

Óscar Lozada Mego

LOS PRECEDENTES EN SERIO

Separación de poderes y
plenos casatorios civiles en el Perú



Facultad de
Derecho



PUCP

LOS PRECEDENTES EN SERIO

SEPARACIÓN DE PODERES Y PLENOS CASATORIOS CIVILES EN EL PERÚ

El presente libro ha sido sometido a *peer review* por parte de un especialista en el tema. El arbitraje fue gestionado por la Oficina Académica de Publicaciones, Comunicación e Imagen de la Facultad de Derecho de la PUCP.

ÓSCAR LOZADA MEGO

LOS PRECEDENTES EN SERIO

Separación de poderes y plenos casatorios civiles
en el Perú

Facultad de
Derecho



Los precedentes en serio

Separación de poderes y plenos casatorios civiles en el Perú

© Óscar Lozada Mego

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2024

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

<https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/>

Diseño de la portada: Gerardo Caballero Parra

Diagramación: Henry Marquezado Negrini

Corrección de estilo: Luis Rodríguez Ordóñez

Edición: Oficina Académica de Publicaciones, Comunicación
e Imagen de la Facultad de Derecho de la PUCP

Primera edición digital: noviembre de 2024

ISBN digital: 978-612-4440-34-2

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-12044

URL: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/202662>

DOI: <https://doi.org/10.18800/978-612-4440-34-2>

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo cualquier forma o medio, sin el consentimiento expreso y por escrito de los titulares de los derechos de autor.

ÍNDICE

Prólogo	9
Presentación	15
Agradecimientos	19
Introducción	21

Primera parte

Precedentes: concepto y justificación

1. El precedente: un concepto	25
1.1. Precedente y sentencia	27
1.2. Precedente y jurisprudencia	30
1.3. Precedente y <i>stare decisis</i>	32
1.4. Precedente y <i>ratio decidendi</i>	34
2. La justificación de un sistema de precedentes	39
2.1. La seguridad jurídica	40
2.2. La igualdad ante las resoluciones judiciales.....	42
2.2.1. El deber de aplicación uniforme de la ley.....	43
2.2.2. La observancia de las interpretaciones ofrecidas por los órganos jurisdiccionales legitimados.....	44
2.2.3. El deber de igualdad en el tiempo	45

Segunda parte

Plenos casatorios civiles y precedentes *made in Peru*

1. ¿Son precedentes los plenos casatorios?	51
2. Un análisis de la praxis de las Salas Civiles de la Corte Suprema con los plenos casatorios	57

2.1. Primer Pleno Casatorio: el inicio de una praxis de «precedente» disfuncional.	58
2.2. Segundo Pleno Casatorio: una convocatoria para resolver una cuestión de «especial trascendencia»	60
2.3. Tercer Pleno Casatorio: el otorgamiento de nuevas facultades al juez para fijar «de oficio» montos indemnizatorios.	62
2.4. Cuarto Pleno Casatorio: los seis supuestos de precario fijados en una controversia de prescripción adquisitiva.	64
2.5. Quinto Pleno Casatorio: la expedición de un «precedente» que transcribe una disposición normativa	66
2.6. Sexto Pleno Casatorio: una regulación para la procedencia de la ejecución de garantías que olvidó hacer el legislador.	68
2.7. Noveno Pleno Casatorio: una extraña aplicación del <i>overruling</i> .	70
3. Clasificación de las reglas jurisprudenciales vinculantes	73
3.1. Enunciados genuinamente interpretativos de una disposición normativa contenida en el Código Civil o CPC	73
3.2. Enunciados reiterativos o reproductores de la legislación nacional	74
3.3. Enunciados manipulativos de la legislación nacional.....	75
4. Precedentes vs. reglas jurisprudenciales vinculantes.....	76

Tercera parte

Separación de poderes, precedentes y plenos casatorios civiles

1. El principio de separación de poderes y las fuentes del derecho.....	85
2. La concepción de división de poderes francesa	88
3. Una versión moderna del principio de separación de funciones	90
4. La creación del derecho mediante la introducción de normas generales	92
5. La interpretación jurídica como actividad disciplinada y creación del derecho	97
6. El límite constitucionalmente permitido a la facultad creadora del derecho por parte de la judicatura peruana: la proscripción de la emisión de enunciados manipulativos	104
7. Hacia una reconstrucción racional del concepto de <i>precedente</i> en el marco de los plenos casatorios.....	107
Conclusiones	111
Bibliografía	115

PRÓLOGO

(i)

Escribir un prólogo es un honor y una tarea de enorme responsabilidad. Agradezco al autor por conferirme la confianza de presentar su obra y por compartir conmigo el momento estelar de su publicación.

Siempre he considerado que investigar es una labor íntima. Es un desafío personal que uno se impone a sí mismo, lo que implica sacrificios y satisfacciones que sólo el investigador conoce, sufre y goza. Los sacrificios y satisfacciones se mantienen en el corazón y en la mente del autor. Los lectores sólo asistimos con regocijo a la publicación de la obra.

La publicación es el acto de difusión de una investigación y, al mismo tiempo, un acto de valentía, de compromiso con la academia y su entorno, y de gran responsabilidad. Óscar Lozada Mego asume todos esos retos con solvencia. Presentar públicamente una investigación es una invitación a la discusión y a la reflexión académica en una determinada comunidad sobre ideas propias.

Por ello, asumo la tarea de escribir un prólogo como un acto de responsabilidad, pues el autor me coloca en una posición de enlace entre él y sus lectores. Tanto el autor como los lectores esperan, creo, que los presente y que los coloque en sintonía respecto de la investigación que están a punto de leer. Por ello, creo que debo poner en contexto al autor y a la obra, y de paso, dar mi opinión sobre ella.

(ii)

La obra titulada *Los precedentes en serio. Separación de poderes y plenos casatorios civiles en el Perú* del profesor Óscar Lozada Mego se inserta en el ámbito de lo mejor de la producción académica peruana de la primera mitad del siglo XXI en el derecho procesal. Por lo tanto, asume las características de las investigaciones sobre derecho procesal peruano contemporáneos. Para explicar qué significa ello, me tomo la libertad de compartir algunos datos.

Óscar Lozada Mego nació en Cutervo (Cajamarca) en 1995. Ingresó a estudiar Derecho a la Pontificia Universidad Católica del Perú en el 2015, concluyendo en el 2020. En la Facultad de Derecho llevó el curso de Impugnación Procesal con el profesor Renzo Cavani. Aprobar el curso requería presentar un ensayo crítico sobre una de las instituciones estudiadas en él y Óscar eligió el tema sobre el que versa esta investigación. Este mismo tema fue elegido por Óscar para la tesis de grado, eligiendo al profesor Renzo Cavani como su asesor de tesis.

Los datos que cito son absolutamente relevantes para comprender varias cosas del autor, de su investigación y de su obra.

Comienzo con el tema. La investigación elegida por Óscar gira en torno al tema del precedente judicial; más específicamente, del precedente en el proceso civil. Ya el tema nos indica ciertos rasgos característicos de la investigación. Se trata de un tema de gran interés en el derecho procesal contemporáneo, que a su vez exige trascender sus tradicionales fronteras. Ello ha llevado a los procesalistas por los senderos de la teoría general del derecho (específicamente, al tema de fuentes), el derecho constitucional (por el modo en que tal instituto puede impactar en el principio de separación de poderes) y el derecho comparado (por la trascendencia que tiene la teoría del precedente en el derecho anglosajón).

Los estudios de derecho procesal contemporáneo peruano, dentro de los que ubico a la obra de Óscar Lozada que ahora presento, tienen estos desafíos y rasgos. Las instituciones objeto de estudio son aquellas que aparecen o se presentan en el proceso, pero no corresponden exclusivamente a él. De hecho, para el derecho procesal contemporáneo las fronteras entre las disciplinas no existen. Es hoy un deleite traspasar las fronteras que la dogmática de las generaciones anteriores se había cuidado mucho en establecer y no quebrar. Hace unas décadas, los estudios procesales debían ser puros y se consideraban «más científicos» en tanto más encerrados en esa porción del conocimiento estaban. Hoy se investiga con mayor libertad porque las fronteras del saber o se han ampliado o no existen. Eso permite contar con mayor cantidad de información accediendo a autores que están fuera de la disciplina. Con eso, la perspectiva crítica también se amplía.

La investigación que da origen a esta obra se enmarca también en un proceso académico interesante que es preciso resaltar. Ella surge como un trabajo de un curso de pregrado y se continúa como investigación para la tesis para la obtención del título de abogado. El asesor es siempre el mismo: el profesor Renzo Cavani. Estos datos son también muy relevantes. Habla muy bien de la importancia de la investigación en el pregrado, de los incentivos de los estudiantes de pregrado para

hacerla y del rol de los profesores de pregrado como asesores y estimulantes de la investigación. Conociendo al profesor Renzo Cavani, no tengo duda de nada de ello, ni del compromiso y cariño que pone respecto de la labor con sus asesorados. Esto se puede comprobar en el agradecimiento formulado por el autor de la obra al profesor Renzo Cavani.

El autor despliega con destreza las habilidades de investigación. Asumió el reto que en su momento le puso el asesor y, queriendo superarlo, presenta esta publicación. Lo hace, además, con honestidad intelectual, con claridad envidiable y con coherencia sorprendente.

(iii)

El autor no duda desde el inicio en plantear una crítica al «modelo de emisión de enunciados jurisprudenciales vinculantes (manipulativos de la legislación)», pues considera que no es respetuoso de nuestro ordenamiento constitucional toda vez que los jueces civiles de la Corte Suprema asumen un «rol equiparable al de un legislador positivo», lo cual «quebranta el principio de separación de poderes, rasgo de identidad de nuestro ordenamiento jurídico constitucional». El planteamiento es crítico y directo.

El autor es consciente de que la tarea que se propone no es sencilla. Asume con responsabilidad un problema de partida que tiene su investigación: el concepto de precedente es «altamente polisémico». Lo asume e inmediatamente formula metodológicamente el modo de resolverlo. Hacerlo, claro está, tampoco es una tarea sencilla. Pero lo hace con una claridad que sorprenderá al lector, distinguiéndolo de otros conceptos con los cuales podría eventualmente confundirse. Es agradable acompañar al autor en esta tarea y recorrer los ejemplos sencillos con los que desea ilustrar sus postulados. Luego, el autor ingresa a tratar la justificación de un sistema de precedentes, deteniéndose especialmente en el estudio de la seguridad jurídica y la igualdad.

En la segunda parte de su libro, entra al estudio de los plenos casatorios y los precedentes en el Perú. Lo hace partiendo críticamente de la normativa y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. La lectura de esta parte demuestra un serio trabajo académico de crítica a la labor de las Salas Civiles de la Corte Suprema. Es un ejemplo a seguir como derrotero del compromiso de la doctrina nacional con la labor jurisdiccional. Ese análisis crítico lleva al autor a analizar el modo como la Corte Suprema ha entendido que debe actuar con precedentes, para lo cual analiza gran parte de los plenos casatorios.

Hecho ello, el autor incorpora una clasificación de las reglas jurisprudenciales vinculantes establecidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República. Este es un aporte significativo que debe orientar a la doctrina nacional cuando estudie los precedentes en sede nacional y a los órganos jurisdiccionales de vértice para comprender el rol que tienen. Este asunto se convierte en un punto de quiebre de la investigación, pues a partir de allí realiza una crítica que enfrenta las nociones de *reglas jurisprudenciales* y *precedentes*, demostrando la incoherencia entre ellas y la *ratio decidendi*.

La crítica aquí se vuelve una cuestión de constitucionalidad acerca de la actividad que le corresponde realizar a la Corte Suprema. Esto último lleva al autor a la tercera parte de su trabajo, en la que analiza el principio de separación de poderes en el Perú y su relación con el sistema de fuentes del derecho, tratando de ubicar en este último a los denominados *precedentes* que surgen de los plenos casatorios. En esta parte, el autor hace un análisis diacrónico sobre el modo en que se entiende el principio de separación de poderes y lo enfrenta con el rol del juez en el Estado constitucional. Asume muy bien en su investigación la labor de interpretación del derecho ubicando en ella la labor de creación del derecho por parte de los jueces. Con ello, establece la proscripción de la emisión de enunciados manipulativos como límite a la facultad creadora del derecho por parte de la Corte Suprema.

La investigación no termina en una crítica, sino en una propuesta: aboga por una reconstrucción racional del concepto de *precedente* en el marco de los plenos casatorios civiles.

(iv)

La obra está escrita con una claridad envidiable. El autor dialoga, hábilmente, con fuentes legales y con la doctrina y jurisprudencia, dando al lector una idea completa de los problemas, las críticas y las soluciones que plantea.

No puedo dejar de decir que me llena de orgullo leer un texto como el que presenta esta investigación, por el nivel que viene alcanzando la doctrina procesal peruana contemporánea en la nueva generación, aquella en la que los problemas del sistema de justicia del Perú podrán encontrar mejores consejos para su solución. Esta investigación nos presenta también a un joven gran investigador, cuyos textos se leen con una facilidad asombrosa.

El lector no puede sino comenzar a leer críticamente el texto y confrontarlo. Estoy seguro de que, a partir de aquí, se pondrán en el debate muchos aspectos sobre los que debemos comenzar a reparar para que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú encuentre los derroteros académicos y las técnicas jurídicas adecuadas para desempeñar el importante rol que la Constitución le ha asignado.

Giovanni F. Priori Posada

San Bartolo (Lima), octubre de 2024.

PRESENTACIÓN

Con mucha alegría escribo estas líneas que aparecerán en el primer libro publicado del joven profesor Óscar Lozada, titulado *Los precedentes en serio. Separación de poderes y plenos casatorios civiles en el Perú*, editado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este libro es la versión comercial de la tesis de licenciatura que llevó como título *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*, sustentada en la Facultad de Derecho de la PUCP el 19 de octubre de 2020 (por Zoom, en plena pandemia), ante un tribunal compuesto por los profesores Giovanni Priori, Enrique Sotomayor y quien escribe, en calidad de asesor. Por unanimidad, la tesis obtuvo mención sobresaliente.

El logro de Óscar significó mucho para mí porque se trató de la primera tesis de licenciatura que asesoré y que fue exitosamente sustentada (luego vinieron algunas más). Pero mi historia con Óscar tiene un telón de fondo. La primera vez que tuve a mi cargo un curso en la Facultad de Derecho de la PUCP fue en el segundo semestre de 2017 con el dictado de Revisión e Impugnación Judicial, aunque ya venía dictando en la Maestría en Derecho Procesal hacía tres años¹. Entre los(as) muchos(as) estudiantes destacados(as) que tuve en aquel curso, ciertamente Óscar fue uno de ellos. Inclusive, él tuvo la gentileza de dejar de cursar Tutela Ejecutiva y Protección Cautelar (curso que le sigue al de Revisión) en el ciclo siguiente, para esperar a que yo lo dicte en el semestre 2018-2. Allí, nuevamente como mi estudiante, tuve la oportunidad de disfrutar de su acuciosidad, talento y esfuerzo. Como premio a ello, fue exonerado del examen final.

1 Parte de esta historia puede leerse en “Confesiones y agradecimientos”: Cavani, Renzo. *El proceso civil en su laberinto. Ensayos para una reforma* (ed.: S. Espejo). Puno: Zela, 2023.

Para el trabajo final del curso de Revisión, Óscar esbozó las ideas nucleares que están plasmadas en este libro. Se trató de un texto de 1500 palabras que tuvo la nota máxima por lo bien escrito que estaba y por defender una postura con buenos argumentos. Pasó el tiempo y recuerdo que, hacia fines de 2018 —o tal vez a inicios del siguiente—, Óscar me buscó y me mostró un trabajo de investigación que había escrito para la Facultad. Se trataba de un texto más extenso que el que había leído en el curso de Impugnación que compartimos. Yo lo revisé con interés y se lo devolví con observaciones y comentarios bastante críticos. Intuyo que estos deben haber sido de su agrado, porque, acto seguido, me propuso que lo asesore en el curso Asesoría de Investigación. Todo marchó sobre ruedas en la relación asesor-asesorado; y, posteriormente, luego de su egreso de la Facultad, me propuso trabajar en la elaboración de su tesis para optar por el título de abogado. Yo, por supuesto, acepté inmediatamente.

Hacia fines de 2018 también ocurrió algo para muy importante para Óscar y para mí: la creación del Grupo de Investigación «Proceso, Derecho & Justicia» (Prodejus), del cual ambos —junto a otros(as) queridos(as) colegas— fuimos sus fundadores, bajo la coordinación de la querida profesora Eugenia Ariano. Nuestro principal objetivo fue crear un ambiente de investigadores en derecho procesal que trabajen en sus productos académicos, que sean escritos, defendidos y sometidos a la opinión crítica de los demás miembros. Con ello, el objetivo es que las ideas mejoren y que, sólo después, puedan ser publicadas. En el caso de Óscar, esta adhesión a un grupo de estas características evidenció un interés inusual en jóvenes de su generación: seguir el camino de la investigación, aunque sea paralelo a las exigencias de la práctica profesional.

Los meses que siguieron a mi aceptación como asesor, a lo largo de 2019 y 2020, los recuerdo con mucha nostalgia: tuvimos diversas conversaciones, planteos, replanteos y ajustes, reuniones presenciales o a distancia. Óscar soportó con estoicismo y paciencia mis constantes pedidos de adiciones, supresiones, mejoras; y también hizo lo propio, luego de entregada la tesis, frente a los pedidos de subsanaciones plasmados en el riguroso informe del profesor Enrique Sotomayor. Ya en la sustentación del trabajo, dada la calidad de la exposición, el trabajo y las respuestas a las preguntas de los jurados, no hubo mayores sorpresas: Óscar concluyó su carrera profesional de la mejor manera posible, que es la de sustentar una tesis con mención sobresaliente.

A pesar de sus méritos, el libro que el lector tiene en sus manos está lejos de ser una réplica de la tesis entonces defendida en 2020. Óscar siguió el camino

que, en mi opinión, es el correcto para la publicación de una tesis, cualquiera que esta sea: incorporó los comentarios del jurado, sometió sus ideas en diversos seminarios académicos, lo cual dio ocasión a que las pueda repensar y, por supuesto, actualizó la información vertida en su tesis. En efecto, luego de 2020 se sucedieron otros plenos casatorios de las Salas Supremas Civiles y, además, se publicaron diversos textos sobre teoría del precedente que no podían dejar de ser consultados (aquí destaco el libro de Álvaro Núñez Vaquero: *Precedentes: una aproximación analítica*, Marcial Pons, 2022).

Por si fuera poco, como condición para todos(as) aquellos(as) tesistas que aspiran a publicar con el sello de la Facultad de Derecho desde 2021, Óscar volvió a someter sus ideas a la revisión de un par externo, quien dio nuevas sugerencias e indicaciones para mejorar el trabajo. En este caso, se trató del profesor Álvaro Pérez Ragone, uno de los procesalistas iberoamericanos más importantes de la actualidad.

Así, este producto ha tenido muchísimos filtros académicos. La idea, que germinó allá por 2017, se concreta, ahora, en un libro de muy alta calidad académica. No es producto de la casualidad, sino de un esfuerzo permanente y muy dedicado de su autor. Y es que someter las ideas a crítica hace que estas puedan ser más sólidas, más allá de que sean compartidas o no. En esto precisamente consiste el trabajo del (la) investigador(a).

Por ello, con este libro, Óscar muestra una gran madurez intelectual, ofreciendo al público una contribución decisiva. En efecto, está fuera de dudas que plantear una reconstrucción racional de la emisión de las reglas jurisprudenciales de parte de las Salas Supremas Civiles es una tesis puntual y muy crítica. De otro lado, proponer que los precedentes necesariamente deban estar sustentados en hechos (y ya no expresados como reglas cuasilegislativas, como ocurre ahora) también supondría un viraje de 180 grados en la práctica de la Suprema. Son ideas, pues, que ameritan, al menos, una profunda discusión en la comunidad académica.

Así, antes de cumplir los treinta años, Óscar no sólo es magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Carlos III, asociado sénior en el Benites, Vargas & Ugaz y profesor del Departamento Académico de Derecho de la PUCP, sino también autor de un libro arbitrado que, como indiqué, marca una pauta muy importante en los estudios de los(as) procesalistas de la nueva generación, que es precisamente la siguiente a la mía. Óscar pisa con pie firme en el ámbito profesional, en la docencia y, ahora, en el académico, que muchas veces es tan incomprendido.

Finalmente, no puedo ocultar mi emoción al decir que este trabajo es motivo de orgullo personal. Pero no sólo por la propia calidad de la investigación, de la cual de alguna manera formé parte, sino principalmente por ver que un antiguo estudiante mío, además de ser desde hace tiempo un amigo muy cercano, viene logrando tantas conquistas en su vida.

Cieneguilla, Lima, noviembre de 2024

Renzo Cavani

Profesor ordinario asociado de la PUCP

AGRADECIMIENTOS

La presente publicación 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 esta investigación fue el *paper* de fin de ciclo del curso Revisión e Impugnación Judicial. En ese 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, sino que, por el contrario, consiste en promover un razonamiento crítico en sus estudiantes. Por todo ello, para Renzo, mi gratitud eterna.

Un agradecimiento muy especial a mi gran amigo Brandon John W. por incentivar me 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 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.

INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que el precedente judicial —concebido en su forma originaria— es una institución nacida en una tradición jurídica distinta a la nuestra, en un diferente contexto político y cultural. Es en el proceso de formación del *common law* en donde germinaron también instituciones y conceptos propios de su desarrollo, siendo el precedente el elemento más significativo y esencial de esta tradición jurídica (Marinoni, 2013, p. 5).

Investigaciones realizadas en distintos sistemas jurídicos han demostrado que la referencia al precedente, desde hace ya varios años, ha dejado de ser una característica peculiar del *common law* (MacCormick & Summers, 1997, p. 7 y ss.)²⁻³. Esta 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 ha marcado un debilitamiento de las férreas distinciones clásicas entre, por un lado, el derecho continental y, por el otro, el derecho anglosajón.

2 Lo señalado, sin embargo, no significa que la discusión sobre la inclusión de los precedentes en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica continental se encuentre resuelta. Tal y como señalan Castro y Díaz (2021), la doctrina autorizada en la materia ha mostrado su preocupación al señalar que el precedente pone en cuestión la *independencia judicial* de los jueces inferiores quienes terminan por obedecer una estructura jerárquica. Desde esta perspectiva, el juez de instancia sentiría que se le estaría coartando todo el esfuerzo de formarse, conocer mejor el derecho, cercenando su actividad crítica y creativa al seguir los criterios establecidos por un tribunal supremo que se encuentra muy sujeto a influencias políticas. Por ello, conforme a esta posición, la Corte Suprema se convertiría en un ámbito de poder deseable por los políticos (p. 107). De igual manera, existe el riesgo de que un sistema de precedentes vinculantes termine convirtiendo a las Cortes Supremas en un «brazo legislativo prolongado».

3 La distinción estricta entre ambas tradiciones jurídicas ya no es exacta. Actualmente en el «*common law* la ley escrita tiene un espacio muy importante y cada vez más las áreas del derecho están codificadas» (Gascón Abellán, 2022, p. 72).

Pese al creciente interés registrado en los últimos años en nuestro país, el estudio del precedente aún sigue siendo un terreno insuficientemente explorado. Ello determina 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 un enfoque dogmático, 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 Civiles de la Corte Suprema, en virtud del artículo 400 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), han encontrado respaldada su facultad de emitir los denominados *precedentes vinculantes*, la cual, desde la convocatoria al Primer Pleno Casatorio Civil, ha generado una praxis del «precedente» que redundo en una transgresión del señalado principio de separación de poderes.

Para demostrar tal tesis se realizará un análisis secuencial que consta de tres etapas. En primer lugar, se intentará esclarecer el concepto de *precedente* mediante un ejercicio analítico-comparativo, distinguiéndolo de acepciones como *stare decisis*, *ratio decidendi*, *acto decisorio* y *jurisprudencia*. Asimismo, se expondrá cuál es la justificación de la existencia de un sistema de precedentes en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, se examinará críticamente si el *modus operandi* de las Salas Civiles de la Corte Suprema, respecto de los plenos casatorios, respeta los postulados para un correcto trabajo con precedentes. En tercer lugar, se analizará si esta praxis se muestra adecuada para garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica o, si, por el contrario, trae como resultado la violación del principio de separación de poderes (al actuar como un «brazo legislativo prolongado»). Frente a ello, se propondrá una solución interpretativa del artículo 400 del CPC que reivindique los señalados principios jurídicos.

PRIMERA PARTE

PRECEDENTES: CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

PRIMERA PARTE

PRECEDENTES: CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

1. El precedente: un concepto

Diferentes autores afirman 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. Bustamante (2016), por ejemplo, sostiene que el fundamento del derecho jurisprudencial (*case law*) en el *common law* y *civil law* vendría a ser el mismo. En efecto, para el autor brasileño, «[u]n 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 [*sic*]⁴. Núñez Vaquero (2022), por su parte, sostiene que no solamente es posible hablar de una teo-

4 Bustamante (2016, p. 33). Para el autor, 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): «[e]l 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» (p. 122). 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 *common law* y *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» (p. 123).

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 (*fattispecie*) de dicha regla jurídica.

ría única de precedentes judiciales, sino también de *precedentes jurisdiccionales* en sentido amplio (p. 53).

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 de un breve análisis de la propia noción de *precedente*. No obstante, es necesario advertir que, a pesar de innumerables indagaciones realizadas por juristas y teóricos del derecho⁵, existe una verdad incómoda: no existe un concepto unívoco de *precedente*. En el lenguaje jurídico, es un concepto altamente polisémico y, además, involucra controversias y juicios de valor. En tal sentido, en la presente investigación no se pretende realizar un análisis conceptual exhaustivo para determinar cuál es el concepto «correcto» de *precedente*⁶. El objetivo es menos ambicioso: una noción de *precedente* que sea útil a los fines del presente trabajo y, a partir de allí, reflexionar acerca de los problemas conceptuales que surgen del tenor del artículo 400 del CPC.

Partiremos, en primer lugar, por realizar un primer acercamiento a partir de MacCormick y Summers (1997), quienes afirman que los precedentes son *decisiones anteriores* que funcionan como modelos para decisiones futuras (p. 29). Para los autores, es un elemento básico de la racionalidad humana que las lecciones del pasado se puedan aplicar para resolver los problemas del presente y los futuros. Para Núñez Vaquero (2022), 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*» (p. 130).

«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 concretos». Esas reglas, sin embargo, son expuestas a través de la interpretación de esos casos, 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* (MacCormick, citado por Bustamante, 2016, pp. 123-124)..

5 Chiasonni (2015) realiza un riguroso análisis estructural que tiene por objeto reconstruir los conceptos esenciales para identificar las posibles acepciones de precedente y su aplicación (p. 25).

6 Para una discusión interesante al respecto, véase Raz, Alexy y Bulygin (2007, pp. 106 y ss.).

Un claro ejemplo de *decisiones anteriores*, que funcionan como *modelos para decidir*, es el que se recrea a partir de lo expuesto por Neil Duxbury (2008, p. 3). Imagínese que su hermano menor, Álex, hizo un airado reclamo para que su papá le compre un iPad Pro de 10.5” el día de su undécimo cumpleaños. Para tal propósito, Álex razonó a partir de un precedente: que usted, hermano mayor, recibió su primer celular móvil cuando cumplió once años de edad. El precedente, según su hermano, consistía en lo siguiente: «si un hijo cumple once años de edad, entonces se le debería comprar un dispositivo electrónico de cierta sofisticación». Frente a ello, su padre, evaluando los argumentos y las circunstancias del caso (hechos), decidió no comprarle el señalado producto.

En su evaluación, advirtió algunas particularidades en el contexto fáctico: (i) su padre le compró un celular con la finalidad de comunicarse en circunstancias urgentes; (ii) Álex 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 usted tuvo a los once años, es susceptible de ser un foco de distracción alto que, probablemente, perjudicará el rendimiento académico de Álex. Por tal razón, siendo las circunstancias fácticas (hechos) diferentes, su 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 se propondrá. Pero, antes de ello, es necesario realizar un análisis de las distintas concepciones de precedente a las cuales se suele hacer referencia. Existen diversas acepciones similares, pero conceptualmente distintas, sobre las que vale la pena discurrir brevemente.

1.1. Precedente y sentencia

Se puede identificar que el escurridizo concepto de *precedente* se refiere, al menos, a cuatro usos distintos. El primero se refiere, en un *sensu largissimo*, a un caso judicial previo que vincula a otros tribunales al resolver casos futuros (Gascón Abellán, 2015, p. 67). El segundo se puede referir a la *ratio decidendi* de una sentencia dotada de autoridad, efectivamente publicada y que trata los mismos, o similares, (tipos de) hechos y cuestiones que deben resolverse en esta ocasión. El tercer concepto es el que hace referencia a las determinaciones individuales de una sentencia dotadas de una autoridad a la que Chiassoni (2015 p. 25) denomina

precedente-mandato. Finalmente, el cuarto concepto es el que identifica al precedente con una *sentencia*, en tanto decisión judicial que incluye la *ratio decidendi* o *holding*⁷.

Una vez precisados estos usos del término, en la presente investigación se optará por identificar al precedente fundamentalmente como una *sentencia*⁸ (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*⁹), así como a su amplitud semántica.

Ahora bien, la sentencia (o la decisión) en sí misma no es la vinculante, sino únicamente la(s) norma(s) extraíble(s) de aquella. En tal sentido, de la sentencia se pueden extraer, al menos, una *norma concreta* y una *norma-precedente* (Cavani, 2018, p. 174). Por un lado, la *norma concreta* está dirigida sólo a las partes de la controversia (vinculante sólo para ellas), 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. (p. 174).

Por otro lado, 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. Se ilustrará esta afirmación a partir del caso *Riggs c. Palmer* o, también, el caso *Nieto asesino*.

En este caso se planteó si un nieto (Elmer E. Palmer), quien asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer), podía heredarle, situación que no estaba determinada por el derecho de sucesiones del Estado *X* (Dworkin, 1989, p. 72).

7 El término *holding* es utilizado fundamentalmente en Estados Unidos. Para efectos del presente trabajo, se empleará *holding* o *ratio decidendi* como términos idénticos.

8 Núñez Vaquero y Arriagada Cáceres (2021) tienen una visión mucho más amplia de la noción de *precedente*: «pueden constituir precedentes las sentencias judiciales [...], pero también otras decisiones, como las que son adoptadas por órganos administrativos, órganos meramente consultivos o árbitros» (p. 76). En el presente trabajo no se adoptará tal definición (*decisión jurisdiccional autoritativa*), ya que, al ser demasiado amplia, tiende a perder su poder explicativo respecto al fenómeno de precedente.

9 Para Cross y Harris (1991), «[t]he fact that English law is largely a system of case law means that the judge's decisions in a particular case constitutes "precedent"» (p. 4).

La discusión se centra en que si Elmer puede heredar o no (ya que, lógicamente, tendrá que recibir una sanción penal). Por lo tanto, Elmer (heredero), H (los bienes sujetos a herencia) y el hecho X (el asesinato del abuelo) son elementos que conforman el caso concreto. Sin embargo, la norma-precedente, cuando es reconstruida, no necesariamente repara en tales particularidades.

Un ejemplo típico de norma-precedente para este caso sería el siguiente: «si, mediante la perpetración de un acto criminal, alguien pretendiera obtener un derecho de propiedad, entonces, tal 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 no sólo de regular el caso paradigma (caso n), sino también de abarcar los casos ulteriores (casos $n^1, n^2, n^3 \dots n^n$), ya que los supuestos de hecho en los que surgió la norma-precedente sirven como parámetros de aplicación para posteriores casos con *similitud fáctica*¹⁰. 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 que, sin embargo, pueda 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 las inferencias, el valor a atribuir a los testigos, la exclusión de prueba, el estándar de prueba) (Núñez Vaquero, 2022). Así también podemos extraer una norma que sea el resultado de una interpretación realizada (por el juez) de un determinado precepto constitucional. Nótese que, en estos ejemplos, las normas extraíbles no constituyen una proposición lógicamente necesaria para decidir el caso. Sin embargo, pueden ser utilizadas por otros jueces en sus sentencias. De esta forma, *precedente vinculante* no es en absoluto una redundancia, como parecen entenderlo

10 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, p. 178).

Cross y Harris (1991)¹¹, para quienes *binding precedent* es, más bien, una categoría en contraste con los precedentes que generan efectos meramente persuasivos de los cuales su grado de persuasión puede variar considerablemente.

1.2. Precedente y jurisprudencia

Ahora bien, se le denomina *jurisprudencia* (término propio de la tradición jurídica del *civil law*) al conjunto de decisiones judiciales. 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» (Díez-Picazo, 1979, p. 2). Este término alude exclusivamente al conjunto de sentencias judiciales «que puede tener o no una misma orientación decisoria» (Cavani, 2018, p. 174). 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 es relativo a la interpretación de la(s) misma(s) disposición(es) normativa(s) en controversia (Taruffo, 2007, p. 89)¹².

Como se puede ver, 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*

11 «*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. ‘Bindin’ or ‘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, p. 4).

12 A criterio de Taruffo (2007) difícilmente la expresión *jurisprudencia* puede tener alguna cualidad vinculante o imperativa pues difícilmente se puede «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)» (p. 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 (Taruffo, 2007, p. 91), incluso, en altos órganos como nuestra Corte Suprema de Justicia (un ejemplo de esto se expondrá en el punto 4 del presente trabajo).

establecido en una pluralidad de sentencias [énfasis añadido]” (Rodríguez Santander, 2007, p. 21). Es por ello que Passanante (2022) señala que la jurisprudencia opera de manera gradual y por flujos, lo que produce una evolución bastante lenta en el tiempo para alcanzar la denominada *orientación jurisprudencial consolidada* (p. 123)¹³.

Ahora bien, no se descarta la posibilidad de que la jurisprudencia adquiriera valor vinculante. Se trataría de un factor contingente (depende del ordenamiento jurídico) y subordinado a que una norma jurídica así lo disponga. Ejemplo de ello era lo regulado en el artículo VI del Código Procesal Constitucional peruano (deogado por la Ley 31583 del 5 de octubre del 2022), el cual disponía que la interpretación de los preceptos constitucionales que realiza el Tribunal Constitucional tenía carácter vinculante para todos los jueces de la República (la llamada *doctrina jurisprudencial vinculante*)¹⁴.

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

13 Por ello, cuanto mayor sea su consolidación de esta doctrina, mayor es su fuerza persuasiva o gravitatoria.

14 En este punto, resulta pertinente realizar la distinción propuesta por Rodríguez (2007) entre precedente vinculante y jurisprudencia vinculante. Esta última expresión no alude «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» (p. 59).

Nótese que *línea jurisprudencial*, o la denominada *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.

en controversia y, adicionalmente, puede tener cualidad vinculante si una norma jurídica así lo dispone¹⁵.

1.3. Precedente y *stare decisis*

Cuando se piensa en *stare decisis*, se suele plantear 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.

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). Específicamente, «*keep to the rationes decidendi of past cases*»¹⁶. Para Schauer (2009), el *stare decisis* consiste en que un tribunal debe tratar una decisión previa como vinculante sólo por su existencia y no porque se perciba como correcta. En palabras del referido autor, «*[i]f 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*» (p. 37).

Como vemos, en países del *common law* no se puede concebir un precedente que no cuente con algún grado de vinculatoriedad. Como sostiene Rupert Cross (1991), «*[t]he peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature*» (p. 3). 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 precedentes¹⁷. 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 jueces¹⁸. 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*» (p. 99)¹⁹.

15 Taruffo (2016) equipara la jurisprudencia a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, todos pueden encontrar lo que quieran (y también lo opuesto) (p. 332).

16 Cross y Harris, 1991, p. 100.

17 «*[E]n 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, p. 6).

18 Según Cross y Harris (1991), «*[t]he 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*» (p. 99).

19 Siguiendo a Cross y Harris (1991), «*[i]f 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*

De hecho, en Inglaterra, Estados Unidos y 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 civilista²⁰.

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 precedente²¹. Como señala Núñez Vaquero (2018), «[p]or *stare decisis* podemos entender aquella norma que “obliga” a los órganos a decidir los casos similares del mismo modo» (p. 54)²². 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); y, a los segundos, para que interpreten la decisión, extraigan la normaprecedente y lo apliquen en futuros casos (*stare decisis* vertical).

Nótese que, con *stare decisis* horizontal, se hace referencia a la obligación del órgano jurisdiccional de seguir sus decisiones pasadas²³, mientras que, con *stare decisis* vertical, se 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

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» (p. 99).

20 Cross y Harris (1991, p. 11).

21 Pero no únicamente se trata de las reglas que otorgan relevancia normativa a la *ratio decidendi*; sino que también 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* (Núñez Vaquero, 2016).

22 Es preciso señalar que, para nuestro autor, las normas que componen la regla del *stare decisis* no constituyen normas prescriptivas pues 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). En cambio, 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.

23 Gascón Abellán (2015) denomina *autoprecedente* a la obligación de un tribunal de seguir sus decisiones pasadas (p. 67).

de los precedentes de su superior jerárquico este dejará sin efecto la sentencia en cuestión (en caso de que sea apelada). No obstante, 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 precedente²⁴.

La obligatoriedad de seguir decisiones pasadas podría ser entonces una propiedad definitoria de este término²⁵, 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 puede llegar a ser vinculante. Como vemos, en una 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*)²⁶ y con mayor razón si, en países de la tradición continental (como el nuestro), existen decisiones de tribunales que sí vinculan y otras que no.

1.4. Precedente y *ratio decidendi*

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

Chiassoni (2015) realiza un profundo análisis conceptual que tiene por objeto reconstruir los conceptos esenciales para identificar las posibles acepciones de *ratio decidendi* y su aplicación. El autor identifica que la *ratio decidendi* puede ser definida, al mismo tiempo, de once maneras diversas (p. 31). No obstante, en cuanto a la naturaleza de *ratio decidendi*, existen básicamente dos concepciones relevantes que no necesariamente se excluyen entre sí.

Por un lado, desde la concepción normativa, con *ratio decidendi* se alude a una norma jurídica general: la «regla», «criterio», «principio», «premisa normativa» o

24 Legarre y Rivera (2006, p. 140).

25 Sin embargo, tal y como señalan Núñez y Arriagada (2021), debe tenerse presente que la obligación (o vinculatoriedad) de aplicar el precedente en casos posteriores es algo contingente: su aplicación no es condición de la existencia de un precedente (p. 77).

26 Cross y Harris (1991, pp. 125-163).

«criterios jurídicos» que pueden deducirse de la sentencia global (pronunciamiento decisorio). Por otro lado, desde una concepción normativa concreta, se hace referencia a una norma jurídica generalizada, conjuntamente con los argumentos que lo respaldan y la descripción de los hechos (material fáctico) al que se aplicó²⁷.

Dentro de esta concepción podemos ubicar la definición propuesta por Cross y Harris (1991) 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 [...]*» (p. 72). En ese mismo sentido, Montrose (1957) define tal expresión como «*the principle of law which the judge considered necessary to the decision of the particular case before him*» (p. 125). Notemos, entonces que, bajo esta concepción, *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 (2015), tenemos la perspectiva de la concepción argumentativa, según la cual *ratio decidendi* no se refiere específicamente a una norma general (principio, premisa, criterio fundamental), ni a una norma contextualizada, sino que, 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 (p. 31). 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, situaciones fácticas y contenido de las consideraciones argumentativas²⁸.

No obstante tal diferenciación, Chiassoni (2015) 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*: 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 *premise* (*premise normativa*) del razonamiento,

27 Cross y Harris (1991, pp. 125-163).

28 Chiassoni (2004, p. 90).

cuya conclusión es el mandato judicial» (p. 34)²⁹. 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 las primeras son más determinadas. 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 judicial³⁰. En la presente investigación, consecuentemente, optaremos por identificar a la *ratio decidendi* como la norma (regla, principio) extraíble de una sentencia.

Una vez aclarado ello, es necesario precisar que de un precedente no solamente es posible extraer una (sola) *ratio decidendi*, sino que, por el contrario, pueden ser numerosas³¹. Por lo tanto, es en la motivación o fundamentación de las sentencias judiciales que las normas adscritas (extraíbles) deben ser encontradas³². Y cada una de las normas adscritas es una *ratio decidendi* de la *sentencia-precedente*³³. Naturalmente, es el juez del caso sucesivo quien es el llamado a extraer (o mejor, crear³⁴) estas normas universalizables. En otras palabras, la *ratio decidendi* no es emitida sino reconstruida.

En tal sentido, una norma adscrita (expresada en un enunciado como formulación de una sentencia, o implícita en ella) constituye *ratio decidendi* si y sólo si, de acuerdo con la opinión (manifiesta o presumible) del juez que pronunció la sentencia-precedente, a la luz de la estructura lógica³⁵ de la justificación de su

29 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, 2015, p. 34).

30 Chiassoni (2015, p. 35).

31 Bustamante (2016, p. 288).

32 Bustamante (2016, p. 288).

33 Bustamante (2016, p. 288).

34 Taruffo, 2007, p. 88. Si bien Taruffo (2007) opta por equiparar *precedente* a *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 (p. 88).

35 Como vemos, para la identificación de la *ratio decidendi*, resultará imprescindible tener en cuenta la estructura lógica del precedente-sentencia, estructura que «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, 2015, p. 40).

decisión, no se puede prescindir de la(s) señalada(s) norma(s) para arribar a la decisión del caso concreto³⁶.

Nótese que la «norma jurídica» que es 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 interpretativo³⁷ y discursivo-racional) de los hechos del caso y de la estructura lógica de la sentencia. En tal sentido, la *ratio decidendi* debe constituir la premisa normativa general del *modus ponens* y de la cual, junto a una premisa individual subsuntiva, se pueda derivar la decisión³⁸.

Resulta importante destacar que la labor de extracción de estas normas adscritas (extraíbles) presupone la conjunción entre hechos del caso y reglas normativas aplicadas a los mismos, porque es allí donde podemos encontrar el razonamiento resolutivo llevado 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 $n^1, n^2, n^3 \dots n^n$), ya que los supuestos de hecho de los que surgió esta norma universalizable sirven como parámetros de aplicación para posteriores casos con similitud fáctica.

Adviértase que, en el ejemplo propuesto —que recreamos a partir de Duxbury— en el punto 2 *supra*, el caso paradigma es aquella decisión que tuvo mi padre de comprarme un celular cuando cumplí once 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, pese a la similitud fáctica, no comprarle el dispositivo electrónico a mi hermano Álex.

Ahora bien, para que esta *ratio decidendi* (extraíble de una sentencia) adquiera algún valor vinculante se requiere, adicionalmente, de una norma (explícita o

36 Chiassoni (2004) distingue una dimensión objetiva y subjetiva de *ratio decidendi*.

37 En este caso, por *interpretación* 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 y Rivera, 2006, p. 143).

38 Chiassoni (2015, p. 39).

implícita) que le otorgue tal propiedad³⁹. En otros términos, «estaremos frente a una [sentencia] que cuent[e] como precedente, toda vez que haya otra norma que indique que aquella es un precedente: la regla del *stare decisis*»⁴⁰.

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 denominarse *obiter dicta*⁴¹. Es decir, serían meros dichos que edulcoran el fallo (un *aggiornamento*) y, por lo tanto, lo no vinculante de una sentencia (que cuenta únicamente con valor persuasivo). Somos de la opinión de 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 *ratio decidendi*»⁴²⁻⁴³.

39 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 (2015) 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 (p. 51).

40 Núñez Vaquero (2018, pp. 57-58).

41 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) 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 y Rivera, 2006, p. 129).

42 Bustamante (2016, p. 288).

43 No debería existir esta separación dicotómica entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, pues, en la práctica, es una distinción difícil de sostener. Siguiendo los ejemplos de Sierra Sorockinas (2016, p. 258), 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), leyendo el texto de la sentencia, considera que sólo los fundamentos 1, 3 y 4 son determinantes para arribar a la decisión y los demás sobran. En esta línea, se pueden presentar diversos supuestos: un «juez X» puede considerar que el fundamento 2 es determinante para la decisión; un «juez Y», sólo el fundamento 3; y así con todas las combinaciones posibles. Esto demuestra que la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es una tarea meramente interpretativa y, además, fluctuante, variable e incierta: todo depende del juez que examine la sentencia.

Estudiadas las acepciones más importantes vinculadas al precedente, podemos concluir lo siguiente:

- (i) Trabajar con precedentes presupone un ejercicio argumentativo que implica interpretación (determinación de la norma adscrita susceptible de ser universalizable) de la sentencia *in toto*.
- (ii) La extracción de la *ratio decidendi* se realiza por el juez del caso sucesivo a partir de la identificación de los hechos del caso y la estructura lógica de la sentencia.
- (iii) No hay argumentación posible respecto a 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.
- (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).

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

2. La justificación de un sistema de precedentes

En un ordenamiento jurídico, la institución del precedente cumple la importante función de preservar 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 jurídicas. En cuanto al principio de igualdad, los precedentes tienen incidencia en el derecho a la (i) igualdad en la jurisdicción (igualdad en el proceso); (ii) igualdad ante la ley; e (iii) igualdad en la aplicación de la ley. Asimismo, se tiene como otra gran finalidad la de unificar y consolidar la jurisprudencia en torno a un tema en particular.

Siguiendo a Marinoni (2017),

Un sistema judicial caracterizado por el respeto a los precedentes está lejos de estar 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. (p. 91)

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, «[e]l precedente refleja algo que es autónomo frente a la ley, que no es una mera consecuencia lógica de ella»⁴⁴.

Veamos, sucintamente las funciones más importantes del precedente⁴⁵.

2.1. La seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica, el cual, a su vez, da origen al derecho fundamental a la seguridad jurídica⁴⁶, está reconocido implícitamente en la Constitución Política⁴⁷. 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

44 Marinoni (2017, p. 93).

45 Marinoni (2017) 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 (pp. 89-100). La observancia de precedentes obedece también a un «deber ético», propio de cualquier sistema de justicia, pues costaría ver cómo el postulado de resolver casos similares de un modo similar pueda ser negado a los justiciables (Bravo, como se cita en Castro y Díaz, 2021, p. 115). Además, podemos encontrar razones económicas que sustentan la existencia de precedentes: el seguimiento de precedentes generaría desincentivos para iniciar procesos o impugnaciones inútiles cuyo pronóstico de éxito sea improbable al saber cuál es la posición fijada por la Corte Suprema (Priori, como se cita en Castro y Díaz, 2021, p. 116).

46 Cavani (2018, p. 203).

47 STC 0016-2002-AI-TC, § 5

continuidad del orden jurídico, y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta judicial.

Este principio informa al ciudadano, en la medida de lo posible, «no sólo los efectos que sus acciones podrán producir, sino, también, cómo los terceros podrán reaccionar» frente a ellas⁴⁸. Desde otra perspectiva, «la seguridad jurídica refleja la necesidad de [que] el orden jurídico se[*a*] estable»⁴⁹.

Humberto Ávila (2012, pp. 250-253) identifica tres dimensiones de la seguridad jurídica. En primer lugar, se tiene a la *cognoscibilidad*, concebida como la accesibilidad e inteligibilidad del derecho. Habrá cognoscibilidad del derecho si el ciudadano tiene condiciones satisfactorias de identificar la disposición legal aplicable y comprender su sentido, de modo que pueda orientarse con base en ella.

En segundo lugar, se tiene a la *confiabilidad*, la cual está referida a la expectativa razonable de estabilidad de las resoluciones judiciales (p. 251). De este modo, existirá confiabilidad si el ciudadano, que actuó de conformidad con el derecho ayer, hoy no se ve sorprendido con un cambio injustificado y restrictivo de las consecuencias anteriormente aplicadas o aplicables.

Finalmente, se tiene a la *calculabilidad*, la cual está referida a la posibilidad de anticipar razonablemente el contenido y consecuencias de los actos estatales (p. 251). 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 tal 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.

Se puede observar que 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 la seguridad jurídica son las técnicas de uniformización de la interpretación del derecho, las cuales tienen por finalidad

48 Marinoni (2012, p. 251).

49 Marinoni (2012, p. 252).

brindar estabilidad en la toma de decisiones judiciales. Dentro de estas podemos ubicar al sistema de precedentes⁵⁰.

2.2. La igualdad ante las resoluciones judiciales

No está de más recordar que 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 Constitución. 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 diferenciado⁵¹.

La igualdad, en tanto norma-principio, somete a todos los poderes del Estado a su aplicación. Es decir, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial sufren la misma incidencia de este principio, por lo que se encuentran obligados a garantizar la realización y eficacia plena del mismo.

La doctrina especializada ha desarrollado una importante distinción entre igualdad en el contenido de la ley e igualdad en la aplicación de la ley⁵². Así, la igualdad se nos presenta en dos prismas. Por un lado, impone una tutela de tratamiento igualitario y una reducción de desigualdades. Consecuentemente, tal 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 desiguales⁵³. En otros términos, 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 en el contenido de la ley, así como en la aplicación de la misma.

50 Cavani (2018, p. 202). Nótese que diferentes figuras clásicas del derecho procesal, como la cosa juzgada o la preclusión, son manifestaciones de este principio (Cavani, 2018, p. 202).

51 Cobreros Mendazona (2007, p. 72).

52 Para Gascón Abellán (1994), 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» (p. 218).

53 Abreu (2015, p. 39).

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 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 desigualdades⁵⁴.

Ahora bien, lo que nos interesa estudiar a efectos de la presente investigación es el deber de igualdad ante la aplicación de la ley, esto es, ante las resoluciones judiciales. Esta exigencia se presenta, principalmente, de tres modos sobre los que nos detendremos a continuación.

2.2.1. 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 que les permita anticipar 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 no a ninguno que se encuentre fuera del marco de incidencia de tal ley.

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

Efectivamente, 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 concreto⁵⁵.

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. De esta forma, si se

54 Abreu (2015, p. 38).

55 Abreu (2015, p. 38).

constata que coinciden todas las propiedades relevantes en un determinado grupo de personas, se debe garantizar la aplicación de consecuencias iguales a situaciones fácticamente iguales. En sentido opuesto, se debe garantizar la aplicación de consecuencias distintas para circunstancias fácticamente disímiles⁵⁶. Como sostiene Abreu (2015), «[e]l objetivo es tener en consideración la máxima de que el igual debe ser tratado igualmente, mientras que el desigual, desigualmente, en la medida exacta de su diferencia» (p. 39).

Bajo todas estas consideraciones, un trato diferenciado «pasa a ser entendido como una “contrarregla” o una regla negativa»⁵⁷ que «funciona como un medio para reducir las desigualdades»⁵⁸. «Tratar desigualmente a los desiguales significa atenuar la propia desigualdad y, por lo tanto, “igualizar”»⁵⁹. En ese sentido, la «igualdad no conlleva uniformidad de tratamiento, sino tratamiento proporcional y compensado de seres diversos y desiguales»⁶⁰. El deber de consistencia no sólo exige efectivizar la noción primitiva de *equidad* («B debe ser tratado al igual que A por ser iguales»); sino considerar similitudes y diferencias relevantes⁶¹.

2.2.2. La 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: el texto legal no tiene un significado unívoco o verdadero que permita al juez externalizar el sentido preexistente de la ley⁶²

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

56 Para Díaz García (2012, p. 33), la igualdad en la 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».

57 Abreu (2015, p. 38).

58 Abreu (2015, p. 39).

59 Abreu (2015, p. 39).

60 Abreu (2015, p. 38).

61 Abreu (2015, p. 40).

62 Abreu (2015, p. 40).

impone la aceptación de que un órgano jurisdiccional legitimado tiene que dar la última palabra respecto a la interpretación de las disposiciones legislativas, y esta palabra debe ser respetada por los demás polos decisorios jerárquicamente inferiores⁶³. 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.

De esta forma, se crea la expectativa legítima de que, si se da un caso similar, se debería adoptar una solución idéntica, garantizándose así la uniformidad en el tratamiento del derecho a los justiciables. Esta exigencia de la uniformidad puede traducirse, a su vez, en (i) el deber de aplicación del derecho uniforme generando el deber 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.

2.2.3. 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. 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 exigencia de consistencia de las decisiones judiciales en el tiempo y 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. Solamente un sistema jurídico dotado de consistencia permite que esa uniformidad sea respetada.

Es por ello que McCormick y Summers (1997) sostienen 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» (p. 482)⁶⁴.

63 Abreu (2015, p. 40).

64 «*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,*

Por lo anteriormente mencionado, en base a 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 y lo están también al momento de decidir. Entonces lo que se debería producir en nuestro sistema de justicia es que, a pesar de que las sentencias sean soluciones para casos concretos y, por lo 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 lo 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 (2012), 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 sólo cuando se constate que existan situaciones justificativas suficientes para ello (p. 582).

Por lo anteriormente mencionado, todos los órganos jurisdiccionales se encuentran sometidos a la incidencia del principio de igualdad en el tratamiento de las partes al interior del proceso y lo están también al momento de decidir. Entonces, lo que se debería producir en nuestro sistema de justicia es que, a pesar de que las sentencias sean soluciones para casos concretos y, por lo tanto, se redacten en términos particulares, la *ratio decidendi* que de ellas se extraiga pueda ser aplicadas en casos futuros siempre y cuando ambos casos compartan similitud fáctica. Esto significa que, habiéndose adoptado una línea decisoria, esta debe respetarse, lo cual implica una cierta «autovinculación» del órgano juzgador a sus decisiones pasadas. De ahí que es exigible una misma aplicación de la *ratio decidendi* para casos posteriores sustancialmente similares (salvo que exista una razón objetiva y razonable que justifique un tratamiento diferenciado).

Vistas así las cosas, un correcto trabajo con precedentes garantizaría el derecho a la igualdad, planteándose un absoluto respeto por las decisiones anteriores.

that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law» (MacCormick y Summers, 1997, pp. 481-482).

Es sólo a través «de un juicio de razonabilidad que se puede verificar, en cada caso concreto, la justificabilidad de las diferenciaciones de tratamiento (*distinguishing*) propuestas por medio de reglas excepcionales a los precedentes judiciales»⁶⁵⁻⁶⁶. Todo ello supone un redimensionamiento del papel de los precedentes judiciales.

65 Bustamante (2016, p. 482).

66 Sobre el *distinguishing*, véase la nota 83 de la presente investigación.

SEGUNDA PARTE

PLENOS CASATORIOS CIVILES Y PRECEDENTES
MADE IN PERU

SEGUNDA PARTE
PLENOS CASATORIOS CIVILES Y PRECEDENTES
MADE IN PERU

1. ¿Son precedentes los plenos casatorios?

Una vez expuesto el concepto y la justificación de la institución jurídica del precedente, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿nuestro ordenamiento jurídico peruano cuenta con un sistema de precedentes dotados de autoridad? Responder esta interrogante 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 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.

Son dos las disposiciones normativas en las que podemos encontrar el término *precedente* incluido como parte de la dicción literal del texto: los artículos 400 del CPC y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

A efectos del presente trabajo analizaremos principalmente 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 judiciales». 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 añadido].

El supuesto que plantea esta 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 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, integradas cada una por cinco jueces supremos⁶⁷. 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 si es que ambas vienen interpretando o aplicando una disposición normativa en sentido diverso (Ariano Deho, 2015, p. 290).

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 para la 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 incurrieran 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 estériles⁶⁸.

Nótese que, en el momento en que la Sala Suprema Civil realiza una convocatoria, se inicia un nuevo procedimiento que da origen a un nuevo órgano «competente»⁶⁹, que es precisamente la Sala Plenaria, para efectos de pronunciar el juicio de mérito del recurso. Como menciona Cavani (2018), «en dicho caso,

67 Conforme al artículo 30 de la LOPJ.

68 Como ejemplo de ello tenemos la convocatoria para el Segundo Pleno Casatorio Civil. Véase el punto 2.2 del presente capítulo.

69 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 de la LOPJ), mientras que la «Sala Plena» tendría funciones meramente administrativas (art. 80 de la LOPJ). Es por esta razón que Ariano (2015, p. 290) cuestiona la competencia de

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*» (p. 176)⁷⁰.

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 derivado) (Cavani, 2018, p. 178).

Ahora bien, adicionalmente a lo expuesto, resulta también importante preguntarnos cuál es el propósito de regular en nuestro sistema una figura denominada *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 numerosos casos documentados de frecuentes contradicciones en las que incurre nuestra judicatura —incluso a nivel de Corte Suprema—, 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 distinta⁷¹.

Como se puede advertir, ello genera que dos casos (n^1 y n^2), cuyas propiedades fácticas son similares y plantean 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 n^1 ,

esta Sala Plena para expedir una decisión que le corresponde a una de las Salas (Permanente o Transitoria).

70 «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» (Cavani, 2018, p. 176). Hasta el momento, la Sala Plenaria ha expedido diez sentencias con *amicus curiae*. 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» (Cavani, 2018, p. 180).

71 Reggiardo Saavedra y Liendo Tagle (2012, p. 231).

un criterio beneficioso para el demandante, mientras que la Sala Transitoria podría emplear un criterio interpretativo perjudicial para el recurrente del caso *n*². Esto, como resulta evidente, se traduce en una grosera afectación del derecho a la igualdad de los justiciables⁷².

72 Como ejemplos de esta praxis descrita, mostraremos a continuación algunos casos en los que las Salas Civiles de la Corte Suprema incurren en los dos tipos de contradicción señalados.

En la Casación 417-2009-Ica, se discutió la figura del precario. En un primer momento se dispuso que la condición de precario se configura cuando se ejerce posesión con 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, se desmiente tal 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 exconviviente del propietario, con quien tiene hijos, a pesar de no contar con título jurídico alguno.

En este último caso, el bien inmueble materia de controversia fue adquirido por el demandante mediante contrato de compraventa con fecha anterior a la relación de convivencia 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 exconviviente en virtud del cual le autorizó el ingreso al hogar conyugal debido al reinicio de 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 contradice el criterio del primer caso en el cual se interpretó que *título* hace referencia a un negocio jurídico que justifica la posesión.

Otro ejemplo de contradicción entre las Salas Supremas Civiles se presenta en la Casación 5329-2006-Lima y la 2360-2006-Lima. En la primera, 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 de la Corte en la Casación 2360-2006 señaló[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» (Reggiardo Saavedra y Liendo Tagle, 2012, p. 231).

Sin lugar a dudas, los casos que generado una mayor incidencia de decisiones contradictorias han sido los vinculados a los procesos de tercería de propiedad. En estos casos, los justiciables detentaban —de manera concurrente— derechos de naturaleza distinta (piénsese derechos personales o de crédito y derechos reales como la propiedad) sobre el mismo bien. En tal sentido, se presentaba el constante dilema si debía primar o no la propiedad no inscrita en los Registros Públicos frente al embargo que sí ha sido inscrito.

Sobre la base de la sentencia del Séptimo Pleno Casatorio (2016), en las casaciones 2683-2001-Lima, 2285-2001-Lima y 333-2003-Lambayeque, por ejemplo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema sostuvo que una escritura pública de compraventa que sustenta la

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 vista⁷³. En primer lugar, ve aumentado su nivel de incertidumbre. Y, si el nivel de incertidumbre fuese demasiado alto como para frustrar 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 previamente⁷⁴. Como señala Núñez Vaquero (2016), citando a 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)» (p. 140).

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

No obstante, a pesar de que los plenos casatorios la señalada finalidad podemos apreciar que, remitiéndonos a nuestra práctica jurídica, se han registrado

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, en las casaciones 1892-1996-Lima, 1253-2002-Ica y 3194-2002-Arequipa, cse contraría tal criterio y se establece 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» (§ IV.1). Soluciones diametralmente distintas. Sobre esta recopilación de sentencias casatorias, véase también Reggiardo Saavedra y Liendo Tagle (2012, p. 231).

Como se puede advertir, en todos estos casos, la dispersión de criterios y el tratamiento desigual a los justiciables en los que incurre la Corte Suprema resultan contradictorios con la vocación del recurso de casación: proteger y establecer el «verdadero» sentido del derecho objetivo, es decir, la llamada *función nomofiláctica*.

73 Reggiardo Saavedra y Liendo Tagle (2012, p. 231).

74 Raz (1985, p. 146).

numerosos casos en los cuales nuestra judicatura (incluyendo la propia Corte Suprema) no ha respetado los criterios adoptados en las sentencias plenarias. Ninamancco (2018) identifica que esta inobservancia se funda en el desconocimiento de lo dispuesto en la sentencia plenaria (apartamento «inconsciente»), o por haber una discrepancia con los criterios adoptados, para lo cual se deja constancia expresa de ello (apartamento «consciente») (p. 63)⁷⁵.

75 Ninamancco (2018, p. 63) identifica un caso de apartamento «consciente» de la sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil en el que parte de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, mediante la Casación 4841-2015-Puno, contrarió el criterio establecido en la referida sentencia plenaria. Veamos.

Agapito Quispe, quien alegaba ser víctima de agresiones (físicas y verbales) por parte de sus dos sobrinas, presentó una demanda de violencia familiar contra ellas en Juliaca. En primera instancia se declara fundada la demanda pues, a criterio del Juzgado, las lesiones fueron acreditadas fehacientemente. Asimismo, se consideró que las declaraciones de Quispe fueron «coherentes, persistentes y uniformes». Sin embargo, la Sala Civil de San Román, en sede de apelación, revocó 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), o que hacía que su declaración perdiera credibilidad.

En tal sentido, la Sala Superior señaló que, si bien el Tercer Pleno flexibilizaba 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 el señalado Pleno 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 Tercer 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 utilizó el señalado 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 Tercer Pleno.

En sede de casación, el recurrente alegó que la Sala Superior se apartó inmotivadamente de lo dispuesto en el Tercer Pleno Casatorio, pues no aplicó a su favor la flexibilización procesal consagrada en el mismo, prefiriendo la aplicación de un acuerdo plenario penal, que no correspondía al proceso en cuestión, el cual era familia (un proceso civil) y no uno 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

Una vez expuesto en qué consisten 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.

2. 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

mismo sentido que el recurrente: «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 [...] [sic]» (Casación 4841-2015-Puno, § 6).

Un primer problema que encontramos en este razonamiento es que, para la Sala Superior, 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 Tercer Pleno. Esto, como se puede advertir, genera que el apartamiento y su motivación sea un asunto que no debe demandar mayor análisis (Ninamancco, 2018, p. 63).

Por su parte, Pasco Arauco (2015) identifica un caso de apartamiento «inconsciente» de la sentencia del Cuarto Pleno Casatorio. Se trata de la Casación 3332-2013-La Libertad, en la cual parte de la Sala Civil Transitoria ignoró totalmente lo dispuesto en el señalado Pleno sin ofrecer razones que justifiquen el apartamiento. Veamos.

Como se sabe, el juez sólo 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 tal duda razonable probando haber adquirido el bien por prescripción, aun cuando no haya sentencia que así lo haya declarado.

Pues bien, de acuerdo con la sentencia del Cuarto Pleno Casatorio, la usucapión produce efectos, aun 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 usucapiante, 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. En otros términos, conforme a tal casación, la prescripción sin sentencia no podría ser invocada como defensa frente a un proceso de desalojo, lo cual, a todas luces, contraría el criterio adoptado en el Cuarto Pleno.

de los asistentes, «emitir una sentencia que constituya o varíe un precedente», lo cierto es que el señalado 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 tal 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 sobre los hechos que motivaron el planteamiento del recurso de casación para luego contrastarlos con los elementos vinculantes de tales 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.

2.1. Primer Pleno Casatorio: el inicio de una praxis de «precedente» disfuncional

Los hechos que motivaron a la convocatoria al Primer Pleno Casatorio del 2007 (Casación 1465-2007-Cajamarca) se originaron en Cajamarca, donde se produjo un lamentable accidente: 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), lo cual provocó que los restos de este mineral se dispersara en zonas aledañas. Como consecuencia de ello, habitantes del lugar lo recolectaron y se lo llevaron a sus casas ignorando los graves riesgos a la salud que ello implicaba.

Ante los primeros indicios de daño que se registraron en los habitantes, 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. De esta forma, se celebraron transacciones extrajudiciales por sumas dinerarias ínfimas, no proporcionales a la magnitud del daño a causado. Es así que la demanda interpuesta por Giovanna Angélica Quiroz Villaty (una de las afectadas) contra Yanacocha llegó

ante la Corte Suprema de Justicia y el pleno de los vocales supremos estableció lo siguiente:

[...] 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 [sic] [*énfasis de la sentencia*].

Como se puede apreciar, en la sección final de la sentencia, es decir, dentro de la parte resolutive, aparecen diversos enunciados que se anuncian 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 para extraer la(s) norma(s) vinculante(s) (a partir de los hechos del caso y las razones relevantes para decidir); sino que, 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 si estos enunciados constituyen 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 *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 (2018), «[s]e 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» (p. 178).

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.

2.2. Segundo Pleno Casatorio: una convocatoria a pleno para resolver una cuestión de «especial trascendencia»

En el caso de la Casación 2229-2008-Lambayeque (Segundo Pleno Casatorio), los demandantes, Rafael Lluncor y su hija, Gladys Lluncor, interpusieron una demanda ante la Primera Sala Civil de Lambayeque con la finalidad de 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.

Al respecto, el Cuarto Juzgado 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, se sostuvo que quien ejercía realmente la posesión es Rafael Lluncor mas no la codemandante, puesto que ella poseía 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, se 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 del Juzgado, 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 *in iudicando e improcedendo*. Es así que, mediante la Resolución 01-2008-I-Pleno Casatorio-P-CS-PJ del 07 de agosto de 2008, se convocó al Segundo Pleno Casatorio.

Los vocales supremos 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» del segundo artículo señalado, «el fallo se ajusta a Derecho al no tener la demandante la calidad de poseedora en concepto de propietaria» (§ 64). La sentencia concluye que «la aplicación de la norma [artículo 950] 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 Segundo 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 coposición se pueda cristalizar una adquisición compartida de la propiedad de un bien inmueble.

No obstante ello, es preciso mencionar que la convocatoria para este Segundo Pleno Casatorio se realizó con el propósito de discutir un tema estrictamente doctrinario. No es que las Salas Supremas Civiles fueran aplicando criterios contradictorios respecto a la posibilidad de 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 la 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). En otros términos, un coposeedor intentaba ser declarado propietario vía usucapión en perjuicio de su similar. Es por ello que, en tal caso, se justificaba que el acto de prescripción adquisitiva sea de manera exclusiva y excluyente, hecho radicalmente diferente al que fue materia del Segundo 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 ya que había una interpretación fijada por la Corte Suprema en la cual se permitía que dos coposeedores homogéneos pudieran usucapir, lo cual derivaría en una copropiedad, figura jurídica prevista expresamente en nuestra legislación.

2.3. Tercer Pleno Casatorio: el otorgamiento de nuevas facultades al juez para fijar «de oficio» montos indemnizatorios

En el Tercer Pleno Casatorio (Casación 4664-2010-Puno) se discutió sobre la naturaleza de la obligación de indemnizar por parte del cónyuge culpable de la separación (matrimonial). Un esposo 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. Incluso demostró 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-A 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: // [...] 3.2. *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 [...]. // 4. [...] 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 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 sexta regla 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 cónyuge que ha sufrido daños a causa de una separación (denominado *cónyuge más perjudicado*).

Merece un análisis aparte la regla 3.2 de la sentencia plenaria. De una simple lectura, esta regla es más que similar a la estructura de un precepto legislativo. Tal parece que, en virtud de tal 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, tal 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 generar⁷⁶, lo que interesa a efectos de la presente investigación es evidenciar que, mediante esta sentencia plenaria, se están generando nuevas reglas y facultades para el juez, las cuales no están contempladas en el artículo 345-A del Código Civil ni en nuestro ordenamiento positivo.

2.4. Cuarto Pleno Casatorio: los seis supuestos de precario fijados en una controversia de prescripción adquisitiva

El Cuarto Pleno Casatorio (Casación 2195-2011-Ucayali) tiene su origen en un caso que 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, la sentencia fue apelada por ambos demandados, quienes alegaron que el fallo se sustentó en normativa referida a la conclusión del arrendamiento cuando lo que correspondía era aplicar 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 el 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, se convocó al Cuarto Pleno Casatorio 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 de que se analicen errores de forma (por la causal de infracción normativa de naturaleza

76 «[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» (Corte IDH, 2008, § 56). De esta manera, se 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 justicia a favor de una de las partes. En tal sentido, el juez no sólo debe ser imparcial sino también debe parecerlo.

procesal o *error in procedendo*), mas no aspectos relativos a una infracción en la aplicación del derecho (es decir, no se cuestionaron errores de fondo) al caso concreto.

Ahora, en el § 29 de la sentencia plenaria se declara improcedente la demanda; en otros términos, 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 obstante, a los jueces supremos civiles 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 empiezan a desarrollar disquisiciones teórico-doctrinarias sobre temas abstractos (la posesión y el poseedor precario) y sin ninguna 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 se centraba en determinar si una sentencia, mediante la cual se declara fundada la demanda de prescripción adquisitiva, tiene efectos constitutivos o declarativos.

En consecuencia, si lo que se quería era pronunciarse sobre el mérito de la cuestión litigiosa —que, insistimos, no era objeto del recurso de casación planteado— a efectos de dictar reglas generales, necesariamente se 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 seis supuestos de hecho para la configuración de la ocupación precaria y los declaran «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. Sin embargo, la Corte Suprema las declara vinculantes para todos los jueces de la República.

2.5. Quinto Pleno Casatorio: la expedición de un «precedente» que transcribe una disposición normativa

En el Quinto Pleno Casatorio (Casación 3189-2012-Lima Norte) 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 pues no se acreditó que las asambleas generales, efectivamente, se hubieran 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 declaró 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 Código Civil. Asimismo, la Sala manifestó que, en base a esta disposición normativa, el plazo de caducidad para la impugnación del acuerdo es de treinta (30) días contados desde su inscripción en el Registro; y señaló que la demanda fue presentada con posterioridad a este plazo.

La Corte Suprema convocó al Quinto Pleno Casatorio y estableció como «doctrina jurisprudencial vinculante» lo siguiente:

1. 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. // 2. 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. // 3. *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 señalado en lo referido a la vía procedimental para la impugnación de acuerdos asociativos, mientras que la segunda y quinta regla sólo 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, a criterio de las Salas Civiles de la Corte Suprema, trabajar con «precedentes vinculantes».

2.6. Sexto Pleno Casatorio: una regulación para la procedencia de la ejecución de garantías que olvidó hacer el legislador

El Sexto Pleno Casatorio (Casación 2402-2012-Lambayeque) 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 de que cumplan con abonarle el monto adeudado (S/ 311 915.00) más los intereses respectivos.

La pareja de esposos había celebrado 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 el pago, deciden constituir una hipoteca de tipo abierta (o sábana) sobre su bien inmueble⁷⁷. 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 tal pago en el modo y forma pactado pues, a causa de los intereses devengados, su deuda, que originalmente ascendía a S/ 22 587.00, había crecido hasta el monto de S/ 311 915.00.

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 un recurso de casación. Es así como se convoca al Sexto 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. Estos abusos estaban determinados por la deficiente regulación del artículo 720 del CPC, el cual no contemplaba aspectos básicos sobre los requisitos para la procedencia de la

⁷⁷ La hipoteca constituida por los demandados era una garantía de tipo «abierta» (sábana), esto es, no existe exclusividad respecto a la cobertura de un solo crédito sino a una multiplicitad. Es por esta razón que esta garantía en sí misma no contiene la obligación, sino que su certeza y exigibilidad proviene de «otro documento», en el caso en cuestión, del pagaré.

demanda de ejecución de garantías. 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 acápite

anteriores, documento que contenga la liquidación de saldo deudor [...] [*énfasis añadido*].

Como vemos, el Sexto Pleno Casatorio 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 debería adjuntar.

En tal sentido, nótese que, en los «precedentes» primero y segundo, se establecen requisitos para la *procedencia* de la demanda de ejecución de garantías; es decir, se están 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. De hecho, 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 garantías 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*]» .

Asimismo, es importante resaltar que, como en la propia sentencia plenaria casatoria se reconoce, el estado de cuenta de saldo deudor «es un documento no sujeto a formalidad preestablecida» (§ 30). Esto significa que su contenido, requisitos y demás deben ser establecidos por ley. Por consiguiente, no resulta admisible que, por vía «interpretativa», la Corte Suprema imponga a los ejecutantes mayores requisitos que los contemplados en el artículo 720 del CPC. Ello, como resulta evidente, implica ejercitar una competencia que, por antonomasia, le corresponde al legislador.

2.7. Noveno 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 de 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 tal 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 de que la recurrente pretendía un reexamen probatorio, la Sala Civil Permanente decidió conceder tal 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 en calidad de «precedentes judiciales 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 [sic].

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. No obstante, 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 Primer y Cuarto Pleno Casatorio. Empero, 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 n^1 (precedente susceptible de ser variado) con el caso paradigma n^2 (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 (para propiciar la evolución del derecho mediante tal regla o cuando la norma-precedente del caso paradigma sea manifiestamente injusta o equivocada, esto es, que no genere conciencia de obligatoriedad⁷⁸).

78 Cross y Harris (2012, p. 167). Asimismo, Campos Mello (2015) 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

En efecto, esta técnica argumentativa mediante la cual un precedente (como norma universal) es infirmada (abandonada) por otro —nuevo— precedente es conocida en la doctrina del *common law* como el *overruling*⁷⁹. 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 (n^1) —nacida a partir de las circunstancias fácticas del mismo— para dar una mejor respuesta a un —nuevo— caso presentado (n^2) cuyos hechos son semejantes.

Sin embargo, las «modificaciones» contenidas en los «precedentes» 7 y 8 del Nuevo Pleno Casatorio son más que similares a una derogación legislativa, pues están quitando vigencia a una regla de manera abstracta. La expedición de tales reglas no se justifica en brindar un tratamiento diferente a la controversia presentada; sino que, por el contrario, están desvinculadas de los hechos del caso. Y, peor aún, tanto el caso anterior n^1 (Primer y Cuarto Pleno Casatorio) como el caso posterior n^2 (Noveno Pleno Casatorio) no comparten similitud fáctica alguna.

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

3. Clasificación de las reglas jurisprudenciales vinculantes⁸⁰

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.

3.1. 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

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» (p. 220).

79 Bustamante (2016, pp. 397-398).

80 Este apartado está inspirado en la clasificación propuesta por Cavani (2018, pp. 178-179), quien identifica los siguientes enunciados sobre la base de las sentencias de los plenos: (a) «genuinamente interpretativos», (b) «repetitivos del enunciado normativo ya existente» y (c) «de creación normativa».

concretizando una regla de derecho a partir de una derivación directa del propio texto normativo. Consecuentemente, 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.

De forma ilustrativa, tenemos, por un lado, la sexta regla de la sentencia del Tercer Pleno Casatorio, la cual ofrece una solución interpretativa del artículo 345-A del Código Civil que compatibilice las normas sustantivas del derecho de familia con las normas del CPC. Por otro lado, tenemos la primera regla de la sentencia del Séptimo Pleno Casatorio, la cual 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 aquel acredite con documento de fecha cierta que adquirió el bien inmueble con anterioridad a la inscripción del embargo.

A la luz de lo expuesto, a pesar que estas reglas se dictaron para resolver un problema jurídico en abstracto (no dirigidas a la resolución del caso) y aun cuando no constituyen la *ratio decidendi* del fallo, de alguna manera, brindan directrices hermenéuticas de interpretación y constituyen una derivación directa del texto normativo —y no van más allá—, razón por la cual, como se expone en el punto 5 de la tercera parte de la presente investigación, nuestra Corte Suprema encontraría como constitucionalmente válida su facultad de crear derecho sólo mediante este tipo de sentencias interpretativas.

3.2. Enunciados reiterativos o reproductores de la legislación nacional

Como ejemplos de este tipo de enunciados, tenemos la segunda regla del Primer Pleno y las reglas primera, segunda y quinta del Quinto.

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 brindar directrices hermenéuticas sobre disposiciones ambiguas o poco claras. Todo lo contrario: su finalidad consistió en algo totalmente intrascendente y estéril, es decir, 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 Código Civil, en tanto normas con rango de ley, «[son]obligatoria[s] desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial» y «desde su entrada en vigencia, se aplica[n] a las consecuencias de las relaciones y

situaciones jurídicas existentes». En tal sentido, tales normas despliegan todos sus efectos jurídicos y están para que se respeten, ergo, no necesitan que mediante «precedente» estas adquieran vigencia.

3.3. Enunciados manipulativos de la legislación nacional

En este caso el enunciado se revela como un auténtico acto de creación legislativa. La Corte Suprema ni siquiera intenta presentar la regla vinculante como un significado de una disposición legislativa; sino que, por el contrario, muchas veces, manipula el texto legal añadiendo, suprimiendo o sustituyendo a su discrecionalidad el texto normativo «sin que exista una fundamentación que justifique su superación o derrotabilidad a partir de argumentos constitucionales»⁸¹.

En otros términos, no se concretiza una regla de derecho a partir de una interpretación de la disposición normativa: con estas reglas jurisprudenciales, la Corte Suprema está adicionando contenido normativo que no es producto de una derivación directa del texto legal, lo cual supone una creación de derecho *ex novo*.

Este tipo de reglas jurisprudenciales, efectivamente, 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.

Como ejemplos de este tipo de enunciados, tenemos, por un lado, la regla 3.2 del Tercer Pleno Casatorio, la cual faculta al juez para fijar de oficio montos indemnizatorios, atribución no contemplada en el texto normativo; y, por el otro, la segunda regla del Sexto Pleno, la cual establece requisitos — no contemplados en la ley— para la procedencia de la demanda de ejecución de garantías, imponiendo limitaciones al ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables. En este caso, como ya se mencionó anteriormente, ni el artículo 720 del CPC ni La Ley General del Sistema Financiero regulan tales requisitos: prácticamente nada de lo que se menciona en el punto b.3 del «precedente segundo» está contemplado. Aquí encontramos enmascarada una auténtica *legislación judicial* por la cual la Corte Suprema asume la función que constitucionalmente le corresponde al legislador.

81 Cavani (2018, p. 179).

4. Precedentes vs. reglas jurisprudenciales vinculantes

A partir de la clasificación presentada, 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. En otros términos, estas reglas se encuentran descontextualizadas pues, muchas veces, no guardan relación con los hechos que les deberían dar origen.

En alusión a ello, Ariano (2015), quien también se manifiesta en total disconformidad con esta praxis, señala que «hemos creado un tipo de “precedente” todo nuestro (y de dudosa constitucionalidad)», precedente que es, en realidad, «una regla general y abstracta, que las más de las veces poco o nada tiene que ver con el caso concreto y que, sin embargo, el art. 400 CPC declara “vinculante” para todos los órganos jurisdiccionales de la República» (p. 291).

Adicionalmente, debemos advertir que esta praxis de 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 sólo aquel) es vinculante, trae como consecuencia que el resto de los fundamentos de la sentencia no lo sean, lo cual genera la imposibilidad de extraer la norma-precedente a partir los hechos y justificación del fallo.

En otros términos, se está imponiendo que los jueces de instancia, 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. De esta forma se difumina la posibilidad de que los jueces de casos sucesivos reconstruyan la *ratio decidendi* de la estructura lógica de la sentencia-precedente, rompiéndose así la interconexión entre hechos y normas⁸² (concretas y abstractas) que componen 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

82 Bustamante (2016) 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 le dieron origen (pp. 122-123 y 480).

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»⁸³.

Efectivamente, nótese que en la identificación y aplicación de la *ratio decidendi*, subyace un proceso lógico que no es más que una analogía construida sobre la similitud relevante de los hechos del caso bajo análisis con el caso paradigma⁸⁴.

Por tal razón, no resulta factible que en nuestro medio se pretenda trabajar con técnicas argumentativas como el *distinguishing*, el cual sirve para desvincularse del caso precedente por disimilitud fáctica (distinguiendo hechos)⁸⁵. 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 están 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). En consecuencia, es ingenuo pretender que tales sofisticadas técnicas argumentativas

83 Dyer Cruzado (2014, p. 173).

84 Tuzet (2023, p. 20).

85 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). A partir de ello, se demuestra que el caso bajo examen no se encuentra comprendido dentro de la hipótesis de incidencia de las *rationes decidendi* del caso paradigma pues los hechos entre uno y otro son disímiles o existen diferencias sustanciales.

Se habla de *distinción* o *diferenciación* (*distinguishing*) cuando, en un caso bajo juzgamiento, los hechos no se encuentran bajo la hipótesis de incidencia de la *ratio decidendi* del caso paradigma. De esta manera, a partir de criterios argumentativos discursivos racionales, se consolida como una técnica jurídica —muy sofisticada— que permite justificar la inaplicación de un determinado precedente. Para más detalle, véase Bustamante (2016, p. 479).

En efecto, trabajar con *distinguishing* presupone la delimitación de la *ratio decidendi*, y «[e]s intuitivo que, para aplicar[la] a un caso, es necesario comparar el caso del que proviene la *ratio decidendi* con el caso del juicio, *analizando sus circunstancias fácticas [énfasis añadido]*» (Mariani, 2013, p. 375).

puedan aplicarse en un contexto jurídico como el nuestro, 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*⁸⁶. 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.

Conforme al texto del artículo 400 del CPC, no parece haber problemas para trabajar con precedentes: de hecho, inspira a hacerlo. Sin embargo, la praxis de la Corte Suprema es diametralmente opuesta a lo contemplado en el tenor del señalado artículo. Esto quiere decir que hay un descompás entre la dicción del derecho positivo y la praxis de nuestra Corte Suprema.

Es legítimo preguntarnos si la ley autoriza a la Corte Suprema a trabajar emitiendo enunciados normativos a modo de reglas jurisprudenciales⁸⁷. Lo cierto es que el artículo 400 no dice cómo es que se «constituye el precedente». Nuestro «modelo»⁸⁸ de enunciados y reglas jurisprudenciales vinculantes es producto una interpretación de la Corte Suprema⁸⁹ que obedece a una cultura en la que 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.

86 Cavani (2018, p. 179).

87 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), «[t]anto 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» (p. 299).

88 La extracción de las *rationes decidendi*, mediante el modelo de las reglas implícitas (reglas inferibles de la sentencia a partir de los hechos relevantes del caso), permite trabajar con el precedente potenciando sus bondades y garantizando los principios de seguridad jurídica e igualdad (viabilizando el *distinguishing* de manera natural). No obstante, nuestra Corte Suprema adoptó un modelo de «legislación judicial».

89 Cavani (2018, p. 181).

En la tradición jurídica del *common law*, la extracción de la *ratio decidendi* de la sentencia es trabajo del aplicador del derecho, quien la realiza a partir de la identificación de la similitud de los hechos materiales del caso precedente y su justificación. En cambio, nuestros magistrados, 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 sólo algunos de ellos para constituirlos como «reglas vinculantes». Por consiguiente, en el Perú, son estos determinados elementos textuales de la parte decisoria los considerados como *ratio decidendi*.

Se puede observar que, en nuestro medio, la noción de *precedente* tiene una connotación sideralmente distinta respecto a países del *common law*, pues, cuando es emitido, automáticamente se lo concibe como una disposición con «efectos similares a una ley»⁹⁰. 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 establece qué es lo que vincula.

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

Es necesario 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 VI del Código Procesal Constitucional mediante la cual se le permite al Tribunal Constitucional elegir cuál de sus sentencias constituirán «precedente», así como expresar taxativamente cuáles son los extremos normativos (fundamentos jurídicos) vinculantes de la misma⁹¹. Por su parte, la Corte

90 STC 0024-2003-AI. Específicamente, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente en esta sentencia: «El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos».

91 «[E]l 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

Suprema entiende por *precedente* un instrumento que se expresa bajo la fórmula de reglas, claramente delimitadas, redactadas por dicho órgano en la parte decisoria de la sentencia, y será dicho enunciado normativo el que vinculará a todos los jueces de la República⁹².

Sin embargo, pese a tales 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 el «precedente» puede ser determinado por el mismo órgano que emite la sentencia paradigma. Asimismo, tanto el extremo normativo vinculante (en el caso del Tribunal Constitucional) como las reglas jurisprudenciales vinculantes (en el caso de

diferencian ambas figuras es que las dos resultan vinculantes para el resto de jueces (del Poder Judicial)» (Dyer Cruzado, 2014, p. 59).

92 En materia penal sucede una situación similar. Efectivamente, en virtud de los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como del artículo 433, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal, las Salas Penales de la Corte Suprema han encontrado respaldada su facultad para emitir una figura llamada *precedente vinculante* (expedida en el marco de las *sentencias plenarias* y *acuerdos plenarios* penales). Desde la convocatoria al primer «pleno jurisdiccional», este «precedente» ha generado una praxis del totalmente desligada de la resolución de un caso concreto y ajena a un paradigma fáctico.

En efecto, desde la primera reunión en pleno de los jueces supremos penales (30 de septiembre de 2005), se emitieron dos llamadas *sentencias plenarias* (1-2005/DJ-301-A y 2-2005/DJ-301-A) en las que, lejos de avocarse a la resolución de un caso concreto (emanado a partir de un recurso de casación o nulidad), se debatió sobre temas estrictamente doctrinarios y abstractos. En la primera de ellas se planteó una solución interpretativa respecto a la configuración de la consumación en el delito de robo agravado; y, en la segunda, se abordó la problemática de la sustitución de penas por retroactividad benigna por aplicación de la Ley 28002.

Ahora, un *acuerdo plenario* es adoptado en el marco de un *pleno jurisdiccional*, que no es otra cosa que una sesión o reunión del pleno de los jueces supremos penales de la Corte Suprema (Salas Transitoria, Permanente y Especial). En otros términos, estos «plenos jurisdiccionales» no son otra cosa que un cónclave académico en la que el pleno de los jueces supremos penales no ejerce jurisdicción sobre un caso concreto, sino que estatuye —a través de un «acuerdo plenario» o «sentencia plenaria»— doctrina jurisprudencial o criterios de interpretación vinculantes, para todos los jueces de instancia, de manera abstracta y ajena a un paradigma fáctico.

Urge aclarar que es en la parte resolutoria de la «sentencia plenaria» o «acuerdo plenario» en donde se establece y enumera taxativamente cuáles son los extremos normativos (fundamentos jurídicos) vinculantes adoptados en pleno (situación sustancialmente similar a la praxis de precedente del Tribunal Constitucional).

la Corte Suprema) pueden comprenderse al margen de los hechos del caso que le dieron origen.

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

Tabla 1. Diferencias entre el precedente judicial y las reglas jurisprudenciales vinculantes

	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 comprendidas al margen de los hechos que les dieron origen	Se puede aplicar el <i>distinguishing</i> fundado en disimilitud fáctica
<i>Precedente judicial</i>	Sí	Sí	Sí	No	Sí
<i>Reglas jurisprudenciales vinculantes</i>	A veces	A veces	No	Sí	No

Elaboración propia.

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

Como sostiene Dyer (2014):

Aún 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 [*sic*]. (p. 171)

No obstante, esta crítica no se reduce a una praxis inadecuada del precedente en nuestro país, sino que, por el contrario, esconde un problema mayúsculo: 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.

TERCERA PARTE

**SEPARACIÓN DE PODERES, PRECEDENTES
Y PLENOS CASATORIOS CIVILES**

TERCERA PARTE

SEPARACIÓN DE PODERES, PRECEDENTES Y PLENOS CASATORIOS CIVILES

1. 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 Estado⁹³. 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, ante todo, un breve análisis sobre el principio de separación de poderes para luego determinar, a partir de las fuentes del derecho, cuál es el 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]*».

93 En nuestro ordenamiento constitucional, el Poder Constituyente ha dividido el poder no sólo entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y 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» (STC 00005-2007-AI, § 21). Véase además la STC 0006-2019-CC (§ 32 y ss.).

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 Montesquieu y John Locke⁹⁴.

Los principios rectores que inspiraron a una doctrina moderna de la división de poderes fueron delineados inicialmente por Montesquieu en Francia⁹⁵. 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 XVIII⁹⁶. 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 de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

De esta forma, Montesquieu (1906 [1748]), 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 [*énfasis añadido*]» (p. 227).

No obstante, el alcance y delimitación del principio en cuestión ha sido objeto de nuevos cambios exigidos por el Estado moderno. De esta forma, la versión

94 Si bien John Locke (1988 [1689]) 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: «*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*» (p. 364). Esta filosofía liberal inspiró, en Inglaterra, una revolución que propiciaría un replanteamiento de una monarquía absolutista a una constitucional.

95 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 [*sic*]» (Bordalí Salamanca, 2008, p. 191).

96 Lowenstein (1976, p. 56).

contemporánea del principio de separación de poderes ha mutado mucho desde su concepción original. Como sostiene Waldron (2013), la separación de poderes no puede ser entendida ya como un principio autónomo, sino que supone la concurrencia de tres subprincipios indisolubles, esto es, una «familia de principios»⁹⁷⁻⁹⁸. 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 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 otra (p. 438)⁹⁹⁻¹⁰⁰.

97 «*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, p. 438).

98 Waldron expone, en realidad, cinco principios; pero los principios no citados son aplicables únicamente al constitucionalismo estadounidense. Se trata de los siguientes: «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, p. 438).

99 Este último subprincipio parte del presupuesto de 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 necesaria la existencia de controles externos e internos sobre el gobierno que permitan 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 Loewenstein (1976), «*Primero*, los detentadores del poder estarán de tal manera acoplados constitucionalmente que sólo conjuntamente podrán llevar a cabo determinadas tareas [...]. *Segundo*: 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» (p. 252).

100 Cabe advertir que esta concepción de división de poderes expuesta se encuentra recogida en nuestro ordenamiento constitucional. Según el Tribunal Constitucional, «[el principio de separación de poderes] no debe ser entendido su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante 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» (STC 00006-2006-CC, § 15).

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) es respetuosa de tal principio en el que se erige nuestro ordenamiento constitucional.

2. La concepción de división de poderes francesa

A la luz de lo expuesto por Montesquieu se buscaba una separación rígida de los poderes del Estado¹⁰¹. 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 promulgadas¹⁰². En otros términos, la función legislativa, 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 ejecutiva consistiría en ejecutar el designio que emana de la ley por lo que estaría dirigida a la aplicación de la ley a los casos concretos, 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 judicial o jurisdiccional la que está involucrada. Naturalmente, esta función estaría a cargo del Poder Judicial y, a razón del contexto político de aquella época¹⁰³, su judicatura tendría un poder invisible o nulo: su función se encontraba circunscrita a ser «la

101 Sin embargo, implicaba ciertos controles por parte tanto del poder ejecutivo como del legislativo, los cuales tenían que estar en constante interacción: «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 [1748], p. 238).

102 Montesquieu (1906 [1748], p. 238).

103 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. «[L]o 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» (Bordalí Salamanca, 2008, p. 190). Lo que se pretendía evitar,

boca que pronuncia las palabras de la ley»¹⁰⁴. Por lo tanto, los jueces eran funcionarios inanimados que «no podían moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»¹⁰⁵.

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*]» (p. 237).

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 jurisdiccional moderar la fuerza de la ley ni su rigor, sino que, 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 Troper (2013), «[s]i 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». En efecto, si se concibe 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: de hecho, se la podría considerar 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 del Estado, en nuestros tiempos, devendría en anacrónica: los nuevos cambios del Estado moderno han desactualizado a la versión tradicional de separación de poderes. En palabras de Soto Velasco (2018), «la

por lo tanto, es que «el poder legislativo, el soberano, no pueda elegir a los jueces, sino que éstos deben ser elegidos siempre por parámetros objetivos» (Bordalí Salamanca, 2008, p. 190).

104 Montesquieu (1906 [1748], p. 237).

105 Montesquieu (1906 [1748], p. 237).

tornaron incapaz de resolver los desafíos que exigen los arreglos institucionales contemporáneos» (p. 449).

3. Una versión moderna del principio de separación de funciones

Efectivamente, en el Estado moderno, la función ejecutiva ya no se circunscribe únicamente a ejecutar la voluntad que emana de la ley: el Poder Ejecutivo debe ser entendido como el «administrador de la sociedad», porque dicta actos dirigidos a administrarla dentro de un marco de legalidad¹⁰⁶. Asimismo, autores como Duguit (2005, p. 103) y Bordalí Salamanca (2008) sostienen que la Administración del Estado también ejecuta actos que podrían considerarse materialmente jurisdiccionales¹⁰⁷. A juicio de tales autores, basta que mediante ley se les asigne la competencia para resolver una *litis* concreta para ejercer función jurisdiccional. Asimismo, por razones de eficiencia, muchas constituciones han dotado al Ejecutivo de la facultad legislativa mediante decretos legislativos (siempre y cuando haya autorización por parte del Congreso y sobre una materia en específica) y decretos de urgencia (los cuales pueden ser expedidos directamente cuando se requiere dar una respuesta inmediata para afrontar una crisis económica o financiera)¹⁰⁸.

De igual manera sucede respecto al Poder Legislativo: su labor no se agota únicamente en la emisión de leyes, sino que, 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, Duguit (2005) 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 los 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 diez años (artículo 100 de la Constitución).

106 Bordalí Salamanca (2008, p. 192).

107 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., donde la Administración pública resuelve un conflicto entre particulares contra el Estado.

108 Esta relación de colaboración entre poderes se encuentra reconocida en el artículo 104 de la Constitución, el cual 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» (STC 00004-2004-CC, § 24).

En cuanto al Poder Judicial, la figura del juez de hoy no es la misma que la de antaño: por la coyuntura social y política, en la época de la Ilustración y Revolución francesa, no se le permitía al juez ser un artífice de la evolución de la ciencia jurídica; su labor era eminentemente técnica, la cual se agotaba en la mera aplicación del derecho dictado por el legislador. De esta forma, se pasó de un modelo «juez boca de la ley» a un modelo de juez no sólo dotado de cierta discrecionalidad para colmar lagunas jurídicas y antinomias, sino también 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, principio o valor preponderante en un caso en concreto¹⁰⁹.

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, 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 de 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 su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado¹¹⁰.

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

En esta misma línea argumentativa, el Tribunal Constitucional, en la STC 0006-2018-PI, señaló que el principio de separación de funciones designa a la «autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal [...]

109 Zagrebelsky (2011, pp. 131-135). Alchourrón y Bulygin (1974) sostienen que alcanzar la plenitud y coherencia en un ordenamiento jurídico son meros ideales de la ciencia jurídica pero no realidades. De igual manera, Vergara (2015, p. 225).

110 STC 0004-2004-CC (§ 24). Asimismo, tenemos la STC 00987-2014-PA (§ 32 y ss.).

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)» (§ 56).

Por lo tanto, en base al principio de separación de funciones, mal haría el Poder Ejecutivo si mediante decreto legislativo legisla sobre materias que no le han sido delegadas por el Congreso. De igual manera, 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 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 directa»¹¹¹.

Entonces, ¿ello quiere decir que se encuentra prohibido cualquier acto de creación del derecho por parte de la judicatura? Responder esta pregunta requiere realizar un breve análisis sobre dos cuestiones muy importantes y debatidas en los últimos tiempos, especialmente, en teoría general del derecho: la creación del derecho por parte de la judicatura mediante (i) interpretación y (ii) introducción de normas generales (a partir de un caso concreto).

4. Creación del derecho mediante la introducción de normas generales

Como vimos anteriormente, sobre la base de 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 sistema normativo completo y coherente: 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 de 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

111 Escobar Fornos (2011, p. 89).

que resuelva el caso) o antinomias (dos o más normas incompatibles aplicables al mismo caso) que dificultan la resolución de un caso concreto. En estos supuestos, el juez no se encuentra en absoluto impedido de impartir justicia «mediante la aplicación de las normas generales preexistentes», sino que, por el contrario, tiene un margen de «discrecionalidad para resolver los casos en los que no existe regulación jurídica alguna (casos de lagunas normativas)»¹¹².

En estos casos de de antinomias o lagunas jurídicas, los jueces crean derecho introduciendo *normas generales*, las cuales son definidas como «expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas»¹¹³. En cambio, las *normas individuales* son definidas como «expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual»¹¹⁴. 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»¹¹⁵. 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 del texto de Bulygin (2003). 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 soluciones¹¹⁶:

- 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.

112 Bulygin (2003, pp. 15-16).

113 Bulygin (2003, p. 12).

114 Bulygin (2003, p. 12).

115 Bulygin (2003, p. 20-21).

116 Bulygin (2003).

- 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 bien.

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.

De esta manera, Bulygin (2003) ha 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» (p. 14). En otros términos, el juez crea derecho cuando crea normas generales que no reproducen otras normas que han sido ya expresa o implícitamente formuladas: el ingrediente necesario para la creación de derecho es la novedad del contenido que se formula¹¹⁷.

117 La noción de *norma* que plantean Alchourrón y Bulygin (1974) obedece a su particular concepción de sistema jurídico (influenciada, en gran medida por los postulados lógicos expuestos por Tarski). Para ellos, *ordenamiento jurídico* hace referencia a la totalidad de las normas válidas conforme a un criterio de identificación, que se aplican en un momento determinado (p. 121). 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» (p. 86). 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) y un conjunto de respuestas o soluciones posibles (un Universo de Soluciones)», lo cual sirve, a su vez, para detectar lagunas, antinomias y redundancias (p. 23). Bajo este postulado, ambos autores 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 [*énfasis de los autores*]» (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 156). Las normas, como tales, «no pueden ser negadas ni tampoco pueden formar combinaciones con la ayuda de los conectivos proposicionales» (operadores normativos) (p. 157). La validez de tales normas está sujetas a su pertenencia al sistema normativo (pp. 508-511). 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 [*énfasis de los autores*]» (p. 156), es decir, tanto

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 (normativas, axiológicas o de reconocimiento), ya que la ley, por más detallada que pueda ser, no podrá cubrir todos los supuestos relevantes de la realidad. Esta función constituye, por lo tanto, parte de la labor de integración del derecho que —necesariamente— tiene que hacer todo magistrado.

Esto mismo advierte Duxbury (2013) 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”. 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» (p. 5).

Por lo tanto, desde nuestra perspectiva, una característica del Estado constitucional de derecho es aceptar que la facultad creadora de derecho recae 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 justiciables¹¹⁸.

No obstante, este argumento esconde el problema que planteo en el presente trabajo: la creación del derecho, producto de la interpretación, o 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 (1974) se remarca que creación de derecho judicial no consiste en la creación de nuevos enunciados normativos «ni se confunde con la creación legislativa» (p. 136). Completar lagunas o resolver antinomias, por lo tanto, no es lo mismo que editar disposiciones normativas en documentos autoritativos susceptibles de expresar normas generales¹¹⁹.

el operador normativo como la proposición de la norma pertenecen «al contenido conceptual de la norma» (p. 123).

118 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).

119 Si bien la ciencia jurídica cumple un factor coadyuvante para el desarrollo del derecho, estas modificaciones de proposiciones normativas deben ser llevadas a cabo únicamente por las entidades competentes para ello. De lo contrario, constituiría una función normativa

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 principio¹²⁰, vocación de generalidad y abstracción (no están dirigidas a resolver casos individuales ni dirigidas a personas o grupos identificados) y «son obligatorias para todos y en especial para todos los jueces»¹²¹. Sin embargo, no son creadas a partir de una controversia en específica (en virtud del material fáctico de la misma).

En este mismo sentido, Duxbury (2013), 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 (p. 12). 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 cambio, en la creación del derecho legislado, insistimos, no se emiten disposiciones sobre hechos específicos, sino que se establecen 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*

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 distinguidas claramente de la labor de integración jurídica, la cual «no tiene por objeto transformar un sistema en otro, no equivalente con el primero» (Alchourrón, citado por Vergara, 2015, p. 266).

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

121 Bulygin (2003, p. 25). Cosa muy diferente sucede en el caso de las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión al encontrarse ante un supuesto de laguna normativa. Tales normas no obligan; en principio, no tienen un carácter imperativo para otros jueces de instancia (salvo que exista una regla de *stare decisis* en virtud de la cual la norma general creada por el juez adquiere el carácter de obligatoria).

compared with courts, they are equipped to take into account a wider range of facts, affected parties, competing interests and alternative options»¹²².

Como vemos, el punto determinante en la 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 tal 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 anteriormente, en ellos se plantea una cuestión abstracta y conceptual, estableciendo reglas jurídicas 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. La interpretación jurídica como actividad disciplinada y creación del derecho

Uno de los mayores aportes de Giovanni Tarello (1974) 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 el autor, el problema con esta 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» (p. 393).

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

122 Duxbury (2013, p. 12).

constitucionales, leyes, ordenanzas, tratados, etc.) son susceptibles de admitir no sólo una interpretación posible, sino una pluralidad de interpretaciones alternativas¹²³.

Como vemos, la referencia 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 legislativo (p. 395)¹²⁴.

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) la producción de enunciados típica de la legislación (en sentido material); o (ii) 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. (p. 207)

Esta misma distinción es percibida incluso por autores pertenecientes a la tradición jurídica del *common law* como Simpson (1973) y Duxbury (2013) cuando analizan la expresión *judges make law* en materia de precedentes: «*the production of authority that this or that is the law*». Por un lado, Simpson (1973) realiza las siguientes diferenciaciones: «*is not the same as the identification of acts of legislation*» (p. 85); «*create precedents, but creating a precedent is not the same thing as laying down the law*» (p. 86); y «*to express an authoritative opinion is not the same thing as to legislate*» (p. 86).

123 Tal distinción resulta medular para efectos del presente trabajo. Nótese, por ejemplo, cómo en Alemania las decisiones del «*Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) son vinculantes para todos los órganos estatales alemanes» (Barczentewicz, 2023, p. 389). Sin embargo, como señalan Alexy y Dreier (citados en Barczentewicz, 2023, p. 389), los «precedentes en Alemania derivan su poder del poder de la fuente formal del derecho que interpretan. Formalmente, es el estatuto el que obliga; sustancialmente, el precedente». Esta es la razón por la que casi todas las decisiones judiciales citan precedentes. De este modo demuestran que siguen caminos de interpretación establecidos.

124 Para Tarello (1974), «la norma no precede como un dato al proceso interpretativo, sino que lo sigue como su producto»; de esta manera, es el intérprete jurídico quien crea la norma a través del material legislativo (p. 395).

Por otro lado, Duxbury (2013) 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» (p. 5).

Ahora bien, para determinar de qué manera los jueces crean derecho, es menester establecer la distinción entre *disposición* y *norma* propuesta por Guastini (2019)¹²⁵. Podemos encontrar que el término *norma* es usado para distinguir enunciados del discurso de las fuentes (formales) o 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 que 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 de una disposición pueden extraerse diversas normas. Es por ello que no pueden existir normas como entidades separadas de la disposición normativa. Como sostiene Scarpelli (1985):

[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. (p. 570)

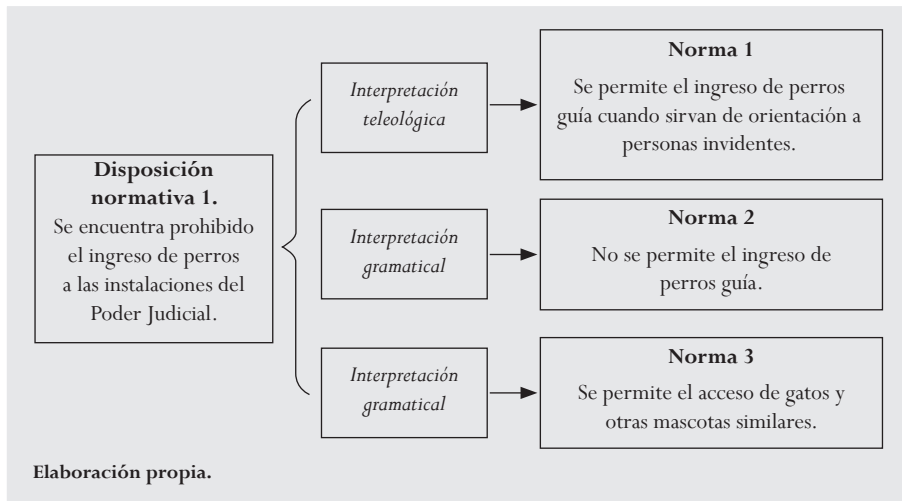
- iii. *Norma inexpressa* es un enunciado normativo, producido por los intérpretes, que no constituye significado de una disposición. Es llamada también *implícita*, derivable de aquellas expresas con argumentos de diversa naturaleza (a veces deductivos, pero, por lo demás, no deductivos, como el argumento *a contrario* o el analógico)¹²⁶.

125 La teoría propuesta por Guastini, en este punto, es sustancialmente idéntica al centro del pensamiento de 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.

126 Guastini (2018, p. 206).

La interpretación decisoria (es decir, la realizada por órganos jurisdiccionales) es la que nos interesa estudiar a efectos del presente trabajo. Se trata de un tipo de interpretación realizada por un órgano de aplicación y consiste en la elección de un significado (o, mejor, uno de los posibles significados) 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) para utilizar en la justificación de su decisión¹²⁷. El siguiente cuadro nos ayudará a ejemplificar la distinción propuesta:

Gráfico 1. La interpretación decisoria



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

¹²⁷ Guastini (2018, p. 207).

parte de la labor de integración del derecho que necesariamente tiene que hacer todo magistrado.

Efectivamente, en muchos casos en los que el juez interpreta, lleva a cabo una importante actividad que puede considerarse creativa. Por consiguiente, no le falta razón a Ramírez Ludeña (2023a) cuando señala que ello permite hablar de precedentes genuinos en estos ámbitos, toda vez que los jueces no se limitan a reproducir el enunciado normativo aplicable, «sino que seleccionan una *norma* (en lugar de otras normas alternativas posibles)»¹²⁸ (p. 39).

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». 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 (2013), «*[w]hen 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*» (p. 15).

Nótese que solo a partir de esta última forma, en nuestro sistema jurídico, se respetaría el principio de separación de poderes¹²⁹.

128 En tal sentido, «*when they decide a particular dispute, judges create an individual norm (the individual norm of the ruling) in relation to the persons who have been involved in the proceeding. This decision involves the application of a generic norm (an interpretation as a product), which is the normative premise of the legal syllogism. Furthermore, as part of the external justification of the normative premise, judges take into account certain methods and tools related to the determination of this normative premise*» (Ramírez-Ludeña, 2023b, 420).

129 Notemos que la determinación de la actuación constitucionalmente permitida (en base al principio de separación de poderes) por parte de la judicatura puede variar depende a lo contemplado en la constitución de un determinado país. Es el caso de las sùmulas 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.

Un ejemplo claro de la variabilidad contextual de la regla de separación de poderes es el caso de Reino Unido. Al respecto, John Gardner ha argumentado que, en el derecho inglés,

Esta actividad puede ser considerada como «creación» de significado, aunque en un sentido débil de la palabra. Sostenemos que la creación del derecho por los jueces, entendida de esta forma, es la única manera en la cual pueda considerarse una actividad constitucionalmente amparada; es decir, este es el límite de su intervención¹³⁰. 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 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, sólo en los casos de la emisión de *enunciados genuinamente interpretativos de una disposición normativa*, este alto órgano de justicia encontraría su actuación como constitucionalmente válida¹³¹.

En contraste, mal haría la Corte Suprema (órgano de aplicación) si atribuye a una disposición un significado que no esté comprendido en el marco de los

los tribunales crean el derecho («*exercise legal powers to make [case] law*») en virtud del derecho (constitucional) de Reino Unido: el mismo «tiene una buena parte de derecho *consuetudinario*, que —mientras siga siendo consuetudinario— debe modificarse de otro modo que no sea mediante el ejercicio de poderes legislativos» (Barczentewicz, 2023, p. 390). Incluso si Gardner tiene razón acerca del derecho inglés, esto no significa que los jueces tengan poderes para crear leyes en cualquier otro sistema legal. Por el contrario, esta es una cuestión contingente.

130 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, en el caso de las sùmulas 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.

131 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), debe tener vocación de resolver el problema jurídico planteado en un concreto recurso de casación (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 sùmulas brasileñas.

significados posibles (es decir, no deriva directamente del texto legal), usando luego este significado para justificar su decisión. Este es el caso, por ejemplo, de la segunda regla del Sexto Pleno Casatorio, la cual impuso requisitos para la procedencia de la demanda de ejecución de garantías, limitando 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 (2019),

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 oficial de una disposición, tiene materialmente la misma vocación de generalidad y abstracción [*énfasis agregado*]. (p. 207)

Hay otros casos en los que los órganos de aplicación construyen ellos mismos lagunas en el ordenamiento y, procediendo a colmarla, elaboran una norma inexpressa que ni siquiera intentan presentarla como un significado de una disposición, sino que discrecionalmente modifican, agregando, variando o sustituyendo, la referida disposición normativa. Esta es una actividad muy propia del Tribunal Constitucional dado que, hasta el momento, ha venido modificando, añadiendo o suprimiendo las diversas disposiciones del Código Procesal Constitucional ¡e incluso de la Constitución!¹³².

Una operación como la descrita de ninguna manera podría denominarse *interpretación*, sino que, por el contrario, constituye creación de derecho también en un sentido fuerte¹³³.

132 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 del recurso de agravio constitucional (por medio de la añadidura de supuestos de improcedencia liminar de la demanda), manipulando discrecionalmente los presupuestos subjetivos (partes y tipo de agravio), así como los objetivos (motivos de impugnación, acto impugnado). Sin embargo, es menester advertir que esta facultad no se encuentra prevista en la Constitución ni en la ley. Para más detalle, véase la STC 00987-2014-PA. Véase también Abad Yupanqui (2014, pp. 11-25).

133 Guastini (2019, p. 208).

6. 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 de 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 *creación*), vemos que tal 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 el señalado texto normativo. Es decir, únicamente sería posible concretizar un sentido interpretativo que provenga de una derivación directa del enunciado normativo. Por consiguiente, sólo en estos supuestos la judicatura encuentra como límite su intervención.

Como quiera que sea, en nuestro sistema, son los hechos los que activan la creación del derecho por parte de la judicatura y los que condicionan la aplicación de la *ratio decidendi* del caso precedente.

En efecto, a esta misma conclusión podemos arribar si recurrimos a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC 0030-2005-AI, caso *Ley de la Barrera Electoral*, del 13 de febrero de 2006, 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]*¹³⁴.

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 el señalado 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, la expedición de enunciados manipulativos (en formato de reglas jurisprudenciales vinculantes)

134 «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 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. // e) 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» (STC 0030-2005-AI, § 61).

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 pie a serias tensiones entre los Poderes Judicial y 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 Zagrebelsky (1988), este tipo de sentencias, aunque tengan la vocación de suplir una deficiencia de la ley, parecen no resolver el siguiente dilema: «si la norma está presente en el sistema, corresponde a los jueces (a todos los jueces) recabarla; si no está presente, corresponde al legislador (sólo al legislador) establecerla» (p. 303).

Y es que optar por un modelo de Corte Suprema cuasilegislativo provocará irremediablemente un déficit democrático importante. Podría pensarse que el parecer de diez jueces supremos (y su gabinete de asesores) resulta mucho más relevante en comparación con el de un parlamento (tan desprestigiado como el que tenemos en el Perú). Pero lo cierto es que este modelo de brazo legislativo prolongado es mucho menos democrático.

Como señala Nieva Fenoll (2016),

la designación de los magistrados nunca se produce por sufragio universal. Es cierto que sería complejo, y hasta muy discutible, que esa elección fuera realizada con ese sufragio sin el más mínimo matiz. Pero también es cierto que la elección de los magistrados a través de los mecanismos actuales no es todo lo regular que debiera ser, ni siempre llegan los mejores, como cualquier jurista sabe de sobras. (p. 49)

Por esta razón, Cavani (2018) sostiene que la «única forma de que un órgano jurisdiccional pueda emitir este tipo de disposiciones vinculantes es a partir de una reforma constitucional» (p. 182)¹³⁵. El autor destaca que «la Constitución sólo confiere poder de crear actos normativos con rango de ley al Congreso y al Poder

135 Esto, por ejemplo, «ocurrió en Brasil con la Enmienda Constitucional N° 045-2004 respecto de las sùmulas vinculantes» (Cavani, 2018, p. 182).

Ejecutivo y, además, dispone que los magistrados están sujetos a la Constitución y a la ley (art. 146 § 3 inc. 1)¹³⁶ (p. 182).

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.

7. Hacia una reconstrucción racional del concepto de *precedente* en el marco de los plenos casatorios

Vistas así las cosas, si el modelo «adoptado» (en realidad, creado) por la Corte Suprema de enunciados normativos y reglas jurisprudenciales vinculantes responde a una errónea interpretación del artículo 400 del CPC, resulta imperante, por lo tanto, formular una propuesta interpretativa diferente.

Realizando la interpretación más garantista posible (en virtud de los principios de concordancia práctica y de interpretación conforme a la Constitución) y respetuosa del derecho a la seguridad jurídica e igualdad, consideramos 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 tres razones:

- i. La misma dicción literal del artículo inspira a un trabajo con precedentes.
- ii. 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.
- 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

136 «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*» (Cavani, 2018, p. 182).

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 práctica¹³⁷, 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 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 esta manera, si un caso es sustancialmente idéntico al caso paradigma, existe la expectativa legítima de que el órgano jurisdiccional le brinde un tratamiento semejante, reduciendo así 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 Constitución¹³⁸, que impera al órgano jurisdiccional, dentro de los distintos y posibles sentidos (normas) de interpretación deducibles de un precepto legal, escoger aquel sentido interpretativo que sea más 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

137 Según nuestro supremo intérprete, el principio de concordancia práctica «*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 jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez, la prohibición de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, etc. [énfasis añadido]*» (STC 1013-2003-HC, § 6).

138 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 [*sic*]» (Blume Rocha, 2015, p. 7).

separación de poderes, el trabajo con precedentes se erige como una manera óptima para preservar tal principio.

Ahora bien, respecto a estos criterios de interpretación constitucional, se podría sostener que no son aplicables a las disposiciones contenidas en el CPC. Sin embargo, frente a este argumento, habría que sostener que los principios constitucionales (entre ellos, los 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 realice¹³⁹.

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 realizada 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—. 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 sea seguida esta norma-precedente (fruto del proceso interpretativo). Adviértase que existen otras sentencias casatorias de la Corte

139 Como sostiene Alonso García (1984), «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» (p. 477).

Suprema (tanto de la Sala Permanente como Transitoria) de las que pueden 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 tales precedentes y estos sean seguidos sin que los jueces estén formalmente obligados a ello¹⁴⁰.

Teniendo en cuenta lo establecido por el señalado 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*) sólo 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, no genere conciencia de obligatoriedad. En tales supuestos, la Corte Suprema deberá ofrecer un alto estándar argumentativo basado en razones constitucionales que fundamente la derrotabilidad.

Adicionalmente, de acuerdo al texto normativo del artículo 400 del CPC, en concordancia con el artículo 22 de la LOPJ, 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*)¹⁴¹. Esto es, sólo 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—.

140 Como diría Chiassoni (2015), ello se daría por el efecto de la práctica judicial (*extra legem*) (p. 51).

141 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.

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 sólo tiende a convertir al juez en un autómata (que únicamente maneja conceptos abstractos y no motiva en base a presupuestos fácticos), sino que también transgrede flagrantemente el principio constitucional de separación de poderes.

Por consiguiente, es sólo 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, es decir, resolver casos complejos (de especial trascendencia) y asegurar la correcta interpretación del derecho (y no buscar que sus «precedentes» sean trabajados como 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 que sirva para creación de precedentes¹⁴². De esta manera se puede influenciar la jurisprudencia venidera, individualizando la interpretación, fomentando la unidad del derecho y tutelando la seguridad jurídica, libertad e igualdad de los justiciables.

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

142 Taruffo (1991, pp. 64-65).

- 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 porque permite entablar un genuino trabajo con precedentes, garantizando el principio de seguridad jurídica e igualdad de los justiciables. También evita 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 (*overruling*).
- iii. *Un sentimiento de obligatoriedad y adhesión al precedente.* 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 y se muestre consistente y coherente con dicho sistema de valores) para que luego esta no sea modificada fugazmente.

Un claro ejemplo de la importancia de este último requisito es la forma en la que la Corte Suprema resolvió el Primer Pleno Casatorio. En este caso, ¿cómo se pretendía generar un sentimiento de adhesión cuando estas reglas vinculantes disponían que los comuneros de la localidad de Choropampa estaban impedidos de solicitar la nulidad de una transacción extrajudicial cuando esta era manifiestamente nula? ¿Acaso un negocio jurídico no puede tener un fin ilícito, objeto imposible o ser contrario a ley? ¿Acaso en el pedido de nulidad no subyace una evaluación de orden público? Evidentemente, este fallo no generaba en absoluto un sentimiento de obligatoriedad, motivo por el cual estas reglas tuvieron que ser modificadas por el Noveno Pleno Casatorio.

Ergo, para que se cristalice un correcto trabajo con precedentes y se preserve el principio de separación de poderes, la Corte Suprema debe cambiar necesariamente su modelo adoptado de «enunciados normativos vinculantes» por un

modelo de *precedentes basado en hechos*, en donde se avoque a la resolución de casos 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 seguridad jurídica tan necesarios en nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

• Libros, artículos y capítulos de libros

- Abad Yupanqui, S. (2014). El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio. En P. Grández Castro (coord.), *El debate en torno a los límites del recurso de agravio constitucional* (pp. 11-39). Lima: Palestra.
- Abreu, R. (2015). *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Alchourrón, C. E., y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alchourrón, C. E., y Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. 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.
- Barcentewicz, M. (2023). Precedent and Law-Making Powers. En T. Endicott, H. Kristjánsson y S. Lewis (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 380–391). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0029>
- Blume Rocha, A. (2015). *El principio de interpretación conforme a la Constitución como criterio hermenéutico del Tribunal Constitucional* [tesis para optar el grado académico de magíster]. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 1 de agosto del 2024 de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/6340>
- Bordalí Salamanca, A. (2008). La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 30(1), 185-219. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000100004>

- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía*, (18), 7-26. Recuperado el 30 de abril del 2020 de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100001&lng=es&nrm=iso
- 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 y T. Bustamante, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 179-228). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castro, J. y Díaz García, L. (2021). El civil law frente al precedente judicial vinculante: diálogos con académicos de América Latina y Europa. *Derecho PUCP*, (87), 105-138. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.004>
- Cavani, R. (2018). *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Chiassoni, P. (2004). Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. En P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* (pp. 75-101). Turín: Giappichelli.
- Chiassoni, P. (2015). La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 21-66). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cobrerros Mendazona, E. (2007). Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta. *Revista española de derecho constitucional*, 27(81), 71-114.
- Cross, R. y Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law* (cuarta ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Díaz García, I. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. *Ius et Praxis*, 18(2), 33-76. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200003>
- Díez-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. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511818684>

- Duxbury, N. (2013). *Elements of Legislation*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139135009>
- 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* [tesis para optar el grado académico de bachiller]. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 1 de agosto del 2024 de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5666>
- Escobar Fornos, I. (2011). Relaciones y tensiones de la justicia constitucional con los poderes del Estado: crisis permanente. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (15), 67-137. Recuperado el 1 de agosto del 2024 de <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/36202ivan-escobaraibjc15.pdf>
- Ferrer Beltrán, J. (2016). El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial. En J. Ferrer Beltrán y C. Vásquez (coords.), *Debatendo con Taruffo* (pp. 173-186). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (1994). Igualdad y respeto al precedente. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1(2), 211-228.
- Gascón Abellán, M. (2015). La racionalidad y el (auto) precedente. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 67-104). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gascón Abellán, M. (2022). Precedente y civil law: un camino por recorrer. Reflexiones sobre el precedente a partir de los trabajos de Flavia Carbonell y Rodrigo Camarena. *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, 1(16), 69–84. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2022.16.17031>
- Guastini, R. (2018). Dos concepciones de las normas. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* [ed. online]. <https://doi.org/10.4000/revus.3810>
- Guastini, R. (2019). *Lecciones de teoría del derecho y del Estado*. Puno: Zela.
- Legarre, S. y Rivera, J. C. (2006). Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*. *Revista chilena de derecho*, 33(1), 109-124. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100007>
- Locke, J. (1988 [1689]). *Two Treatises of Government* (ed. de P. Laslett). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511810268>

- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (segunda ed.). Barcelona-Caracas-México: Ariel.
- MacCormick, N. y Summers, R. S. (1997). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney: Ashgate-Darhmouth.
- Marinoni, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 18(1), 249-266. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>
- Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.
- Marinoni, L. G. (2017). *La ética de los precedentes*. Lima: Palestra.
- Montesquieu. (1906 [1748]). *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*, 20(2), 124-130. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1957.tb00431.x>
- Nieva Fenoll, J. (2016). ¿Un juez supremo o un legislador «supremo»? En M. Taruffo, L. G. Marinoni y D. Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 157-173). Madrid: Marcial Pons.
- Ninamancco, F. (2018). *Jurisprudencia civil vinculante de la Corte Suprema. Análisis de todos los plenos casatorios civiles*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Núñez Vaquero, Á. (2016). Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (39), 127-156. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08>
- Núñez Vaquero, Á. (2018). Precedentes en materia de hechos. *Revista de derecho*, 31(1), 51-78. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100051>
- Núñez Vaquero, Á. (2022). *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, Á. y Arriagada Cáceres, M. (2021). ¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho. *Ius et Praxis*, 27(1), 75-94. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000100075>

- Passanante, L. (2022). Precedentes y mecanismos institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*: reflexiones críticas. *Discusiones*, 29(2), 119–138. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2022.3698>
- Pasco Arauco, A. (octubre del 2015). *¡Jueces supremos contradicen sus propios plenos casatorios!* La ley. Recuperado el 29 de abril del 2020 de <https://laley.pe/art/2838/jueces-supremos-contradicen-sus-propios-pletos-casatorios>
- Ramírez-Ludeña, L. (2023a). La creación de precedentes interpretativos. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, (24), 35-48. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7654>
- Ramírez-Ludeña, L. (2023b). Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition. En T. Endicott, H. Kristjánsson y S. Lewis (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 380–391). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0032>
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Raz, J., Alexy, R. y Bulygin, E. (2007). *Una discusión sobre teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Reggiardo Saavedra, M. y Liendo Tagle, F. (2012). Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú. *Themis. Revista de derecho*, (62), 223-234. Recuperado el 1 de agosto del 2024 de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9022>
- Rodríguez Santander, R. (2007). El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En P. Grández Castro y E. Carpio Marcos (coords.), *Estudios al precedente constitucional* (pp. 15-78). Lima: Palestra.
- Scarpelli, U. (1985). Norma. En *Gli strumenti del sapere contemporaneo*. Turín: UTET.
- Schauer, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvj2x3k>
- Sierra Sorockinas, D. (2016). El precedente: un concepto. *Revista derecho del Estado*, (36), 249-269. <https://doi.org/10.18601/01229893.n36.09>

- Simpson, A. W. B. (1973). The Common Law and Legal Theory. En A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (segunda ed., pp. 77-99). 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. *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16(2), 449-480. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200449>
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bolonia: Il Mulino.
- Taruffo, M. (1991). *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*, 7, 86-99. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>
- Taruffo, M. (2016). Consideraciones sobre el precedente. *Ius et Veritas*, 53, 330-342. <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.020>
- Troper, M. (29 de septiembre del 2013). Séparation des pouvoirs. *Dictionnaire Montesquieu*. Recuperado el 1 de agosto del 2024 de <https://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>
- Tuzet, G. (2020). *Analogía y razonamiento jurídico*. Puno: Zela.
- 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*, 31, 253-278. Recuperado el 1 de agosto del 2024 de <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/2279>
- Waldron, J. (2013). Separation of Powers in Thought and Practice? *Boston College Law Review*, 54(2), 433-468. Recuperado el 1 de agosto del 2024 de <https://bclawreview.bc.edu/articles/702>
- Zagrebelsky, G. (1988). *La giustizia costituzionale*. Bolonia: Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

- **Resoluciones judiciales**

Casación 1465-2007-Cajamarca [Primer Pleno Casatorio Civil] (2008, 22 de enero). Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República.

Casación 2229-2008-Lambayeque [Segundo Pleno Casatorio] (2008, 23 de octubre). Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República.

Casación 4664-2010-Puno [Tercer Pleno Casatorio] (2010, 15 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República.

Casación 2195-2011-Ucayali [Cuarto Pleno Casatorio] (2012, 13 de agosto). Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República.

Casación 3189-2012-Lima Norte [Quinto Pleno Casatorio] (2013, 3 de enero). Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República.

Casación 2402-2012-Lambayeque [Sexto Pleno Casatorio] (2013, 3 de enero). Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República.

Casación 4442-2015-Moquegua [Noveno Pleno Casatorio] (2016, 9 de agosto). Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República.

Sentencia 0016-2002-AI (2003, 30 de abril). Tribunal Constitucional.

Sentencia 1013-2003-HC (2003, 30 de junio). Tribunal Constitucional.

Sentencia 00004-2004-CC (2004, 31 de diciembre). Tribunal Constitucional.

Sentencia 0024-2003-AI (2005, 10 de octubre). Tribunal Constitucional.

Sentencia 0030-2005-AI (2006, 2 de febrero). Tribunal Constitucional.

Sentencia 00006-2006-CC (2007, 12 de febrero). Tribunal Constitucional.

Sentencia 00005-2007-AI (2008, 26 de agosto). Tribunal Constitucional.

Sentencia 00987-2014-PA (2014, 6 de agosto). Tribunal Constitucional.

Sentencia 0006-2018-PI (2018, 6 de noviembre). Tribunal Constitucional.

Sentencia 0006-2019-CC (2020, 14 de enero). Tribunal Constitucional.

