecto, “el precedente refleja algo que es autónomo frente a la ley, que no es una mera consecuencia lógica de ella”⁶¹.

⁶⁰ (MARINONI L. G., 2017, pág. 91).

⁶¹ (MARINONI L. G., 2017, pág. 93).

Veamos, sucintamente las funciones más importantes del precedente⁶²:

3.1. Seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica, el cual, a su vez, da origen al derecho fundamental a la *seguridad jurídica*⁶³, está reconocida implícitamente en la Constitución Política (sentencia 0016-2002-AI-TC, fundamento 5). Esta garantía es indisociable a un Estado de Derecho. Así, la seguridad jurídica constituye un principio del orden jurídico estatal y, adquiere la categoría de derecho fundamental. Este principio es visto como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta judicial.

Este principio nos informa que se debe garantizar al ciudadano, en la medida de lo posible, no solo los efectos de sus acciones podrán producir, sino también como los terceros podrán reaccionar frente a ellas. De otra perspectiva, la seguridad jurídica refleja la necesidad de que el orden jurídico sea estable. Y esta estabilidad *debe tener una concreción* tanto en la *legislación* como en la *producción judicial*⁶⁴

Humberto Ávila⁶⁵ identifica tres dimensiones de la seguridad jurídica. En primer lugar tenemos la *cognoscibilidad*, concebida como el acceso material e intelectual al derecho, que se dirige al ordenamiento jurídico en general. Habrá *cognoscibilidad* del Derecho si el ciudadano tiene condiciones satisfactorias de identificar la disposición legal aplicable y comprender su sentido, de modo que pueda actuar y orientarse con base en ella. La cognoscibilidad marca la dimensión presente de la seguridad jurídica e indica las cualidades que el Derecho debe tener para poder considerarlo seguro y, con ello, servir de instrumento efectivo de orientación para el ciudadano.

Por su parte, la *confiabilidad* está referida a las resoluciones judiciales y la expectativa razonable de estabilidad de las decisiones estatales y esta estabilidad debe tener una concreción tanto en la legislación como en la producción judicial. De este modo, existirá confiabilidad si el ciudadano que actuó de conformidad con el Derecho *ayer*, no se vea

⁶² Marinoni encuentra la justificación de un sistema de precedentes también en la unidad y desarrollo del derecho, claridad y generalidad, fortalecimiento institucional, limitación del poder del Estado, racionalidad económica, respeto al derecho y responsabilidad personal. Para más detalle véase (2017, págs. 89-100).

⁶³ (CAVANI, 2018, pág. 203).

⁶⁴ (MARINONI L. G., 2017, págs. 136-138).

⁶⁵ (ÁVILA, 2012, pág. 250).

sorprendido *hoy* con un cambio injustificado y restrictivo de las consecuencias anteriormente aplicadas o aplicables.

Finalmente, la *calculabilidad* está referida a la posibilidad de anticipar razonablemente el contenido y las consecuencias de los actos estatales. En ese sentido, si el ciudadano consigue de forma aproximada medir las consecuencias jurídicas que en el futuro se aplicarán a los actos realizados en el presente, entonces habrá calculabilidad. Del mismo modo, se respetará el contenido de dicha dimensión si el cambio del Derecho no es *brusco* ni *drástico*, esto es, que no se produzca de un momento para otro (sin previo aviso), o que suponga una modificación intensa y restrictiva de las consecuencias hasta entonces vigentes.⁶⁶

Nótese que muchas figuras clásicas del derecho procesal, tales como cosa juzgada, y preclusión son manifestaciones de este principio⁶⁷. Asimismo, es perfectamente posible vincular *seguridad jurídica* y *precedentes*, máxime si la *confiabilidad* informa que los ciudadanos tenemos derecho a una expectativa razonable de que las resoluciones judiciales se mantengan estables y que no sean alteradas, *salvo por razones excepcionales*.

En efecto, una de las concreciones de seguridad jurídica son las *técnicas de uniformización de la interpretación del derecho*, las cuales tienen por finalidad brindar estabilidad en la toma de decisiones judiciales. Dentro de estas podemos ubicar el *sistema de precedentes*⁶⁸.

3.2. Igualdad ante las resoluciones judiciales

No está de más recordar que, del mismo modo, la igualdad es un principio característico en un Estado de Derecho. En nuestro país se encuentra recogido en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental. Este principio constitucional genera la presunción de que todos los individuos comprendidos en una misma clase o categoría deben ser tratados de manera igualitaria, a no ser por razones especialmente relevantes (objetivas y razonables) que justifiquen un trato diferenciado⁶⁹.

La igualdad en tanto norma-principio, somete a todos los poderes del Estado a su aplicación. Es decir, tanto el Legislativo, Ejecutivo y el Judicial sufren la misma incidencia

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ (CAVANI, 2018, pág. 202).

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ (COBREROS MENDAZONA, 2007, pág. 72).

de este principio. Ergo, se encuentran obligados a garantizar la realización y eficacia plena del mismo.

La doctrina especializada⁷⁰ ha desarrollado una importante distinción entre igualdad en el contenido de la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Así, la igualdad se nos presenta en dos prismas. Por un lado, impone una tutela de tratamiento igualitario y una reducción de desigualdades, por consiguiente, dicho principio funciona como una proscripción al órgano jurisdiccional de realizar distinciones entre situaciones iguales en la aplicación de la ley. Por otro lado, se presenta como interdicción al legislador de expedir leyes que propicien un tratamiento desigual en situaciones iguales o imponer un tratamiento igualitario frente a situaciones desiguales⁷¹. Es decir, si se constata que los términos de comparación de un grupo indeterminado de personas coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes, todas estas personas merecen, en principio, recibir un mismo tratamiento tanto en el contenido de la ley, como en la aplicación de la misma.

De este modo cuando nuestra constitución prevé que somos iguales ante la ley, *sin distinciones de cualquier naturaleza*, está indicando que no basta una igualdad en la aplicación de la ley —mandamiento dirigido principalmente al juez—, sino que es necesario también una vinculación al legislador y a la administración pública en la prohibición de realizar un tratamiento discriminatorio (tratamiento diferenciado carente de justificación, basado, por ejemplo, en motivos de raza, sexo, condición social, o de cualquier otra índole), así como en la promoción de actos dirigidos a la eliminación de las desigualdades⁷².

Ahora bien, lo que nos interesa estudiar a efectos del presente trabajo es el deber de igualdad ante la aplicación de la ley, esto es, ante las resoluciones judiciales. Dicha exigencia se presenta, principalmente, de tres modos:

3.2.1. El deber de aplicación uniforme de la ley

Las normas generales y abstractas deben ser aplicadas de manera uniforme e impersonal, suministrando un parámetro fijo de comportamiento para los destinatarios de anticipar

⁷⁰ Para GASCÓN ABELLÁN (1994, pág. 218) la “(...) igualdad en la aplicación de la ley, (...) se traduce en la necesidad de que un mismo órgano jurisdiccional no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, de tal manera que cuando un órgano entienda que debe apartarse de sus resoluciones precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”.

⁷¹ (ABREU, 2015, pág. 39).

⁷² (ABREU, 2015, pág. 38).

las consecuencias de sus acciones y el comportamiento de los demás ciudadanos. Es por ello que toda norma jurídica debe ser aplicada a todo caso que se amolde a su supuesto de hecho y, en ningún caso, que no se encuentre dentro del marco de incidencia de dicha ley.

Sin embargo, la aplicación de la ley no significa simplemente subordinar a todos los ciudadanos a la legislación. No hay garantía de que estos mismos ciudadanos, sometidos al imperio de la ley, sean discriminados por el propio texto legal.

En efecto, para abordar la exigencia de un trato igualitario ante la ley debemos partir de la necesidad de comprender que las personas somos diferentes y desiguales. Somos únicos en la medida que tenemos diferentes capacidades, aptitudes, etc. que nos diferencian del resto de personas. Precisamente por ello, se debe garantizar una tutela diferenciada y especial a cada caso concreto⁷³.

En consecuencia, una determinada ley no debe ser, necesariamente, aplicable indistinta y uniformemente a todos sus destinatarios, dado que puede haber diferencias de categorías específicas dentro de una sociedad. Es por ello que si se constata que coincide la totalidad de las propiedades relevantes⁷⁴ en un determinado grupo de personas se debe garantizar la aplicación de consecuencias iguales a situaciones fácticamente iguales y consecuencias distintas para circunstancias fácticamente disímiles. Como sostiene Rafael Abreu⁷⁵, el objetivo es tener en consideración la máxima de que un igual debe ser tratado igualmente, mientras que un desigual debe ser tratado desigualmente, en la medida exacta de su diferencia.

Esta obligación nace justamente del necesario entendimiento del respeto de las individualidades que identifica a cada ser humano. Bajo todas estas consideraciones, un trato diferenciado pasa a ser entendido como una “contrarregla” o una regla negativa que funciona como un medio para reducir las desigualdades. Tratar desigualmente a los desiguales significa atenuar la propia desigualdad y, por tanto, “igualizar”. En ese sentido,

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Para DÍAZ GARCÍA (2012, pág. 33), la igualdad en aplicación de la ley se dirige a los órganos que ejercen jurisdicción y particularmente a los tribunales de justicia, y exige que se trate de la misma manera a aquellos casos que coinciden en todas sus propiedades relevantes.

⁷⁵ (ABREU, 2015, pág. 39).

igualdad no significa uniformidad de tratamiento, por el contrario, supone un tratamiento proporcional y compensado de seres diversos y desiguales⁷⁶.

En palabras de Rafael Abreu, el deber en la aplicación del derecho se nos presenta como la obligación del juez de promover, mediante una aplicación “isonómica” la ley, garantizando su eficacia. El deber de *consistencia* para un tratamiento justo relacionado a la exigencia de un tratamiento igualitario, no basta efectivizar la noción primitiva de equidad (B debe ser tratado al igual que A por ser iguales), siendo que también es necesario considerar similitudes y diferencias relevantes al momento de dicha estandarización⁷⁷.

3.2.2. Observancia de las interpretaciones ofrecidas por los órganos jurisdiccionales legitimados

Hasta ahora resulta claro que para asegurar la uniformidad en la aplicación de la ley bastaría una aplicación de la norma a aquellos casos que coinciden en todas sus propiedades relevantes. Sin embargo, esta actividad es mucho más compleja de lo que parece. En la aplicación de un dispositivo legal subyace una *actividad interpretativa* por parte del juez, dado que el texto legal no tiene un significado unívoco o verdadero que permita al juez externalizar el sentido preexistente de la ley⁷⁸.

Es por ello que la noción de igualdad aquí propuesta, impone la búsqueda de la seguridad jurídica también en el plano de la interpretación. No basta la mera prevalencia de la ley. *Garantizar un tratamiento igual para los casos iguales también impone una aceptación de que un órgano jurisdiccional legitimado tiene que dar una última palabra respecto a la interpretación de las disposiciones legislativas* y, esta última palabra, debe ser respetada por los demás polos decisorios jerárquicamente inferiores⁷⁹. Esto con la finalidad de no incurrir en un problema de pluralidad de interpretaciones que impongan un tratamiento diferenciado (sin justificaciones objetivas y razonables) a casos cuyo material fáctico sea sustancialmente análogo y, de esta manera, garantizar a los justiciables la uniformidad en el tratamiento del derecho.

De esta forma se crea la expectativa legítima de que, si se da un caso similar, se deberá adoptarse una solución idéntica. Esta exigencia de la uniformidad en la aplicación puede traducirse, a su vez, en i) el deber de aplicación del derecho uniforme generando el deber

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ (ABREU, 2015, pág. 40)

⁷⁹ *Ibidem*.

de mantener la misma decisión en casos iguales y ii) el derecho del ciudadano que, conociendo las consecuencias normativas atribuidas a los hechos análogos pueda anticipar la imposición de una misma consecuencia para casos similares.

3.2.3. *El deber de igualdad en el tiempo*

En virtud del deber de igualdad en el tiempo se impone que las interpretaciones vinculantes dadas por un órgano jurisdiccional legitimado sean estables y no efímeras. De esta forma, el ciudadano sabe que si no hay modificaciones sustanciales en las situaciones que sirvieron de base a la decisión judicial, el acto y la decisión deberán mantenerse. De modo tal, que si inicialmente, mediante una resolución judicial, se aplicó una determinada línea interpretativa para la solución de un determinado caso, este criterio no puede ser cambiado súbitamente. La igualdad, así vista, se erige como un instrumento de seguridad jurídica por la uniformidad e imparcialidad que de ella deriva⁸⁰.

La exigencia de *consistencia* de las decisiones judiciales en el tiempo y en espacio exige que el juzgador esté vinculado a sus decisiones pasadas. Con ello se trata de garantizar que casos iguales sean tratados de forma similar, permitiendo así una uniformidad de tratamiento ante las decisiones judiciales. Nótese que la igualdad no impide el desarrollo o el perfeccionamiento del derecho, pero impone una necesidad de cierta “autovinculación” del órgano decisor a las decisiones pasadas. Solamente un sistema jurídico dotado de consistencia, permite que esa uniformidad sea respetada.

Es por ello que McCormick, sostiene que “(...) la uniformidad del derecho es un componente esencial para el tratamiento igualitario de casos sustancialmente similares, esto es, de casos que se califican como similares a partir de una determinada y estable interpretación del derecho”⁸¹.

Por lo anteriormente mencionado, con base en este principio todos los órganos jurisdiccionales en el sistema peruano —por lo menos formalmente— están sometidos a la incidencia del principio de igualdad en el tratamiento de las partes al interior del proceso

⁸⁰ (ÁVILA, 2012, pág. 192).

⁸¹ En el original: “This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law” (MACCORMICK & SUMMERS, 1997, págs. 481-482).

y lo están también al momento de decidir. Entonces lo que se debería producir en nuestro sistema de justicia es que, pesar de que las sentencias sean soluciones para casos concretos y, por tanto, se redacten en términos particulares, las *rationes decidendi* que de ellas se extraigan puedan ser aplicadas en casos futuros, *siempre y cuando los hechos de ambos casos sean sustancialmente similares*. Por tanto, si a través de la argumentación jurídica esta interpretación es trasladable a otros casos similares, entonces es susceptible de ser objeto de igualdad, y, de ahí, es exigible una misma aplicación de la decisión para los casos iguales que posteriormente se presenten, salvo que exista una razón determinante y razonable que justifique un tratamiento diferenciado.

Como sostiene Ávila, corresponde al poder judicial aplicar de forma uniforme sus precedentes extendiéndose a los casos futuros un mismo tratamiento dado a los pasados, cuando entre estos existen al menos supuestos de hecho similares. Esto significa que, habiéndose adoptado una línea decisoria, esta debe respetarse, pero solo cuando se constate que existan situaciones justificativas suficientes para ello⁸².

Vistas así las cosas, un correcto trabajo con precedentes garantizaría el derecho a la igualdad, planteándose un absoluto respeto por las decisiones anteriores, y es solo a través “de un juicio de razonabilidad que se puede verificar, en cada caso concreto, la justificabilidad de las diferenciaciones de tratamiento (*distinguishing*)⁸³ propuestas por medio de reglas excepcionales a los precedentes judiciales”⁸⁴. Todo ello supone un redimensionamiento del papel de los precedentes judiciales.

4. PLENOS CASATORIOS Y PRECEDENTES *MADE IN PERU*

Una vez expuesto el concepto y la justificación de dicha institución jurídica, cabe ahora preguntarnos: ¿Nuestro ordenamiento jurídico peruano cuenta con un sistema de precedentes dotados de autoridad? Responder a esta pregunta supone reflexionar si nuestra Corte Suprema, al expedir sus decisiones, en el marco de los plenos casatorios, propicia que nuestra judicatura realice un correcto trabajo con hechos en aras de extraer

⁸² (ÁVILA, 2012, págs. 626-627).

⁸³ En un caso bajo juzgamiento, cuyos hechos no se encuentran bajo la hipótesis de incidencia de la *ratio decidendi*, cuando se habla de distinción o diferenciación de los casos (*distinguishing*) que, a partir de criterios argumentativos se consolida como una técnica jurídica —muy sofisticada— que permite justificar la inaplicación de un determinado precedente. Es por ello que en el *Common Law* se habla del *distinguishing* para señalar que un fallo anterior es inaplicable al caso que se examina (bajo juzgamiento). Para más detalle véase, (BUSTAMANTE, 2016, pág. 477).

⁸⁴ (BUSTAMANTE, 2016, pág. 153).

la *ratio decidendi* de la sentencia plenaria. Para tal propósito es menester remitirnos a lo contemplado en nuestra legislación y a la praxis de las salas civiles de la Corte Suprema. Veamos:

Dos son las disposiciones normativas en las que podemos encontrar el término “precedente” incluido como parte de la dicción literal del texto: nos referimos tanto al artículo 400 del CPC y al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

A efectos del presente trabajo principalmente analizaremos el artículo 400 del CPC al ser una norma de carácter especial y, en virtud de la cual, los jueces supremos civiles han encontrado legitimada su facultad para expedir “precedentes vinculantes”. Analicemos en primer lugar los párrafos 1 y 2:

“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*” (énfasis agregado).

El supuesto que plantea dicha disposición normativa se desarrolla en el contexto de un recurso de casación que, por la complejidad o trascendencia de la cuestión jurídica que se discute (u otra razón subyacente), no ha sido resuelto todavía. Es decir, en virtud de esta norma se faculta para que un concreto recurso de casación en trámite pueda ser discutido y resuelto por la Sala Plenaria (órgano compuesto por la totalidad de los vocales supremos civiles) si es que así lo solicita una de las Salas Supremas Civiles.

Esta Sala Plenaria está compuesta por diez jueces supremos especializados en materia civil porque, a la fecha, tenemos dos salas civiles: *una transitoria* y *otra permanente* integrada por 5 jueces supremos respectivamente⁸⁵. Pues bien, la convocatoria a pleno se hace con la mayoría de los miembros de cualquiera de estas salas. Lo que en realidad ocurre es que una de las Salas Supremas pide a la otra que un recurso de casación en trámite sea discutido por el pleno de los magistrados supremos civiles, *en caso en que una de estas venga interpretando*

⁸⁵ Artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

*o aplicando una disposición normativa en sentido disconforme o discordante a la Sala Suprema que solicitó*⁸⁶.

Como podemos apreciar, la convocatoria a pleno casatorio responde a una elección discrecional de los jueces supremos. En la mayoría de los casos lo que se ha invocado como justificación a dicha convocatoria ha sido, por un lado, unificar los criterios resolutivos respecto a una cuestión jurídica compleja y, por otro, mitigar las concurrentes contradicciones en las que incurrían las salas supremas al momento de aplicar una determinada disposición normativa. No obstante, es necesario advertir que esta convocatoria no necesariamente se ha realizado atendiendo a los motivos anteriormente señalados: en ciertos casos se han llevado a cabo con el propósito de discutir cuestiones sumamente intrascendentes y estériles⁸⁷.

Nótese que al momento en que la Sala Suprema Civil realiza una convocatoria se inicia un nuevo procedimiento que da origen a un nuevo órgano “competente”⁸⁸, que es precisamente *la Sala Plenaria*, para efectos de pronunciar el juicio de mérito del recurso. Como menciona Cavani, “en dicho caso, se fijará una nueva vista de la causa donde los abogados podrán informar (art. 400 § 3) y, además, posteriormente, una audiencia especial con diversos *amici curiae*. Estos *amici* son especialistas en la materia discutida en el caso, que son invitados por el pleno para que puedan ofrecer su opinión jurídica e, inclusive, los jueces supremos pueden formular preguntas”⁸⁹.

Por consiguiente, “pleno casatorio civil” es una simple *reunión de los jueces* que conforman las salas supremas, para pronunciar el juicio de mérito (fondo) de un recurso de casación, que anteriormente era de competencia de una de las salas supremas civiles (es por esta razón que se afirma que esta reunión de jueces surge a partir de un procedimiento derivado⁹⁰).

⁸⁶ (ARIANO DEHO, 2015, pág. 290)

⁸⁷ Como ejemplo de ello tenemos la sentencia del II Pleno Casatorio Civil. Ver punto 4.1.2.

⁸⁸ Lo cual resulta altamente cuestionable toda vez que la “sala plena” de la Corte Suprema, según la LOPJ, *no* es un *órgano jurisdiccional de la República*, sino un órgano administrativo (esto es, de gestión). La labor jurisdiccional, *solamente* le es atribuida a sus “Salas Especializadas” (art. 30 LOPJ), mientras que la “sala plena” tendría funciones meramente administrativas (art. 80 LOPJ). Es por esta razón que Eugeni Ariano cuestiona la competencia de este pleno para expedir una decisión que le corresponde a una de las salas (permanente o transitoria). (ARIANO DEHO, 2015, pág. 290)

⁸⁹ (CAVANI, 2018, pág. 176).

⁹⁰ (CAVANI, 2018, pág. 178).

Hasta el momento, la Sala Plenaria ha expedido ocho sentencias y realizado diez audiencias⁹¹ con *amicus curiae*. Resulta importante resaltar que la intervención de estos *amigos de la curia* “es una práctica que ha sido incorporada por las salas civiles de la Corte Suprema por propia iniciativa”⁹².

Ahora bien, adicionalmente a lo expuesto, resulta también importante preguntarnos cuál es el propósito de regular en nuestro sistema una figura así llamada “pleno casatorio” si, a fin de cuentas, existe un recurso de casación para asegurar la correcta aplicación del derecho al caso concreto y uniformizar la jurisprudencia dispersa.

La respuesta a este planteamiento salta a la vista si es que nos remitimos a nuestra práctica jurídica: en el Perú existen números casos documentados de frecuentes contradicciones en las que incurre nuestra judicatura —incluso a nivel de Corte Suprema—, en donde se pueden verificar orientaciones interpretativas distintas y variables respecto a una misma cuestión de derecho. Estas pueden ser manifestadas en dos vertientes: i) *contradicción temporal* que se produce cuando una misma Sala Suprema cambia de criterio, sin justificación sobre un mismo caso; y, (ii) *contradicción entre Salas*, generada por ejemplo cuando la Sala Permanente y la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia resuelven de forma distinta⁹³.

Como se puede advertir ello genera que, en dos casos (n1 y n2), cuyas propiedades fácticas sean similares y se discuta la misma cuestión jurídica, puedan recibir distinto tratamiento dependiendo de la sala suprema civil que se avoque al conocimiento del recurso de casación. Así, la *sala permanente* podría adoptar en n1, un criterio beneficioso para el demandante, mientras que la *sala transitoria* podría emplear un criterio interpretativo perjudicial para el recurrente del caso n2. Esto, como resulta evidente, se traduce en una grosera afectación del derecho a la igualdad de los justiciables⁹⁴.

⁹¹ La Corte Suprema convocó a X Pleno Casatorio de las Salas Civiles realizado el jueves 13 de setiembre de 2018, en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia, para resolver un proceso de reivindicación (Casación 1242-2017). Entre los temas materia de casación se dilucidó la infracción normativa del artículo 194 del Código Procesal Civil (prueba de oficio). Para más detalle véase: http://www.gacetajuridica.com.pe/detalle_noti.php?in=OT0003976.

⁹² (CAVANI, 2018, pág. 175).

⁹³ (REGGIARDO SAAVEDRA & LIENDO TAGLE, Fernando, 2012, pág. 231).

⁹⁴ A manera de ejemplificar esta praxis descrita, mostraremos a continuación algunos de los casos documentados en donde las Salas Civiles de la Corte Suprema incurren en contradicción temporal, así como en contradicción entre salas. Veamos.

En la Casación 417-2009-Ica de fecha 22 de setiembre de 2009, se discutió *respecto a la figura del precario*. En un primer momento se dispuso que la condición de precario se configura cuando se ejerce posesión con

Pero no solamente ello, resulta importante advertir que un ordenamiento jurídico desprovisto de algún tipo de regla de *stare decisis* funciona deficientemente, desde dos puntos de vista⁹⁵. En primer lugar, ve aumentado su nivel de incertidumbre. Y, si el nivel

carencia de título (ausencia de negocio jurídico que justifique la posesión). La sala civil transitoria sostuvo que “título” es el que emana de un negocio jurídico en virtud del cual se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta.

Sin embargo, posteriormente, en la Casación 3191-2010-Cusco, del 07 de junio de 2011, se desmiente este criterio señalando que un acta de conciliación —otorgada en un proceso de violencia familiar— es título suficiente para no ser considerado ocupante precario. La Corte sostuvo que la posesión no es precaria cuando la ejerce la ex - conviviente del propietario, con quien tiene hijos, *a pesar de no contar con título jurídico alguno*.

En este último caso el bien inmueble materia de *litis* fue adquirido por el demandante mediante contrato de compraventa con fecha anterior a la relación convivencial iniciada con la demandada. Sin embargo, el demandante suscribió un acta de conciliación en el proceso de violencia familiar seguido en su contra por su ex conviviente en virtud del cual la autorizó el ingreso al hogar conyugal o de hecho, a razón de haberse reanudado su relación de cohabitación con la demandada. La Sala Civil Permanente señaló que el acta de conciliación constituye título suficiente para no considerarla como ocupante precaria. Ello, como se puede apreciar, contradice el criterio de la Casación 417-2009-Ica en la cual se interpretó que “título” hace referencia a un negocio jurídico (compraventa, arrendamiento, etc.) mediante el cual se justifique la posesión.

Otro ejemplo de contradicción en entre las Salas Supremas Civiles se presenta en las Casaciones 5329-2006 y 2360-2006. En la primera de ellas la Sala Civil Permanente sostuvo que “las demandas de tercería de propiedad contra actos de constitución de hipotecas no contienen un imposible jurídico y deben ser admitidas a trámite. Sin embargo, en fecha coetánea, la Sala Civil Transitoria (...) en la Casación 2360-2006 señal[ó] que al pretender la actora la invalidez del contrato de hipoteca, no resulta viable que sea apreciado como una pretensión de tercería excluyente de propiedad, por tanto, el petitorio resulta jurídicamente imposible” (El añadido es nuestro) (REGGIARDO SAAVEDRA & LIENDO TAGLE, Fernando, 2012, pág. 231).

Pero los casos en donde se ha registrado con mayor incidencia estas recurrentes contradicciones han sido, sin duda, en los *procesos de tercerías de propiedad*. En estos casos los justiciables detentaban —de manera concurrente— derechos de naturaleza distinta (piénsese derechos personales [de crédito] y derechos reales [como la propiedad]) sobre el mismo bien, en tal sentido, se presentaba el constante dilema si debe o no primar o imponerse la propiedad no inscrita en los Registros Públicos frente al embargo que sí ha sido inscrito.

En las Casaciones 2683-2001, 2285-2001-Lima, 333-2003-Lambayeque, por ejemplo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema sostuvo que una escritura pública de compraventa que sustenta la tercería de propiedad no inscrita en los Registros Públicos *no puede* oponerse al embargante que ha hecho registrar el embargo sobre el mismo bien inmueble. En estos casos se privilegió la seguridad jurídica brindada por el registro y, por consiguiente, se dio prevalencia a la medida cautelar inscrita para no defraudar principios registrales. No obstante, las Casaciones 1892-96, 1253-2002-Ica y 3194-2002-Arequipa, contrarían dicho criterio y establecen que el derecho de propiedad acreditado con documentos de fecha cierta debe privilegiarse, es decir, “debe imponerse el derecho real no inscrito puesto que, a diferencia del crédito, implica una relación directa o inmediata del titular del derecho con el bien”. Soluciones diametralmente distintas. (análisis obtenido del VII PLENO CASATORIO expedida por la Corte Suprema de La República). De esta recopilación de sentencias casatorias véase también en (REGGIARDO SAAVEDRA & LIENDO TAGLE, Fernando, 2012, pág. 231).

Como se puede advertir en todos estos casos, la dispersión de criterios y el tratamiento desigual a los justiciables en el que incurre la Corte Suprema, resulta contradictorio con la vocación del recurso de casación que es proteger y establecer el “verdadero” sentido del derecho objetivo, la llamada función nomofiláctica.⁹⁵ (REGGIARDO SAAVEDRA & LIENDO TAGLE, Fernando, 2012, pág. 231)

de incertidumbre fuese demasiado alto que frustrase las expectativas razonables de estabilidad de las decisiones estatales, se estaría atentando contra el principio de seguridad jurídica (en su dimensión de *confiabilidad*).

En segundo lugar, ve aumentado ostensiblemente los costos de la decisión y la justificación jurisdiccional toda vez que es ineficiente volver a discutir una cuestión cada vez que se presenta en la práctica si aquella ha sido decidida previamente⁹⁶. Como señala Orozco Muñoz, “cuando los jueces tienen la obligación de decidir los casos similares del mismo modo a como se ha hecho en el pasado, se dota al razonamiento judicial de un criterio de autoridad suplementario, lo que —al menos *prima facie*— tiende a aumentar la determinación normativa en tal ordenamiento, y a reducir los costos de decisión (y de justificación)”⁹⁷.

Por todas estas consideraciones resulta imprescindible que un ordenamiento jurídico cuente con una técnica de uniformización jurisprudencial que coadyuve tanto en reducir la incertidumbre en cuanto a la estabilidad de las decisiones judiciales, así como para garantizar el derecho a la igualdad de los justiciables.

No obstante, a pesar de que los plenos casatorios persigan dicha finalidad podemos apreciar que, remitiéndonos a nuestra práctica jurídica, se han registrado numerosos casos en los cuales nuestra judicatura (incluyendo la propia Corte Suprema) no ha respetado los criterios adoptados en las sentencias plenarias. Fort Ninamancco⁹⁸ identifica que esta

⁹⁶ (RAZ, 1985, pág. 146).

⁹⁷ Orozco Muñoz, 2011 citado por (Legarre & Rivera, 2006, pág. 140).

⁹⁸ (NINAMANCCO, 2018, pág. 63) identifica un caso de apartamiento “consiente” de la sentencia del III Pleno Casatorio parte de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema mediante la Casación 4841-2015-Puno la cual contrarió el criterio establecido en la referida sentencia plenaria. Veamos.

Agapito Quispe, quien alegó ser víctima de agresiones (físicas como verbales) por parte de sus 2 sobrinas, presenta una demanda de violencia familiar contra ellas en Juliaca. En primera instancia se declara fundada la demanda pues, a criterio del primer juzgado, las lesiones han quedado acreditadas de forma fehaciente. Asimismo, el juez consideró que las declaraciones de Quispe fueron “coherentes, persistentes y uniformes”. Sin embargo, la Sala Civil de San Román, en sede de apelación, revoca la decisión de primera instancia principalmente porque luego de una evaluación de las pruebas aportadas por el demandante, concluyó que las mismas no generan convicción sobre los hechos alegados.

De este modo, la única prueba del demandante termina siendo su propia declaración, la cual es evaluada por la Sala tomando en cuenta los criterios expuestos en el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema. En esta evaluación se concluye que la declaración de Quispe es insuficiente para generar convicción, principalmente porque su relación con las demandadas era conflictiva (pues tenía

varios procesos judiciales interpuestos por la madre de aquellas), lo que hace, según dicha sala, que su declaración pierda credibilidad.

En tal sentido, la Sala Superior señaló que si bien el III Pleno Casatorio Civil flexibiliza los principios procesales en favor de una mejor tutela para los sujetos débiles en los procesos de familia, ello no puede importar una vulneración del debido proceso en perjuicio de una de las partes. En consecuencia, sostuvo que la citada sentencia plenaria *no puede servir de base para amparar demandadas de violencia familiar que contengan un sustento probatorio débil*. Así, se consideró que la flexibilización de los principios procesales a los que se refiere el III Pleno Casatorio no puede traducirse en una trasgresión de la carga de la prueba prevista en el artículo 196 del Código Procesal Civil.

Nótese que la sala superior utiliza el Acuerdo Plenario para evaluar la fuerza probatoria de la declaración de parte, a efectos de dar cumplimiento a la regla de la carga de la prueba. Es decir, se utiliza el Acuerdo Plenario para analizar la prueba, mas no para inaplicar el III Pleno Casatorio.

En sede de casación, el recurrente alega que la Sala Superior se apartó inmotivadamente de lo dispuesto en el III Pleno Casatorio Civil, pues no aplicó en su favor la flexibilización procesal consagrada en la misma, prefiriendo la aplicación de un Acuerdo Plenario Penal, que no correspondía a este proceso que es de familia (un proceso civil) y no penal.

Es así como la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en lugar de rechazar el recurso por malinterpretar groseramente la sentencia de vista, interpreta la sentencia en el mismo sentido que el recurrente. En efecto, en el considerando sexto de la casación 4841-2015-Puno se señaló lo siguiente sobre la sentencia de la Sala puneña: “(...) cabe precisar que si bien es cierto existe un apartamiento por parte del Colegiado Superior respecto a lo determinado en dicho Pleno, en cuanto a que en los procesos de familia el juez puede flexibilizar algunos principios y normas procesales, no es menos cierto que ha motivado su decisión (apartamiento) (...). En conclusión, no es válido sostener que existe un apartamiento inmotivado del precedente judicial, sino todo lo contrario, pues el *ad quem* ha motivado dicho apartamiento(...)”. Un primer problema que encontramos en este razonamiento es que para la Sala Suprema podría haber un apartamiento tácito (una respectiva motivación tácita). Nótese que la sala superior en ningún momento hace referencia que está apartándose o inaplicado el III Pleno.

Ello como se puede advertir genera que el apartamiento y su motivación sea un asunto que no debe demandar mayor análisis. (Análisis adaptado a partir de NINAMANCCO, 2018, pág. 63)

Asimismo, (PASCO ARAUCO, 2015) identifica un caso de apartamiento “inconsistente” de la sentencia del IV Pleno Casatorio parte de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema mediante la Casación 3332-2013 La Libertad, en la cual se ignoró totalmente lo dispuesto en la referida sentencia plenaria, sin ofrecer razones que justifiquen dicho apartamiento. Veamos.

Como se sabe, el juez solo ordena el desalojo cuando existe ausencia de circunstancias justificantes para que un poseedor detente la posesión de un bien inmueble; la duda razonable sobre si estas circunstancias existen o no favorecen al demandado. Por lo tanto, este último puede generar dicha duda razonable probando haber adquirido el bien por prescripción, aun cuando no haya sentencia que así lo declare.

Pues bien, de acuerdo con la sentencia del IV Pleno Casatorio, la *usucapión* produce efectos, aún sin que exista sentencia judicial que declare al propietario como tal, y justamente por ello, puede ser invocada como defensa en un proceso de desalojo. Por consiguiente, la prescripción adquisitiva, aun sin sentencia que la declare, tiene relevancia jurídica y constituye un título que legitima al demandado para estar en posesión del bien y, por ende, le permite impedir el desalojo.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la Casación 3332-2013-La Libertad, el usucapiente, antes de que exista sentencia que declare la prescripción, *sólo es titular de una expectativa más no de un derecho*, entonces esta expectativa de ninguna manera podría paralizar o hacer frente a una demanda de desalojo.

Ergo, de acuerdo con dicha ejecutoria suprema, “la prescripción sin sentencia no puede ser invocada como defensa frente a una reivindicación”; lo cual a todas luces contraría el criterio adoptado en sentencia del IV Pleno Casatorio.

inobservancia se funda ya sea en el desconocimiento de lo dispuesto en la sentencia plenaria (apartamiento “inconsciente”), o por haber una discrepancia con los criterios adoptados, para lo cual se deja constancia expresa de ello (apartamiento “consciente”).

Una vez expuesto en qué consiste y la finalidad que persiguen los llamados plenos casatorios resulta de vital importancia reflexionar si la praxis de las salas civiles de la Corte Suprema, en el marco de los plenos casatorios, respeta los postulados para un correcto trabajo con precedentes.

4.1. Un análisis de la praxis de las salas civiles de la Corte Suprema con los denominados plenos casatorios

Si conforme a la redacción del artículo 400 del CPC los jueces supremos civiles se encuentran facultados para reunirse en pleno y, con el voto de la mayoría de los asistentes, “emitir una sentencia que constituya o varíe un precedente”, lo cierto es que dicho texto normativo no contempla cómo o de qué manera esta decisión (que resuelve un recurso de casación) pueda constituir precedente.

Es decir, el trabajo que la Corte Suprema viene realizando con los denominados plenos casatorios obedece a una interpretación que los propios jueces supremos civiles realizan de dicha disposición normativa. Precisamente por ello, como objetivo de la presente investigación, resultará imprescindible determinar si esta praxis resulta respetuosa de nuestro marco constitucional o si, por el contrario, deviene en disfuncional y atentatoria contra valores y principios fundamentales que nuestra constitución reconoce.

Para tal efecto analizaremos sucintamente algunas de las sentencias plenarios adoptadas en los plenos casatorios, prestando especial atención en los hechos que motivaron el planteamiento del recurso de casación para luego contrastarlos con los elementos vinculantes de dichas sentencias.

Antes de ello, es importante resaltar que en este trabajo no nos corresponde analizar la corrección de las decisiones que la Corte siguió en aquellos casos. Lo que sí resulta fundamental es dar a conocer la manera en la que los jueces supremos civiles entendieron cómo se debía trabajar con precedentes. Notemos:

4.1.1. I Pleno Casatorio: *El inicio de una praxis de “precedente” disfuncional.*

Los hechos que motivaron a la convocatoria al Primer Pleno Casatorio del año 2007 (Casación 1465-2007-Cajamarca) se originaron en Cajamarca, en donde se produjo un lamentable incidente: el camión de la empresa Ransa Comercial S.A., que transportaba mercurio para la empresa Yanacocha, se volcó en el centro poblado de San Juan (Choropampa - Cajamarca) disipándose los restos de este mineral en zonas aledañas.

Como consecuencia de ello, habitantes del lugar, recolectaron el mineral y se lo llevaron a sus casas ignorando los graves riesgos a la salud que ello implicaba. Ante los primeros indicios de daño que en ellos se registraron, la empresa Yanacocha adoptó la política de pagar una cierta suma de dinero a los comuneros de San Juan por la entrega del mercurio derramado. Es decir, se celebraron transacciones extrajudiciales por sumas dinerarias ínfimas no proporcionales a la magnitud del daño a causado. Es así que esta demanda interpuesta por Giovanna Angélica Quiroz Villaty (una de las afectadas) contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. llegó ante la Corte Suprema de Justicia y, el pleno de los vocales supremos estableció que se

“(…) DECLARA QUE CONSTITUYEN DOCTRINA JURISPRUDENCIAL los siguientes precedentes vinculantes:

1.- La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453° del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción. Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente de acuerdo a ley. (…)”

Como se puede advertir, en la sección final de la sentencia, es decir, dentro de su parte resolutive, puede apreciarse diversos enunciados que el pleno anuncia como “precedentes” de observancia obligatoria. Podemos colegir por lo tanto que, para la Corte Suprema, trabajar con precedentes no presupone una labor interpretativa del juez del caso sucesivo (a partir de los hechos del caso y las razones relevantes para decidir) para extraer

la (s) norma (s) vinculante (s). Por el contrario, a su modo de entender, ella misma podría fijar dentro de su fallo qué reglas son las que vincularán a todos los jueces de la República, sin importar que estos enunciados constituyan o no la *ratio decidendi* del fallo.

Nótese además que, el mecanismo empleado por la Corte Suprema para la externalización de lo que ella denomina “el precedente vinculante” (queriendo hacer referencia a *la ratio decidendi*), es más que similar, en cuanto a su técnica de redacción, a la estructura de una disposición legislativa.

Efectivamente, la composición del enunciado anteriormente citado no deja margen de duda: se trata de una transcripción en formato de regla de aquel extremo que vinculará a todos los jueces de la República. En palabras de Cavani “Se trata de enunciados redactados como si fuesen auténticas disposiciones normativas del Congreso u otra autoridad normativa, porque todos ellos están dotados de una pretensión de generalidad y abstracción”⁹⁹.

A pesar de estas consideraciones, esta forma de trabajo (emisión de disposiciones vinculantes) se mantiene perenne en la praxis de las Salas Civiles de la Corte Suprema. De hecho, con posterioridad a este primer pleno casatorio se emitió la sentencia 2229- 2008- Lambayeque (Segundo Pleno Casatorio), de fecha 23 de octubre de 2008, y así sucesivamente.

4.1.2. II Pleno Casatorio: *Una convocatoria a pleno para resolver una cuestión de “especial trascendencia”*

El Segundo Pleno Casatorio Civil se convocó en virtud de la Casación 2229-2008- Lambayeque. Los demandantes, Rafael Lluncor y su hija, Gladys Lluncor, interpusieron una demanda ante la Primera Sala Civil de Lambayeque con la finalidad que se los declare propietarios vía prescripción adquisitiva. Sin embargo, Hugo Arbulú y Guillermo Cepeda contestaron la demanda señalando que el bien materia de litigio tenía propietario, en tal sentido, manifestaron que los demandantes venían ocupando el inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento, es decir alegaron que Rafael Lluncor y Gladys Lluncor eran poseedores del inmueble a título de arrendatarios, mas no de propietarios.

⁹⁹ (CAVANI, TEORÍA IMPUGNATORIA Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil, 2018, pág. 178).

Al respecto, el Cuarto Juzgado en lo Civil de Lambayeque, declaró infundada la demanda interpuesta por los accionantes, toda vez que el señor Rafael Lluncor reconoció que ocupaba el inmueble a título de arrendatario. Asimismo, dicho juzgado sostuvo que quien ejerce realmente la posesión es Rafael Lluncor mas no la codemandante, puesto que ella posee el bien en calidad de hija, lo que la convierte en una servidora de la posesión y, por lo tanto, no ostenta la condición de poseedora. Adicionalmente dicho juzgado señaló que *no resulta admisible que dos personas, en forma paralela y universal, sean los poseedores de un mismo bien inmueble*. En otras palabras, según el criterio de la sala, *el acto de posesión, para efectos de adquirir la propiedad vía prescripción adquisitiva, debe ser de manera exclusiva y con carácter excluyente*.

Es a propósito de la resolución de segunda instancia (que confirma la resolución apelada) que, Gladys Lluncor, interpone un recurso de Casación, alegando que en la sentencia en cuestión se ha incurrido en errores *injudicando* e *improcedendo*. Es así que, mediante resolución 01-2008-I-Pleno Casatorio-P-CS-PJ del 07 de agosto de 2008 se convocó al II Pleno Casatorio.

Los Vocales Supremos Civiles, consideraron que no es amparable la invocación de la causal de interpretación errónea de los artículos 899 y 950 del Código Civil, puesto que “si bien es cierto, ha existido una errónea interpretación de la norma jurídica, el fallo se ajusta a Derecho al no tener la demandante la calidad de poseedora en concepto de propietaria” asimismo, respecto a la inaplicación del artículo de coposesión, el pleno manifestó que “la aplicación de la norma al presente caso no resulta pertinente”.

Adicionalmente a ello, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

“La correcta interpretación del artículo 950° del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación”.

Como vemos, este pleno se limita a realizar una interpretación del artículo 950 del Código Civil en virtud de la cual es perfectamente posible que un acto de coposesión puede cristalizar una adquisición compartida de la propiedad de un bien inmueble.

No obstante ello, es preciso mencionar que la convocatoria a segundo pleno se realizó con el propósito de discutir un tema estrictamente doctrinario. No es que las salas

supremas civiles venían aplicando criterios contradictorios respecto a la posibilidad que los coposeedores puedan usucapir.

Lo que sucedió fue que, la sala superior de Lambayeque, había basado su argumentación en el criterio expuesto por la Casación 3140-2000 cuyos hechos y la materia de controversia eran sideralmente disímiles al caso que era objeto de pleno casatorio. En efecto, en dicha Casación citada, la parte demandante (cuya pretensión era que se le declare propietaria vía usucapión), poseía el bien materia de *litis* simultáneamente con la parte demandada (contra quien se pretendía oponer la prescripción adquisitiva). Es decir, un coposeedor intentaba ser declarado propietario vía usucapión en perjuicio de su similar, es por ello que en dicho caso se justificaba que el acto de prescripción adquisitiva sea de manera exclusiva y excluyente, hecho radicalmente diferente al que fue materia del II Pleno casatorio, en el cual un padre y su hija poseían el inmueble a título de arrendatarios y querían que se los declare propietarios por usucapión.

Esta es pues la relevancia de trabajar con los hechos. Nótese que las razones relevantes para decidir (las normas adscritas que sirven como premisa para la decisión), no pueden comprenderse de manera desvinculada a los hechos del caso. Incurrir en ello trae como consecuencia que estos enunciados normativos sean trabajados dentro de un marco enteramente conceptual y abstracto.

Por otro lado, es menester mencionar que —independientemente de que no se constataban criterios contradictorios por parte de las salas de la Corte Suprema— la discusión jurídica planteada en el presente caso no tenía una especial relevancia que justifique convocar a pleno casatorio. Esta controversia debió ser abordada por una de las dos salas civiles toda vez que ya había una interpretación fijada por la Corte Suprema en la cual se permitía que *dos coposeedores homogéneos puedan usucapir* y cuyo resultado sería una copropiedad, figura jurídica prevista expresamente en nuestra legislación.

4.1.3. III Pleno Casatorio: *El otorgamiento de nuevas facultades al juez para fijar “de oficio” montos indemnizatorios.*

En el Tercer Pleno Casatorio se discutió sobre la naturaleza de la obligación de indemnizar por parte del cónyuge culpable de la separación (matrimonial). Se presentó el caso de un esposo quien solicitó la disolución matrimonial por causal de separación de hecho. No obstante, su esposa, vía reconvencción, requirió una indemnización señalando que

contribuyó económicamente con el pago de los estudios universitarios de su cónyuge. Asimismo acreditó, mediante certificados médicos, que ella recibía un constante maltrato tanto físico como psicológico e incluso que su esposo mantenía una relación convivencial con otra pareja.

Tomando en cuenta estas circunstancias, tanto en primera como en segunda instancia, los jueces declararon la separación de hecho y otorgaron a la esposa una indemnización ascendente a la suma de S/. 100 000. No obstante ello, la Sala Superior, sostuvo que se había producido una aflicción en los sentimientos y “frustración del proyecto de vida matrimonial”, lo cual constituye, a criterio de dicha Sala, un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual. Es por este motivo que el demandante interpuso recurso de casación.

Así, frente al problema interpretativo que genera el artículo 345-A¹⁰⁰ del Código Civil, la Sala Plenaria determinó un nuevo criterio respecto de la naturaleza de la obligación de indemnizar por parte del cónyuge culpable de la separación de hecho estableciendo como “precedente vinculante” lo siguiente:

“(…)3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal: (...) *De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios.* En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata. (...)El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de

¹⁰⁰ Artículo 345°-A.- Indemnización en caso de perjuicio. Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333° el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes.

sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes. (...)

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar” (Énfasis añadido).

Como se puede apreciar, con la regla 6 de esta sentencia plenaria, se ofrece una solución interpretativa del artículo 345 A con la finalidad de compatibilizar las normas del Código Civil con las del CPC. Ello porque en materia del Derecho de Familia convergen una serie de principios tutelares respecto a la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como al —o la— cónyuge que ha sufrido daños a causa de una separación (denominada[o]) “cónyuge más perjudicada [o]”).

Análisis aparte merece la regla 3.2 del presente pleno. De una simple lectura, esta regla es más que similar a la estructura de un precepto legislativo. Tal parece que, en virtud de dicho enunciado jurisprudencial vinculante, se faculta al juez para poder fijar “de oficio” la indemnización, siempre y cuando se hayan probado hechos concretos que acrediten la condición de cónyuge “más perjudicado” (cónyuge víctima del daño a causa de una separación por culpa del otro). Asimismo, dicha regla insta a que el juez sea una suerte de “abogado del cónyuge más perjudicado” al imponerle que, en atención de los hechos alegados, “interprete” petitorios implícitos.

Muy aparte del quebrantamiento del deber de imparcialidad que ello podría generar¹⁰¹, lo que interesa a efectos de la presente investigación es evidenciar que, mediante esta

¹⁰¹ “(L)a imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad” Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH. caso Barreto Leiva vs Venezuela, fundamento jurídico 98”. De esta manera, situaría al juez en una inaceptable posición de parcialidad cuando hace las veces de “abogado patrocinante” de una de las partes, toda vez que se estaría incurriendo en una confusión de funciones inclinando la balanza de la

sentencia plenaria, se están adhiriendo nuevas reglas y facultades para el juez no contempladas en el artículo 345 A del Código Civil ni en nuestro ordenamiento positivo.

4.1.4. IV Pleno Casatorio: *Los seis supuestos de precario fijados en una controversia de prescripción adquisitiva.*

Este caso se desarrolló en Pucallpa. Dos hermanos demandaron desalojo por ocupación precaria contra Lizbeth Panduro y Eublides Vera. Sin embargo, los demandados plantearon excepción de falta de legitimidad para obrar, señalando que, a la fecha de interposición de la demanda, se constituyeron como propietarios mediante *usucapión* toda vez que han poseído el bien por más de cuarenta años de manera pacífica, pública y continua.

En primera instancia se declaró fundada la demanda, no obstante, fue apelada por ambos demandados alegando que el fallo se sustentó en normativa referida a la conclusión del arrendamiento y lo que correspondía aplicar eran las reglas relativas al desalojo por ocupación precaria. Asimismo, manifestaron que el juez resolvió sin hacer referencia alguna al proceso de *usucapión* que ellos seguían paralelamente ante su mismo Juzgado.

Es a propósito de la resolución de segunda instancia (la cual confirma lo resuelto) que Lizbeth Panduro, interpone un recurso de Casación, alegando vulneración al derecho de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

En tal sentido, este pleno casatorio se convocó con el propósito de resolver un recurso de casación en el cual se invocaba una infracción al debido proceso, es decir, este medio impugnatorio se interpuso con la finalidad que se analice errores de *forma* (por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal o *error in procedendo*), *más no aspectos relativos a una infracción en la aplicación del derecho (es decir, no se cuestionó errores de fondo) al caso concreto.*

Ahora, en la página 15 (específicamente en el fundamento 29) del IV Pleno Casatorio se declara *improcedente* la demanda. Es decir, se desestima la pretensión de la accionante en las primeras hojas de esta voluminosa sentencia. Ello, sin duda, hubiera puesto fin a los fundamentos que sustentan la parte considerativa de cualquier ejecutoria suprema. No

justicia a favor de una de las partes. En tal sentido, el juez no solo debe ser imparcial sino también debe parecerlo.

obstante, los jueces supremos civiles, se valieron de este caso y les pareció oportuno pronunciarse sobre el *mérito* de la controversia. Es aquí donde el objeto en virtud del cual se planteó el recurso de casación se diluye, dado que se empieza a exponer una disquisición teórico-doctrinaria sobre temas abstractos (la figura de la posesión y el poseedor precario) y sin una relación directa a los hechos del caso en cuestión.

Nótese que, en virtud de los hechos expuestos, el verdadero análisis de fondo de la situación jurídica planteada consistía en, como punto principal, responder la siguiente pregunta: ¿La parte demandada en el proceso de desalojo, quien afirma ser propietaria mediante usucapión, necesita de una resolución judicial que la constituya como tal? En otras palabras, la controversia estaba circunscrita en determinar si una sentencia, mediante la cual se declara fundada la demanda de prescripción adquisitiva, tiene efectos constitutivos o declarativos, lo cual constituía el tema central del problema jurídico planteado.

Por consiguiente, si lo que quería el pleno era pronunciarse sobre el *mérito* de la cuestión litigiosa —que insisto, no era objeto del recurso de casación planteado— a efectos de dictar reglas generales, necesariamente habría tenido que hacer un análisis riguroso respecto a la *naturaleza de la prescripción adquisitiva de dominio*, mas no sobre la naturaleza de la figura del poseedor precario, que poco o nada tenía que ver con el caso en cuestión.

Pese a ello, los jueces supremos civiles reunidos en pleno terminan emitiendo 6 supuestos de hecho para la configuración de la ocupación precaria y los declaran con carácter de “doctrina jurisprudencial vinculante”:

(...)

5.1 Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. (...)

5.2. Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. (...)

5.3. Si en el trámite de un proceso de desalojo, la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé en el Código Civil, sólo analizará en la parte considerativa de la sentencia —sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico—, y declarará fundada o

infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.

5.5. Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe—, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda. (...)

5.6. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. (...)

Como se puede apreciar, estas reglas —dictadas en formato de disposición legislativa—, fueron expedidas a propósito de un caso que exigía un análisis distinto. No obstante ello, se emitieron reglas jurisprudenciales totalmente desvinculadas y descontextualizadas de los hechos, las cuales no responden a la discusión jurídica subyacente del caso en cuestión. Nótese que estas reglas son absolutamente inútiles para resolver el fondo de la cuestión litigiosa y, por consiguiente, de ninguna manera se las podría considerar como la *ratio decidendi* del fallo, pero, sin embargo, la Corte Suprema las declara vinculantes para todos los jueces de la República.

4.1.5. V Pleno Casatorio Civil: *La expedición de un “precedente” que transcribe una disposición normativa*

En este Pleno Casatorio se discutió si, mediante *una demanda de nulidad de acto jurídico*, se podía cuestionar los acuerdos consignados en el acta de asamblea de una Asociación Civil, en la cual se había nombrado, de forma fraudulenta y sin la participación de la mayoría de asociados, al Consejo Directivo y demás autoridades.

En primera instancia se declara fundada la demanda toda vez que no se acreditó que las Asambleas Generales, efectivamente, se habían realizado. Asimismo se logró demostrar que se había consignado a una persona fallecida como asistente en la presunta acta de asamblea general.

Sin embargo, esta resolución fue impugnada y, en segunda instancia, se declara nula la sentencia apelada. La sala superior sostuvo que la vía específica para cuestionar los acuerdos de asociaciones no era mediante un proceso de nulidad de acto jurídico, sino por medio de una demanda de impugnación de acuerdos asociativos (es decir, vía un proceso abreviado), en atención a lo dispuesto por el artículo 92 del CC. Asimismo, la sala manifestó que, en base a dicha disposición normativa, el plazo de caducidad para la impugnación del acuerdo es de 30 días contados desde su inscripción en el registro, no obstante, señaló, que la demanda fue presentada con posterioridad a dicho plazo.

Corte Suprema convoca al V Pleno Casatorio y establece como “doctrina jurisprudencial vinculante” lo siguiente:

“La impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma

1. El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación y de la pretensión de impugnación de acuerdos de Asociación Civil, regulado en el artículo 92 del Código Civil de 1984 *es en la vía abreviada* y de competencia de un Juez Civil.

2. *Se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo asociativo, tal como señala el artículo 92 del Código Civil, el Asociado que asistió a la toma del acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los Asociados no concurrentes, los Asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, así como el Asociado expulsado por el acuerdo impugnado.*

(...) 5. *Toda pretensión impugnatoria de acuerdos de Asociación Civil debe realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 92 del Código Civil, esto es: 5.1. Hasta 60 días a partir de la fecha del acuerdo. 5.2. Hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo”.* (Énfasis añadido).

La redacción de los “precedentes” 1, 2 y 5 no deja margen de dudas: La primera regla únicamente se limita a reiterar lo dispuesto por el artículo 92 del CC en lo referido a la vía procedimental para la impugnación de acuerdos asociativos, mientras que, la segunda y

quinta regla, solamente se ocupan de reproducir íntegramente el texto —literal— del mencionado artículo (respecto a los sujetos legitimados para impugnar y los plazos para la caducidad del planteamiento de la impugnación, en cada caso).

Ello es lo que significa trabajar, a criterio de las salas Civiles de la Corte Suprema, con “precedentes vinculantes”.

4.1.6. VI Pleno Casatorio: *Una regulación para la procedencia de la ejecución de garantías que olvidó hacer el legislador.*

El VI Pleno Casatorio se originó a propósito de un proceso de ejecución de garantías planteado por una entidad financiera (Cofide) en contra de los esposos Marciano y Aurora con la finalidad que cumplan con abonarle el monto adeudado (S/. 311 915) más los intereses respectivos.

Dicha pareja de esposos celebró un contrato de préstamo con una entidad financiera suscribiendo, para tal efecto, un pagaré por el monto de S/. 23 253.18. Asimismo, para garantizar dicho pago, deciden constituir una hipoteca de tipo abierta (o sábana)¹⁰² sobre su bien inmueble. Cofide, en su calidad de acreedor de esta operación de crédito solicita a los demandados la cancelación del monto dinerario contenido en el título valor. Sin embargo, los demandados no cumplieron con efectuar dicho pago en el modo y forma pactado toda vez que, a causa de los intereses devengados, su deuda que originalmente era ascendiente a S/. 22 587, había crecido exponencialmente a la cifra de S/. 311 915.

Tanto en primera como en segunda instancia se estimó la pretensión de la entidad demandante. No obstante, frente a la resolución de segunda instancia, Aurora Salas, interpuso recurso de casación. Es así como se convoca al VI pleno casatorio.

Como se puede advertir, el objeto de esta convocatoria fue frenar ciertos abusos (como el anatocismo prohibido) en los que venían incurriendo algunas entidades financieras en el proceso de ejecución de garantías, y *ello debido a la carente regulación del artículo 720 CPC* el

¹⁰² La hipoteca constituida por los demandados era una garantía de tipo “abierta” (sábana), esto es, en donde no hay exclusividad respecto a la cobertura de un solo crédito sino a una multiplicidad. Es por dicha razón que, esta garantía en sí misma no contiene la obligación, sino que su certeza y exigibilidad proviene de “otro documento”, en este caso del pagaré.

cual no contemplaba aspectos básicos sobre los requisitos a presentar para la procedencia de la demanda de ejecución de garantía. Para “remediar” ello, la Corte Suprema fijó los siguientes “precedentes vinculantes”:

“I) PRECEDENTE PRIMERO:

Para la *procedencia* de una ejecución de garantías reales, *en el caso de personas ajenas al Sistema Financiero*, a la demanda de ejecución deberá acompañarse:

i) Documento constitutivo de la garantía real, (...) con las siguientes particularidades:

a. Tratándose de una garantía real constituida expresamente para asegurar una obligación determinada, siempre que aquella esté contenida en el propio documento constitutivo de la garantía, a los efectos de la procedencia de la ejecución, no será exigible ningún otro documento.

b. Tratándose de una garantía real constituida para asegurar una obligación determinable, existente o futura, documento reconocido por ley como título ejecutivo u otro documento idóneo (...).

ii) Estado de cuenta de Saldo Deudor, suscrito por el acreedor, detallando cronológicamente los pagos a cuenta, si hubiere, desde el nacimiento de la obligación hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor; así como el monto de los intereses pactados (...)

II) PRECEDENTE SEGUNDO:

Para la procedencia de la ejecución de garantías a favor de empresas que integran el sistema financiero, a la demanda de ejecución deberá acompañarse:

i) Documento constitutivo de la garantía real, (...), con las siguientes particularidades:

a. Tratándose de una garantía real constituida expresamente para asegurar una obligación determinada siempre que aquella esté contenida en el propio documento constitutivo de la garantía – a los efectos de la procedencia de la ejecución- no será exigible ningún otro documento.

b. Tratándose de una garantía real constituida para asegurar cualquier obligación que tuviera el constituyente de la garantía frente a una empresa del sistema financiero o para asegurar una obligación existente, determinable o futura, se deberá: (...)

- b.2. Tratándose de operaciones materializadas en títulos valores, (...) el respectivo título valor debidamente protestado, salvo que contenga la cláusula “sin protesto” u otra equivalente en el acto de su emisión o aceptación, siempre que cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley de la materia según el tipo de título valor.
- b.3. Tratándose de operaciones distintas de las indicadas en los dos acápites anteriores, documento que contenga la liquidación de saldo deudor (...)” Énfasis añadido.

Como vemos, este pleno fue convocado con la finalidad de *regular* algunas pautas para la presentación del estado de cuenta de saldo deudor y demás documentación que el ejecutante de una garantía real (sea persona natural o jurídica) debería adjuntar.

En tal sentido, nótese que en el “precedente” primero y segundo se establecen requisitos para la *procedencia* de la demanda de ejecución de garantías; es decir, se está estableciendo *limitaciones* al ejercicio del *acceso a la justicia*. Sin embargo, ni el artículo 720 del CPC ni La Ley General del Sistema Financiero regulan tales exigencias, es más, en ambos cuerpos normativos, no se contempla en absoluto lo que se menciona en ambos párrafos transcritos.

Asimismo, es importante notar que, remitiéndonos a los hechos del caso, la controversia giraba en torno a determinar la validez de los documentos presentados por *una entidad del sistema financiero* (Cofide) para la procedencia de la ejecución de su garantía hipotecaria. No obstante, la Corte Suprema se valió de este caso para regular (o mejor, imponer) requisitos para la *procedencia* de una ejecución de garantía en casos de personas *ajenas* al Sistema Financiero. En efecto, el “precedente” primero se avoca a regular incluso cómo debe ser la presentación del estado de cuenta de saldo deudor disponiendo que el mismo deberá presentarse “detallando cronológicamente los pagos a cuenta (...) desde el nacimiento de la obligación hasta la fecha de la liquidación (...) *así como el monto de los intereses pactados* sin contravenir la norma imperativa o intereses legales, si fuere el caso”. (Énfasis añadido) (“Precedente” primero, ii. apartado).

Asimismo, es importante resaltar que, como en la propia sentencia plenaria casatoria se reconoce (fundamento 30 de la misma), el estado de cuenta de saldo deudor, “es un documento no sujeto a formalidad preestablecida”. Esto significa, que su contenido, requisitos y demás *deben ser establecidos por ley*. Por consiguiente, no resulta admisible que

por vía “interpretación” la Corte Suprema imponga a los ejecutantes mayores requisitos que los contemplados en el artículo 720 del CPC. Ello, como resulta evidente, implica arrogarse una competencia que, por antonomasia, le es propia al legislador.

4.1.7. IX Pleno Casatorio: *Una extraña aplicación del “overruling”.*

El noveno pleno casatorio se convocó a propósito de una demanda de otorgamiento de escritura pública planteada por Liliana Mejía, Barrios Carpio y Jubert Alberto contra Ángel Collantes y su cónyuge, Rosa Reátegui. Esta demanda se interpuso con la finalidad que se cumpla con otorgar la escritura pública (a efectos de su inscripción en el registro) del contrato de compraventa mediante el cual se enajenó el bien inmueble materia de *litis* a favor de los demandantes.

Tanto en primera como en segunda instancia se declaró improcedente la demanda en atención a que dicha vivienda *era de propiedad de la sociedad conyugal (compuesta por ambos esposos demandados)* y, en el negocio jurídico que se pretendió elevar a Registros Públicos, únicamente intervino en calidad de vendedor Ángel Collantes (sin autorización de su cónyuge).

Contra la resolución de segunda instancia, Liliana Mejía, interpuso recurso de casación. Sin embargo, a pesar que la recurrente pretendía un reexamen probatorio y de hechos, la Sala Civil Permanente decidió conceder dicho recurso de manera “excepcional” por la causal de infracción normativa.

Es aquí donde el objeto por el cual se planteó el recurso de casación se borra, dado que este pleno se convocó con la finalidad de determinar si los jueces podían evaluar la validez de un negocio jurídico dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública mas no para dar una respuesta al caso concreto. En efecto, la cuestión jurídica planteada por la demandante era analizar si, mediante manifestación de voluntad tácita, resultaba válido que se autorice al otro cónyuge realizar la venta del inmueble perteneciente a la sociedad conyugal.

No obstante, se aprovechó este caso para expedir las siguientes reglas vinculantes:

1. El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil.

(...)

7. Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, (...)

8. Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

Como se puede apreciar, estas reglas —dictadas en formato de disposición legislativa—, son absolutamente inútiles para resolver el fondo de la cuestión litigiosa y, por consiguiente, de ninguna manera se las podría considerar como la *ratio decidendi* del fallo, pero, sin embargo, la Corte Suprema las declara vinculantes para todos los jueces de la República.

Asimismo, resulta importante resaltar que tanto la séptima como la octava regla jurisprudencial disponen que se modifiquen las “*rationes decidendi*” contenidas el primero y cuarto pleno casatorio. No obstante, lo más curioso de ello, es que los hechos de estas dos últimas sentencias plenarias *no comparten semejanza alguna con nuestro caso bajo análisis*.

En tal sentido, en este caso los jueces supremos civiles entendieron que la facultad de modificar un precedente, reconocida en el artículo 400 del CPC, debía realizarse mediante una modalidad en la cual ni siquiera se tenga en cuenta la semejanza (o conexión) entre el caso paradigma N1 (precedente susceptible de ser variado) con el caso paradigma N2 (precedente en virtud del cual se varía uno anterior).

Nótese que una *ratio decidendi* está íntimamente vinculada a las circunstancias fácticas del caso, motivo por el cual sólo puede ser modificada (o infirmada) a partir de un caso posterior —con similitud fáctica— que requiera un pronunciamiento diferente (ya sea para propiciar una evolución del derecho mediante dicha regla, o cuando la norma-precedente del caso paradigma sea manifiestamente injusta o equivocada, esto es, que no genere conciencia de obligatoriedad¹⁰³).

En efecto, esta técnica argumentativa mediante la cual la validez de un precedente (como norma universal) es infirmada (lo cual implica su abandono) por otro —nuevo— precedente es conocida en la doctrina del *common law* como el *overruling*¹⁰⁴.

Esta suerte de abrogación se produce cuando en cierta controversia, cuya resolución exija que se resuelva en un determinado sentido (en virtud de un precedente ya fijado), se hace necesario infirmar la *ratio decidendi* del caso paradigma (n1) -nacida a partir de las circunstancias fácticas del mismo- para dar una mejor respuesta a un -nuevo- caso presentado (n2) cuyos hechos son semejantes.

Sin embargo, las “modificaciones” contenidas en los “precedentes” 7 y 8 del IX pleno casatorio son más que similar a una *derogación legislativa*, dado que están quitando vigencia a una regla de manera abstracta y cuya expedición no se justifica en brindar un tratamiento diferente a la controversia presentada, por el contrario, estas reglas están desvinculadas de los hechos del caso y, peor aún, tanto el caso anterior N1 (primer y cuarto pleno casatorio)

¹⁰³ (CROSS & HARRIS, JW, 2012, pág. 167). Asimismo Campos Mello identifica los siguientes supuestos que pueden generar la revocación del precedente: “a) decisiones que son inaplicables en la práctica porque la regla es inoperante, oscura en su significado, o ha sido debilitada por distinciones arbitrarias; b) el reconocimiento que una interpretación fue equivocada desde el momento en que se dictó; c) el actual entendimiento de que la doctrina es injusta en virtud de cambios culturales, políticos, sociales, económicos o tecnológicos; y d) la obsolescencia de dicha decisión debido a la evolución de principios jurídicos”. (CAMPOS MELLO, 2015, pág. 220)

¹⁰⁴ (BUSTAMANTE, 2016, págs. 440-441).

como el caso posterior N2 (noveno pleno casatorio) no comparten similitud fáctica alguna.

Ello, como es evidente, supone una distorsión total de la técnica del *overruling*.

4.2. Clasificación de las reglas jurisprudenciales vinculantes¹⁰⁵

Atendiendo a la praxis judicial expuesta y a la naturaleza subyacente de estas reglas vinculantes que se emiten en el marco de un pleno casatorio, expondremos la siguiente tipología, para luego, analizar si, en base al principio de separación de poderes, estas se muestran respetuosas de nuestro marco constitucional.

4.2.1. Enunciados genuinamente interpretativos de una disposición normativa contenida en el Código Civil o CPC

Mediante este tipo de enunciados se ofrece un sentido interpretativo a las disposiciones normativas que sea armónico con el ordenamiento jurídico. Buscan, por lo tanto, integrar lagunas jurídicas y uniformizar la interpretación de la ley concretizando, para tal efecto, una regla de derecho a partir de una derivación directa del propio texto normativo. Por consiguiente, estos enunciados son lineamientos hermenéuticos de interpretación que los jueces deben seguir cuando resuelvan un caso en el que tengan que aplicar dicha disposición legal interpretada.

Un ejemplo de estos enunciados lo podemos encontrar en la regla sexta del III Pleno Casatorio, el cual ofrece una solución interpretativa del artículo 345 A del CC que compatibilice las normas sustantivas del derecho de familia con las normas del CPC.

Asimismo tenemos la regla I de la VII sentencia plenaria casatoria, en virtud de la cual se brinda un criterio interpretativo del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, disponiendo que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, cuando aquél acredite con documento de fecha cierta que adquirió el bien inmueble con anterioridad a la inscripción del embargo.

¹⁰⁵ Este apartado está inspirado en la clasificación propuesta por (CAVANI, 2018, pág. 179). El referido autor identifica los siguientes enunciados: a) interpretativos b) repetitivos de la legislación y c) de creación normativa.

A la luz de lo expuesto, a pesar que este tipo de reglas se dictaron para resolver un problema jurídico en abstracto (no dirigidas a la resolución del caso) y aun cuando no constituye la *ratio decidendi* del fallo, de alguna manera, brindan directrices hermenéuticas de interpretación y constituyen una derivación directa del texto normativo — y no va más allá—, razón por la cual, como se expone en el punto 5.4 del presente trabajo, nuestra Corte Suprema encontraría como constitucionalmente válida su facultad de *crear derecho sólo* mediante este tipo de *sentencias interpretativas*.

4.2.2. *Enunciados reiterativos o reproductores de la legislación nacional*

Como ejemplo de dichos enunciados tenemos la regla 2 del I Pleno y las reglas 1, 2 y 5 del V Pleno Casatorio Civil.

En estos casos la convocatoria a pleno casatorio no ha servido ni para uniformizar la interpretación de la ley (garantizar la coherencia del derecho interpretado), unificar la jurisprudencia, o para brindar directrices hermenéuticas de interpretación de disposiciones poco claras o ambiguas. Todo lo contrario, su finalidad en este caso consistió en algo totalmente intrascendente y estéril: repetir el texto literal de disposiciones normativas que integran el Código Civil.

Ante ello, debemos señalar que, en base al artículo 103 y 109 de la Constitución, las disposiciones del CC, en tanto normas con rango de ley, “son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial” y, “desde su entrada en vigencia, se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. En tal sentido, dichas normas despliegan todos sus efectos jurídicos y están para que se respeten, ergo, no necesitan que mediante “precedente” estas adquieran vigencia.

4.2.3. *Enunciados manipulativos de la legislación nacional*

En este caso el enunciado se revela como un auténtico acto de creación legislativa. Aquí la Corte Suprema ni siquiera intenta presentar la regla vinculante como un significado de una disposición legislativa, por el contrario, muchas veces, manipula el texto legal ya sea añadiendo, suprimiendo o sustituyendo a su discreción el texto normativo, “sin que exista

una fundamentación que justifique su superación o derrotabilidad a partir de argumentos constitucionales”¹⁰⁶.

Es decir, no se concretiza una regla de derecho a partir de una interpretación de la disposición normativa, por el contrario, la Corte Suprema, con estas reglas jurisprudenciales, está adicionado contenido normativo que no es producto de una derivación directa del texto legal, lo cual supone una creación de derecho *ex novo*.

En efecto, este tipo de reglas jurisprudenciales se expiden típicamente para suplir un vacío o deficiencia de la ley en supuestos en donde no se haya regulado adecuadamente un hecho relevante de la realidad o una determinada institución jurídica, en tal sentido, la Corte Suprema opta por expedir estos enunciados generales de observancia obligatoria para realizar la labor que omitió hacer el legislador.

Ejemplo de este tipo de enunciados tenemos a la regla 3.2 del III Pleno Casatorio. En virtud de dicha regla se faculta al juez fijar de oficio montos indemnizatorios, lo cual supone otorgarle atribuciones no contempladas en el texto normativo.

Otro claro ejemplo es la regla 2 del VI Pleno la cual establece requisitos para la *procedencia* de la demanda de ejecución de garantías no contempladas en la ley, imponiendo *limitaciones* al ejercicio de la *tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables*. Sin embargo, ni el artículo 720 CPC ni La Ley General del Sistema Financiero regulan tales requisitos, es más, no se contempla prácticamente nada de lo que se menciona en el punto b.3 del así llamado “precedente”. Aquí encontramos desenmascarada una auténtica *legislación judicial*, suplantando la función que constitucionalmente le corresponde al legislador.

4.3. Precedentes vs reglas jurisprudenciales vinculantes

A partir de toda esta clasificación podemos evidenciar que, en la mayoría de casos, las reglas jurisprudenciales que han sido expedidas no constituyen consecuencia lógica del problema jurídico planteado en el recurso de casación; es decir, estas reglas, muchas veces, no guardan relación (se encuentran descontextualizadas) con los hechos que las deberían dar origen.

¹⁰⁶ (CAVANI, 2018, pág. 179).

En alusión a ello, Eugenia Ariano, que también se manifiesta en total disconformidad con dicha praxis, señala que “(...) hemos creado un tipo de ‘precedente’ todo nuestro (y de dudosa constitucionalidad)”. La referida autora fundamenta dicha aseveración en el hecho que la Corte Suprema ha visto oportuna la facultad conferida en el artículo 400 CPC para emitir *una regla general y abstracta, que la mayoría de veces poco o nada tiene que ver con el caso concreto* y que, sin embargo, lo declara “vinculante” para todos los órganos jurisdiccionales de la República.¹⁰⁷

Adicionalmente, debemos advertir que esta praxis (emisión de reglas vinculantes) origina severos problemas prácticos a efectos de determinar la *ratio decidendi*. Efectivamente, cuando la Corte Suprema señala que un determinado fragmento (*y solo aquel*), es vinculante, *trae como consecuencia que el resto de los fundamentos de la sentencia no lo sean y, peor aún, se genera una imposibilidad de extraer la norma-precedente a partir los hechos y la justificación del fallo.*

Es decir, se está *imponiendo* que los jueces de la República, al trabajar con estas reglas vinculantes prescindan, en primer lugar, de los hechos del caso, en segundo lugar, de los fundamentos que sustentan el pronunciamiento decisorio y, finalmente, de las reglas y/o principios imprescindibles que sirvieron al juez del caso paradigma para arribar a tal o cual decisión. Difuminándose de esta forma la posibilidad de que *los jueces de casos sucesivos reconstruyan la ratio decidendi* de la estructura lógica de la sentencia precedente, rompiéndose la interconexión entre hechos y las normas¹⁰⁸ (concretas y abstractas) de los que se compone una sentencia.

Así, cuando la Corte Suprema señala que las reglas expuestas en la parte decisoria—y solo estos— constituyen el elemento vinculante de la sentencia, es allí donde las diferencias entre las sentencias plenarias casatorias y el precedente del *common law* se abren de manera irreconciliable. Con la praxis que se exhibe en el contexto de los plenos casatorios resulta imposible que (...) “el juez aplique el razonamiento de la analogía porque la conexión entre los hechos y la *ratio decidendi* se borra”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ (ARIANO DEHO, 2015, pág. 291).

¹⁰⁸ (BUSTAMANTE, 2016, pág. 480) sostiene que existe una conexión indisoluble entre hechos y las normas que puedan ser extraídas de una sentencia precedente, de manera que no se podría comprender el nacimiento de una *ratio decidendi* sin tener en cuenta los hechos que la dieron origen.

¹⁰⁹ (DYER CRUZADO, 2014, pág. 173).

Por tal razón, no resulta factible que en nuestro medio se pretenda trabajar con técnicas argumentativas como el *distinguishing*¹¹⁰, el cual sirve para desvincularse del *caso precedente* por disimilitud fáctica (distinguiendo hechos). Ello porque el trabajo que viene realizando la Corte Suprema con sus llamados “precedentes vinculantes” tiende a convertir al juez en un autómatas, que solo maneja conceptos abstractos y no motiva en base a un *paradigma fáctico*.

En efecto, si los jueces consideran que no resulta aplicable una determinada regla jurisprudencial (emitida en el marco de un pleno casatorio) a una causa que estén conociendo, deben brindar razones que fundamenten su inaplicación de una manera abstracta y conceptual (al margen de las circunstancias fácticas de la sentencia). La cuestión es la siguiente: se aplica la regla o no (un criterio de todo o nada). Su motivación (justificación), por lo tanto, *no es en base a hechos*, sino mediante razones normativas en abstracto (no dirigidas a resolver el caso concreto). Por consiguiente, es por demás ingenuo pretender que estas sofisticadas técnicas argumentativas puedan aplicarse en un contexto jurídico como el nuestro, en donde la praxis judicial funciona de esta manera.

Podemos concluir entonces, a la luz de lo anteriormente mencionado, que lo que tenemos en nuestro país *no son precedentes*, sino *reglas jurisprudenciales vinculantes*¹¹¹. En realidad, la reunión en Sala Plenaria consiste en plantearse una cuestión abstracta, en relación a un caso que les pareció oportuno resolver a los jueces supremos, estableciendo reglas jurídicas con vocación de generalidad y abstracción desvinculadas del caso concreto decidido, al no tener conexión con los hechos probados ni con su justificación. Efectivamente de acuerdo con el texto del artículo 400 del CPC no parece haber

¹¹⁰ El *distinguishing* es una técnica argumentativa que permite develar las diferencias fácticas del caso bajo análisis con el caso paradigma (piénsese el caso discutido en pleno) y, en consecuencia, podemos demostrar — a partir de ello — que nuestro caso bajo examen no se encuentra comprendido dentro de la hipótesis de incidencia de las *rationes decidendi* del caso paradigma dado que los hechos entre uno y otro son disímiles o existen diferencias sustanciales.

Es un caso bajo juzgamiento, cuyos hechos no se encuentran bajo la hipótesis de incidencia de la *ratio decidendi*, cuando se habla de distinción o diferenciación de los casos (*distinguishing*) y a partir de criterios argumentativos se consolida como una técnica jurídica —muy sofisticada— que permite justificar la inaplicación de un determinado precedente. Es por ello que en el *common law* se habla del *distinguishing* para señalar que un fallo anterior es inaplicable al caso que se examina (bajo juzgamiento). Para más detalle véase, (BUSTAMANTE, 2016, pág. 477).

En efecto, trabajar con *distinguishing* presupone determinación una *ratio decidendi*, y “es intuitivo que, para aplicar la *ratio decidendi* a un caso, es necesario comparar el caso del que proviene la *ratio decidendi* con el caso del juicio, *analizando sus circunstancias fácticas*” (énfasis agregado) (MARINONI L. G., 2013, pág. 375)

¹¹¹ (CAVANI, TEORÍA IMPUGNATORIA Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil, 2018, pág. 179).

problemas de cara al trabajo con precedentes, es más inspira a hacerlo. Sin embargo, la praxis de la Corte Suprema es sideralmente distinta a lo contemplado en el texto literal del mencionado artículo. Esto quiere decir que hay *un descompás entre la dicción del derecho positivo y la praxis de nuestra Corte Suprema*.

Ahora bien, es legítimo preguntarnos si la ley autoriza a la Corte Suprema a trabajar de esta forma, emitiendo enunciados normativos a modo de reglas jurisprudenciales¹¹². Lo cierto es que el artículo 400 no dice *cómo* es que se “*constituye el precedente*”. Nuestro “modelo” de enunciados y reglas jurisprudenciales vinculantes es producto una interpretación de la Corte Suprema¹¹³ que obedece a una cultura en donde el operador jurídico está acostumbrado a un trabajo de subsunción lógico normativa mediante leyes (generales y abstractas) y no a interpretaciones sofisticadas de sentencias judiciales para identificar hechos relevantes, argumentos y razones.

En efecto, nuestro país, a diferencia de la tradición jurídica del *common law* (en donde la extracción de la *ratio decidendi* de la sentencia es trabajo del aplicador del derecho, quien lo realiza a partir de la identificación de la similitud de los hechos materiales del caso precedente y de su justificación), nuestros magistrados¹¹⁴, al expedir la sentencia, especifican los fundamentos jurídicos que serán objeto de “observancia obligatoria” para todos los jueces de la República; es decir, de todos los fundamentos de los que se valen para emitir su fallo, los jueces seleccionan —discrecionalmente— solo algunos de ellos para constituirlos como reglas vinculantes. Por consiguiente, son estos determinados elementos textuales de la parte decisoria a los que se considera como “*ratio decidendi*” en el Perú.

¹¹² Esto responde a la cultura jurídica de nuestro país, esta metodología de trabajo de la Corte Suprema se ha visto influenciada por la praxis del Tribunal Constitucional con los Precedentes Constitucionales, el cual señala los extremos normativos vinculantes de su sentencia. Como expone (DYER CRUZADO, 2014) “Tanto Domingo García Belaúnde como Juan Monroy Gálvez (...) reconocen que fue necesario otorgar esta facultad (...) de establecer el extremo normativo vinculante o la *ratio decidendi*, debido a que los jueces del Poder Judicial no se encuentran en condiciones de averiguarlo por sí mismos, debido a una serie de deficiencias”

¹¹³ (CAVANI, TEORÍA IMPUGNATORIA Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil, 2018, pág. 181).

¹¹⁴ El precedente constitucional es una categoría especial de jurisprudencia en la que se le permite al Tribunal Constitucional escoger qué sentencias formarán parte de la misma, así como el extremo normativo y por lo tanto vinculante de la sentencia. En lo que no se diferencian ambas figuras es que las dos resultan vinculantes para el resto de jueces (del Poder Judicial). (DYER CRUZADO, 2014, pág. 173).

En efecto, la noción de “precedente” en nuestro medio tiene una connotación sideralmente distinta respecto a países del *common law*, pues cuando es emitido automáticamente se lo concibe como “una disposición con rango de ley” (sentencia 0024-2003-AI/TC). Y debido a nuestra concepción del derecho (muchas veces formalista), el magistrado tiene que expresar (inequívocamente) en qué momento se está ante un “precedente” de observancia obligatoria. Es decir, la propia corte o Tribunal establece qué es lo que vincula.

Tenemos, pues, una praxis que en el *common law* resultaría inconcebible. En dicha tradición sería inimaginable un sistema en donde la propia corte que emite la sentencia establezca cuál es la regla vinculante, o ella misma interprete cuál es el “precedente”.

Urge aclarar que la praxis de la Corte Suprema (con los llamados plenos casatorios) y del Tribunal Constitucional (con los llamados “precedentes de observancia obligatoria”) no son equiparables: El “precedente” constitucional es una institución regulada en el artículo VII del Código Procesal Constitucional mediante la cual se le permite al Tribunal Constitucional *escoger* cuál de sus sentencias constituirán “precedente”, así como el extremo (s) normativo (s) (fundamentos jurídicos) vinculantes de la misma¹¹⁵. De otro lado, la Corte Suprema entiende por “precedente” un instrumento que se expresa bajo la fórmula de una regla (s) claramente delimitada, elaborada por ella misma, y será dicha disposición la que vinculará a todos los jueces que resuelvan casos posteriores.

Sin embargo, pese a dichas diferencias sostenemos que, de cierta manera, esta práctica de la Corte Suprema ha visto influenciada —o, mejor, inspirada— en el trabajo que realiza el Tribunal Constitucional con los llamados “precedentes” constitucionales vinculantes. Efectivamente, ambas altas cortes de justicia entienden que: i) el “precedente” puede ser determinado por el mismo órgano que emite la sentencia paradigma y ii) que tanto el extremo normativo vinculante (en el caso del Tribunal Constitucional) y las reglas jurisprudenciales vinculantes (en el caso de la Corte Suprema) pueden comprenderse al margen de los hechos del caso que le dio origen.

A manera de conclusión, para ilustrar la diferencia entre las reglas jurisprudenciales vinculantes y el precedente veamos el siguiente cuadro:

¹¹⁵ Como puede observarse el parecido entre ambas figuras es que las dos resultan vinculantes para el resto de jueces (del Poder Judicial)” (Énfasis añadido). (DYER CRUZADO, 2014, pág. 173).

	Se resuelve un caso	Regulan cuestiones no contempladas en la ley	Los hechos son condiciones necesarias para aprehender las reglas.	Las reglas que se exponen en la parte decisoria pueden ser comprendidos al margen de los hechos que los dieron origen	Se puede aplicar el <i>distinguishing</i> fundado en disimilitud fáctica.
<i>Precedente Judicial</i>	SI	SI	SI	NO	SI
<i>Reglas Jurisprudenciales Vinculantes</i>	A veces	A veces	NO	SI	NO

*Elaboración propia

Nótese que la diferencia oscila en el rol que cumplen los *hechos*, dado que, al momento de interpretar el producto jurisdiccional vinculante (reglas jurisprudenciales) por los demás órganos judiciales, este podrá entenderse al margen de las circunstancias fácticas del caso, lo cual origina una praxis de precedente totalmente disfuncional.

Como sostiene Dyer:

“Aun cuando una casación resuelva un caso concreto y establezca pautas interpretativas a modo de reglas vinculantes, la exposición de tales reglas podrá entenderse desvinculándolas de los hechos del caso; (...) Su estructura no solo ha hecho posible, sino que ha incentivado una comprensión del extremo normativo vinculante descontextualizada de los hechos que le dan (o deberían dar) sentido”¹¹⁶.

No obstante, esta crítica no se reduce a una praxis inadecuada del precedente en nuestro país, por el contrario, ello esconde un problema mayúsculo. Y es que, en el marco de los plenos casatorios, *al emitirse el tipo de reglas manipulativas* (aditivas modificativas y sustitutivas de la legislación peruana) los jueces supremos civiles estarían arrogándose una función que no les compete. En tal sentido, el siguiente apartado está destinado a analizar, en base al principio de separación de poderes, si nuestra Corte Suprema, mediante la expedición de este tipo de enunciados, asumiría un rol equiparable al de un *legislador positivo*.

¹¹⁶ (DYER CRUZADO, 2014, pág. 173)

5. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y LAS FUENTES DEL DERECHO

Uno de los pilares en los que se erige nuestra fórmula democrática de gobierno y que constituye a su vez un rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo es el principio de separación de poderes. Este principio se haya reconocido en nuestra Constitución y su observancia irradia a todos los poderes del Estado¹¹⁷. Es decir, tanto el Legislativo, Ejecutivo y el Judicial sufren la misma incidencia de este principio.

Por lo tanto, para determinar la constitucionalidad de los enunciados manipulativos emitidos por la Corte Suprema es preciso realizar, en primer lugar, un breve análisis sobre el principio de separación de poderes para luego determinar, a partir de las fuentes del derecho, cuál es límite de las facultades otorgadas a nuestra judicatura, es decir, hasta qué punto su actuación sería constitucionalmente válida.

El artículo 43 de la Constitución Política del Perú, el cual da inicio al Título II denominado “Del Estado y la Nación”, señala lo siguiente: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según *el principio de la separación de poderes*” (énfasis añadido).

Si de lo que queremos hablar es de un Poder Judicial como poder independiente, autónomo y desligado del Poder Legislativo y Ejecutivo, sería imposible no pensar en los postulados elaborados por autores tan ilustrados e imbuidos del pensamiento político liberal como es el Barón de Montesquieu y John Locke¹¹⁸.

¹¹⁷ En nuestro ordenamiento constitucional el Poder Constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre los *órganos constitucionales* tales como “el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros”. (Sentencia del Tribunal Constitucional 00005-2007-AI, fundamento jurídico 21). Véase además sentencia 0006-2019-CC/TC fundamento jurídico 32 y ss.

¹¹⁸ Si bien John Locke, no planteó la necesidad de un Poder Judicial independiente, sí que fue el primero en delinear un esquema de Gobierno en el cual el poder de hacer leyes y el poder de ejecutarlas, no recaiga sobre la misma persona “(...) debido a que puede ser una tentación demasiado grande para la fragilidad humana”. Esta filosofía liberal inspiró a su vez, en Inglaterra, una revolución que propiciaría un replanteamiento de una monarquía absolutista a una constitucional. (LOCKE, 1988, pág. 43). En el original: “It may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at Power, for the same Persons who have the power of making Laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from Obedience to the Laws they make, and suit the Law, both in its making and execution, to their own private advantage” (LOCKE, 1988, pág. 43).

Los principios rectores que inspiraron a una doctrina moderna de la división de poderes fueron delineados inicialmente por Montesquieu en Francia¹¹⁹ y, dada la situación política de la época, la separación de poderes—en su versión clásica—se configuró como una protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo de la monarquía en los siglos XVII y XVIII¹²⁰. De hecho, este principio nace originalmente como una garantía para impedir la concentración del poder y la tiranía, buscando la protección de los derechos y libertades del ciudadano (tal y como se estableció el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

De esta forma, Montesquieu, en su obra magna “El Espíritu de las Leyes” (1743), delineó con claridad los postulados de la división de poderes con una configuración tripartita: “el *legislativo*; el ejecutivo con relación a las cosas que dependen de las leyes de las naciones; y el judicial con respecto a las materias que dependen de la ley civil. Éste último debe llamarse *poder judicial* y el otro simplemente *poder ejecutivo* del Estado”¹²¹ (énfasis añadido).

No obstante, su alcance y delimitación, ha sido objeto nuevos cambios que exige el Estado moderno. En efecto, la versión contemporánea del principio de separación de poderes ha mutado mucho desde su concepción original. Como sostiene Waldron¹²², la separación de poderes ya no puede ser entendida como un principio autónomo, sino que supone la concurrencia de tres¹²³ subprincipios indisociables, esto es, una “familia de principios”. Está compuesto en primer lugar por la *separación de las funciones estatales*; en segundo lugar, por la *división de poderes*, el cual sirve como garantía de que ninguna persona, grupo u órgano estatal pueda concentrar o monopolizar el poder; y en tercer lugar tenemos el principio

¹¹⁹ Aunque hay quienes sostienen que es cuestionable que Montesquieu sea el artífice de la división de poderes. “Desde luego, no puede considerarse que él conciba a tres poderes del Estado de un mismo modo, ya que sólo el ejecutivo y el legislativo son verdaderos poderes políticos que representan a las fuerzas sociales dominantes. El judicial no es poder en el sentido que no representa ningún sector social. Por otra parte, la finalidad de Montesquieu no es dividir propiamente los poderes del Estado, sino fundamentalmente equilibrar a los grupos de individuos y de intereses de la sociedad a la que él pertenecía”. (BORDALÍ SALAMANCA, 2008, pág. 191).

¹²⁰ (LOEWENSTEIN, 1976, pág. 56).

¹²¹ (MONTESQUIEU, 1906, pág. 227).

¹²² En el original: “(...) The separation of powers does not operate alone as a canonical principle of our constitutionalism. It is one of a close-knit set of principles that work both separately and together as touchstones of institutional legitimacy”. (WALDRON, 2013, pág. 438).

¹²³ Waldron expone, en realidad, cinco principios. Sin embargo, los principios no citados son aplicables únicamente al constitucionalismo estadounidense: Así tenemos: 4. The principle that requires laws to be enacted by votes in two coordinate legislative assemblies (the “Bicameralism Principle”). 5. The principle that distinguishes between powers assigned to the federal government and powers reserved to the states or the provinces (the “Federalism Principle”). (WALDRON, 2013, pág. 438).

de *checks and balances* —pesos y contrapesos— en virtud del cual se exige la concurrencia de una entidad gubernamental en las acciones de otra para así permitir que una verifique o vete la acción de la otra¹²⁴¹²⁵.

A efectos del presente trabajo nos concentraremos en desarrollar el subprincipio de separación de funciones estatales para luego analizar si la praxis del “precedente” adoptada por la Corte Suprema (en el marco de los plenos casatorios) se encuentra respetuosa de dicho principio en el que se erige nuestro ordenamiento constitucional.

5.1. La concepción de división de poderes francesa

A la luz de lo expuesto por Montesquieu se buscaba una separación rígida¹²⁶ de los poderes del Estado. Así, en virtud de la función legislativa, le correspondería al parlamento expedir leyes temporales o perpetuas, y enmendar o abrogar aquellas que ya han sido promulgadas¹²⁷; es decir, su función por antonomasia estaría circunscrita a *la emisión de dispositivos legales* con vocación de generalidad y abstracción, los cuales expresan la voluntad del pueblo y buscan garantizar su libertad. Por otro lado, la función del Poder Ejecutivo consistiría en ejecutar el designio que emana de la ley y, por consiguiente, esta función

¹²⁴ Este último sub principio parte del presupuesto que los seres humanos tienen intereses contrapuestos con la función pública, muchas veces son movidos por motivos personales y ambiciones. Es por ello que se debe buscar un mecanismo mediante el cual el interés del hombre, deba estar conectado con los derechos constitucionales del lugar. Para tal propósito, es necesario la existencia de controles externos e internos sobre el gobierno que permita que los diferentes poderes (compuestos por diferentes personas) al tener intereses contrapuestos, se controlen entre sí, lo que llevará a la limitación y equilibrio del poder como garantía de los derechos y libertades de las personas. En palabras de Lowenstein “los detentadores del poder estarán de tal manera acoplados constitucionalmente que sólo conjuntamente podrán llevar a cabo determinadas tareas; (...) el detentador individual del poder está autorizado por la constitución a intervenir discrecionalmente en la actividad de otro detentador del poder, y de esta manera frustrar su acción” (LOWENSTEIN, 1976, pág. 252)

¹²⁵ Cabe advertir que esta concepción de división de poderes expuesta se encuentra recogido en nuestro ordenamiento constitucional. Según el Tribunal Constitucional “[El principio de separación de poderes] no solamente debe ser entendido su concepción clásica (...) y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado —*checks and balances of powers*— y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes a ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”. (El añadido es nuestro). (sentencia 00006-2006-CC, fundamento jurídico 15).

¹²⁶ Sin embargo, implicaba ciertos controles por parte tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo, los cuales tenían que estar en constante interacción, así “El poder ejecutivo, (...) debe tomar parte en la legislación con la facultad de poner impedimento, sin lo cual no tardaría en ser despojado de sus prerrogativas. Pero si el poder legislativo tomase parte en la ejecución, el poder encargado de ésta padecería igualmente. Si el monarca interviniese en la legislación estatuyendo, no habría libertad. Mas, sin embargo, como es preciso que tome parte en ella para defenderse, debe tener la facultad de impedir”. (MONTESQUIEU, 1906, pág. 238).

¹²⁷ *Ibidem*.

estaría dirigida a *la aplicación de la ley* a los casos concretamente, ya sea por actos materiales (construcción de carreteras, uso de la fuerza para garantizar el orden público, enviar o recibir embajadas, establecer la seguridad pública, y proveer contra las invasiones) o por decisiones específicas (emisión de reglamentos que hagan posible la aplicación de los dispositivos legales).

Ahora bien, cuando se habla de una tercera función, es la función judicial o jurisdiccional la que está involucrada. Naturalmente, esta función estaría a cargo del Poder Judicial y, a razón del contexto político de aquella época¹²⁸, su judicatura tendría un poder invisible o nulo: su función únicamente se encontraba circunscrita a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”¹²⁹, por lo tanto, los jueces eran funcionarios inanimados que “no podían moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”¹³⁰

Como vemos, Montesquieu reivindica la importancia de tener una judicatura que respete escrupulosamente las funciones propias del legislador, así como la obligación de no arrogarse funciones encomendadas a este poder del Estado. Siguiendo al referido autor, “[n]o hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo (...). [Ello porque] se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; porque el juez sería entonces el legislador. [Del mismo modo, si el Poder Judicial] no está separado del poder ejecutivo, el juez podría comportarse con violencia y opresión. (...)” (El añadido es nuestro)¹³¹.

En ese sentido, podría suceder—y a menudo sucede— que la ley sea deficiente y al mismo tiempo perspicaz y ciega o, en algunos casos, demasiado severa. No obstante, en observancia del principio de separación de funciones, no es la competencia del cuerpo

¹²⁸ Las ideas de Montesquieu tuvieron gran influencia en la Revolución francesa de 1789, la cual enarboló una lucha contra el absolutismo del rey y el sistema estamental del Antiguo Régimen. Se buscaba una independencia del Poder Judicial dada la mala fama de los jueces vinculados al poder Ejecutivo, o a la Corona. “Lo que busca dicha independencia (...) es asegurar que el Monarca no pueda controlar esta parte del poder estatal que debe corresponder al estamento noble. Este orden de poderes se asegura evitando que el Monarca designe a los jueces y haciendo hereditarios los cargos judiciales”. Lo que se pretendía evitar, por lo tanto, es que el poder legislativo, el soberano, no puedan elegir a los jueces, sino que éstos deben ser elegidos siempre por parámetros objetivos. Para más detalle véase (BORDALÍ SALAMANCA, 2008, pág. 190).

¹²⁹ (MONTESQUIEU, 1906, pág. 237) Nuestro autor desarrolla con mucha mayor profundidad su visión del poder judicial en otros pasajes como en el Libro VI, capítulos III y siguientes.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

jurisdiccional moderar la fuerza de la ley ni su rigor, por el contrario, la autoridad suprema para modificar la ley o derogarla recae en la figura del legislador.

Sin embargo, tal y como se expone en esta versión clásica de la separación de poderes, no parecería adecuado sostener que el Poder Judicial ostentaba una tercera función en sentido estricto, como manifiesta Michel Troper, “Si l’on refuse de la traiter comme une troisième fonction, c’est qu’on estime qu’elle consiste à trancher des litiges par l’application de la loi, ce qui en fait une simple branche de la fonction exécutive”¹³². En efecto, concebir que la función jurisdiccional consiste en resolver disputas únicamente mediante la *aplicación* de la ley (lo cual supone una actividad mecánica e irreflexiva), no parecería haber diferencia alguna con la función ejecutiva, es más podría considerársela como una rama derivada de esta última función.

Como se puede observar, una aplicación irrestricta de la ley, así como una separación rígida de funciones en los poderes del Estado en nuestros tiempos devendría en anacrónica dado que los nuevos cambios del Estado moderno han desactualizado a la versión tradicional de separación de poderes. En palabras de Soto Velasco, “la tornaron inincapaz [sic] de resolver los desafíos que exigen los arreglos institucionales contemporáneos”¹³³.

5.2. Una versión moderna del principio de separación de funciones

Efectivamente, la función ejecutiva ya no se circunscribe *únicamente* a ejecutar la voluntad que emana de la ley. Mortara¹³⁴ afirma que el Poder Ejecutivo debe ser entenderlo como el *administrador de la sociedad*, ello porque dicta actos dirigidos a administrarla dentro de un marco de legalidad. Asimismo, autores como Duguit¹³⁵ y Bardalí¹³⁶ sostienen que la Administración del Estado también ejecuta actos que podrían considerarse materialmente jurisdiccionales¹³⁷. A juicio de dichos autores, basta que mediante ley se les asigne competencia para resolver una *litis* concreta para ejercer función jurisdiccional. Asimismo, por razones de eficiencia, muchas constituciones han dotado de la facultad, a dicho poder del Estado, de emitir dispositivos legales mediante Decretos Legislativos (siempre y

¹³² (TROPER, 2013).

¹³³ (SOTO VELASCO, 2018, pág. 449).

¹³⁴ Mortara, citado por (BORDALÍ SALAMANCA, 2008, pág. 192).

¹³⁵ (DUGUIT, 2005, pág. 103).

¹³⁶ (BORDALÍ SALAMANCA, 2008)

¹³⁷ La función jurisdiccional vendría a ser, para nuestros autores, un concepto omnicompreensivo. Ello ocurre por ejemplo en el procedimiento administrativo sancionador, tributario, aduanero, de transportes, etc. en donde la Administración Pública resuelve un conflicto entre particulares contra el Estado.

cuando haya autorización por parte del Congreso y sobre una materia en específica) así como Decretos de Urgencia¹³⁸ (los cuales pueden ser expedidos directamente cuando se requiere dar una respuesta inmediata para afrontar una crisis económica o financiera).

De igual manera sucede respecto al Poder Legislativo, su labor no se agota únicamente en la emisión de leyes, por el contrario, realiza también una labor de control político (interpelación, censura) al gobierno, a su consejo de ministros y a la administración pública en general. Adicionalmente, Duguit¹³⁹ sostiene que, en ciertas facultades del Legislativo subyace —también— una función materialmente jurisdiccional. En nuestro contexto nacional, ello se puede apreciar en los procesos de acusación constitucional como en el de antejuicio y juicio político, en virtud de los cuales el pleno del congreso tiene la facultad de imponer —a un determinado funcionario premunido de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria— una suspensión o inhabilitación del ejercicio de sus funciones por un plazo de 10 años (artículo 100 de la Constitución).

En cuanto al Poder Judicial, la figura del juez de hoy no es la misma que el de antaño (que por la coyuntura social y política de la época de la Ilustración y Revolución Francesa no se le permitía ser un artífice de la evolución de la ciencia jurídica), en donde su labor era eminentemente técnica, la cual se agotaba en la mera aplicación del derecho dictado por el legislador. En lugar de ello, se pasó de un modelo “juez boca de la ley”, a un modelo de juez dotado de cierta discrecionalidad para colmar lagunas jurídicas (ya sean, normativas, axiológicas o de reconocimiento) y antinomias; incluso premunido de la facultad de inaplicar reglas (siempre y cuando existan razones para superación o derrotabilidad a partir de argumentos constitucionales) para determinar el mandato legal o el principio o valor preponderante en un caso en concreto¹⁴⁰.

¹³⁸ Esta relación de colaboración entre poderes se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento constitucional. El 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. (Sentencia del Tribunal Constitucional 00004-2004-CC, fundamento jurídico 24).

¹³⁹(DUGUIT, 2005).

¹⁴⁰ (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil , 2011, págs. 131-135); (Alchourrón & Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 1974) Estos últimos autores sostienen que alcanzar la plenitud y la coherencia en un ordenamiento jurídico son meros ideales de la ciencia jurídica pero no realidades. Véase también en (VERGARA, 2015, pág. 225)

Todo este cambio de paradigma parte por aceptar que la ley, —por más detallada que pueda ser— no podrá regular todos los supuestos relevantes de la realidad que se presenten en una sociedad. Como vemos, esta función es consustancial a labor de integración del derecho que —necesariamente— todo magistrado tiene que desarrollar.

Por todas estas consideraciones, si antiguamente eran tres poderes los que debían inhibirse unos a otros, en un Estado moderno exige un control mutuo (*checks and balances*) que evite la concentración o monopolización del poder. Asimismo, exige un deber colaboración con la finalidad que los poderes del Estado trabajen coordinadamente (en observancia del principio de colaboración) para lograr objetivos comunes, lo cual se reconduce en todos los casos —en base al artículo 1 de nuestra Constitución Política— a preservar el respeto irrestricto de la persona humana y de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado¹⁴¹.

Sin embargo, ello no quiere decir que se encuentren permitidas invasiones ilegítimas (no contempladas en la constitución o en la ley) a las competencias atribuidas a los poderes del Estado. Por el contrario, por mandato constitucional cada poder del Estado se le ha encomendado una función específica, sin que ninguno intervenga ilegítimamente en la competencia del otro.

En esta misma línea argumentativa, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 56 de la sentencia 0006-2018-PI/TC, señaló que el principio de separación de funciones conlleva respetar la “autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (...) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo)”.

Por lo tanto, mal haría el poder Ejecutivo si mediante Decreto Legislativo legisla respecto de materias que no le han sido delegadas por el Congreso. De igual manera, *en base al principio de separación de funciones a los tribunales de justicia se les está vedado arrogarse facultades propias del Legislador*. En efecto, los órganos jurisdiccionales —incluido el Tribunal Constitucional— no pueden enmendar una ley o dictar la que determine la constitución para regular una determinada materia, “puesto que ello constituiría una sustitución de la

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 0004-2004-CC/TC, fundamento jurídico 24. Asimismo tenemos la sentencia 0006-2019-CC/TC fundamento jurídico 32 y ss.

jurisdicción ordinaria o constitucional en la labor legislativa de la Asamblea, entraría en un ámbito de creación del derecho (lo que le está vedado) produciéndose una concentración de poder en un órgano jurisdiccional que no tiene responsabilidad y legitimidad popular directa¹⁴².

Entonces, ¿ello quiere decir que se encuentra vedada cualquier acto de creación del derecho por parte de la judicatura?

Para responder esta pregunta es preciso realizar un breve análisis sobre dos cuestiones muy importantes y debatidas en los últimos tiempos especialmente en teoría general del derecho. Me refiero a la creación del derecho por parte de la judicatura *a nivel interpretativo* así como también mediante la *creación normas generales* (a partir de un caso concreto).

5.3. Creación del derecho mediante la introducción de normas generales

Como vimos en el punto 5.1, teniendo como fundamento la Ilustración, el planteamiento tradicional de la separación de funciones francesa exigía una división tajante entre la creación de derecho (función legislativa) y la aplicación del mismo (función judicial). Ello, como resulta evidente, implicaba asumir una concepción del derecho como un sistema normativo completo y coherente. Esto quiere decir, que las leyes a suministrarse a los jueces necesariamente tenían que contener una solución específica para toda controversia que sea sometida ante su jurisdicción, excluyendo la posibilidad que existan dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso.

No obstante, lo que a menudo sucede en un ordenamiento jurídico (basado en legislación) es que nos encontramos ante lagunas jurídicas (falta de una norma que resuelva el caso) o la existencia de antinomias (dos o más normas incompatibles aplicables al mismo caso) que *dificultan* al juez resolver un caso concreto. Pero ello no implica en absoluto que el juez se encuentre impedido de impartir justicia mediante la aplicación de las normas generales preexistentes, por el contrario, cuando concurren estos supuestos el juez tiene un margen de discrecionalidad para resolver los casos en los que no existe regulación jurídica alguna (casos de lagunas normativas)¹⁴³.

¹⁴² (ESCOBAR FORNOS, 2011, pág. 89).

¹⁴³ (BULYGIN, 2003)

En estos supuestos, los jueces crean derecho introduciendo normas generales cuando se enfrentan con casos de antinomias o lagunas jurídicas. Así, Bulygin define “*normas generales* como expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las *normas individuales* como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual”¹⁴⁴. Estas normas generales “correlacionan el caso genérico al que pertenece el caso individual con la solución genérica, sea ésta of (obligatorio f) o P-f (permitido no f), donde f ya no es la conducta del demandado, sino la clase de conductas a la que pertenece la conducta del demandado”¹⁴⁵. Como en el caso de lagunas normativas no existe norma alguna que regule su hipótesis de incidencia y brinde una solución a la controversia, el juez es el llamado a *crear una norma general* en la que se fundamente para la resolución del caso concreto.

Para ilustrar esta aseveración recurrimos al siguiente ejemplo que recrearemos a partir de Peczenik¹⁴⁶. Imaginemos que el propietario de un bien inmueble demanda desalojo por ocupación precaria contra el poseedor que, de buena fe, celebró un contrato de compraventa (justo título) con un enajenante de mala fe. Supongamos que la solución para este caso aún no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento positivo.

Ante esta disyuntiva podemos encontrar las siguientes posibles soluciones: i) Dado que el poseedor no ha violado ninguna norma, el juez debe fallar a favor del poseedor a pesar de que no exista una norma general que regule el caso y, por consiguiente, rechazar la demanda. ii) El juez podría fallar a favor del demandante aduciendo que es el legítimo propietario del bien inmueble aduciendo, además, que no existe disposición normativa que autorice al poseedor negarse a restituir dicho bien¹⁴⁷.

Como se puede advertir, en el caso de lagunas normativas, para que el juez aplique una *norma individual* (ordenar al poseedor restituir el bien inmueble) debe, previamente, fundamentar su fallo en una *norma general* (“si un legítimo propietario demanda desalojo por ocupación precaria frente a un adquirente de buena fe entonces este último tiene la obligación de restituir el bien inmueble”) que no existía antes de resolver la controversia.

¹⁴⁴ (BULYGIN, 2003)

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Peczenik en (BULYGIN, 2003)

¹⁴⁷ *Ibidem*.

De esta manera, Alchourrón y Bulygin, han defendido por más de medio siglo que “el juez sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador”¹⁴⁸. Es decir, cuando crea normas generales que no reproducen otras normas que han sido ya expresa o implícitamente formuladas¹⁴⁹. En otras palabras, el ingrediente necesario para la creación de derecho es la novedad del contenido que se formula¹⁵⁰.

En efecto, en este tipo de situaciones los magistrados se ven obligados a *crear derecho para el caso concreto* cuando se enfrentan con antinomias, conceptos indeterminados o lagunas jurídicas (ya sean, normativas, axiológicas o de reconocimiento), ya que la ley, por más detallada que pueda ser, no podrá cubrir con todos los supuestos relevantes de la realidad. Dicha función constituye, por lo tanto, parte de la labor de integración del derecho que —necesariamente— tiene que hacer todo magistrado.

Esto mismo advierte Duxbury en lo referido a la creación del derecho judicial (*judges make law*): “[l]egislation is typically a process of laying down – which includes measures such as repealing and amending – a law. But this does not exhaust the meaning of ‘legislation’.

¹⁴⁸ (BULYGIN, 2003)

¹⁴⁹ (Alchourrón & Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 1974)

¹⁵⁰ Resulta importante precisar que la noción de “norma” que plantean dichos autores obedece a su particular concepción de sistema jurídico (influenciada, en gran medida por los postulados lógicos expuestos por Taski). De acuerdo a Alchourrón y Bulygin, “ordenamiento jurídico” hace referencia a la totalidad de las normas válidas conforme a un criterio de identificación, que se aplican en un momento determinado. Esta concepción asume que el sistema posee una estructura *deductiva* (bajo la noción de consecuencia lógica) “(...) que depende de las reglas de inferencia adoptadas, que son las que determinan qué enunciados son consecuencias de un enunciado dado o de un conjunto dado de enunciados.” (1974, pág. 121) Este sistema, consiste a su juicio, en poner en relación “un conjunto de normas (un sistema normativo), un conjunto de circunstancias fácticas o casos posibles (un Universo de Casos [*sic*]) y un conjunto de respuestas o soluciones posibles (un Universo de Soluciones [*sic*])” lo cual sirve, a su vez, para detectar lagunas, antinomias y redundancias (1974, pág. 23). Bajo este postulado, ambos autores, hace ya bastantes años, han defendido una *concepción expresiva* (o pragmática) de las normas, en donde el operador normativo “es un signo en capacidad pragmática, que no tiene ningún significado semántico y no forma parte del contenido conceptual de la oración normativa” (Alchourrón & Bulygin, 1991, págs. 156-157). Las normas, como tales, no pueden ser negadas ni tampoco pueden formar combinaciones con la ayuda de los conectores proposicionales (operadores normativos). La validez de dichas normas están sujetas a su pertenencia al sistema normativo (ibídem. pág. 129). Una norma jurídica, por lo tanto, vendría a ser una consecuencia lógica—vía operación de deducción— de otras normas jerárquicamente superiores. Esta concepción normativa, a su vez, se encuentra en oposición a la concepción *hilética* (la cual se abordará con más detalle en siguiente apartado) que considera “al operador normativo como un signo en su capacidad semántica, de modo que *este operador contribuye al significado semántico de las oraciones normativas (...)*”, es decir, tanto el operador normativo como la proposición de la norma pertenecen al contenido conceptual de la norma (énfasis añadido). (Ibídem, páginas 123 y 156.)

Given that any law-making action is legislative action, legislation must include not only the enactment of rules but also the development of the (...) *law* by the courts”¹⁵¹.

Por lo tanto, desde nuestra perspectiva, una característica del Estado Constitucional de Derecho es aceptar que la facultad creadora de derecho recaerá también en la figura del juez y se le reconoce como un actor de la evolución jurídica a partir de la tutela de los derechos fundamentales de los justiciables¹⁵².

No obstante, este argumento esconde el problema que planteo en el presente trabajo: la creación del derecho producto de la interpretación o producto de la creación de normas generales en caso de lagunas jurídicas, *no son equiparables a la creación normativa de actos legislativos* ni mucho menos a lo que hace nuestra Corte Suprema con la expedición de *enunciados manipulativos de la legislación nacional*.

En efecto, incluso en el modelo de ciencia jurídica propuesto por Alchourrón y Bulygin se remarca que creación de derecho judicial no consiste en la creación de nuevos enunciados normativos, “(...) ni se confunde con la creación legislativa”¹⁵³. Completar lagunas o resolver antinomias, por lo tanto, no es lo mismo que editar disposiciones normativas en documentos autoritativos susceptibles de expresar normas generales.¹⁵⁴

Ergo, la creación judicial de *normas generales* difiere en importantes aspectos de la creación del derecho por parte del legislador. Un primer punto a tomar en consideración es que las normas creadas por el poder legislativo tienen, en principio¹⁵⁵, vocación de generalidad y *abstracción* (no está dirigido a resolver casos individuales ni tampoco está dirigido a personas o grupos identificados) y “son obligatorias para todos y en especial para todos

¹⁵¹ (DUXBURY, Elements of Legislation, 2013, pág. 5)

¹⁵² Más aún cuando, en lo que respecta a las lagunas normativas, nuestra constitución establece que el juez no deberá dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. (Artículo 139 inciso 8 de la Constitución).

¹⁵³ (Alchourrón & Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 1974, pág. 136)

¹⁵⁴ Si bien la ciencia jurídica cumple un factor coadyuvante para el desarrollo del Derecho éstas modificaciones de proposiciones normativas deben ser llevadas a cabo únicamente por las entidades competentes para ello. De lo contrario constituiría una función normativa encubierta atentatoria contra el principio de separación de poderes. “Tales modificaciones son cambios, es decir, sustituciones de un sistema por otro nuevo”, y como tales deben ser distinguidos claramente de la labor de integración jurídica la cual “no tiene por objeto transformar un sistema en otro, no equivalente con el primero” Alchourrón en (VERGARA, 2015, pág. 266)

¹⁵⁵ Como excepción a esta regla tenemos las leyes de expropiación que son emitidas por el Congreso de la República.

los jueces”¹⁵⁶. Sin embargo, no *son creadas a partir de una controversia en específica* (en virtud del *material fáctico* de la misma).

En este mismo sentido, Duxbury¹⁵⁷, estableciendo la diferencia entre creación de derecho mediante legislación y mediante el *case law* en el sistema anglosajón, evidencia que un tribunal solo habrá decidido sobre los hechos del caso que tiene ante sí, y habrá enmarcado su juicio *principalmente sobre la base de la controversia planteada por las partes del caso*. Corresponde a los tribunales de un caso posterior, por lo tanto, aplicar la *ratio decidendi* (norma general y universalizable) del caso precedente si es que se constata la suficiente similitud fáctica entre ambos casos. La actividad interpretativa (creadora del derecho), por consiguiente, se da a propósito de la resolución de un caso concreto.

En lo que respecta a la creación del derecho legislado, por el contrario, no se emiten disposiciones sobre hechos específicos, sino que se establece reglas *abstractas* (lo cual abarca un indeterminado número de personas) y de aplicabilidad general. Ergo, crear enunciados normativos con vocación de generalidad y *abstracción* debería ser el trabajo de las legislaturas, mas no de los tribunales, ello se explica directamente en términos de mandato democrático: “the former has one [democratic mandate] whereas the latter does not. But there is more to it than this. It makes sense that legislatures should have the responsibility for making generally applicable law because, as compared with courts, they are equipped to take into account a wider range of facts, affected parties, competing interests and alternative options”¹⁵⁸.

Como vemos, el punto determinante en dicha diferenciación es el trabajo con los hechos porque la creación de la *ratio decidendi* (o *norma general*) se justifica toda vez que está dirigida a regular el supuesto fáctico que surgió en dicho caso para el cual, el ordenamiento positivo, no contemplaba ninguna solución jurídica.

No obstante, esta praxis se aleja mucho del trabajo que realiza nuestra Corte Suprema en el marco de los plenos casatorios, dado que, como se demostró en el punto 4,1 *supra*, ello consiste en plantearse una cuestión abstracta y conceptual estableciendo reglas jurídicas

¹⁵⁶ Cosa muy diferente sucede en el caso de las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio (excepto exista una regla de *stare decisis*, en virtud de la cual *la* norma general creada por el juez adquiera el carácter de obligatoria), a los otros jueces.

¹⁵⁷ (DUXBURY, Elements of Legislation, 2013, pág. 12)

¹⁵⁸ *Ibidem*.

con vocación de generalidad y abstracción (en el caso de los enunciados manipulativos) desvinculadas del caso concreto decidido, al no tener conexión con los hechos probados ni con su justificación. En este tipo de casos, sí que estaríamos ante una labor eminentemente legislativa.

Una vez establecidas las diferencias entre la creación de normas generales en supuestos de lagunas jurídicas y la creación del derecho legislado, toca ahora exponer a qué hacemos referencia cuando hablamos de “creación” de normas a partir de la interpretación.

5.4. La interpretación jurídica como actividad disciplinada y creación del derecho

Uno de los mayores aportes de Giovanni Tarello¹⁵⁹ a la teoría del derecho es, sin duda, la crítica a la doctrina formalista según la cual la interpretación jurídica se agota en el conocimiento de normas preconstituidas (documentos normativos) y no tiene como finalidad la *producción de normas nuevas*. Para nuestro autor, el problema con dicha ideología, es la convicción o creencia de que existe “un significado unívoco o verdadero, de las normas, preconstituido, respecto a, y del todo independiente de, los procesos en los cuales y con los cuales los operadores jurídicos emplean las normas”¹⁶⁰

En efecto, el núcleo del planteamiento propuesto por Tarello reposa en evidenciar la distinción entre enunciado y significado, la cual nos permite arribar a una conclusión evidente: los enunciados normativos (como los preceptos constitucionales, las leyes, las ordenanzas, los tratados, etc.), son susceptibles de admitir no solo una interpretación posible, sino una pluralidad de interpretaciones alternativas.

Como vemos, la cita a Tarello resulta importante toda vez que sus estudios están orientados a analizar los procedimientos intelectuales en virtud de los cuales los operadores jurídicos crean derecho por medio de interpretación y sistematización del material legislativo¹⁶¹.

Si entendemos que el derecho surge de la combinación entre la *legislación* (disposiciones normativas emanadas por el órgano competente) y la *interpretación* que se hace de ella, la expresión “creación de derecho” adquiere dos significados distintos: i) puede referirse a la *producción* de enunciados típica de la legislación (en sentido material) o ii) bien puede

¹⁵⁹ (TARELLO G. , 1974, pág. 393).

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ (TARELLO G. , 2013, pág. 11).

hacer referencia a la producción de significados que es propia de la *interpretación (atribuir un significado a una disposición normativa)*. Como sostiene Guastini, “en ningún caso se puede decir que los jueces crean derecho en el mismo sentido que decimos que la legislación crea derecho. La expresión creación de derecho adquiere dos significados distintos en dos contextos, ya que producir un texto y atribuirle significado son actividades evidentemente distintas”¹⁶².

Esta misma distinción es percibida incluso por autores pertenecientes a la tradición jurídica del *common law* como Brian Simpson y Duxbury cuando analizan la preposición “*judges make law*” en materia de precedentes: “[T]he production of authority that this or that is the law,” Simpson enfatiza “is not the same as the identification of acts of legislation [Judges’] acts create precedents, but creating a precedent is not the same thing as laying down the law (...). [T]o express an authoritative opinion is not the same thing as to legislate.”¹⁶³ Duxbury, por su parte, remarca que, “[c]ertainly it would be a mistake not to regard judicial creativity and the enactment of laws by legislatures as radically different forms of law making”¹⁶⁴.

Ahora bien, para determinar de qué manera los jueces crean derecho, es menester establecer la distinción entre *disposición* y *norma* propuesto por Guastini¹⁶⁵. Podemos encontrar que el término “norma” es usado bien para distinguir enunciados del discurso de las fuentes (formales), o bien para designar sus significados (a menudo para designar uno y otro a la vez). Veamos:

- i) *Disposición* es un enunciado de las fuentes formales del derecho. Una disposición es una prescripción, un *texto normativo* el cual puede tener rango de ley o carácter reglamentario, emitido por el órgano competente (Congreso de la República). Esta disposición es *susceptible* de expresar diversos significados a través de la interpretación.
- ii) *Norma expresa* es un enunciado que constituye el significado o uno de los significados de una disposición, la cual es obtenida fruto de una actividad interpretativa. Nótese que

¹⁶² (GUASTINI R. , 2019, pág. 207).

¹⁶³ (SIMPSON, 1973, págs. 77-99)

¹⁶⁴ (DUXBURY, Elements of Legislation, 2013, pág. 22)

¹⁶⁵ La teoría propuesta por Guastini, en este punto, es sustancialmente idéntica al centro de pensamiento expuesta por su maestro, Tarello. De manera que recurriremos indistintamente a ambos autores para determinar cuál es el límite constitucionalmente permitido a la facultad creadora del derecho en el caso de la Judicatura.

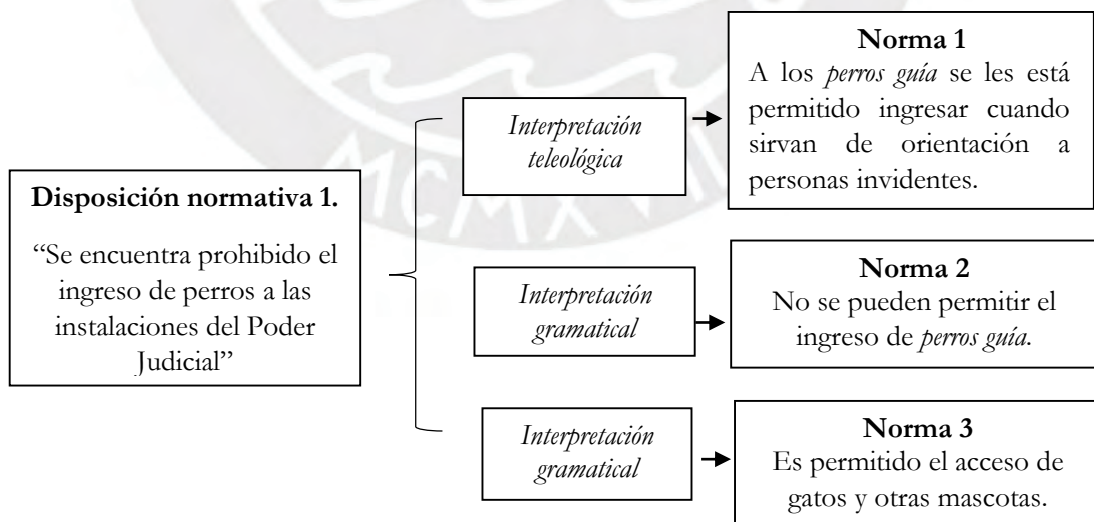
de una disposición pueden extraerse diversas normas. A ello que *no pueda existir normas como entidades separadas de la disposición normativa*. Como sostiene Scarpelli:

“[P]odríamos decir paradójicamente que las normas no existen: no existen como entidades separadas, independientemente de los procedimientos interpretativos. Una norma es solamente el punto de llegada de un procedimiento interpretativo, no puede ser expresada si no adscribiéndola a un enunciado o un conjunto de enunciados”¹⁶⁶.

iii) *Norma inexpressa* es un enunciado normativo, producido por los intérpretes, que no constituye significado de una disposición. Son llamadas también “implícitas”, derivables de aquellas expresas con argumentos de diversa naturaleza (a veces deductivos, pero por lo demás no deductivos, como el argumento a contrario o el argumento analógico)¹⁶⁷.

La interpretación decisoria (hecha por órganos jurisdiccionales) es la que nos interesa estudiar a efectos del presente trabajo. Este tipo de interpretación es la que realiza un órgano de aplicación y consiste en la *elección de un significado* (o mejor dicho, uno de los significados posibles) de una disposición (o de una combinación de disposiciones) y, por lo tanto, de una norma expresa, en lugar de las demás de las potencialmente expresadas en el texto normativo, de modo que la utilice para una justificación de su decisión¹⁶⁸.

El siguiente cuadro nos ayudará a ejemplificar la distinción propuesta:



*Elaboración propia

¹⁶⁶ (SCARPELLI, 1985, pág. 570).

¹⁶⁷ (GUASTINI R. , 2017, pág. 206).

¹⁶⁸ (GUASTINI R. , 2019, pág. 207).

La legislación, por consiguiente, constituye una actividad creadora de disposiciones, *no de normas*. Una disposición presenta un significado indeterminado debido a la ínsita ambigüedad del lenguaje. Es por ello que un enunciado normativo es susceptible de admitir una pluralidad de interpretaciones (contiene un marco de significados posibles) y, por ende, una multiplicidad de normas alternativas.

Entonces, ¿podemos concluir que los jueces crean derecho? Por supuesto que sí. Los jueces a través de la interpretación se ven obligados a crear normas de cara a la aplicación de una disposición normativa en un caso concreto. Dicha función es parte de la labor de integración del derecho que necesariamente tiene que hacer todo magistrado.

Sin embargo, la interpretación legal es una actividad disciplinada, por ello es vital distinguir entre “crear disposiciones normativas susceptibles de expresar normas generales y abstractas” (labor ínsita del legislador y nunca de un juez) y “crear, interpretativamente, sentidos diferentes a los que puede expresar un texto, de acuerdo a sus significados convencionales o sentidos mínimos” a partir de la disposición. Es decir, a diferencia de la competencia del Poder Legislativo de crear derecho *ex novo* conferida constitucionalmente (artículos 90 y 102, inciso *a*, de la Constitución), los órganos jurisdiccionales concretizan un sentido interpretativo que proviene de una derivación directa del enunciado normativo.

Como sostiene Duxbury: “When judges are creative with statutes they tend, in short, not to be legislating from them but rather interpreting them so as to bring to the fore what the law already, if perhaps not very clearly, provides”¹⁶⁹.

Nótese que solo a partir de esta última forma, en nuestro sistema jurídico¹⁷⁰, se respetaría el principio de *separación de poderes*.

Esta actividad, puede ser considerada como “creación” de significado, aunque en un sentido *débil* de la palabra. Somos de la posición que la creación del derecho por los jueces, entendida de esta forma, es la única manera en la cual pueda considerarse una actividad

¹⁶⁹ (DUXBURY, Elements of Legislation, 2013, pág. XV).

¹⁷⁰ Notemos que la determinación de la actuación constitucionalmente permitida (en base al principio de separación de poderes) por parte de la judicatura puede variar de pende a lo contemplado en la constitución de un determinado país. Es el caso de las súmulas brasileñas, que es legislación judicial autorizada expresamente por la Constitución brasileña a partir de la Enmienda Constitucional 0452004. Otra figura similar son los *assentos* portugueses.

constitucionalmente amparada; es decir, *este es el límite de su intervención*¹⁷¹. De esta manera, el proceso interpretativo no debilita en absoluto la vinculación del juez a la ley y, por consiguiente, se encuentra vedada la posibilidad de poder disponer de ella.

Ergo, la Corte Suprema de la República se encuentra facultada a atribuir el mejor significado posible (en virtud de argumentos constitucionales) a una disposición normativa y, por lo tanto, rechazar diversas interpretaciones (normas) llevadas a cabo en instancias inferiores únicamente mediante *sentencias interpretativas*. Por tal motivo, consideramos que, en alusión a la praxis de “precedente” expuesta anteriormente, solo en los casos de la emisión del tipo de enunciados *genuinamente interpretativos de una disposición normativa*, este alto órgano de justicia encontraría su actuación como constitucionalmente válida¹⁷².

En contraste, mal haría la Corte Suprema (órgano de aplicación) si atribuye a una disposición un significado que no queda comprendido en el marco de los significados posibles (es decir, no resulta de una derivación directa del texto legal), usando luego este significado para justificar su decisión. Tal y como lo hizo con segunda regla del VI Pleno Casatorio en donde *impuso* requisitos para la *procedencia* de la demanda de ejecución de garantías, *imponiendo limitaciones* al ejercicio de la *tutela jurisdiccional efectiva*. En este tipo de casos, como se podrá advertir, encontramos desenmascarada una auténtica *legislación judicial*, suplantando la función que constitucionalmente le corresponde al legislador, excediendo con ello los límites de su poder.

En palabras de Guastini: “Esto no puede considerarse interpretación. Constituye ‘creación’, esta vez *en sentido fuerte*, de una norma inexpressa: por lo tanto *una operación totalmente análoga a la legislación (en sentido ‘material’)*. Si bien no consiste formalmente en una formulación

¹⁷¹ Esto, por supuesto, puede variar en diferentes contextos, todo depende de cómo esté diseñado el principio de separación de poderes en un ordenamiento jurídico determinado. Piénsese, por ejemplo, el caso de las súmulas brasileñas en donde el Supremo Tribunal Federal se encuentra facultado *constitucionalmente* para emitir enunciados cuasilegislativos al margen de un caso concreto o de un paradigma fáctico.

¹⁷² No obstante, es preciso advertir que la expedición de reglas interpretativas con prescindencia de un paradigma fáctico, es decir, formuladas en abstracto, *no* es una facultad que se ha conferido a nuestra Corte Suprema en virtud de una *norma de competencia*. Sostengo que toda interpretación de las disposiciones de nuestro ordenamiento positivo (que se realice en el marco de los plenos casatorios), deben tener vocación de resolver el problema jurídico planteado en un *concreto recurso de casación*, ello en observancia del artículo 400 del CPC. Es decir, toda interpretación debe darse en concreto, nunca en abstracto. En efecto, para realizar esto último se requiere de una norma que expresamente otorgue competencia al órgano jurisdiccional, tal y como sucede en el caso de las súmulas brasileñas.

oficial de una disposición, tiene materialmente la misma vocación de generalidad y abstracción”¹⁷³(énfasis agregado).

Hay otros casos en que los órganos de aplicación construyen ellos mismos lagunas en el ordenamiento y procediendo a colmarla elaboran una norma inexpressa que a diferencia de lo anterior, ni siquiera intentan presentarla como un significado de una disposición se modifican ya sea agregando, modificando, o sustituyendo discrecionalmente la referida disposición normativa. Esta es una actividad muy propia del Tribunal Constitucional dado que, hasta el momento, ha venido modificado ya sea cambiando, añadiendo o suprimiendo las diversas disposiciones del Código Procesal Constitucional y e incluso de la Constitución!¹⁷⁴

Una operación como la descrita de ninguna manera podría denominarse interpretación, por el contrario, constituye creación de derecho también en un sentido fuerte¹⁷⁵.

5.5. El límite constitucionalmente permitido a la facultad creadora del derecho por parte de la judicatura peruana: la proscripción de la emisión de enunciados manipulativos

Hasta aquí hemos determinado que la creación de *normas generales* se encuentra justificada únicamente para regular el supuesto fáctico de un caso concreto. Ello a razón que el ordenamiento positivo no contempla ninguna solución jurídica para el mismo y, por lo tanto, es el juez el llamado a impartir justicia ante dicho supuesto.

Asimismo, respecto a la interpretación como actividad de “creación del derecho” (aunque en un sentido débil de la palabra), vemos que dicha actividad se encuentra disciplinada en atribuir un significado a un dispositivo legal (a partir de argumentos constitucionales) de acuerdo a los significados convencionales o sentidos mínimos que pueda expresar dicho texto normativo. Es decir, únicamente sería posible concretizar un sentido interpretativo

¹⁷³ (GUASTINI R. , 2019, pág. 207) .

¹⁷⁴ El Tribunal Constitucional ha introducido ampliaciones y modificaciones al texto del Código Procesal Constitucional y a la Constitución a través de sus sentencias. Ejemplo de ello son las *modificaciones* introducidas a las causales de procedencia (se añadió nuevos supuestos de improcedencia liminar de la demanda) del Recurso de Agravio Constitucional, *manipulando* discrecionalmente los Presupuestos subjetivos: (Partes y tipo de agravio). Así como los *presupuestos objetivos* (motivos de impugnación, acto impugnante). Sin embargo, es menester advertir que esta facultad no se encuentra prevista en la Constitución ni en la ley. Para más detalle véase Precedente Vásquez Romero (STC. 00987-2014-PA/TC). Asimismo, (ABAD YUPANQUI, 2014, págs. 11-25).

¹⁷⁵ (GUASTINI R. , 2019, pág. 208)

que provenga de una derivación directa del enunciado normativo. Por consiguiente, solo en estos supuestos la judicatura encuentra como límite su intervención.

En efecto, a esta misma conclusión podemos arribar si recurrimos a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el expediente 0030-2005-PI/TC, caso Ley de la Barrera Electoral, del 13 de febrero de 2006, en donde estableció como precedente vinculante lo siguiente:

“60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. (...). 61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45° de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

a) *En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes*, previsto en el artículo 43° de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90° y 102°, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas *sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”*. (...) (Énfasis añadido)¹⁷⁶.

¹⁷⁶ “b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones. c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de

Como vemos, aun cuando estas reglas hayan sido dictadas para limitar la actuación del propio Tribunal Constitucional respecto a la emisión de sentencias interpretativas en el marco del proceso de control concentrado de normas (inconstitucionalidad), lo establecido en dicho precedente resulta perfectamente vinculante para la praxis de la Corte Suprema.

Resultaría inconstitucional, por lo tanto, si la Corte Suprema anula, adiciona o sustituye alguna palabra o frase de la disposición legal bajo examen, *cambiando así su sentido*, sin que exista una fundamentación que justifique su superación o derrotabilidad a partir de argumentos constitucionales. En efecto, expedición de *enunciados manipulativos*, (en formato de reglas jurisprudenciales vinculantes) está proscrita, dado que en estos casos se produce una concentración de poder en un órgano jurisdiccional—sin estar facultado constitucionalmente para ello—asumiendo un rol equiparable al de un *legislador positivo*, lo que daría surgimiento de serias tensiones entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, *quebrantando así el principio de separación de poderes*. Y es que la Corte Suprema (Poder Judicial) no se encuentra autorizada a crear actos normativos *ex novo* sustituyendo a la autoridad normativa del Congreso de la República.

Como ha destacado Zagrebelsky¹⁷⁷, este tipo de sentencias, aunque tengan la vocación de suplir una deficiencia de la ley, parecen no resolver el siguiente dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente correspondería al legislador introducirla.

mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho. d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud. La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado. Estos criterios constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.” Exp. N.º 0030-2005-PI/TC, caso Ley de la Barrera Electoral, de 13 de febrero de 2006.

¹⁷⁷ (ZAGREBELSKY, La Giustizia costituzionale, 1988, pág. 303) A su juicio “si la norma está presente en el sistema corresponde a los jueces (a todos los jueces) recabarla; si no está presente, corresponde al legislador (solo al legislador) establecerla”

Por esta razón, Cavani¹⁷⁸ sostiene que la única “salida” constitucional de que un órgano jurisdiccional pueda emitir este tipo de disposiciones vinculantes es a partir de una reforma constitucional. Nuestro autor destaca que “(...) la Constitución sólo confiere poder de crear actos normativos con rango de ley al Congreso y al Poder Ejecutivo y, además, dispone que los magistrados están sujetos a la Constitución y a la ley (art. 146 § 3 inc. 1)”.

En conclusión, es innegable que, en un Estado Constitucional de Derecho, los jueces crean derecho, o, mejor dicho, necesariamente tienen que hacerlo. Lo importante es aclarar en qué sentido esta creación resultaría válida de acuerdo a nuestro marco constitucional. Ergo, los jueces cuando interpretan la ley *tienen límites*. Pero no solo ello: también se les excluye la facultad de ser órganos que puedan *crear leyes*. Esta prohibición se deriva directamente del principio constitucional de separación de poderes.

6. HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN RACIONAL DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE EN EL MARCO DE LOS PLENOS CASATORIOS

Vistas así las cosas, si el modelo “adoptado” (creado) por la Corte Suprema de enunciados normativos y reglas jurisprudenciales vinculantes —que redundan en el quebrantamiento del principio de separación de poderes— responde a una errónea interpretación del artículo 400 del CPC que la propia Corte realiza acriticamente, resulta imperante, por lo tanto, que deba haber un profundo replanteamiento de dicha praxis. Para tal efecto, corresponde formular una propuesta interpretativa diferente.

Realizando una interpretación más garantista posible (concordancia práctica¹⁷⁹ y de interpretación conforme a la Constitución) y respetuosa del derecho a la seguridad jurídica

¹⁷⁸ “(...) la Constitución sólo confiere poder de crear actos normativos con rango de ley al Congreso y al Poder Ejecutivo y, además, dispone que los magistrados están sujetos a la Constitución y a la ley (art. 146 § 3 inc. 1). Esto último quiere decir que los jueces, cuando interpretan la ley, tienen límites. Pero no solo ello: también se les excluye de ser órganos que puedan crear leyes. Esta prohibición se deriva directamente del principio constitucional de *separación de poderes*. La única forma que cualquier órgano jurisdiccional pueda emitir enunciados normativos con pretensión de abstracción y generalidad que, en la práctica, tengan rango legal, es únicamente con una reforma constitucional, exactamente como ocurrió en Brasil con la Enmienda Constitucional N° 0452004 respecto de las súmulas vinculantes” (CAVANI, TEORÍA IMPUGNATORIA Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil, 2018, pág. 181).

¹⁷⁹ Según nuestro supremo intérprete “(...) principio de concordancia práctica, que *exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios* o exigencias constitucionalmente relevantes. Entre esas exigencias y principios se encuentran, por ejemplo, la continuidad y prontitud del ejercicio de la función

e igualdad, somos de la opinión que *el artículo 400 del CPC consagra una regla de stare decisis (tanto horizontal como vertical) y, por consiguiente, un sistema de precedentes vinculantes (basado en hechos)*. Ello por 3 razones: i) la misma dicción literal del 400 inspira a un trabajo con precedentes; ii) porque se preservaría de una mejor manera los principios de seguridad jurídica e igualdad, brindando una mayor protección a los justiciables frente a las arbitrariedades por parte de la judicatura; y iii) se evitaría incurrir en una práctica totalmente disfuncional, violatoria del principio de separación de poderes, en donde los jueces supremos emitan la sentencia (expidan el texto) y, sean ellos mismos, los únicos que determinen qué parte de ese texto es lo que vincula o, en el peor de los casos, emitan reglas en formato de ley haciendo las veces de un legislador positivo.

Tenemos, por un lado, que, en base al principio de *concordancia práctica*, se exige brindar una interpretación que optimice la protección de los derechos constitucionales en juego y coadyuve a la erradicación de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. En tal sentido, consagrar un trabajo con precedentes basado en hechos preservaría de una mejor manera el derecho a la igualdad y al de seguridad jurídica, toda vez que ya no se tendría una praxis que funcione bajo un diseño de emisión de enunciados manipulativos, sino bajo un esquema argumentativo basado en circunstancias fácticas, de manera tal que si un caso es sustancialmente idéntico al caso paradigma, existe la expectativa legítima de que órgano jurisdiccional debería brindar un tratamiento semejante, reduciendo de esta manera la incertidumbre de los justiciables y dotándoles de la posibilidad de anticipar razonablemente la orientación de un determinado fallo judicial.

Adicionalmente a ello, doctrina constitucional comparada (principalmente alemana) ha desarrollado el criterio de *interpretación conforme a la Constitución*¹⁸⁰, que impera al órgano jurisdiccional, dentro de los distintos y posibles sentidos de interpretación (normas) deducibles de un precepto legal, escoger aquel sentido interpretativo que haga más

jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez, *la prohibición de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional*,” (énfasis añadido) Sentencia 1013-2003-HC/TC.

¹⁸⁰ Este principio de interpretación se compone por una doble dimensión: “a) Una dimensión pasiva, como criterio orientador de la actividad interpretativa de los jueces (...), en el ejercicio del control constitucional, según la cual se busca preservar la existencia del precepto normativo objeto de cuestionamiento constitucional dentro del ordenamiento jurídico otorgándole un sentido interpretativo que resulte compatible con la Constitución; y b) Una dimensión activa, como principio general del ordenamiento jurídico, según el cual la interpretación de la Constitución se erige en la premisa fundamental para la interpretación de todo precepto normativo que conforma el ordenamiento jurídico y sirve de base para otorgar al precepto enjuiciado un sentido interpretativo en armonía con ella” (BLUME ROCHA, 2015, pág. 7).

compatible con la constitución. Precisamente por ello, siendo la praxis de plenos casatorios (emisión de enunciados manipulativos de la legislación nacional) inconstitucional al contravenir el principio de separación de poderes, el trabajo con precedentes se erige como una manera óptima para preservar tal principio.

Ahora bien, con respecto a estos criterios de interpretación constitucional empleados, algunos podrían sostener que éstos son criterios de interpretación de preceptos constitucionales y, por lo tanto, no aplicables a disposiciones contenidas en el CPC. Sin embargo, este argumento pasa por alto que los principios constitucionales (entre ellos el de seguridad jurídica e igualdad) forman parte de todo el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la actividad interpretativa en campos distintos al terreno constitucional no puede ser diferente, es decir, no puede dejar de perseguirse la optimización de los derechos fundamentales y los principios en cada actividad de interpretación que se realice.¹⁸¹

Por consiguiente, cuando la dicción literal del artículo 400 del CPC regula la institución del precedente lo que está prescribiendo en realidad es que, la *reconstrucción* de la *ratio decidendi* adoptada en el pleno, sea *realizado por los jueces que resuelven un caso sucesivo* (fruto de un *proceso interpretativo*). Ello con la finalidad de extraer la *norma universalizable* —susceptible de abarcar casos posteriores— y será esta norma la que *vinculará* a todos los órganos jurisdiccionales de la República para resolver casos futuros cuyas circunstancias fácticas (hechos) sean similares. Por consiguiente, lo que *debería* vincular es la *ratio decidendi* y no reglas expedidas en formato de enunciados normativos (con vocación de generalidad y abstracción).

Nótese que, en nuestra lectura, los jueces supremos *no* están llamados a determinar, del texto de su sentencia, qué es lo que vincula. Son, por lo tanto, los *jueces del caso sucesivo* los llamados a extraer la norma universalizable (*ratio decidendi*).

Asimismo, el grado de vinculación exigido por el artículo 400 constituye una regla de *stare decisis* siendo una norma explícita que impone una vinculación u obligatoriedad para que

¹⁸¹ Como sostiene García “pretender que la legalidad ordinaria y la legalidad constitucional son ámbitos del ordenamiento jurídico perfectamente separados o separables es, pura y simplemente, irreal. Dado que los ordenamientos preceden históricamente a las Constituciones, todo momento constituyente parte de esa realidad jurídica previa, bien para rechazarla, bien para darle apoyo (llegando incluso a “constitucionalizar” normas concretas), bien para mostrarse indiferente con la misma. Pero ocurre que, además, la realidad jurídica es el dato sobre el que operan los principios generales del ordenamiento, recogidos, en gran medida, en la Constitución” (ALONSO GARCÍA, 1984, pág. 477).

sea seguida esta norma-precedente (fruto del proceso interpretativo). Adviértase que existen otras sentencias casatorias de la Corte Suprema (tanto de la sala permanente como transitoria), de las cuales puede obtenerse precedentes que no vinculan. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que no hay una regla de *stare decisis* que así lo imponga. No obstante, no descartamos la posibilidad de que se pueda dar una relevancia (fuerza) empírica en dichos precedentes y estos sean seguidos sin que los jueces estén formalmente obligados a ello¹⁸².

Teniendo en cuenta lo establecido por dicho texto normativo, el precedente, atendiendo a su relevancia práctica y vinculación formal, tendría un carácter ligeramente vinculante, puesto que, en atención a la dicción del texto del artículo 400 del CPC (“*hasta que sea modificada por otro precedente*”), es susceptible de ser enmendado por otra *norma precedente (ratio decidendi)* (emitida en el marco de un pleno casatorio, claro está). Esta suerte de abrogación (*overruling*) solamente se podría justificar en virtud de un caso posterior —con similitud fáctica— que requiera un pronunciamiento diferente.

Naturalmente este cambio de criterio debe estar justificado en propiciar una evolución del derecho mediante una nueva regla, o cuando la *ratio decidendi* del caso paradigma sea manifiestamente injusta o equivocada, esto es, que no genere conciencia de obligatoriedad. En tales supuestos, la Corte Suprema deberá ofrecer un alto estándar argumentativo basado en razones constitucionales que fundamente dicha derrotabilidad.

Adicionalmente, de acuerdo al texto normativo del artículo 400 del CPC, en concordancia con el artículo 22 de la LOPJ¹⁸³, es posible que el precedente admita excepciones para su acatamiento por parte de la judicatura siempre y cuando ello sea fundado en base a disimilitud fáctica (*distinguishing*). Esto es, solamente se puede justificar la *inaplicación* (o diferenciación) del precedente cuando los hechos de un caso bajo juzgamiento, no se encuentren bajo la hipótesis de incidencia de la *ratio decidendi* del caso paradigma —lo cual exige un análisis minucioso, contrastando las circunstancias factuales de ambos casos, así como una argumentación cualificada—.

¹⁸² Ello se daría por el efecto de la práctica judicial (*extra legem*). (CHIASSONI P., 2015, pág. 51) .

¹⁸³ Sostenemos que ambos artículos son equiparables y regulan el mismo fenómeno (precedente vinculante). Ello porque en ambos está expresamente prevista la obligatoriedad de seguir las normas extraíbles de la sentencia precedente, es decir, ambos textos normativos constituyen una regla de *stare decisis*. La única particularidad es que el artículo 22 de la LOPJ sí contempla la posibilidad de inaplicar la *ratio decidendi*, mientras que el artículo 400 de CPC no. En tal sentido son disposiciones normativas complementarias.

7. CONCLUSIONES

Nuestra práctica judicial se hubiera orientado de una manera muy diferente si los magistrados de la Corte Suprema, en el marco de los plenos casatorios, hubieran acogido un trabajo con precedentes basado en hechos. En lugar de ello se adoptó un “modelo” de enunciados normativos y reglas jurisprudenciales vinculantes que no solamente tiende a convertir al juez en un autómatas (que solo maneja conceptos abstractos y no motiva en base a presupuestos fácticos) sino que también transgrede flagrantemente el principio de separación de poderes, el cual se encuentra reconocido en nuestra constitución.

Por consiguiente, es solo a partir de nuestra interpretación propuesta (del artículo 400 del CPC) que las cosas empezarían a cobrar sentido: la función de la Corte Suprema se circunscribiría a lo que la ley le ha encomendado hacer: resolver casos complejos (de especial trascendencia) y asegurar la correcta *interpretación* del derecho —y no buscar que sus “precedentes” sean trabajados tal cual disposiciones normativas del Congreso.

En atención a ello, es necesario redefinir la función que debería tener nuestra Corte Suprema con la finalidad de que pueda satisfacer las exigencias para entablar un correcto trabajo con precedentes.

Su labor debe estar orientada a la interpretación del derecho con fundamento en los hechos buscando resolver casos *con miras hacia el futuro*, es decir, con la finalidad de instituir un caso paradigma, el cual sirva para creación de precedentes¹⁸⁴ para que, de esta manera, pueda influenciar la jurisprudencia venidera, individualizando la interpretación, fomentando la unidad del Derecho y tutelando la seguridad jurídica, la libertad e igualdad de los justiciables.

Como vemos, para aspirar a ello es imprescindible que nuestro ordenamiento jurídico cuente con al menos 2 características:

i) La necesidad de trabajar con un paradigma fáctico

Como se expuso a lo largo de la presente investigación, el punto determinante es la justificación jurídica basada en hechos, ello porque permite entablar un genuino trabajo con precedentes garantizando el principio de seguridad jurídica e igualdad de los

¹⁸⁴ (TARUFFO M. , Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile, 1991, págs. 64-65).

justiciables y, asimismo, evitar una praxis disfuncional que redunde en un quebrantamiento del principio de separación de poderes por parte de la Corte Suprema.

ii) Un cambio de paradigma en la educación en las Facultades de Derecho de nuestro país

Es necesario para ello que la educación en las Facultades de Derecho tenga un cambio de paradigma: el estudio concienzudo de la doctrina que explica nuestras instituciones jurídicas sigue siendo relevante pero, tan importante como ello, es un estudio pormenorizado de pronunciamientos jurisprudenciales (en base a casos). Las escuelas de Derecho deberán avocarse a la enseñanza de métodos interpretativos para la determinación de la *ratio decidendi*, así como de técnicas argumentativas para justificar la inaplicación del precedente (*distinguishing*), o sobre la pertinencia del cambio de precedente ante una situación concreta (*over ruling*).

iii) Un sentimiento de obligatoriedad y adhesión al precedente

Para ello la sentencia que expida la Corte Suprema en el marco de los plenos casatorios debe ser una que cree tendencia (la *ratio decidendi* debe tener una corrección constitucional) para que luego esta no sea modificada fugazmente.

Un claro de la importancia de dicho requisito, es la forma en la que la Corte Suprema resolvió el primer pleno casatorio (derrame de mercurio en Choropampa). Pues bien, en este caso, ¿cómo se pretendía generar un sentimiento de adhesión cuando estas reglas vinculantes disponían que los comuneros de la localidad de Choropampa están impedidos de solicitar la nulidad de una transacción extrajudicial cuando esta pudo haber sido manifiestamente nula? ¿Acaso un negocio jurídico no puede tener un fin ilícito, objeto imposible o ser contraria a ley? ¿Acaso en el pedido de nulidad no subyace una evaluación de orden público? En efecto, este fallo no generaba en absoluto un sentimiento de obligatoriedad. Motivo por el cual estas reglas tuvieron que ser modificadas por el IX pleno casatorio.

Ergo, para que se cristalice un correcto trabajo con precedentes y se preserve el principio de separación de poderes la Corte Suprema —necesariamente— debe cambiar su modelo adoptado de “enunciados normativos vinculantes” por un modelo de *precedentes basado en hechos*, en donde se avoque a la resolución de casos complejos (de especial trascendencia) a partir de los elementos casuísticos (hechos) a fin de que cumpla con su papel de garantizar la prevalencia de los principios de *igualdad* y de *seguridad jurídica* tan necesarios en nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, S. (2014). *El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio en El debate en torno a los límites del recurso de agravio constitucional*. Lima: Palestra editores.
- ABREU, R. (2015). *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo.
- ALCHOURRÓN, C., & BULYGIN, E. (1991). Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas. En Alchourrón, & Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (págs. 155-167). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, C., & BULYGIN, Eugenio. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- ALCHOURRÓN, C., & BULYGIN, Eugenio. (1991). La concepción expresiva de las normas. En Alchourrón, Carlos, & E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (págs. 121-153). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALONSO GARCÍA, E. (1984). *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARIANO DEHO, E. (2015). *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico.
- ÁVILA, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- BARKER S, R. (2014). *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Lima: Grijley.
- BLUME ROCHA, A. (2015). *El Principio de Interpretación Conforme a la Constitución como criterio Hermenéutico del Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BORDALÍ SALAMANCA, A. (2008). La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno. Valparaiso: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- BULYGIN, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía*, (18), 7-25. Recuperado el 30 de Abril de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100001&lng=es&tlng=es.

- BUSTAMANTE, T. (2016). *Teoría del precedente judicial*. Lima: Legales Ediciones.
- CAMPOS MELLO, P. (2015). La función de los precedentes como filtro argumentativo. En C. BERNAL PULIDO, & T. (. BUSTAMANTE, *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* (págs. 179-228). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2008). *Fundamentación filosófica de los derechos humanos: la persona como inicio y fin del Derecho*. Arequipa: Editorial Aldrus.
- CAVANI, R. (2014). *Función del TC peruano, modelos de cortes de vértice y la “especial trascendencia constitucional”*. Lima: Gaceta constitucional & procesal constitucional 81.
- CAVANI, R. (2018). *TEORÍA IMPUGNATORIA Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- CHIASSONI, P. (2004). Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. *Analisi e diritto* .
- CHIASSONI, P. (2015). La filosofía del precedente: Análisis conceptual y reconstrucción racional. En C. BERNAL PULIDO, & T. (. BUSTAMANTE, *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* (págs. 21-66). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CHIOVENDA, J. (1977). *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2007). Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta. *Revista Española de Derecho Constitucional ISSN 0211-5743, Año nº 27 No 81*, 71-114.
- CROSS, R., & HARRIS, J. W. (1991). *Precedent in English Law 4th ed*. New York: Oxford: Clarendon Press.
- CROSS, R., & HARRIS, JW. (2012). *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Ponds.
- DÍAZ GARCÍA, I. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. *Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2*, 33 - 76.
- DIEZ-PICAZO, L. (1979). *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid: Tecnos.

- DUGUIT, L. (2005). *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Editorial Comares.
- DUXBURY, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Nueva York: Cambridge University Press.
- DUXBURY, N. (2013). *Elements of Legislation*. New York: Cambridge University Press.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- DYER CRUZADO, E. (2014). *Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- ESCOBAR FORNOS, I. (2011). Justicia Constitucional y Poderes del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN* , núm. 15., 67-138 .
- FERRER BELTRÁN, J. (2016). El gen iusrealista de Michele Taruffo: La teoría del precedente judicial. En C. V. JORDI FERRER BELTRÁN, *DEBATIENDO CON TARUFFO* (págs. 173-186). Madrid: Marcial Pons.
- GARGARELLA, R. (Diciembre de 2013). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. Obtenido de <http://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10615>
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1994). Igualdad y respeto al precedente. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ISSN 1133-0937*, 211-228.
- GASCÓN, M. (2015). La racionalidad y el (auto) precedente. En B. PULIDO, BUSTAMANTE, & (eds.), *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* (págs. 67-104). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GUASTINI, R. (2017). Dos concepciones de las normas. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija Za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava*. Obtenido de <http://journals.openedition.org/revus/3810>; DOI: 10.4000/revus.3810
- GUASTINI, R. (2019). *Lecciones de Teoría del derecho y del Estado*. Lima: Zela grupo editorial SRL.
- LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio. (2006). *NATURALEZA Y DIMENSIONES DEL "STARE DECISIS"* *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1 pp. 109 – 124.

- LOCKE, J. (1988). *Second Treatise of Government*. Peter Laslett ed., Cambridge University Press. doi:<https://doi.org/10.1017/CBO9780511810268>
- LOCKE, J. (2017). *Second Treatise of Government*. Jonathan Bennett.
- LOEWENSTEIN, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel 2da edición.
- MACCORMICK, N., & SUMMERS, R. S. (1997). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Ashgate: Aldershot-Brookfield.
- MARINONI, L. G. (2013). *Precedentes Obligatorios*. Lima: Palestra.
- MARINONI, L. G. (2017). *La ética de los precedentes*. Lima: Palestra.
- MITIDIERO, D. (2014). *Fundamentación y precedente: dos discursos a partir de la decisión judicial*. Lima: Gaceta Constitucional N° 58.
- MONTESQUIEU. (1906). *El Espíritu de Las Leyes*. Madrid: Librería General De Victoriano Suárez.
- MONTROSE, J. (1957). *Ratio decidendi and the House of Lords*. *The modern Law Review*. Vol.20., 124-130.
- NINAMANCCO, F. (2018). *JURISPRUDENCIA CIVIL VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA Análisis de todos los Plenos Casatorios Civiles*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- NUÑEZ VAQUERO, Á. (2016). Sin Precedentes: Una mirada Escéptica a la regla del stare decisis. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39., 127-156.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(1), 51-78.
- PASCO ARAUCO, A. (jueves de Octubre de 2015). *LA LEY: ¡Jueces supremos contradicen sus propios plenos casatorios!* Recuperado el 29 de abril de 2020, de <https://laley.pe/art/2838/jueces-supremos-contradicen-sus-propios-pletos-casatorios>
- RAZ, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- RAZ, J., ALEXY, R., & Robert BULYGIN, E. (2007). *Una discusión sobre teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

- REGGIARDO SAAVEDRA, M., & LIENDO TAGLE, Fernando. (2012).
Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú. *Themis revista de Derecho* N°62, 223-234.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, R. (2007). *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.
- SCARPELLI, U. (1985). *Gli strumenti del sapere contemporaneo*. . Torino: UTET.
- SCHAUER, F. (2009). *Thinking like a Lawyer*. Londres: Harvard University Press.
- SIERRA SOROCKINAS, D. (2016). El precedente: un concepto. . *Derecho del Estado* n° 36, Universidad Externado de Colombia, 249-269.
- SIERRA SOROCKINAS, D. (2016). El precedente: un concepto. *Derecho del Estado* n° 36, Universidad Externado de Colombia, 249-269.
- SIMPSON, A. W. (1973). *The Common Law and Legal Theory en Oxford Essays in Jurisprudence*. ed. A. W. B. Simpson. Oxford: Clarendon Press.
- SOTO VELASCO, S. (2018). La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*. vol.16 no.2, 449-480.
- TARELLO, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. II Mulino.
- TARELLO, G. (2013). *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra Editores.
- TARUFFO, M. (1991). *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino.
- TARUFFO, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*, 86-99.
- TARUFFO, M. (2016). Consideraciones sobre el Precedente. *Revista IUS ET VERITAS*, N° 53, 330-345.
- TROPER, M. (29 de septiembre de 2013). *Séparation des pouvoirs*. Obtenido de Dans Dictionnaire Montesquieu [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Auger, ENS de Lyon; <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr>

- VERGARA, O. (2015). Ciencia jurídica y sistemas normativos. Dos comentarios a la teoría de la ciencia jurídica de C.E. Alchourrón y E. Bulygin. *Anuario de Filosofía del Derecho Núm. XXXI*, 253-278.
- WALDRON, J. (2013). Separation of Powers in Thought and Practice. *Boston Collage. Law Review. V.2. n° 54.*, 433-468.
- ZAGREBELSKY, G. (1988). *La Giustizia costituzionale*. Bolonia: Società Editrice Il Mulino.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil*. Torino: TROTTA, S.A.

