

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO

**LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: DESDE UNA PERSPECTIVA
ANALÍTICA AL NEOCONSTITUCIONALISMO**

Yanira Viviana López Gonzales

Chiclayo, 04 de junio del 2018.

LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: DESDE UNA PERSPECTIVA
ANALÍTICA AL NEOCONSTITUCIONALISMO

PRESENTADO POR:

LÓPEZ GONZALES YANIRA VIVIANA

Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio
de Mogrovejo para Optar el título de

Abogado

APROBADO POR:

Mgtr. Marco Antonio Fernandini Díaz

Presidente del Jurado

Abog. Freddy Ronald Centurión González

Secretario del Jurado

Mgtr. Katherine del Pilar Alvarado Tapia

Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A Dios, por ser el pilar y guía fundamental de mi vida, quien alimenta mi fe, para seguir adelante mediante sus bendiciones.

A Mis Padres, por la lucha y trabajo constante que realizan, para ayudarme a lograr mis metas, formándome con valores de superación, caridad y humildad.

A mi amada Abuela Lidia, por sus cuidados, atenciones y tolerancia; permaneciendo siempre a mi lado.

AGRADECIMIENTO

A mi asesora temática Katherine del Pilar Alvarado Tapia, por su tiempo, dedicación, paciencia y entusiasmo permanente, fortaleciendo mis conocimientos. Asimismo resaltar sus múltiples capacidades tanto profesionales como personales, convirtiéndose en una querida amiga.

A la profesora Ana María Llanos Baltodano, quien me ayudó a que la meta sea cumplida.

RESUMEN

En la actualidad el Derecho continúa en constante cambio, por ser una ciencia social es consecuente que conforme evolucione la sociedad, el derecho y la forma de aplicarlo se fundamente en distintas posiciones argumentativas. Siendo el Perú un Estado Constitucional de Derecho, se acentúan las exigencias de justicia para tutelar los derechos fundamentales y la labor del juez en la resolución de conflictos se torna más compleja, al tener que analizar y valorar la norma para resolver un caso concreto, interpretándola con discrecionalidad e independencia y validándola constitucionalmente; puesto que al emitirse una sentencia, esta debe brindar soluciones razonables y justas lo que no necesariamente significa interpretar de manera literal la norma.

Es así que a partir del siglo XXI, se deja de lado la interpretación literal de la norma, es decir un positivismo normativista, transformándose en una interpretación argumentativa; debido a que la norma en algunas ocasiones puede tener vacíos o lagunas, puesto que los jueces no solo aplican el derecho, sino que a veces directamente crean un nuevo derecho, lo cual origina diferentes posiciones en la hermenéutica jurídica, debido a que el juez en ese proceso interpretativo no puede caer en arbitrariedades.

Conforme se contrasta con la realidad peruana, se emiten múltiples pronunciamientos de interpretación de parte de los jueces del Poder Judicial mediante precedentes vinculantes y plenos jurisdiccionales, sin embargo al existir diferentes posiciones al momento de interpretar, no se puede señalar si llegan a invadir facultades más allá de lo que la Constitución les proporciona, es por ello que se hace necesario implementar mecanismos de control o parámetros interpretativos, de aquello en donde reposa el desplazamiento del polo de tensión: entre la creación judicial y la discrecionalidad judicial.

Palabras clave: Estado Constitucional de Derecho, interpretación argumentativa, creación judicial, discrecionalidad judicial.

ABSTRACT

Nowadays, the Law continues in constant changes, because it is a social branch that is consequent that as society evolves, the right and the way to apply it originate in different ways. Being Peru a Constitutional State of Law, the demands of justice are valued to protect fundamental rights, and the judge's task in conflict resolution becomes more complex, having to analyze and assess which is the most suitable way to argue, since when issuing a sentence, it must be according to law, which does not necessarily mean interpreting the norm literally.

Thus, starting from the 21st century, the literal interpretation of the norm is abandoned, that is, a normative positivism, and it becomes an argumentative interpretation; because the rule may sometimes have gaps or gaps, noting that judges not only apply the law but sometimes directly create a new right, which gives rise to different positions in legal hermeneutics, since the judge in that process interpretative can not fall into arbitrariness.

As it is contrasted with the Peruvian reality, multiple pronouncements of interpretation are issued by judges of the Judicial Power through binding precedents and jurisdictional plenary sessions, however, since there are different positions at the time of interpretation, it can not be indicated if they invade more faculties. beyond what the Constitution provides, it is for this reason that it is necessary to implement control mechanisms or interpretative parameters, where the displacement of the pole of tension lies: between judicial creation and judicial discretion.

Keywords: Constitutional State of Law, argumentative interpretation, judicial creation, judicial discretion.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: EL ROL DEL JUEZ, DESDE UNA VISIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA.

1.1.-La transformación del iusnaturalismo, al iuspositivismo, para finalmente llegar al “Neoconstitucionalismo”.

1.2.-Paradigmas de interpretación en la Hermenéutica Jurídica, a la luz del Neoconstitucionalismo.

1.2.1.- El Juez como órgano de producción jurídica.....19

A.- Interpretación de las normas como reglas.....25

B.- Ponderación de las normas como principios.....28

CAPÍTULO II: TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL PRECEDENTE JUDICIAL Y LOS ACUERDOS PLENARIOS DEL PODER JUDICIAL.

2.1.-Teorías sobre la Argumentación Jurídica.

2.1.1. El positivismo Contemporáneo de Joseph Raz.....35

2.1.2. La reformulación del positivismo de Hart.....37

2.1.3. La naturaleza del post positivismo de Niel MacCormick.....39

2.1.4. La teoría del positivismo principialista de Ronald Dworkin.....41

2.1.5. La teoría sobre la optimización de los principios de Robert Alexy...42

2.2.- Activismo y Discrecionalidad Judicial.....50

2.3.- Precedente judicial.

2.3.1. Perspectiva histórica.....57

2.3.2. El precedente judicial en el Derecho comparado.....61

2.3.3. El precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano.....67

2.4.- Acuerdos Plenarios.

2.4.1.- Perspectiva histórica.....	77
2.4.2.- Los acuerdos plenarios en el Derecho comparado.....	78
2.4.3.- Los acuerdos plenarios en el ordenamiento judicial Peruano.....	87

CAPÍTULO III: ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE A.P. N° 10286-2013-LIMA.

3.1.- Análisis Conceptual:

3.1.1	Descripción de la sentencia.....	104
3.1.2	Partes.....	105
3.1.3	Aspecto jurídico considerado.....	105
3.1.4	Hechos relevantes.....	105
3.1.5	Problema jurídico.....	106
3.1.6	Identificación del precedente vinculante.....	106

3.2.- Análisis Crítico:

3.2.1	Razón declarativa-axiológica.....	108
3.2.2	Ratio Decidendi.....	110
3.2.3	Obiter Dicta.....	111
3.2.4	Invocación preceptiva.....	115
3.2.5	Decisum o Fallo.....	117

CONCLUSIONES.....	120
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	122
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La evolución de un Estado Legislativo o Legal de Derecho, se formulaba en torno a parámetros meramente formales, la ley era Derecho válido, solo cuando era emitido por el Parlamento a través del procedimiento legislativo correspondiente; en donde, la jurisdicción, en efecto, no era más que “administración de justicia”; construyéndose una hermenéutica jurídica positivista, la cual consistía en una equiparación entre ley y Derecho, se podría decir, que esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

El tránsito al Estado Constitucional, donde la ley ha dejado de ser la fuente suprema del Derecho, y ser desplazada por la Constitución, *la cual no solo es ley sino que está dotada de un denso contenido sustancial formado por valores, principios, derecho y directrices*¹, en el cual el Poder Jurisdiccional ha adquirido especial relevancia y protagonismo; debido a que conlleva a una interpretación “más flexible”, construyéndose así una hermenéutica jurídica contemporánea, postpositivista.

El sentido de este carácter esencial del derecho del Estado Constitucional actual, donde quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad, debido a la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir².

Lo cual, desencadena una nueva visión con la teoría del Neoconstitucionalismo donde la hermenéutica del siglo XXI y la argumentación jurídica son los pilares de las decisiones de los Jueces, para la optimización y concretización de los principios y valores de la Constitución.

¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Madrid, Editorial Trotta, p. 25.

² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, 8va edición, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 14.

El debate que se produce al impartir la justicia constitucional, al momento en que los jueces realizan su labor, la cual es solucionar el caso controvertido, conlleva a distintas problemáticas en la hermenéutica jurídica; puesto que el juez en ese proceso interpretativo no puede caer en una excesiva discrecionalidad ya sea aplicando, interpretando o colmando lagunas normativas, a través de la creación jurisprudencial de derecho nuevo.

Este poder-deber del juez, de ser responsable de asegurar que se actúe conforme a lo dispuesto por la Constitución, no solo es una exigencia para el juez del Tribunal Constitucional, su cumplimiento obliga a una vinculación horizontal, para todos los poderes del Estado; y evidentemente para los jueces ordinarios; en razón del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que contempla el control difuso y la interpretación conforme a la Constitución, reflejando la herramienta de mayor fuerza respecto a las competencias constitucionales de los jueces del Poder Judicial; pues los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamento según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, impartiendo también una vinculación vertical.

En este contexto, preguntarse por el papel del juez, cuya actuación cobra ahora preponderancia, encerrando connotaciones que constituyen un problema válido de investigación. Así que, ha de afirmarse que el actor principal en el Estado Constitucional no es el legislador, sino el juez y que, por consiguiente, la función legislativa cede el paso ante la función jurisdiccional.

Por lo tanto, la norma no es aquí un modelo acabado que se trasplanta mecánicamente a la realidad, de ahí que el principio *dura lex sed lex* (dura es la ley, pero es la ley), deba ser reemplazado por métodos de interpretación que brinden argumentos para justificar una decisión la cual debe ser razonable, socialmente aceptable y justa.

En este sentido, la jurisprudencia debe ser la consecuencia del cotejo entre la norma y la realidad, afirmándose con ello que es la jurisprudencia la manera natural de la evolución del derecho. En este ámbito se impone una transformación en la forma del razonamiento jurídico que los jueces poseen en

la actualidad, es por ello que es importante analizar a guisa de ejemplo el precedente vinculante judicial A.P N° 10286-2013, en razón de si la argumentación hecha por los jueces se ajusta y es conforme a los principios y la Constitución, y no sujeta a subjetivismo o arbitrariedades por parte de los jueces.

Ahora bien, estas decisiones judiciales, cuando se advierta que existen lagunas o vacíos normativas, estas tienen que ser colmadas, pues el juez no puede dejar de resolver el conflicto, lo cual podrá dejar un espacio para la discrecionalidad judicial, ya que esta decisión buscará aplicar una norma o ponderar principios para justificar su fallo. Y es aquí donde se producirían aparentes arbitrariedades de los jueces, y siendo la correcta administración de justicia la más afectada, por todo lo antes mencionado, es preciso formularnos la siguiente interrogante:

¿Cuáles serán los límites de la Creación Judicial del Derecho, desde una perspectiva analítica al Neoconstitucionalismo?

CAPÍTULO I

EL ROL DEL JUEZ, DESDE UNA VISIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA.

CAPÍTULO I

El Rol del Juez, desde una visión analítica al Neoconstitucionalismo

En el presente capítulo se desarrollará si el protagonista de la función jurisdiccional en el Estado Legalista es semejante en la del Estado Constitucional, es por ello que se definirá el rol del juez dentro del esquema Neoconstitucionalista, y la distinción entre reglas y principios; para lo cual debe dilucidar el juez al momento de la resolución de conflictos.

1.1.- La transformación del Iusnaturalismo, al Iuspositivismo, para finalmente llegar al Neoconstitucionalismo.

En la época clásica hasta el siglo XVIII, la teoría jurídica que predominó fue el Iusnaturalismo con defensores como San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Hugo Grocio, Tomasio, Wolf, Hobbes, Espinoza, Leibniz y Finnis, referida al origen de la ley natural; donde atentar contra esta ley natural sería atentar contra la naturaleza humana³, y donde el derecho natural constituye una teoría de la moral, la cual funciona como autoridad normativa; es decir autoridad creadora

³ Cfr. MÖLLER, Max. *Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho La teoría neoconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*, Tesis para optar el grado de Doctorado en Derecho en Derecho Público, Burgos, UBU, 2007, p. 11.

de normas. La ley moral natural fundamentalmente está formada por los principios que la razón práctica posee y conoce por sí misma⁴, es decir, en virtud de la misma naturaleza del hombre, concibiéndose de esta manera que la ley moral es universal.

El Derecho Natural sostiene la existencia de un conjunto de principios prácticos básicos que identifican las formas fundamentales de la plenitud humana como bienes que han de ser perseguidos y realizados; un conjunto de criterios morales generales; en el cual se forja el núcleo del Derecho⁵, en constatar que ciertos bienes se le presentan al hombre de modo evidente como valores finales objetivos, además de especificar las reglas del razonamiento práctico que dirigen a ellos del modo más pleno; asimismo mostrar que la satisfacción de estas reglas requiere la existencia de comunidades con una autoridad respetada; y finalmente, indagar la obligatoriedad moral del Derecho emanado por dicha autoridad.

Por lo tanto, si la naturaleza propia de las normas jurídicas incluye constitutivamente la ordenación hacia el bien común, y los bienes humanos básicos constituyen el contenido de ese bien común, resulta claro que estos bienes básicos, considerados en su dimensión comunitaria, son los criterios de

⁴ La ley moral fundamental está formada por los principios que la razón práctica posee y conoce por sí misma, es decir, en virtud de su misma naturaleza. La ley natural es la ley de la razón práctica, la estructura fundamental del funcionamiento de la razón práctica, de todas sus evidencias y de todos sus razonamientos(...) partiendo del deseo de unos fines, que la ponen en movimiento para buscar el modo justo de realizarlos(...) la ley moral natural se llama "natural" porque tanto la razón que la formula como las tendencias o inclinaciones a las que la razón práctica hace referencia son partes esenciales de la naturaleza humana, es decir, poseen porque pertenecen a lo que el hombre es, y no a una contingente decisión que un individuo o un poder político puede tomar o no. De aquí procede lo que suele llamarse "universalidad" de la ley moral natural. La universalidad de la ley natural no se debe concebir como si se tratase de una especie de ley política válida para todos los hombres, considerada en sus aspectos más profundos y estructurales, es sustancialmente idéntica. La universalidad afirma la identidad substancial de la razón práctica. Si la razón práctica no fuese unitaria en sus principios básicos, no sería posible el diálogo entre las diversas culturas, ni el reconocimiento universal de los derechos humanos. Cfr. RODRIGUEZ LUÑO, Ángel. *Ley Natural, Derecho Natural y Política*, 2010 [ubicado el 28.X.2016] obtenido en http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/pluginfile.php/775696/mod_resource/content/1/Ley%20natural%2C%20derecho%20y%20pol%C3%ADtica.pdf

⁵Cfr. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. "El iusnaturalismo de John Finnis", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo X, España, BOE, 1993, p.p 376-377.

corrección racional práctica de las normas jurídicas⁶. Y en razón de este criterio interpretativo centrado en el bien humano y los derechos humanos básicos que la directiva de interpretación preponderante, desde esta perspectiva iusnaturalista, es la que se denomina funcional o teleológica, que puede formularse como aquella interpretación que conduzca siempre a la solución más justa del caso jurídico del que se trate. Es decir, la solución que procura el bien común y por lo tanto, los bienes humanos básicos.

Asimismo en contraposición de esta teoría jurídica nace el Positivismo Jurídico, con autores como Kelsen, Hart, Scarpeli, y Bobbio, quienes reducen el objeto de la ciencia jurídica al conocimiento de normas ajenas a la moral. En consecuencia, el jurista se limitaba en su análisis al Derecho dado o puesto, absteniéndose de cualquier valoración ética de la norma con la realidad.

Se formula en torno a parámetros meramente formales, “*la ley era Derecho válido, solo cuando era emitido por el Parlamento a través del procedimiento legislativo correspondiente*”⁷; en donde, la jurisdicción, en efecto, no era más que “administración de justicia”; construyéndose una hermenéutica jurídica positivista, “*la cual consistía en una equiparación entre ley y Derecho*”⁸, se podría decir, que esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador⁹.

Tras la Segunda Guerra Mundial, surge una nueva teoría jurídica llamada Neoconstitucionalismo, siendo los casos de Constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976), España (1978), Brasil (1988) y Colombia

⁶Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. “Iusnaturalismo e Interpretación Jurídica” en *La Interpretación en la era del Neoconstitucionalismo una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, ÁBACO, 2006, p.p. 70 – 72.

⁷Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El Control Constitucional sobre las interpretaciones que realizan los jueces”, *Gaceta Constitucional*, N°58, octubre 2012, p.p 181-192.

⁸LUIZ STRECK, Lenio; LOPES SALDNHA, Jania Maria. “Los diferentes positivismo y el problema de la interpretación: el nuevo paradigma constitucional y la necesidad de garantizar la autonomía del derecho”, *Gaceta Constitucional*, N°55, Julio 2012, p.p 259-271.

⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, 8va edición, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 33.

(1991)¹⁰; caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos.

Con el Neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica¹¹. La transformación del Estado legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, trajo consigo muchas posiciones, para poder definir al Neoconstitucionalismo nos basaremos en la doctrina de Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, y García Figueroa.

La Constitución ya *no es solamente una norma de grado jurídico jerárquico más elevado, sino que también constituye la norma axiológicamente suprema*¹². El texto constitucional está integrado por normas, derechos, principios y valores que, a la hora de interpretarlos, dan lugar a un cierto grado de conflicto. Los propios jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, con un razonamiento más complejo.

A ello hay que sumar que los jueces se encuentran con la dificultad de tener que trabajar con valores que están constitucionalizados y que precisan de una tarea hermenéutica que haga posible su aplicación a los casos concretos de manera justa y razonada. Una vertiente muy interesante del neoconstitucionalismo es precisamente la del análisis de los criterios y modelos de interpretación constitucional.

Por lo tanto, lo que he ha pasado en estos últimos ámbitos, es la intensificación del modelo constitucional inicial, potenciando especialmente por el surgimiento y recepción en sede nacional del derecho internacional de los derechos humanos. *“Con el neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el*

¹⁰ HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?”, *IUS la Revista*, N°36, p. 328.

¹¹ SANTIAGO, Alfonso. “Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y el rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”, *Díkaion*, Colombia, diciembre 2008, p.p 132-155.

¹² BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El Neoconstitucionalismo A Debate: Entre La Principiología y La Arbitrariedad”, *Revista da Faculdade de Direito*, N°1, 2014, p.152.

*concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de la validez, eficacia y justicia de la norma jurídica; hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico*¹³. Se pretende que la normal, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica.

Lo que conlleva, a una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa; ahora la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que la validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos.

Así el constitucionalista Mauro Capeletti, señala que el constitucionalismo incorpora, positiva y formaliza las exigencias del derecho natural, movilizándolo al derecho, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de justicia, fundada en los Derechos Humanos.

Asimismo, para Zagrebelsky, el neoconstitucionalismo implica que *“las Constituciones nos remitan a la pluralidad de principios y valores, que para coexistir deben ser relativizados entre sí; y es en la jurisprudencia, donde deberá de ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad”*¹⁴. Solo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respetar esta concepción práctica del derecho, es importante señalar que el sentido y valor que resultan relevantes desde el punto de vista de la aplicación judicial tienen un significado objetivo, y no subjetivo; respecto al razonamiento de sus decisiones.

Ante ello, se propone una interpretación creativa y dinámica de la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos, donde el juez es el protagonista, y provoca en parte una discusión sobre quien ha de actualizar y dinamizar, principalmente, el derecho y el sistema jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades y

¹³ SANTIAGO, Alfonso. *“Neoconstitucionalismo”*, 2008 [ubicado el 20.X 2016]. Obtenido en: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, p. 14.

exigencias, sobre todo donde el juez es el mayor intérprete, a través de los denominados “casos difíciles”.

De la misma manera, para Prieto Sanchís, el Neoconstitucionalismo, representa *“una visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no solo descriptiva por parte del científico del Derecho”*¹⁵; es decir que el juez no se limita a aplicar las normas, sino que elabora una argumentación realmente sólida que sustenta su labor judicial.

Según García Figueroa, el Neoconstitucionalismo *“propicia una mayor actividad judicial, pero no crea un mayor activismo, puesto que su modelo de juez no actúa según los viejos parámetros del realismo, sino firmemente comprometido con un razonamiento práctico a partir de principios que son al tiempo morales y jurídicos”*¹⁶; ello significa, que la labor del juez no se limitara a aplicar reglas sino que tendrá una labor más compleja, ya que ahora estas reglas están dotadas de un carácter morales, lo que conlleva a una mayor labor interpretativa y creativa del juez.

Es por ello, que se entiende al Neoconstitucionalismo, como una apertura al judicialismo, es decir la actividad del juez adquiere preponderancia, de modo que lo que reclama esta fórmula política, entre otras cosas, es una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; el neoconstitucionalismo requiere una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional, donde los riesgos que comporta la interpretación constitucional pueda ser conjurados por un esquema plausible de argumentación jurídica.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 2da edición, Madrid, editorial Trotta, 2009, p.p. 101 y 103.

¹⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad, una aproximación neconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, España, Trotta, 2009, p. 55.

1.2. Paradigmas de interpretación de la hermenéutica jurídica, a la luz del Neoconstitucionalismo.

La Hermenéutica jurídica se entiende como “*el arte o técnica (método), que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los procesos aplicables para determinar el sentido y alcance de las expresiones del Derecho*”¹⁷; es decir desentrañar el verdadero significado de una expresión jurídica.

También se concibe como “*una determinada búsqueda de sentido, pero lejos de la dogmática, mediante un proceso de interpretación no basado en la autoridad del poder (o en la facultad que éste otorga) sino en la comprensión*”¹⁸. Se parte de la idea de que si bien el objeto del derecho es uno solo, no obstante incide de diversa manera sobre las sociedades atendiendo a la valoración o interpretación que de él tengan los estudiosos, los jueces o doctrinantes, los ius-teóricos; en cuatro palabras, los “trabajadores del derecho”. La comprensión a la luz de la hermenéutica es cambiante con los tiempos, con las sociedades y con los hombres que la realizan

Se considera superado el viejo positivismo exegético, o sea, que ya no es más posible afirmar una equiparación entre ley y Derecho. La hermenéutica jurídica contemporánea, no cree más en este positivismo del siglo XIX.

El derecho que surge del paradigma del Estado de Derecho, debe ser comprendido en el contexto de un creciente empoderamiento del Derecho, siendo así, que la Constitución es la manifestación de este grado de autonomía del Derecho; por lo que ocurrió una disminución de la libertad de conformación del legislador, y aumento un espacio a la jurisdicción¹⁹. Es así, que el juez no solo está llamado a clarificar el significado de la norma, sino que actúa

¹⁷ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* [ubicado el 07.XI 2016]. Obtenido en https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf, p. 455.

¹⁸ CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. “La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica”, *Opinión Jurídica*, Vol. 8, N° 15, enero-junio 2009, p. 79.

¹⁹ Cfr. LUIZ STRECK, Lenio; LOPES SALDNHA, Jania María. *op. cit.*, p. 265.

atribuyéndole un significado a la norma; donde la actividad del juez interprete es creativa y a su vez normativa, creando derecho mediante las decisiones judiciales.

El derecho como ordenamiento es una realidad interpretativa, es decir, en toda la labor del operador jurídico habrá siempre una interpretación de la realidad. El juez que requiere la sociedad actual no puede quedarse atrapado en el gusto de las generaciones pasadas.

La coexistencia de paradigmas ocurre, en momentos críticos como el presente, siempre que hay un tránsito de un paradigma a otro u otros. Se percibe entonces la competencia de diferentes modelos judiciales, que compiten entre sí. François Ost²⁰, apela a la mitología para personificar tres diversos modelos judiciales, que suelen competir actualmente en el mundo jurídico occidental.

El “Juez Júpiter”, que tiene como marco decisorio la dogmática jurídica, supone que la decisión llega de cierta altura y que no es contestable con elementos discursivos a disposición del lego. Toda decisión jurídica es siempre deontológicamente válida por ser la perfecta concretización de una norma superior, que a su vez se basa, en última instancia, en una norma originaria inmóvil.

El “Juez Hércules”, propio del Estado Social, tiene que echar mano de principios, formulados a título de derechos fundamentales, esto es, de manera lingüísticamente abierta, que constituye meros “mandatos de optimización” y que por tanto solamente pueden conseguirse en el mundo práctico de manera limitada. Todavía en ese paradigma hay quienes se aferran a la única respuesta correcta, para intentar afiliar la producción del juez a una tradición jurídica.

El “Juez Hermes”, es el final en la trilogía, el juez posmoderno, mero portador de discursos, de diverso origen y naturaleza, que le sirven para tomar decisiones de fuerza, que no necesariamente provienen de un aparato oficial que merezca llamarse Estado. Juez es, en un sentido amplio, todo aquel que dispone de una cierta dosis de fuerza física o simbólica reconocida socialmente para atribuirle a

²⁰ OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez”, *Revista Doxa*, N°14, 2005, p.p. 69-194.

su percepción de la conducta de los demás unas consecuencias. Juez es, en este sentido, el padre o el maestro, el policía o vigilante, el funcionario público o el jefe de recursos humanos, el genetista o el psiquiatra.

Es por ello que la garantía judicial se vuelve imprescindible, siendo una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la Constitución; si esta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea, es decir, ante los jueces, tanto del Poder Judicial, como los magistrados del Tribunal Constitucional²¹; lo que significa que la Constitución desborda los límites del mundo político y de la redacción entre los poderes para invadir el conjunto del ordenamiento; es necesario añadir que cobran un protagonismo los jueces, que de mudos ejecutores de la ley se han convertido en instancias críticas de la voluntad legislativa a partir de una interpretación constitucional, que como se verá, tiene mucho que ver con el razonamiento moral.

2.1.- El Juez como órgano de producción jurídica

La función jurisdiccional y la posición de los tribunales, muestran su carácter de creadores de Derecho, pero sugiriendo asimismo la responsabilidad que ostentan como órganos del sistema jurídico y político.

MacCormick hace referencia a la distinción entre casos fáciles y difíciles, en donde los casos fáciles son aquellos en los que el juez no tiene ningún problema a la hora de establecer los hechos, sabe qué normas ha de aplicar; sin embargo, en los procesos jurídicos a menudo se presentan casos más difíciles, para salir del problema se presentan tres grandes principios, que servirán para justificar la decisión judicial.

En la justificación interna rige el principio de universalidad, es decir la norma que se quiere aplicar ha de ser universal. Aquí rige el principio de justicia formal, que

²¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Neoconstitucionalismo (un catálogo de problemas y argumentos)" en *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, Tomo V, Perú, ARA, 2013, p.p. 24-25.

vendría a decir: si tratamos a X de tal manera, entonces todos los casos iguales a X han de ser tratados de igual forma.

En cuanto a la justificación externa rigen los principios de consistencia y coherencia. La consistencia exige que la ley seguida en la resolución del caso no esté en contradicción con el sistema de leyes vigentes. La coherencia es un término más amplio y distingue entre coherencia normativa (cuando varias normas se subsumen en una sola, sin caer en contradicciones) y coherencia narrativa (cuando la narración de los hechos es coherente). Estos tres principios servirán para evaluar la decisión judicial²².

Según Dworkin, *“en un sistema jurídico que está compuesto, además de reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos; los cuales deben permitir una respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinen una única*

²² Estudia el razonamiento jurídico, fijándose como se desarrolla efectivamente la argumentación en los juzgados, y de los casos observados, induce un procedimiento general. Va, por así decirlo, de lo particular a lo universal. (..) Una decisión será razonable si cumple estos dos requisitos: si es lógicamente consistente (fácilmente comprobable recurriendo a la lógica forma) y si es “justa” (para ello ha de cumplir unos requisitos, como el de universalidad). Sin embargo, no todos los casos son tan sencillos. Por ello se pueden distinguir casos fáciles y casos difíciles. Los casos fáciles son aquellos en los que el juez no tiene ningún problema a la hora de establecer los hechos, saber que normas ha de aplicar, etc. La decisión consiste en pasar de las premisas a la conclusión, por lo que el problema suele darse en el establecimiento de premisas (...) Para salir del atolladero se presentan tres grandes principios, que nos van a servir para justificar nuestra decisión, y para saber cuándo una decisión está mal tomada. Serán los de universalidad, consistencia y coherencia. Estos tres principios, se distribuyen entre la justificación interna y la justificación externa de una decisión judicial. En la justificación interna rige el principio de universalidad. La norma que se quiere aplicar ha de ser universal. Aquí rige el principio de justicia formal, que vendría a decir: si tratamos a X de tal manera, entonces todos los casos iguales a X han de ser tratados de igual forma. Una decisión que viole tal principio ha de ser rechazada. En cuanto a la justificación externa, MacCormick distingue entre el ajuste de la decisión con el sistema, y el ajuste con el mundo. Para que una decisión se ajuste con el sistema (de leyes, o de decisiones anteriores, se entiende), esta ha de ser consistente y coherente con el mismo. La consistencia exige que la ley seguida en la resolución del caso no esté en contradicción con el sistema de leyes vigente. La coherencia es un término más amplio, y MacCormick distingue entre coherencia normativa (cuando varias normas se subsumen en una sola, sin caer en contradicciones) y coherencia narrativa (cuando la narración de los hechos es coherente). Cfr. VILARROIG, Jaime. *Dos Contribuciones a la teoría de la Argumentación Jurídica: Neil MacCormick y Robert Alexy*, 2006 [Ubicado el 26.X 2016]. Obtenido en: <http://docplayer.es/172224-Dos-contribuciones-a-la-teoria-de-la-argumentacion-juridica-neil-maccormick-y-robert-alexey.html>

*respuesta*²³. A través de la interpretación del razonamiento jurídico, en el cual se invocan y utilizan principios que los tribunales desarrollan lentamente, mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes.

Como señala Alexy, la tesis central del discurso jurídico²⁴ es un caso especial del discurso práctico en general; es decir, el derecho depende directamente de la moral. Primero se parte un caso moral, después se pasa a las leyes, de las leyes a la argumentación jurídica y se concluye en la decisión judicial²⁵.

Pero como el discurso práctico general es limitado, y a menudo presenta como válidas varias opciones, la sociedad limita tal discurso recurriendo a las normas del sistema jurídico establecido (que toma fuerza del discurso práctico en general): pero resulta que a menudo también las normas jurídicas son insuficientes (pues de lo contrario no habría juicios, sino, a lo sumo, jueces que aplicarían el derecho). Dada la limitación de las normas, se hace preciso hablar de una teoría de la argumentación jurídica o discurso jurídico, que estudia las condiciones en las que una decisión judicial o una ley pueden ser discutidas racionalmente. Y por último, como el discurso jurídico tampoco resuelve todo, es el juez el que termina con el proceso dando una decisión, y cerrando las demás alternativas.

²³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 5ta reimpresión, España, editorial Ariel, 2002, p.p.11 y 13.

²⁴ El discurso jurídico es un caso especial, como la argumentación práctica en general. Debido a que, según Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general, ambos pueden ser tratados en el marco de una teoría del discurso jurídico integral. Ésta se propone alcanzar la mayor racionalidad posible en argumentaciones prácticas que tengan como propósito determinar lo que el derecho permite prohíbe o manda. Cfr. *La Teoría del discurso de Robert Alexy* [ubicado el 31.X.2016] Obtenido en http://www.sitioswwwweb.com/miguel/la_teor__a_del_discurso_de_Robert_Alexy.pdf

²⁵ Primero parte de una teoría consensual de la verdad, y, por ende, de una teoría consensual de la justicia; esto quiere decir que se acordará sobre las reglas de juego que se seguirán; y estos consensos universales siguiendo tales normas del discurso aceptados por todos se podrían llamar racionales y será todo lo más que se pueda para acercarse a la verdad o a la corrección. Por lo tanto un enunciado será correcto si es resultado de un procedimiento pragmático universal. Cfr. VILARROIG, Jaime. *op. cit.*, p. 4.

Por lo que, las reglas fundamentales en cuanto al discurso práctico general sería: el principio de no contradicción, el principio de sinceridad, el principio de justicia formal, el principio de coherencia. Es así, que la argumentación debe seguir un hilo conductor, es decir si alguien pretende apartarse del hilo general del discurso, o poner en duda elementos anteriormente aceptados, ha de justificar su postura.

Según Peczenik, la justificación de las decisiones judiciales²⁶ que se toman en el ámbito de la interpretación jurídica, es lo que vendría a constituir el núcleo de la dogmática jurídica, es decir, el objeto de estudio de la teoría de la argumentación de Peczenik. Entre dogmática jurídica y método de interpretación o producción jurídica existe una relación de generalidad, es decir, mientras que la dogmática jurídica es más abstracta y racional, los procesos de toma de decisiones a nivel de la judicatura y la legislación es más concreta y pragmática.

La Creación Judicial del Derecho²⁷ no representa una cuestión de todo o nada ni, por supuesto, es independiente de las históricas circunstancias políticas y culturales; en línea de principio, basta con aceptar, que hay un elemento constructivo de Derecho en toda sentencia judicial, aun en la que aparentemente solo “aplica” normas existentes. El nudo del problema no se halla, pues, en comprobar quien sostiene con mayor énfasis la insuficiencia de la ley y el carácter creativo de la interpretación, sino en definir la naturaleza y legitimidad de las fuentes extrasistemáticas que proporcionan al juez las pautas para decidir. Concebir a los jueces como órganos de producción jurídica supone,

²⁶ Presupone la existencia de una relación necesaria entre argumentos morales y el razonamiento jurídico, debe “lograrse el compromiso óptimo entre predictibilidad en vista de otras consideraciones morales”. Cfr. PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “La Teoría de la argumentación y decisión jurídica”, *Gaceta Constitucional*, N°27, marzo 2010, p.p. 251-252.

²⁷ Las rotundas afirmaciones sobre la insuficiencia de la ley y la relevante función valorativa de los jueces que luego se acompañan de misteriosos procedimientos capaces de proporcionar objetividad indiscutible a sus decisiones o el más directo expediente de integrar la Moral en el Derecho. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Interpretación Jurídica y creación judicial*, Lima, Palestra, 2005, p. 224.

sencillamente, entender que los valores y principios morales que inspiran sus fallos no son más objetivos, ni más legítimos o justos que los del legislador.

También se debe considerar que este juez, que es autónomo e independiente en el plano de las relaciones institucionales²⁸, es decir, ha testimoniado una profunda transformación de la función que le corresponde. De hecho, ya no se trata del juez que se considera un aplicador pasivo de normas que son producidas por el legislador como exclusivo titular del poder de decidir elecciones políticas, sino del “juez intérprete”.

Así pues, la legitimación de los tribunales como órganos de producción jurídica reposa en el Código Procesal Constitucional; en razón del artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, que garantiza las condiciones del órgano y del procedimiento, y en los valores y principios que proporcionan al juez los criterios materiales para la interpretación y, por consiguiente, para el desarrollo del Derecho judicial; todo ello sin perjuicio de la introducción de elementos democráticos en el gobierno del Poder Judicial y en el ejercicio mismo de la jurisdicción.

El fortalecimiento de la posición del juez, cuya actividad adquiere un mayor protagonismo desde el momento en que ya no es válido exclusivamente el esquema silogístico propio de la escuela de la exegesis, en el que la premisa mayor se identifica con el enunciado normativo, la premisa menor con el caso, y la conclusión con la decisión. *“En relación con los principios, la argumentación jurídica se asemeja a la argumentación moral, ya que en ella se tienen en cuenta criterios materiales, valorando su importancia en el caso concreto”*²⁹. Por ello se afirma que es este ámbito uno de los que se percibe que la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación práctica.

Así como la sentencia, no es una simple reproducción de la ley, sino un intento de llegar hasta la singularidad del conflicto de intereses que se intenta resolver,

²⁸ TARUFFO, Michele. “Jueces y Política: De La Subordinación A La Dialéctica”, *Isonomía*, N° 22, Abril 2005, p.13.

²⁹ PORTELLA, Guillermo. “Los Principios Jurídicos y le Neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, N° 18, Diciembre 2009, p.p 33-54.

el contenido de una decisión normativa no se hace prudente porque la voluntad esté firmemente orientada a la justicia, sino porque el que va a tomar esa decisión conoce realmente la situación concreta que ella va a regular y sabe valorarla con rectitud, en función de los principios y las normas universales que esa situación requiere.

El neoconstitucionalismo no-positivista se hace cargo de los “casos difíciles” respecto de los cuales corresponde apartarse de las respuestas contenidas en las normas porque resultan claramente irracionales o absurdas axiológicamente, e incluso a la hora de ponderar los principios en búsqueda de las respuestas jurídicas cabe computar el peso en concreto de los principios en juego y la seguridad de las premisas fácticas implicadas, orientado el jurista por “la respuesta correcta” como “idea regulativa”. El juez Hércules dworkiniano debe buscar la “única respuesta correcta” que tiene cada caso, y por supuesto que ello exige hacerse cargo de las particularidades de cada caso³⁰.

Una cierta judicialización del derecho, especialmente a partir de asignarle a los jueces el control de constitucionalidad sobre todas las normas jurídicas, incluidas la ley y hasta la misma Constitución. Para saber cuál es el derecho vigente se requiere de la jurisprudencia que va valiendo, corrigiendo y enriqueciéndole al mismo. La distinción entre creación e interpretación- aplicación, se diluye en tanto los casos van suscitando nuevas o ajustadas respuestas jurídicas.

En el Estado Democrático Legal, resultaba irrelevante la ética del juzgador dado que se confiaba en que él sería un “ser inanimado” y “boca muerta de la ley”; pero en la actualidad estando en un Estado Democrático Constitucional, frente al mismo caso habitualmente los juristas pueden encontrar variadas y hasta contradictorias respuestas, es muy importante la conciencia ética del que va a elegir, a punto que el derecho toleraría que gane una de las partes o la otra³¹.

³⁰ Cfr. VIGO, Rodolfo. “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: Coincidencias y Diferencias” en *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, tomo IV, volumen II, México, UMAN, p. 860.

³¹ *Ibidem*, p. 868.

El Estado Democrático de Derecho, reclama la institucionalización de la relación entre derecho con la moral y la política; este discurso jurídico es un caso especial del discurso moral y la filosofía del derecho conserva relaciones necesarias con la filosofía moral y política. El juez Hércules propuesto por Dworkin en aras de la “única respuesta correcta” trabaja no solo con material jurídico sin también moral y político.

El juez es concebido como el primer órgano de producción, que debe diferenciar entre normas como reglas y normas como principios; por lo tanto para resolver las controversias suscitadas es necesario que exista una distinción al momento de interpretar tanto las reglas como los principios.

A.- Interpretación de las normas como reglas.

Las reglas son un precepto de conducta establecido en función del deber ser e impuesto por parte de una autoridad constituida legítimamente. Según Bonaccase dicho precepto supone la realización de la armonía social en términos que concilien la protección integral de las personas con las exigencias de los intereses de la colectividad³². Para García Maynez es la que impone deberes o confiere derechos. Vinogradoff la definió como una guía de conducta que la sociedad establece para que las personas puedan realizar o abstenerse de hacerlo, un propósito determinado.

Desde el derecho romano las reglas se entendieron como una proposición que expone en forma breve el derecho vigente. Eran normas imperativas del ordenamiento. En la Edad Media la concepción de las reglas se extendió, de las contenidas en el derecho vigente a las derivadas del derecho natural, dando origen a los principios no regulares. Por eso éstos y aquellas, se identificaron bajo la denominación común de normas jurídicas.

El positivismo asumió el concepto de regla como norma general y abstracta, inserta en un sistema cerrado, según terminología de los especialistas, que lleva implícitas todas las respuestas. Kelsen sostiene que, cuando las normas del sistema no prohíben una conducta, de cualquier manera tal conducta recibe una

³² Cfr. TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. *Principio, valor, regla y derecho* [ubicado el 5.IX.2016] obtenido en <https://agendamagna.wordpress.com/2010/02/02/principio-valor-regla-y-derecho/>

calificación normativa en virtud del sistema de clausura, que permite toda acción no prohibida. *Con el iuspositivismo surge la moderna "Teoría general del Derecho" para la cual, como dice Bobbio, la experiencia jurídica es una experiencia normativa*³³. El derecho es una ciencia autónoma que funciona a base de reglas o normas positivas y el jurista "debe limitarse a aplicar la solución prevista en la ley general y abstracta, de modo que el intérprete no añada nada nuevo a su significado"³⁴. Desde esa óptica las reglas constituyen la base de la aplicación y de la interpretación del derecho.

En conclusión las reglas son normas que exigen su pleno cumplimiento, es decir, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Las reglas son aplicables en la forma de "todo o nada" y, en principio, suelen identificarse con la norma escrita, ya sea ésta ley o reglamento. La regla es, entonces, una norma jurídica general que se aplica a una situación concreta y específica.

Las reglas jurídicas de mandato como razones para la acción perentorias e independientes del contenido, a saber, que constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida en el contexto que interesa, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla. Y una razón de segundo orden para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción, en el mismo contexto, para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cual fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar.

Las reglas están destinadas, pues, a que cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta por qué los órganos al considerarlas como razones "perentorias" o "protegidas". Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*, 5ta ed., Bogotá, Temis, 2016, p. 3.

³⁴ TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. *El Estado y el Derecho*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001. p. 24.

normativa que las ha dictado o adoptado) su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias³⁵.

Las diferencias entre reglas y principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

Sin embargo, la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto tratamiento que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Solo a las reglas se aplican los variados métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo, por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.

Así pues, *la distinción esencial entre las reglas y principios, es que las primeras proporcionan el criterio de las acciones, recogen lo que se debe actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; en cambio, los principios, directamente, no expresa nada de este respecto, pero proporcionan criterios para que se tomen posiciones ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas*³⁶. Las normas son aplicables en forma “de todo o nada”. *Si están presentes los hechos que la norma recoge, y ésta es válida, se aplica; si los hechos no coinciden con el supuesto legal, la regla no ofrece respuesta al caso*³⁷. En cambio el principio no contiene una referencia expresa a un supuesto de hecho que haga necesaria su aplicación en

³⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Sobre Principios y reglas* [ubicado el 14.IX.2016] obtenido en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf, p.p 111-112.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, p.p. 109-110.

³⁷ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel. *Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve* [ubicado el 22.IX.2016] obtenido en: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ronald-dworkin-judicial-reflexion-breve-381579>.

un momento dado. Más bien, propone una razón que demanda una solución en un sentido determinado, sin que esa exigencia produzca una solución necesaria.

Por lo tanto, al ser las reglas mandatos, los cuales no exigen mayor complejidad para el operador jurídico; puesto que no presentan problemas en su interpretación, se puede concluir que las reglas solo se aplican conforme al caso en concreto, no requiere mayor exigencia.

B.- Ponderación de las normas como principios.

La Evolución del derecho por reglas del Estado de Derecho, al Estado Constitucional contemporáneo y concebir al derecho por principios, este cambio estructural del derecho tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción; pues la diferencia entre los principios constitucionales y las normas jurídicas se pone en evidencia, al momento en que los operadores jurídicos deben aplicar en los procesos. *Los principios constitucionales carecen de supuesto de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógica jurídica (en particular, en la subsunción en el supuesto de hecho), que, según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término no “aplicación”³⁸*. Generando de esta manera una nueva teoría de la interpretación jurídica.

El Constitucionalismo es una nueva Teoría del Derecho, en esta teoría exigen más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorias, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherente entre sí y en torno, sobre todo a las sucesivas opciones legislativas.

La Constitución, su contenido, sus principios y valores y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, p. 111.

jurídica, de la Teoría General del Derecho del Neoconstitucionalismo. *Hay una profunda rematerialización del derecho. Adquiere importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo de su perfección formal. Hay un intento de “remoralizar” el derecho, si bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas*³⁹. Al tener este contenido sustancial, la Carta Política, es menester que existan órganos especializados para que dichos principios sean interpretados de la forma correcta.

El Constitucionalismo de Valores y Principios, es el nuevo parámetro de legitimidad no se limita a rectificar el formalismo precedente, porque humaniza la letra, hasta entonces inherente, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios, de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe y se somete al *telos* del Código Político⁴⁰.

El neoconstitucionalismo es partidario de un activismo judicial en la defensa de los valores de la Carta Política, *pues los jueces están obligados a dictar sus sentencias siguiendo a la vez las normas del derecho y las de la moral*⁴¹, coordinadas de tal manera que las normas morales, especialmente aquella que prohíben las injusticias más gruesas, tengan precedencia sobre las normas meramente legales.

El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende tanto a la consideración de la constitución como norma que organiza el sistema institucional de un estado, sino, fundamentalmente, su sistema normativo.

Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos *del principio que establecía que los derechos humanos valen en la*

³⁹ SANTIAGO, Alfonso. *op. cit.*, p. 11.

⁴⁰ Cfr. CEA EGAÑA, José Luis. “Los Jueces en el Estado Constitucional y Democrático” en *Jornada Internacionales de Derecho Natural Chile 2005-2007*, Buenos Aires, EDUCA, 2009, p. 500.

⁴¹ LEGARRE, Santiago; ORREGO, Cristóbal. “Los usos del derecho constitucional comparado” en *IV Jornadas internacionales de Derecho Natural*, Buenos Aires, EDUCA, 2010, p. 244.

*medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos*⁴², es decir; que no tendrán validez aquellas normas que atenten o sean contrarias a los principios basados en los derechos humanos pues están revestidas de un rango constitucional.

El concepto de ponderación fue puesto en el escenario del debate académico por filósofos y teóricos del derecho, como Ronald Dworkin en los Estados Unidos, y Robert Alexy en Alemania, *en un contexto en que se empezaba a cuestionar la visión positivista del Derecho, que lo concebía como un sistema formado exclusivamente por reglas. Estos teóricos buscaban explicar y justificar que el Derecho también estaba integrado por otro tipo de pautas, invocadas con frecuencia por los jueces y tribunales para resolver los casos más difíciles, y que expresarían no sólo metas, objetivos, y políticas sino también exigencias de justicia, equidad y moralidad; pautas que podían ser distinguidas de aquellas reglas, y a las cuales denominaron como principios jurídicos*⁴³. Así, los principios contendrían mandatos que exigen que algo sea cumplido en la mayor medida posible, por lo que su cumplimiento podría ser medido en diferentes grados, a diferencia de las reglas, que sólo podrían ser cumplidas o incumplidas.

Con todo, lo esencial del precepto se refiere al hecho de que *“la circunstancia de atribuir a los jueces la facultad de aplicar directamente los principios de que da cuenta el Texto Constitucional implica que en el ordenamiento jurídico se haya abierto un cauce para la creación judicial del Derecho”*⁴⁴. En efecto, desde el momento que la Constitución rompió las cadenas que mantenían estoicamente atada a la teoría política, la posición que ha pasado a tener entre las fuentes del Derecho la sitúa en un lugar de privilegio; y ello no solo por la obvia supremacía que ocupa dentro de la jerarquía de las normas, sino que en razón de haber “positivizado” una determina concepción del hombre y de la sociedad, la cual ha

⁴² SANTIAGO, Alfonso. *op. cit.*, p. 7

⁴³ INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”, *Revista de Derecho THEMIS*, N°55, 2008, p.p. 97-98.

⁴⁴ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. “Creación Judicial y garantías Constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 9, 2001, p. 463.

permitido a los tribunales no solo interpretar la legislación a la luz de tal concepción, sino que incluso crear ellos mismos derecho a partir de los principios generales recogidos en la Constitución Política.

Es manifiesto que, en muchos supuestos, las reglas vigentes son ambiguas no proporcionan una solución clara. *“La primera explicación acerca de la resolución de los caso oscuros la ofrece en sus reflexiones acerca de los principios jurídicos y la right thesis: el juez no crea Derecho como el legislador porque resuelve los «casos difíciles» con principios”*⁴⁵. Frente a los positivistas que reducen el Derecho a un conjunto de normas emanadas de la voluntad política, Dworkin entiende que el ordenamiento también está compuesto por un tipo de *standard* que no presenta ideales de reforma social, económica o política, sino que «es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral». Mediante esos principios el juez puede hallar los «derechos institucionales» que corresponden a los ciudadanos en los casos controvertidos, no sólo en los considerados «fáciles», sino también en los «difíciles». Esta reflexión es de enorme relevancia, porque gracias a la existencia de estos *standards*, el juez cuenta con unos argumentos que le permiten dar una solución a los casos que no están previstos en las normas, sin incurrir en la arbitrariedad.

Además, los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre principios. *Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta*⁴⁶. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe siempre ser inválida.

Por lo tanto, Ponderar, significa, la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio igual el peso de dos

⁴⁵ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel. Ronald. *op. cit.*

⁴⁶ ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, *Doxa*, N°5, 2001, p. 149.

cosas, es decir que existe un equilibrio en el plano abstracto (mismo valor), jerárquico, cronológico, especialidad. Sin embargo, es necesaria la ponderación, porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y en particular, de la presencia de otros principios en pugna.

Construir igualdades de facto significa que tenemos que aceptar desigualdades de iure, es decir que a través de los casos que se presentan el operador jurídico tomara una decisión; sin embargo no significa que en todos los casos en los cuales se puedan presentar conflictos con los mismos principios, se tendrá la misma decisión, pero consecuente con ello si el operador jurídico ha de apartarse su decisión tiene que ser debidamente argumentada.

De este modo, podemos concluir que el rol del juez en el siglo XXI y en un Estado Constitucional de Derecho es predominante, revestido de características especiales, para una labor hermenéutica de mayor complejidad; puesto que no solo se limita a aplicar leyes sino que, debe interpretar normas con carácter moral que defiendan los derechos fundamentales en razón de principios. Es así que en el siguiente capítulo debemos describir los métodos de interpretación que brinden argumentos para justificar una decisión la cual debe ser razonable, socialmente aceptable y justa. Y no caer en un activismo judicial y excesivo monopolio de interpretación constitucional y de la creación judicial.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL PRECEDENTE JUDICIAL Y LOS ACUERDOS PLENARIOS DEL PODER JUDICIAL

CAPÍTULO II

Teoría de la Argumentación Jurídica en el precedente judicial y los acuerdos plenarios del Poder Judicial.

La argumentación jurídica enseña a construir las razones con las cuales se sustenta una decisión con relevancia jurídica; entonces la importancia de la argumentación jurídica radica en que ella permite plasmar las justificaciones del juzgador a propósito de su decisión.

Inicialmente el juez se encuentra frente a un problema, identificar a qué alude la controversia sometida a su conocimiento y luego de ello, realizar un examen exhaustivo de los hechos. *“El contexto de descubrimiento habrá de informarle que será necesario recurrir a su bagaje de conocimientos para asumir determinada posición, será exigible que adopte una posición frente al problema jurídico suscitado y luego de ello, tendrá que comenzar a construir la decisión”*⁴⁷, cuidando de separar en forma ordenada sus argumentos, los cuales unos habrán de constituirse, lo complementarios, como *obiter dicta*, o razones complementarias, y otros, como *ratio decidendi*, o justificaciones principales del fallo.

⁴⁷ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Jueces y Argumentación* [ubicado el 01.XI.2016] obtenido en <https://edwinfigueroag.wordpress.com/zg-jueces-y-argumentacion/>

2.1.-Teorías sobre la Argumentación Jurídica.

Una de las razones del desarrollo de la lógica y la argumentación en la antigüedad era por la necesidad de controlar la validez de los diferentes argumentos y alegatos ante los tribunales. Es por ello que a lo largo de la historia, diferentes autores plantearon teorías para justificar la toma de decisiones, en el particular se tomara como referencia a cinco autores, los cuales son: Raz, Hart, MacCormick, Dworkin y Alexy.

2.1.1.- El positivismo contemporáneo de Joseph Raz.

En razón, al papel de la lógica en la justificación de las decisiones jurídicas, nacen dos tesis relativas; la tesis de la inseparabilidad y la tesis de la insuficiencia. La primera de ellas sostiene *“que una teoría del razonamiento jurídico justificatorio tiene que admitir una conexión necesaria entre derecho y moral, es decir que la premisa principal del razonamiento jurídico justificatorio es una norma o principio moral, y por consiguiente, la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales”*⁴⁸. Por el contrario, la segunda tesis, sostiene que una decisión judicial se justifica a partir de una norma, la descripción de los hechos de un caso y determinadas reglas de inferencia, y por ello ha sido duramente criticada debido a que este modelo no se puede utilizar en los denominados casos “difíciles”, siendo inadecuado porque conlleva una tendencia reduccionista y no distingue entre casos fáciles y casos difíciles.

Pese al debate entre los positivistas incluyentes y los positivistas excluyentes, referido a las diferentes interpretaciones de las "Tesis de la Separabilidad" entre el derecho y la moral, parece que los positivistas contemporáneos hoy día tienen una nueva agenda para la teoría jurídica, que se refiere a la denominada *“Tesis de las Fuentes Sociales”*. Quizás la formulación más exacta de esta tesis sea la elaborada por J. Raz, que pone particular énfasis en la idea de que *“todo el derecho está basado en alguna fuente”*, ya que *“su existencia y contenido*

⁴⁸ MORESO MATEOS, Josep Joan; NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, M. Cristina. “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, *Doxa*, N° 11, 1992, p. 248.

pueden ser identificados tomándose como referencia hechos sociales, sin recurrir a cualquier enunciado evaluativo”⁴⁹.

Por lo que, señala Raz, “*que el pensamiento o razonamiento jurídico están sujetos a una lógica jurídica especial. Esto algunas veces significaría que el razonamiento jurídico no está sujeto a leyes lógicas. Pero, de modo más frecuente, indica una creencia de que hay reglas adicionales de lógica que se aplican solamente al razonamiento jurídico*”⁵⁰, entonces si se acepta que la lógica ofrece un criterio importante para evaluar la racionalidad de un discurso, por lo que, es de gran importancia el análisis del papel que desempeña el razonamiento deductivo en el conocimiento y justificación del derecho.

Es probable que la forma más sencilla de comprender la concepción de Raz sobre el derecho sea retomar su distinción entre las dos fases de la argumentación práctica. Cuando se considera la actitud de una persona respecto de una cierta acción propuesta, podemos diferenciar entre la etapa deliberativa y la etapa ejecutiva. En instituciones como el Estado, por ejemplo, frecuentemente es el caso de que algunos actores son competentes para tomar decisiones, mientras que otros deben meramente ejecutar las decisiones tomadas por terceros. En la etapa deliberativa, según Raz, “la cuestión sobre lo que debe hacerse está abierta a argumentos basados en todos los tipos de consideraciones”, incluso razones morales, mientras que en la etapa ejecutiva la cuestión sobre lo que debe hacerse “será identificada sin recurrir a ulteriores argumentaciones morales”, pues sólo consideraciones “positivas” pueden pertenecer a este sector de la racionalidad práctica.

Cuando se piensa en las instituciones jurídicas, la principal premisa que caracteriza la teoría de Raz como positivista es la tesis de que el derecho “consiste únicamente en consideraciones positivas dotadas de autoridad”. Esta presuposición desplaza todas las consideraciones morales, éticas, políticas y también pragmáticas hacia fuera de las fronteras del derecho y de la

⁴⁹ Cfr. DA ROSA DE BUSTAMANTE, Thomas. “El carácter argumentativo del derecho: una defensa del post-positivismo de MacCormick”, *Doxa*. N° 35, 2012, p. 43.

⁵⁰ MORESO MATEOS, Josep Joan; NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, M. Cristina. *op. cit.*, p. 248.

argumentación jurídica. Según Raz, “consideraciones positivas son aquellas cuya existencia y contenido pueden ser aseveradas sin recurrir a valoraciones morales”. Puede decirse, por tanto, que para Raz el derecho no es más que una autoridad institucionalizada.

Esta concepción reduccionista del derecho supone un ámbito restringido para el razonamiento jurídico y para la teoría del derecho. Un juez puede muy bien ser capaz de dejarse influenciar por consideraciones morales o cualquier otro tipo de consideraciones no-positivistas, pero cuando lo hace ya no está aplicando el derecho. Por el contrario, estará ejerciendo su competencia para crear una nueva regla jurídica, aunque dicha regla sea contraria al sentido literal de un enunciado normativo preexistente⁵¹. Esta demarcación de los límites entre la aplicación y la creación del derecho es muy clara en la teoría jurídica de Raz.

La esencia del positivismo contemporáneo, por tanto, está plasmada en la pretensión de que los criterios de legalidad son independientes de su contenido, pues las denominadas consideraciones positivas serían suficientes para establecer la validez de cualquier regla jurídica particular. En efecto, incluso las figuras más prominentes del positivismo incluyente parecen haber abandonado ya su tesis original de que son posibles conexiones contingentes entre el derecho y la moral y pasan a reconocer que la versión del positivismo contemporáneo desarrollada por Raz es más interesante que aquella anteriormente sostenida por esos autores.

2.1.2.- La reformulación del positivismo de Hart.

Hart establece dos distinciones fundamentales: de un lado, la distinción entre reglas primarias y secundarias y, de otro, la distinción entre los puntos de vista interno y externo frente a las reglas. “*A partir de esas dos distinciones examinadas, Hart construye una propuesta comprehensiva sobre los problemas centrales de la teoría del derecho, como la relación entre eficacia y validez, la interpretación, los vínculos entre justicia y derecho y entre moral y derecho, y las condiciones de existencia de un ordenamiento jurídico (y su aplicación a casos límites como el derecho internacional y el derecho de las sociedades*

⁵¹ Cfr. DA ROSA DE BUSTAMANTE, Thomas. *op cit.*, p. 43.

primitivas)”⁵². Aunque en todos estos tópicos los aportes de Hart son importantes, es necesario concentrarse en uno de ellos: la interpretación del derecho y las decisiones judiciales en los casos difíciles.

Una constatación lingüística inicial sirve de base a la tesis de Hart sobre este tema: la precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada. Las palabras utilizadas en la conversación cotidiana son vagas, aunque tienen significados suficientemente precisos para permitir la comunicación. La vaguedad o “textura abierta” del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas (y de las reglas sociales en general), por dos razones fundamentales. En primer lugar, las reglas jurídicas no están dirigidas a personas o cosas (las normas de tránsito no están dirigidas a Pedro Pérez, sino a vehículos y conductores). En segundo lugar, permanecen vigentes durante períodos largos, y por tanto, se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación. Esta última característica de las reglas jurídicas, por ejemplo, explica la inclusión de expresiones generales en el derecho de los contratos, como la “buena fe”, que se aplican de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto.

Ahora bien, ¿cómo se interpretan las palabras de textura abierta? Hart propone utilizar la técnica de la analogía para solucionar estos casos difíciles de interpretación. Toda expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra. El núcleo de significado de una expresión está conformado, por los casos de fácil interpretación, es decir, aquellos en los cuales casi todos los intérpretes estarían de acuerdo en que la expresión se aplica (o no se aplica), a los hechos considerados.

“Así, en el ejemplo de Hart, frente a una regla que dice: “está prohibido la circulación de vehículos en el parque”, todos estarían de acuerdo en que los camiones y los automóviles no podrían circular en ese lugar porque entendemos que esos casos están incluidos en el núcleo de la palabra “vehículo” en este contexto. La zona de penumbra de las expresiones lingüísticas está conformada por los casos difíciles de

⁵² RODRIGUEZ, Cesar. “La Decisión judicial el debate Hart-Dworkin” en *Universidad de los Andes*, Bogotá, Editorial Nuevo Pensamiento Jurídico, 7ma ed., 2012, p. 32.

*interpretación, en los que es controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos examinados*⁵³.

En la regla que nos sirve de ejemplo, ¿están comprendidas las bicicletas? Sin duda se encontrarían intérpretes dando razones a favor de la aplicación de la palabra “vehículo” a este caso y otros argumentarían que las bicicletas pueden circular libremente por el parque. Estos casos difíciles pueden ser resueltos con base en un criterio aproximativo, el de la analogía con los casos fáciles. En el ejemplo, para que puedan decidir si las bicicletas están incluidas en la prohibición se debe examinar si éstas se parecen (en aspectos relevantes para efecto de la circulación en el parque) a los camiones y los automóviles.

Hart sostiene que la división entre casos fáciles y difíciles, es porque la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho (porque las reglas no le indican una u otra dirección), sino creándolo para el caso en concreto.

2.1.3.- La naturaleza del post positivismo de Niel MacCormick

Por otro lado MacCormick, aduce una teoría integradora de la argumentación jurídica, porque recoge elementos de otras teorías y las incorpora a su propio modelo. Distingue el uso de los casos fáciles y la argumentación para los casos difíciles. Asimismo busca conciliar la retórica y el Estado de Derecho para lograr una mayor seguridad jurídica.

De la misma forma, MacCormick, se pregunta *¿Cómo debemos justificar las decisiones concernientes a la interpretación y a la aplicación de nuestros criterios de validez?*⁵⁴, en esta cita se demuestra que MacCormick está preocupado con algo que es normalmente olvidado por el positivismo contemporáneo: el

⁵³ RODRIGUEZ, Cesar. *op cit.*, p. 34.

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press 1978, p. 63.

problema de la justificación de las decisiones jurídicas. Está especialmente preocupado con la justificación de las decisiones jurídicas porque es consciente del elemento subjetivo que está siempre presente, en mayor o menor medida, en las actividades de interpretación y de aplicación del derecho. Además, asume el punto de vista de un “usuario” de la norma cuando reivindica para sí la tarea de construir una explicación teórica de la naturaleza del derecho.

Es entonces cuando se descubre que las decisiones judiciales justificadas solo explicitan lo ya implícito en el Derecho preexistente. Pero, sin olvidar que “el Derecho cambia un momento después de que un “caso relevante” es resuelto respecto de lo que era un momento antes”. Introduce también MacCormick las condiciones argumentativas consecuencialista y de consistencia a fin de limitar el exceso discrecional que posibilitaría la coherencia⁵⁵.

El consecuencialismo atiende a las repercusiones de las decisiones judiciales, exigiendo que tengan sentido en el mundo real, y reincide en la caracterización del razonamiento jurídico como un “caso especial” del razonamiento práctico general para “considerar las consecuencias de establecer otros tipos de decisión que podrían darse en otros casos hipotéticos posibles y que caerían dentro de los términos de la regulación”. Por eso, la condición consecuencialista respondería a la justicia formal, aunque adecuándola a la exigencia de la justicia material del caso concreto, pues selecciona las consecuencias más apropiadas de la legislación genérica. Pero sin apelar a la valoración de las consecuencias de la decisión respecto de las partes y su situación existencial.

Ahora bien, ¿cómo pueden estas limitaciones valorativas frenar la discrecionalidad de las consideraciones de justicia, utilidad, sentido común, beneficio público? MacCormick no responde a esto, lo que deja indemne un problemático diseño circular: el consecuencialismo especifica sus finalidades adecuadas porque son adecuadas a sus finalidades. Pero, entonces, ese consecuencialismo no basta para frenar la arbitrariedad que puede animar el principialismo coherentista. Pues al dejar abierta la valoración de las

⁵⁵ Cfr. MORESO MATEOS, Josep Joan; NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, M. Cristina. *op. cit.*, p. 258.

consecuencias de la decisión particular se autoincapacitaría para limitar la evaluación judicial principialista.

Al incorporar un criterio metodológico consecuencialista y teleológico que favorece a la arbitrariedad y el voluntarismo judicial al fomentar juicios ideológicos de los jueces acerca de los fines a perseguir cuando estos no suelen estar definidos en la regulación positiva, por lo que este método interpretativo confiere una discreción amplia y ultrapositiva. Es por ello que surge la importancia de la teoría argumentativa, para que mediante la argumentación, el juez, sustente y desarrolle su decisión la cual deberá ser la más justa y razonable.

2.1.4.- La teoría no positivista principialista de Ronald Dworkin

Dworkin, estableció los primeros rasgos de crítica contra Hart, debido a que sostiene que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica y que es erróneo afirmar que en ellos los jueces tienen poderes discrecionales. Las partes en un proceso tienen derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente; este derecho opera tanto en los casos fáciles como en los difíciles y, por lo tanto, los jueces no gozan de discrecionalidad ni de poderes excepcionales de creación de normas judiciales.

En ese sentido crítico al positivismo de Hart, Dworkin publica el libro "*Talking Rights Seriously*", donde hace extensiva su oposición a los pilares de la teoría Hartiana; señalando de la siguiente manera: 1) el derecho es un conjunto de reglas identificable mediante un única regla de reconocimiento; 2) ese conjunto de reglas válidas agota el contenido del derecho, de tal forma que cuando no existe una regla claramente identificada por referencia a una regla de reconocimiento, los jueces tienen discrecionalidad para decidir el caso; y 3) los derechos y las obligaciones pueden derivarse solo de reglas jurídicas cuya validez pueda ser afirmada claramente en términos de la regla de reconocimiento; por lo tanto, en los casos difíciles en los que no existe una regla

semejante no es posible afirmar que alguna de las partes tiene un derecho a que el caso sea decidido a su favor⁵⁶.

Asimismo Dworkin, dirige sus críticas en primer lugar al pilar central: la concepción del derecho como reglas reconocibles por su origen o linaje, esto es por su conformidad con normas ubicadas en niveles jerárquicos superiores del ordenamiento jurídico. Para Dworkin, no todas las normas jurídicas son reglas precisas como las que consagran tipos penales o requisitos procesales; en la legislación y en la práctica jurídica existen, igualmente, “principios” como el que establece que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, que tienen una estructura y un funcionamiento diferente al de las reglas y que son aplicados a diario por los jueces en los casos fáciles y, especialmente, en los difíciles. Los principios, además, no pueden ser identificados mediante una regla social de reconocimiento como la de Hart.

Ahora bien, aunque en los principios funcionan de manera diferente a las reglas (dictan resultados precisos que éstas), son igualmente obligatorios, en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o intérprete en los casos en que son pertinentes. Por esta razón, según Dworkin, el segundo pilar positivista es falso: los jueces, en los casos difíciles, no tiene discrecionalidad para crear derecho; por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico. Finalmente, también la tercera tesis del positivismo queda sin sustento: aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y, en consecuencia, una de las partes de un litigio tendrá derecho a que el juez reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón.

2.1.5.- La teoría sobre la optimización de los principios de Robert Alexy

Si bien, la argumentación jurídica es actividad lingüística, más precisamente es discurso y no acción, práctico en tanto su objeto es la corrección de enunciados normativos: el punto de partida de la teoría de argumentación jurídica es que en la fundamentación jurídica de lo que se trata siempre es de cuestiones prácticas, es decir, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. Tal teoría alexyana de la argumentación jurídica resulta ser analítica, dado que se ocupa de la

⁵⁶ Cfr. RODRIGUEZ, Cesar. *op cit.*, p.p. 35-36.

estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles y normativa en función de procurar criterios para la racionalidad del discurso jurídico⁵⁷.

En los diferentes discursos jurídicos, más allá de sus variaciones se efectúan fundamentaciones o justificaciones y al hacerlas se pretende que ellas sean acertadas o correctas, pues el discurso jurídico como el práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello.

Ese enclave de la argumentación jurídica en la argumentación práctica se traducirá en la referida tesis del caso especial, en tanto esta complicada unión del discurso jurídico con el discurso práctico general estará atenta a: 1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general; 2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección; 3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso práctico general; y 4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica. Pero sin perjuicio de volver más adelante sobre esa especialidad del discurso jurídico que importa recurrir al referido “código de la razón práctica” a fin de posibilitar la racionalidad de las decisiones jurídicas, Alexy desarrolla su teoría argumentativa jurídica a partir de la distinción difundida por Wróblewski entre justificación interna y justificación externa de las proposiciones normativas incluidas en las decisiones judiciales.

El objeto de la justificación interna es establecer si la decisión se sigue lógicamente en las premisas que se aducen como fundamentación; por consiguiente, tal problemática remite al “silogismo jurídico”. Rige aquí la exigencia de aducirse por lo menos una norma universal a los fines de la fundamentación, en orden a garantizar el respeto de la “justicia formal”. Esta justificación interna no tiene que ver solo con una deducción lógica a partir de normas de derecho positivo previamente dadas, pues en casos complicados se requiere distintos tipos de premisas que no pueden deducirse de dicho derecho

⁵⁷ Cfr. LUIS VIGO, Rodolfo. *La Teoría Jurídica Discursiva No Positivista de R. Alexy*, 2da ed, New York, Lexis Nexis, p. 313.

y, además, Alexy advierte la necesidad de no debilitar la importancia de la interrelación entre hecho y norma.

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser: 1) reglas de derecho positivo, 2) enunciados empíricos, y 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a los métodos de las ciencias empíricas, máximas de la presunción racional o las de la carga de la prueba en el proceso⁵⁸.

Para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo sirve la argumentación jurídica. Las reglas y formas de justificación para Alexy se clasifican en seis grupos: “1) reglas y formas de interpretación, 2) de la argumentación dogmática, 3) del uso de los precedentes, 4) de la argumentación general y 5) de la argumentación empírica, así como 6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: ley, dogmática, precedente, razón, empirie, y formas especiales de argumentos jurídicos”. Del desarrollo posterior efectuado al respecto interesa destacar: a) los cánones o argumentos interpretativos (semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico) que resultan aplicables para conflictos de normas, restricción del campo de aplicación de las normas y en la fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley ; b) en la argumentación dogmática, el concepto de ciencia del derecho en sentido estricto o dogmática jurídica, a la que le asigna tres actividades, a saber: describir el derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual, y la elaboración de propuestas de solución de casos jurídicos problemáticos; c) el fundamento del uso de precedente lo constituye el principio de universalidad; y d) que reconoce

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.537.

como argumentos jurídicos especiales a la analogía, el *argumentum a contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*⁵⁹.

Entonces para Alexy, la presencia de los principios en el sistema jurídico, son mandatos que se pueden optimizar (dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado Social), tiene consecuencias tanto en el carácter de dicho sistema jurídico, como en el concepto de Derecho, lo que hace superar un simple asunto metodológico. Es claro para este autor, que la tarea de optimización “es siempre también moral” y que la teoría de los principios “ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”⁶⁰.

De este modo, se puede asegurar la filiación no positiva de la teoría jurídica de Alexy en tanto el derecho resulta inescindible de la moral, e incluso se podría decir que el derecho es un esfuerzo institucional puesto al servicio de la moral o de la racionalidad práctica. Todo lo jurídico está comprometido o remite a la corrección formal y material aportada por la teoría ética del discurso en tanto teoría ética procedimental y universal.

De esto modo, con todas estas teorías, podemos concluir, y resumir que con la expresión «neoconstitucionalismo» se ha querido dar cuenta, sobre todo en el mundo latino, la transformación que habría experimentado la teoría y práctica del derecho desde la segunda post guerra en adelante. Aunque esta cosmovisión del derecho no tenga contornos bien definidos, quienes la abrazan sostienen que sus caracteres generales serían los siguientes. Por un lado, aceptar que los ordenamientos jurídicos contemporáneos son algo más que un sistema integrado por «reglas». Las sociedades plurales, en cuyo seno se alberga una heterogeneidad de grupos e intereses, requieren de pautas de convivencia lo suficientemente amplias y abiertas como para permitir la coexistencia pacífica; siendo que las normas capaces de satisfacer estos requerimientos, son los principios.

⁵⁹ Cfr. LUIS VIGO. Rodolfo. *op cit.*, p. 314.

⁶⁰Cfr. ADRIÁN CORIPUNA, Javier Manuel. *Razonamiento Constitucional: críticas al Neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p.20.

La presencia de este tipo de normas trae consigo problemas de distinto calado, como son determinar su estructura, la técnica con la cual deban ser aplicadas y el tipo de consecuencias institucionales que son capaces de desencadenar. Así, si algo caracterizaría a los principios esto sería su diversa contextura en comparación con las reglas. Más que normas de estructura completa, los principios son mandatos por optimizar. Normas de estas características no pueden ser aplicadas mediante la técnica de la subsunción, sino con la ponderación⁶¹.

Es entonces, que los jueces toman el control o el papel imprescindible en un Estado de Derecho Constitucional, al tener la última palabra para definir esos principios y, por tanto, también para pronunciarse sobre los asuntos más delicados que se plantean en nuestras sociedades plurales, con la obvia consecuencia de desplazar a la instancia representativa del pueblo por antonomasia.

Se podrá comprender ahora la enorme importancia que tiene para las democracias constitucionales contemporáneas el proceso que precede a la toma de decisiones por los jueces, esto es, su razonamiento jurídico, así como la relevancia de comprender sus implicancias en la teoría y la práctica del Derecho.

De acuerdo a la institución estatal que capacita a los magistrados del poder Judicial y el Ministerio Público, Academia de la Magistratura⁶² existen seis criterios que tienen relación con el empleo de técnicas argumentativas y de comunicación escrita cuyo empleo eficiente aseguraría una argumentación cumplida y bien comunicada.

⁶¹ Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. "Razonamiento Constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial", *Revista Peruana de Derecho Constitucional: cosa juzgada constitucional*, N° 09, diciembre-2016, p.p 377-378.

⁶² ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales, JUSPER, Lima, 2008, p.p. 19-21.

1.- Orden

Luego de más de diez años de analizar resoluciones judiciales, podemos afirmar que el orden en el planteamiento de los problemas jurídicos es esencial para la correcta argumentación y comunicación de una decisión legal. El orden racional, supone la presentación del problema, el análisis del mismo y el arribo a una conclusión o decisión adecuada. Lamentablemente en nuestro medio muy pocas resoluciones judiciales, administrativas y de control interno proponen claramente esta estructura. De esta manera, confunden los problemas centrales o desvían su argumentación. Al mismo tiempo, el desorden argumentativo confunde al lector que no sabe cuál es el problema que la resolución pretende atacar, con la consiguiente pérdida de tiempo e interés para el lector externo.

2.- Claridad

Es otro de los criterios normalmente ausentes en el razonamiento jurídico local. Consiste en usar el lenguaje en las acepciones contemporáneas, usando giros lingüísticos actuales y evitando expresiones extremadamente técnicas o en lenguas extranjeras como el latín. La claridad exigida en el discurso jurídico hoy, contraviene la vieja tradición erudita y elitista del lenguaje legal dogmático. La claridad no implica un desprecio por el lenguaje dogmático, sino que lo reserva para los debates entre especialistas en materia legal.

La claridad supone encontrarse en el marco de un proceso de comunicación donde el emisor legal envía un mensaje a un receptor que no cuenta necesariamente con entrenamiento legal. De hecho, en el marco del proceso disciplinario, el funcionario de control que emite una decisión la dirige a un receptor entrenado en derecho, un funcionario de la administración de justicia. Sin embargo, por la relevancia que normalmente adquiere esta actividad en el ámbito público, normalmente estas decisiones son comentadas en los medios de opinión pública o son directamente publicadas por la administración. En consecuencia, el receptor termina siendo no sólo el magistrado o auxiliar involucrado, sino también el gran público. Por ello, el lenguaje debe seguir pautas para que el receptor no legal logre la comprensión del mensaje.

3.- Fortaleza

Las decisiones deben estar basadas, de acuerdo a los cánones constitucionales y de la teoría estándar de la argumentación jurídica, en buenas razones que las fundamenten jurídicamente. Es ya extendido el criterio establecido por el Tribunal Constitucional mediante el cual la garantía de la motivación de las decisiones judiciales se ha ampliado a la justicia administrativa e incluso a las decisiones en los ámbitos de la vida social o societaria privadas.

Las buenas razones son aquellas que encuentran base en la interpretación estándar del derecho positivo vigente, en las razones asentadas en la doctrina legal y en las adoptadas en los criterios que la jurisprudencia (vinculante o no) va desarrollando caso por caso. Todo esto en el plano normativo.

En el plano fáctico, las buenas razones son las que permiten conectar el razonamiento que valora los medios probatorios con el establecimiento de cada hecho relevante en cada caso concreto. Ahora será suficiente afirmar que el grado de calidad y de justicia de una decisión sólo es posible de ponderar al comparar la decisión con las razones que sirvieron de base para adoptarla. Sin razones o con razones aparentes o confusas, la decisión deviene en irracional e irrazonable.

4.- Suficiencia

Las razones pueden ser suficientes, excesivas o insuficientes. Una resolución fuerte es aquella que tiene razones oportunas y suficientes. Las resoluciones insuficientes los son por exceso o defecto. Lo son por exceso cuando las razones sobran (son inoportunas) o son redundantes. La mayoría de las decisiones adoptadas en sede judicial son insuficientes en este sentido porque son resoluciones redundantes que repiten innecesariamente varias veces los mismos argumentos.

Pero la insuficiencia también se puede presentar cuando faltan razones. Aquí el problema también puede ser percibido como una de debilidad o falta de fortaleza argumentativa.

5.- Coherencia

Esta es la necesidad lógica que tiene toda argumentación de guardar consistencia entre los diversos argumentos empleados, de tal manera que unos no contradigan a otros.

Normalmente las decisiones revisadas en esta consultoría han permitido establecer que no hay problemas serios o notorios de falta de coherencia entre los argumentos propuestos en las resoluciones.

6.- Diagramación

Es la debilidad más notoria en la argumentación judicial. Supone la redacción de textos abigarrados, en el formato de párrafo único, sin el debido empleo de signos de puntuación como puntos seguidos o puntos aparte que dividan gráficamente unos argumentos de otros. Supone el empleo de un espacio interlineal simple que dificulta severamente la lectura de la argumentación o no ayuda a comprender las relaciones sintácticas entre unas ideas y otras. En general, este estilo es muy poco amigable con el lector y muchas veces resulta oscuro y confuso.

Una diagramación amigable supone:

- El uso de espacio interlineal 1.5 o doble espacio.
- Párrafos bien separados unos de otros.
- Que en cada párrafo haya sólo un argumento y que cada argumento se presente en un solo párrafo.
- Que cada párrafo sea debidamente numerado para que cuando se cite un argumento anterior no redunde sobre el mismo, sino simplemente se remita a su número correspondiente.

Una diagramación adecuada también supone que, si la argumentación es extensa porque así lo amerita la complejidad del caso, se empleen subtítulos seguido de una redacción sintetizada para ayudar al lector a una mejor comprensión del argumento.

2.2.- Activismo y Discrecionalidad Judicial ¿existe un verdadero riesgo?

Activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra “activa” deriva del latín *activus*, que significa facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud, sin dilación.

Aquí encontramos la característica general y los elementos esenciales del activismo. Dentro de la primera tenemos la facultad de obrar sin dilación, mientras que sus componentes esenciales son: a) diligencia, b) eficacia, y c) prontitud.

La locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se autoproclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color⁶³.

Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan sólo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vías de extinción. La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia; los Estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio, y recién a los siete años las escuelas lo cumplieron en su totalidad. Dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo “Cooper vs. Aaron” en el que la Corte reafirmó su

⁶³ PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*, Buenos Aires, TEA, p. 817.

posición, estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho Estado⁶⁴.

Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes que, como sostiene Bianchi, es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho. Si bien como se ha señalado la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EE.UU., el instituto tuvo sus antecedentes hace más de setecientos años en las Siete Partidas del Rey Alfonso X “el Sabio”, donde en la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese” otorgándole un poder muy amplio (activismo), siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del litigio.

Ello fue sostenido por Estévez Seguí, que había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de que la Ley de Enjuiciamiento Civil Española señalara en su tratado que el juez podía buscar la verdad en cualquier tiempo hasta la sentencia. Es por ello que aquél no sólo fue el primer procesalista, sino también el primer activista judicial.

Así que, se sitúa al juez en un nuevo rol, advirtiendo un cierto elitismo epistemológico y ético judicial, una elevada consideración del Poder Judicial; cuyos límites son los derechos humanos, sin embargo son los jueces quienes, en definitiva, defienden en modo dinámico y creativo el contenido de esos derechos fundamentales. Por lo que, en consecuencia el modelo del neoconstitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llegue a desvirtuar su contenido y alcance⁶⁵.

En cuanto a la posibilidad de la extralimitación, habrá que estar atentos a no llevar al debate judicial lo que es propio del debate legislativo, incursionando de

⁶⁴ MARIANELLO, Patricio. *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, [ubicado el 04.X.2017] obtenido en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>

⁶⁵ Cfr. SANTIAGO, Alfonso. *op. cit.*, p.19.

ese modo en áreas que son propias de la función gubernamental, a cargo de los poderes de base electoral, y para lo que no está debidamente preparado ni diseñado el proceso judicial.

Una indebida intervención judicial podría llevar a imponer preferencias personales de los magistrados. “*Se corre el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello*”⁶⁶. Esto puede llevar al excesivo protagonismo y vedetismo judicial, a la preocupación por las grandes causas y la desatención de las normales y habituales y al riesgo latente de una politización indebida del Poder Judicial, asimismo los casos judiciales de atención periodística o “mediáticos” toman mayor preponderancia, consiguiendo en algunos casos manipular la decisión judicial.

El segundo riesgo que se advierte en algunas versiones del neoconstitucionalismo y frente al que hay que estar prevenidos, es “*que se realice una interpretación exageradamente individualista, relativista y permisiva de los derechos constitucionales, particularmente del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, del derecho a la privacidad y, del más reciente, derecho a la diferencia, que desnaturalice el contenido propio de esos derechos y lesione otros legítimos derechos o bienes públicos*”⁶⁷. En ocasiones, actuando de ese modo, se puede pretender imponer desde los tribunales constitucionales una nueva concepción disolvente de la vida social.

Por consiguiente, es necesaria a la hora de interpretar y operar los derechos, la autolimitación del juez, pues no debe existir una discrecionalidad arbitraria; debido a que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Allí están debidamente contempladas y equilibradas las exigencias que se derivan de la efectiva tutela de los derechos humanos con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

⁶⁶ SANTIAGO, Alfonso. *op. cit.*, p.20.

⁶⁷ *Idem.*.

El excesivo individualismo y permisivismo podría llevar al debilitamiento de los vínculos sociales y de los ideales de excelencia colectivos, especialmente en ciertas y determinadas áreas como las de la moralidad pública, permitiendo el surgimiento de ciertas “zonas rojas” para el ejercicio abusivo de ciertos derechos argumentándose que “todo es igual, nada es mejor”.

También habrá que estar atentos a una apertura incondicional, acrítica e indiscriminada al derecho internacional de los derechos humanos y a las doctrinas de los tribunales y organismos internacionales, en general muy valiosas pero que algunas veces pueden ser algo tendenciosas.

De este modo, es importante reafirmar el necesario margen nacional de apreciación y el carácter de la Constitución nacional como instancia jurídica última, suprema y definitiva para los jueces nacionales.

En consecuencia, un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad, lucha por el cumplimiento de sus propósitos en busca de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos fundamentales y la constitución.

Como ocurre con tantas otras actividades o conductas, el denominado “activismo judicial” no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial. Es claro que la sociedad no quiere un modelo de juez burócrata o indolente, pero sí uno que tenga un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables.

En consecuencia, el juez es el actor principal de un Estado Constitucional de Derecho, que mediante la hermenéutica jurídica no solo aplica derecho en los llamados casos fáciles, sino que en los casos difíciles mediante su interpretación crea derecho; por lo tanto, el razonamiento judicial es el camino que conduce a una decisión, esta decisión o fallo judicial no puede concluirse mediante subjetivismos; pues es ahí donde la argumentación jurídica será el límite para que una sentencia no sea arbitraria sino conforme al ordenamiento jurídico.

Es así, que el activismo judicial en que se hace referencia es el activismo controlado o moldeado por la teoría argumentativa, donde no pueden existir

riegos ni miedos porque mediante estos fallos, se infiere una predictibilidad para futuras sentencias afirmando una decisión de uniformidad mediante la vinculación.

De la misma manera, el precedente implica tener en cuenta una dimensión institucional y una estructura. La primera se refiere a que el precedente está estrechamente relacionado con la organización judicial y las relaciones de autoridad existentes en el sistema de tribunales. En relación con esta dimensión se distingue entre precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. El precedente vertical, presupone una organización en la cual rige una jerarquía entre órganos judiciales, en la que los inferiores están obligados a seguir los precedentes establecidos por los superiores.

Es a este tipo de precedente al que se refiere la regla del *stare decisis*. El precedente horizontal existe cuando dicha obligatoriedad lo es respecto a las decisiones de otro juez del mismo nivel. Y el autoprecedente se produce cuando un juez está obligado a seguir sus propios precedentes⁶⁸.

2.3.-Precedente Judicial.

Se entiende por precedente el supuesto ya resuelto en un caso similar, el cual goza de relevancia jurídica. En el precedente no importa el factor tiempo o la repetición de casos, como ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocar la autoridad del mismo.

Así, por ejemplo, cuando en determinada circunstancia se dan situaciones que provocan una respuesta judicial nueva, creadora, que deja atrás todo lo existente, estamos ante una resolución judicial verdaderamente importante. Pero si además esta resolución empieza a modelar las situaciones que vienen detrás de ella, y se vuelve vinculante para las cortes, estamos ante un caso líder o un *leading case*. En estas circunstancias, el *leading case* se asienta, orienta conductas, los jueces la invocan y los abogados recurren a ella como

⁶⁸ ITURRALDE, Victoria. "Precedente Judicial", *Eunomía*, Nº 4, marzo – agosto 2013, p. 196.

precedente. Y en virtud del *stare decisis*, se vuelve vinculante para todo el ordenamiento jurídico⁶⁹.

Por cierto, el carácter líder de un caso no siempre se aprecia de inmediato. A veces, se afirma como tal en un par de años, pero a veces demora más. El más célebre *leading case* del derecho norteamericano es decididamente el “Marbury vs. Madison” de 1803, mediante el cual el juez Marshall y su corte, declararon como competencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no aplicar una ley cuando era inconstitucional.

Lo resuelto por Marshall fue de una dimensión descomunal, pero en realidad, no fue de fácil aceptación, sobre todo tratándose de leyes federales. Sólo después de la guerra civil (1861-1865) y más en concreto, entrado ya el siglo XX, es cuando el principio fue unánimemente aceptado, y dicha sentencia se convierte en un auténtico *leading case*. Y así existen en materia penal (por ejemplo, el caso Miranda), y otros similares en áreas delicadas, si bien en las últimas décadas el tiempo para su reconocimiento se ha acortado, en vista de la celeridad de la vida política y jurídica.

Visto lo anterior, podemos preguntarnos si es que la figura del *leading case* es aplicable al Perú. Lo primero que debemos advertir es que para que exista un “*leading case*”, deben darse resoluciones judiciales de alto nivel, esto es, de grandes reflexiones, que representen una visión muy elaborada y con enfoque jurídico de la materia sujeta a revisión judicial, y que a su vez, represente un avance sobre lo que hay en ese momento y con carácter creador.

La doctrina entiende que por precedente judicial se puede deducir tres cosas distintas.

En primer lugar, la locución precedente judicial ser utilizada para referirse a cualquier sentencia e, incluso, cualquier resolución judicial, sin distinción alguna. Basta que se haya expedido en un momento anterior, se recoja en cualquier

⁶⁹ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *¿Existe el “leading case” en el derecho peruano?*, 2001 [ubicado el 20.XI.2017] obtenido en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf>

colección de jurisprudencia y presente similitud con otro caso concreto. Se habla aquí de *precedente-sentencia*.

En segundo lugar, por precedente judicial ya no se entiende a la sentencia totalmente considerada, sino a una parte determinada de la sentencia que consiste en la decisión del caso concreto por el cual se resuelve una determinada controversia. Se alude aquí a un *precedente-disposición*.

En tercer lugar, la expresión precedente judicial puede ser utilizada para referirse a una parte de la resolución judicial que suele llamarse *ratio decidendi*, la cual establece una norma aplicable al caso concreto que presente una profunda similitud con un caso que se pretende resolver. Se habla aquí de *precedente-ratio decidendi*.

El precedente es una técnica de argumentación que permite evaluar, ponderar y analizar las razones por las cuales una determinada resolución judicial influye en un caso posterior, señalando la clase de argumentos empleados, su tipología y características. El precedente es ante todo una técnica de argumentación jurídica que posee un enorme valor persuasivo y una eficacia indiscutible. Un precedente puede ya formar un motivo fundado y aportar una razón válida para que el juzgador resuelva un caso⁷⁰.

Si se adopta una concepción amplia del precedente tienen cabida aquí las decisiones de los diversos órganos de justicia, al margen de si se encuentran o no en el vértice de la pirámide judicial, de si expresan decisiones firmes o inmovibles desde el punto de vista jurídico.

Si bien entre precedente y jurisprudencia hay evidente punto de contactos, existen también aspectos que los distinguen nítidamente. Así, por ejemplo, se señala, que tomar en cuenta (desde el punto de vista técnico y metodológico) los precedentes no implica que se reitere la jurisprudencia. En efecto, la técnica del precedente más que valorar de manera automática las resoluciones judiciales anteriores que sientan una determinada línea, permite su ponderación racional y

⁷⁰ CASTILLO ALVA, José Luis; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, ARA editores, 2008, p.p 20-23.

dado el caso un cambio justificado del mismo o simplemente su abandono, siempre que se motive adecuadamente dicha modificación o renuncia⁷¹.

El precedente permite un seguimiento justificado, razonable, permanente crítico y abierto a las resoluciones judiciales, ya sea para mantener o profundizar sus logros y aciertos o para alejarse de él cuando las circunstancias del caso o el nuevo contexto lo obliguen. Se obtiene así mayor racionalidad, compromiso y grado de responsabilidad en los jueces y órganos de justicia al momento de aplicar la ley.

La importancia del precedente si bien ha aumentado de manera notable en los últimos años, siempre ha tenido un papel decisivo en la elaboración y desarrollo del derecho, ya durante la época romana de Cicerón se consideraba como una de las formas del derecho y que la autoridad de los casos resueltos tenía fuerza de ley.

Un precedente judicial, pone fin a un conflicto mediante una decisión fundamentada en el orden legal vigente.

Para que la decisión sea racional y razonable requiere desarrollar los argumentos que sirven de base para justificar la decisión tomada. Ello implica, establecer los hechos materia de controversia para desarrollar luego la base normativa de raciocinio que permita calificar tales hechos como de acuerdo a normas pertinentes.

2.3.1. Perspectiva Histórica.

La Jurisprudencia en el Derecho Romano, para entender su formación, debemos, en primer lugar, concebir a la jurisprudencia como el resultado inmediato de la actividad jurisdiccional al momento de la resolución de conflictos. En ese sentido, las magistraturas fueron evolucionando conforme se desarrollaba la sociedad romana, siendo que en el transcurso de su desarrollo inevitable fueron influenciadas por aspectos políticos, producto de las diversas

⁷¹ CASTILLO ALVA, José Luis; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *op cit.*, p.p 20-23.

luchas de clases que se debían a la situación claramente diferenciadas unas de otras⁷².

Si nos remontamos a la época de la monarquía romana, encontramos que el rey se encontraba asesorado por diversos colegios sacerdotales de pontífices conformado por los ilustres ciudadanos, quienes monopolizaron la función jurisdiccional a través de los "*commentarii pontificum*"⁷³ sentando una labor interpretativa en las mismas.

Con la aparición de la ley de las XII tablas, pese a que no contaba con una igualdad de clases, se permitió publicitar el derecho que hasta ese momento se encontraba en manos de los sacerdotes⁷⁴.

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

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

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

Era consensual gracias a la internacionalización de Roma a través de la conquista y el cambio de su economía familiar a la economía mercantilista. El derecho deja de ser oral dando paso a la escritura, facilitando así la prueba y

⁷² LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de Belaunde. "Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú (1990-1997)", *Revista Ius et Veritas*, 2009, p. 105.

⁷³ Respecto a los *Commentarii Pontificum* se encuentra en las obras de Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso. Cfr. ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*, Bogotá, 2012, p. 322.

⁷⁴ FONSECA TAPIA, César. *Derecho Romano*, Arequipa, Adrus, 2007, p. 126.

eliminando la excesiva publicidad en la celebración de los actos jurídicos, empieza a primar el derecho de gentes y la solución de los casos planteados⁷⁵. Sobre todo, se procuró la unidad de criterio entre las diversas escuelas que resolvían los casos.

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

“Los caracteres generales de la magistratura republicana fueron: electividad, anualidad, colegiabilidad, gratuidad y responsabilidad por los actos realizados en contra de los intereses públicos y privados. Estos caracteres oponen la magistratura republicana a la monarquía, y aunque estos caracteres podemos denominarlos generales, no obstante y para determinadas magistraturas, sufren excepciones, como para el dictator y el magister equitum que no eran elegidos sino nombrados, el censor que duraban en el cargo 18 meses, y el dictator que duraba seis meses”⁷⁶

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

⁷⁵ FONSECA TAPIA, *op cit.*, p. 144.

⁷⁶ TORRENT RUIZ, Armando. *Derecho público romano y sistema de fuentes*, España, Edisofer, 2002, p. 138.

*que asumía el cargo o todo lo más dentro de los cinco días siguientes. Caso de no hacerlo, decaía como magistrado*⁷⁷.

La responsabilidad entendida desde los tiempos romanos influía en gran manera con respecto a la actuación jurisdiccional, los magistrados gozaban de inmunidad mientras ejercía el cargo, sin embargo tenían en claro que terminado su mandato debían responder por lo actos efectuados en el cumplimiento del mismo, entonces a fin de rendir cuenta de sus actos el apego a la ley, que incluso era juramentado, marcaba una línea jurisprudencial parecida porque la ley era única, por ende, el resultado interpretativo lo era del mismo modo y aunque en algunas ocasiones dichas leyes contemplaban diversas interpretaciones, ya se establecían ciertos límites en cuanto a la interpretación⁷⁸.

Sin embargo, el sistema de precedentes no estaba institucionalizado como tal. Dicho concepto varió conforme el paso del tiempo, siendo que “los romanos no tenían, en principio, *case law*: la decisión de un tribunal no constituía un precedente obligatorio si la cuestión surgía otra vez. Esto era inevitable. En un sistema en el que el *iudex* no era un jurista, sino un ciudadano corriente, poco más que un árbitro, debió resultar imposible que sus sentencias vincularan”⁷⁹.

Siendo así, Buckland señala que en el derecho romano “Los Pontífices, quienes mediante ingeniosas tergiversaciones del texto, o lo que pasaba por texto, de las leyes antiguas, introducían nuevas reglas e incluso nuevas instituciones dentro del Derecho, eran funcionarios (*officials*), y su acción era, de hecho, aunque no formalmente, legislación delegada”⁸⁰

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

⁷⁷ TORRENT RUIZ, Armando. *op cit.*, p. 138.

⁷⁸ WIEACKER, Franz; BURDESE, Alberto. “Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, España, XIV, 2002, p.p 11-26.

⁷⁹ BUCKLAND, William Warwick. *Derecho romano y common law: Una comparación en esbozo*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, p. 27.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 32.

En el derecho comparado los Tribunales de Justicia buscan orientarse por los precedentes o resoluciones paradigmáticas, situación que sirve para dotar de uniformidad y continuidad a la jurisprudencia y la seguridad jurídica. La ventaja que posee su uso se sintetiza en: a) el respeto a la seguridad jurídica; b) la realización del principio de igualdad; y c) la unidad y uniformidad en la aplicación del derecho.

2.3.2. El precedente judicial en el Derecho comparado.

A.-La jurisprudencia en el modelo germánico

Otro referente para la jurisprudencia vinculante se encuentra en el modelo jurídico germánico, específicamente en la legislación escandinava, quienes a través de sus textos jurídicos introdujeron a la legislación sueca la “recopilación de decisiones jurídicas de Eskil Magnuson que se conserva en la obra de Olaus Petri, cronista que se ocupa en la historia de ese país. Pueden añadirse la inscripción en piedra de Oklunda y el anillo de Fossa”⁸¹

Por la expansión territorial de determinados pueblos y la diversificación de producción legislativa se hacía necesario unificar referentes mediante la aprensión de decisiones judiciales externas. Sin embargo, con respecto a la existencia fáctica de los precedentes, Kemp Allen señala que “es claro, sin embargo, que aunque las sentencias no fueran precedentes vinculantes, un sentenciar continuamente en un mismo sentido influía de hecho en los jueces”⁸².

B.-La jurisprudencia en el modelo americano de Estados Unidos.

El movimiento del “realismo jurídico americano”, es innovador respecto a los esquemas que ofrecía la doctrina tradicional, particularmente el esquema según el cual el juez no crea derecho, sino que se limita a aplicarlo. Los realistas siempre se refirieron al derecho como un instrumento que es bueno o malo según si es más o menos idóneo para procurar mediatamente la utilidad general.

⁸¹ PÉREZ PRENDES, José Manuel. *Interpretación histórica del Derecho. Notas, esquemas, prácticas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 283.

⁸² CARLETON KEMP, Allen. *Law in the Making*, 5th ed., New York, Oxford University, 1927, p. 156.

En países como Estados Unidos donde predomina el Common Law, tiene por principio la norma *stare decisis*, había inducido a autores como Gray a sostener que el derecho se identifica con alguna decisión judicial, y había inducido a Holmes a afirmar que la decisión judicial tiene siempre carácter creador. Sin embargo, a diferencia de Gray y de Holmes, los realistas no creen en identificar todo el derecho en las decisiones judiciales, dado que ellos evitaron, especialmente después de las primeras manifestaciones de la tendencia, restringir formalmente el campo de lo “jurídico” a los procesos de solución judicial de la litigación. Las decisiones judiciales fueron, por esta razón, para los realistas creadores “de” (no “del”) derecho, y fueron consideradas fuentes no “del derecho” sino del “derecho judicial”⁸³.

Una vez más, se ha destacado que generalmente los hombres de leyes americanos en la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros decenios del XX estaban habituados a pensar en términos normativistas y a creerse obligados por la norma tradicionalmente expresada en la fórmula *stare decisis*; consecuentemente, la pluralidad de las *opinions* impulsa los muchos cambios de dirección jurisprudencial, siendo expresadas en modo de sugerir que las decisiones tomadas fueron el resultado de deducciones lógicas realizadas partiendo de reglas formuladas en decisiones precedentes. Es así que, el derecho es de origen judicial también en los caso en lo que el juez juzga sobre la base de una ley escrita. Los realistas buscaron mostrar cómo entre una norma escrita y la formulación de una decisión que se basa en la norma, existe necesariamente un salto lógico.

Los realistas conciben el derecho como algo cambiante y ven un elemento de ese cambio en la creación judicial de derecho. Entonces, cómo puede la jurisprudencia ser ciencia, pues en cuanto, basándose sobre la observación de hechos pasados y de técnicas que se han demostrado eficaces, enuncia provisiones acerca de eventos futuros suficientemente garantizados para permitir a un operador la adopción de técnicas eficaces para la consecución de sus fines. En consecuencia, en manos de los realistas, la ciencia jurídica se

⁸³ Cfr. TARELLO, Giovanni. *El Realismo Jurídico Americano*, traducido por Marcelo Troncoso, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 101.

vuelve una ciencia empírica; el método jurídico se vuelve para los realistas algo completamente distinto del método de los normativistas (y juristas tradicionales); en efecto, para el realista no se trata de elaborar los preceptos con la finalidad de descubrir todos los “significados intrínsecos” y alcanzar así la determinación de la norma por la que en un caso estudiado *debe ser* regulado; se trata en cambio, según los puntos de vista propios de los distintos tipos de operadores jurídicos, de descubrir si respecto a determinadas situaciones litigiosas se manifiesta una práctica constante por parte de los jueces.

La doctrina, tradición o técnica del precedente en los Estados Unidos (EE.UU.), es aplicada tanto a nivel de la Corte Suprema como en los 11 circuitos pertenecientes a la justicia federal, así como por los 50 sistemas de justicia estatal. Del mismo modo, el precedente puede ser aplicado a casos de Derecho Estatal, Federal o Constitucional, siempre bajo la misma técnica; en ese sentido, como refiere Magaloni Kerpel “la doctrina del precedente y el método tradicional del *common law* se acoplaron magníficamente al ámbito del derecho constitucional”.

Un aspecto relevante para la configuración del precedente estadounidense, que a veces pasa desapercibido en nuestro medio, es el papel que juega el segundo juez que aplica el precedente. Como dice Taruffo, “*quien establece qué es un precedente o no es un precedente, es el juez siguiente, nunca el juez de esa decisión, es el siguiente juez el que va a decidir si ese es un precedente o no*”. Es decir, en el caso de los EE.UU., el segundo juez es el llamado a aplicar o no la decisión previa en un caso similar que debe resolver. Para ello, tiene varias alternativas: puede seguir con la decisión anterior, total o en parte o también apartarse. Como dice Iturralde Sesma: “...los precedentes no crean reglas axiomáticas y preexistentes a la disputa en la que se aplican. Más bien, como sostiene Posner, las reglas que integran el *case law* son una “creación conjunta” del tribunal que establece el precedente y el que lo aplica a un caso particular”

En el caso estadounidense los principios del precedente no sólo se aplican a cuestiones consuetudinarias o de *common law*, sino también en fallos que interpretan el derecho positivo. Con lo cual, es claro que dicha doctrina o técnica

puede ser utilizada y aplicada en países de *civil law*. En relación a los tipos de precedentes según su contenido normativo Magaloni Kerpel, sostiene:

“Existen tres tipos de precedentes según cuál haya sido el parámetro normativo que el Juez utilizó para crear la regla apta para el caso que resuelve. Si el juez aplicó la Constitución como norma decisoria del litigio, su sentencia constituye un precedente constitucional; si acudió al derecho legislado, entonces estaremos ante un precedente legal o *statutory precedent* y, finalmente, si se basó en las decisiones del *common law*, su sentencia será un *common law precedent*.”⁸⁴

Alonso García, citando a Chamberlain, nos dice que la defensa clásica del principio de *stare decisis* se ha basado en un tripe fundamento: la protección de las expectativas patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de uniformidad en los fallos. Y añade que todas ellas se subsumen en el principio de seguridad jurídica y en el principio de igualdad: casos iguales deben ser igualmente tratados.

Por su parte Farnsworth destaca las razones de justificación del precedente en los siguientes términos:

“La justificación que se hace habitualmente de la doctrina puede resumirse en cuatro palabras: igualdad, previsibilidad, economía y respeto. El primer argumento es que la aplicación de la misma regla en sucesivos casos análogos redundaría en igualdad de trato para todos los que deben ser juzgados. El segundo es que un respeto consistente del precedente contribuye a la previsibilidad de futuros fallos. El tercero consiste, en que el uso de criterios ya establecidos para resolver casos nuevos ahorra tiempo y energía. El cuarto es que, el adherirse a decisiones anteriores evidencia el debido respeto por la sabiduría y experiencia de las generaciones de anteriores jueces”⁸⁵.

⁸⁴ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, Mc Graw Hill, 2001, p. 32.

⁸⁵ FARNSWORTH, E. Allan. *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, traducción de Horacio Abeledo, 2da ed., Buenos Aires, Zavalia, 1990, p. 75.

Las razones citadas para justificar el precedente parten de la protección patrimonial, propia del desarrollo y expansión capitalista de los Estados Unidos durante el Siglo XIX. Asimismo, se basan en la premisa de que la seguridad jurídica y la previsibilidad en la resolución de los casos dará estabilidad a la contratación, y con ello se beneficiarán la industria, el comercio y los servicios, componentes esenciales de una economía de mercado. Sumado, a ello, uno de los argumentos más difundidos para justificar el precedente será el principio de igualdad de trato propio del liberalismo político. Sobre este punto, debe destacarse que, en el fondo, las justificaciones basadas en la seguridad jurídica y previsibilidad tienden a mantener el orden legal, social, económico y político establecido en una determinada época.

Otro de los argumentos a favor del precedente es el referido al ahorro de tiempo en la resolución de los casos. Sobre éste, Taruffo señala: “en el estilo americano, la utilización del precedente es la utilización económica de las fuentes. El juez se remonta al precedente, porque así hace menos esfuerzo para explicar por qué decidió así...”⁸⁶

Para Taruffo el principio de autoridad y el principio de igualdad serían justificaciones más relevantes del precedente, que la seguridad jurídica y la previsibilidad:

“...respecto al fenómeno del precedente, las que me parecen relativamente más convincentes son dos, primero, la del principio de autoridad. Puede gustar o no, pero esa es la raíz histórica del fenómeno del precedente, que nos remite al precedente vertical y a todo esto. Segundo, yo creo, como ustedes habrán podido percatarse, en la previsibilidad y en la continuidad. A mí me gusta mucho más la variación, el cambio, la originalidad, aun cuando sea más difícil vivirlos, pero es mucho más interesante y, entonces, apartando las razones de la previsibilidad y de la continuidad, se tendrá la tendencia de dar mayor

⁸⁶ TARUFFO, Michele. “Segunda lección: el Precedente”, en *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México D.F, Escuela Judicial Electoral, 2003, p. 36.

sentido al principio de igualdad, es decir, la regla fundamental según la cual, situaciones análogas deben ser decididas de forma similar.”⁸⁷

Justificar el precedente en los principios de autoridad y de igualdad, desplazando la previsibilidad y continuidad, se adecúa más a nuestro tiempo, donde las sociedades contemporáneas cambian constante y rápidamente en los ámbitos legales, sociales, políticos y económicos. Incluso, esta evolución permanente se nota más en los casos de derechos que tienen a la jurisdicción constitucional como protagonista. De ahí que la jurisprudencia y los precedentes constitucionales casi siempre están en constante evolución.

Frente a las razones que justifican el precedente también existen otras que lo critican y cuestionan. Así Iturralde Sesma, siguiendo a Julius Stone, reseña:

“La aplicación del precedente parece llevar consigo un estancamiento del derecho y una correlativa inadecuación del mismo a la evolución de la sociedad. Como ha señalado Stone, la doctrina del *stare decisis* evoca una atmósfera y una disposición a atenerse a antiguas decisiones, a seguir viejas maneras, y conformarse a los precedentes existentes. Sugiere una condición de quietud, un sistema de derecho cuyo contenido está más o menos establecido. Implica la estabilidad del sistema jurídico a lo largo del tiempo, que a pesar de los grandes cambios sociales, tecnológicos y económicos de los últimos ochocientos o novecientos años, sin embargo la sociedad se queda, en algún sentido, bajo el Gobierno del mismo sistema de Derecho.”⁸⁸

Como se observa, hay buenas razones para justificar el precedente pero también para criticarlo. En ese sentido, los precedentes suelen conservar y mantener el *statu quo* en el ámbito del Derecho, lo cual es bueno en términos generales. Sin embargo, hay áreas del Derecho, como los derechos humanos, donde a veces mantener los precedentes podría conducir a graves injusticias. Piénsese, para el

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *op cit.*, p.52.

⁸⁸ ITURRALBE SESMA, Victoria. *El Precedente en el Common Law*, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 68.

caso estadounidense en los precedentes del Tribunal Supremo de los EE.UU. que establecieron la discriminación racial de las personas de color.

En esa misma posición crítica el Juez del Tribunal Supremo de los EE.UU. J Douglas, citado por Alonso García, dice:

“podemos obtener de aquellos que nos precedieron el sentido de la continuidad social, extraer de su saber el sentimiento de respeto por la estabilidad de sus principios y doctrinas. Pero vivimos experiencias que ellos no vivieron. Nuestro punto de vista puede ser mejor o peor, pero es nuestro, hagamos nuestra historia antes de dejarnos gobernar por los muertos”⁸⁹.

Esta lapidaria opinión se explica por el hecho de que en los Estados Unidos el Derecho va evolucionando lentamente, más aún cuando tiene una sola Constitución que va adaptándose a los nuevos tiempos a través de la interpretación que hace el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y que se expresa en su jurisprudencia y sus precedentes.

Si bien, ambas posiciones son antagónicas e irreductibles, lo cierto, es que la realidad y la práctica del precedente en los Estados Unidos se ha encargado de conciliar ambas posturas, a través de la flexibilidad en la aplicación del precedente en general y del precedente constitucional en particular haciendo posible la evolución del derecho.

2.3.3. Precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano

La eficacia de la *prudentia iuris* está fundada en diversos motivos, de manera que desde los precedentes administrativos, hasta las decisiones de las altas cortes devienen en persuasivos y/o vinculantes para los operadores del Derecho en general.

Se ha superado la prevalencia absoluta del texto de la norma, siendo testigos del protagonismo de la jurisprudencia más allá de su antiguo papel de fuente del

⁸⁹ ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 169.

Derecho, este es el caso del precedente vinculante que se comporta como fuerza normativa.

A partir de tal situación, se quiere identificar cuáles son los fundamentos que permiten que la jurisprudencia goce de tal prevalencia. En ese sentido, se puede señalar que la fuerza de las decisiones jurisdiccionales (incluso las administrativas) se fundamenta en los siguientes cimientos⁹⁰:

- La protección de la igualdad como derecho.
- La protección del principio de buena fe respecto a las autoridades.
- La proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades discrecionales de las autoridades.
- La seguridad jurídica para los ciudadanos de manera que sus asuntos sean resueltos del mismo modo si su situación es similar.
- La interdicción de la arbitrariedad, de modo que se proscriba tratamientos irrazonablemente distintos.
- La predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, dada que la unificación de criterios evita fallos contradictorios.

En nuestro sistema de Administración de Justicia, la Jurisprudencia Vinculante se ha incluido a través del tiempo y se ha reafirmado en cuanto a su aplicación, cuya influencia contiene aspectos claramente marcados en el sistema del *Common Law*. En nuestros tiempos, la importancia del derecho de creación Judicial vuelve a relacionarse con los límites intrínsecos que la ley manifiesta⁹¹, lo cual acorde a una sociedad que se encuentra en continuo cambio acerca a una flexibilidad del derecho Jurisprudencial, si cuando la ley aparece está ya

⁹⁰ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 40.

⁹¹ GALGANO, Francesco. "El precedente judicial en el Civil Law", en *Atlas de Derecho privado comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, p. 77.

superada por la evolución de la sociedad, corre el riesgo de detener su desarrollo en lugar de acompañarlo⁹².

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

“Artículo 22.- *Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.*

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

Finalmente, el artículo VII del Código Procesal Constitucional señala:

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

En este sentido, también las sentencias del Tribunal Constitucional, reconocen la importancia de la jurisprudencia vinculante, por ejemplo el fundamento 37 de la sentencia de Acción de Amparo del caso Consorcio Requena⁹³ señala que la elaboración de un precedente será necesaria:

a) *“Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre*

⁹²GALGANO, Francesco. *op. cit.*, p. 99.

⁹³ Caso Consorcio Requena (Loreto), expediente N° 4293-2012-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>

una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.

c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.

d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.

f) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución”.

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

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

El respeto a los precedentes desde esta lógica se fundamenta en el mismo sistema judicial, esto es en el principio de autoridad que se plasma en un respeto a la jerarquía. En palabras de Marinoni: “Formada una cultura precedentalista en los tribunales superiores, no habrá como dejar de seguir los precedentes entonces fijados”⁹⁴

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

Siendo así, es el Poder Judicial quien mediante las personas que lo conforman que tienen un grado de responsabilidad de la coherencia del sistema, pero no es responsable por la compatibilidad del sistema, que sí es exigible únicamente al Legislativo, en este sentido, cada dispositivo legal es y debe ser compatible con el ordenamiento jurídico restante, mientras que una decisión judicial no excluye

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obligatorios*, Lima, Palestra, 2013, p. 195.

a otro, así como tampoco la vuelve inválida, a menos que se trate de un resolución superior que revoca de decisión anterior, así como varias decisiones pueden comprender lo constitucionalmente permitido en cuanto a interpretación y ser distintas en interpretación pero igualmente válidas por el criterio del juez, es por eso que el derecho producido por el Poder Judicial es un problema de coherencia y no de compatibilidad.

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

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

“Una vez que (o en la medida en que) nosotros estamos aquí tratando de sociedades caracterizadas por la fidelidad a la ideología y la práctica del orden legal ‘racional’ en el sentido propuesto por Max Weber (1967), podemos ciertamente decir que la coherencia en la interpretación de las disposiciones específicas sobre muchos casos y prácticas interpretativas que se destinan a garantizar una coherencia global del sistema jurídico, son absolutamente fundamentales para ellas. Coherencia en ambos sentidos es la propia esencia del orden jurídico racional, así como es crucial para la idea de un discurso legal racional. No es sorpresa que, en todos los sistemas legales estudiados, el valor de la coherencia de la ley, es uno de los elementos claves en la comprensión de la lógica local para la práctica de tratar al precedente como vinculante en cualquiera que sea el sentido particular o sentido localmente atribuido a su impositividad (o generalmente, su fuerza normativa). Eso es comprensible como una razón independiente para el precedente, enraizado en la propia naturaleza de argumentación racional, esencial para el orden jurídico racional. En un punto de vista diferente, el papel unificador del precedente puede también ser visto simplemente como aspecto del carácter unitario del sistema legal de un Estado bien organizado, lo cual es papel principal para que las Cortes lo sustenten.”⁹⁵

⁹⁵ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech. *Rationales for precedents: a comparative study*, traducido por Miguel Alfonso Ruiz, London, Dartmouth, 1997, p. 487.

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

Los mismos autores culminan la idea señalando que: “coherencia legal, en conjunto con la uniformidad de la decisión, es realmente un valor reconocido en todos los lugares, servido por el respeto a la fuerza del argumento a partir del precedente, lo cual es función principal de las cortes, en su papel interpretativo, alcanzar. El valor de la uniformidad puede ser tomado como un desiderato técnico jurídico, así como la coherencia tal vez pueda ser considerada un aspecto de *elegantia juris*; pero ambos también concurren a la integridad global del Estado como garante de un sistema jurídico único”⁹⁶

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

Ya sabemos, que el precedente busca evitar decisiones dispares a los casos iguales, porque de otro modo el sistema estimularía el arbitrio y la parcialidad. Si el juez, frente al caso concreto y ante una norma que permite múltiples tipo de interpretación este podría atribuir significados distintos a la misma norma, en palabras de Marinoni: “(...) el juez parcial está libre para decidir de la forma que le conviniese, basta con justificar sus decisiones arbitrarias. No obstante cuando está sujeto a su pasado, esto es, a lo que ya decidió, el juez no puede, aunque

⁹⁶ *Ídem.*

desea, ser parcial o arbitrario. Le queda prohibido decidir casos iguales según el rostro de las partes”.⁹⁷

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

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

Dicho ello, resta por aclarar el fundamento para otorgarle carácter vinculante a los fallos de la Corte Suprema, reside en la necesidad de lograr unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico⁹⁸.

Se entiende, además, que el carácter vinculante de los precedentes es una garantía de los justiciables y de la sociedad toda; por lo que no existe una obligación “moral” o “institucional” de los Jueces, sino que existe una verdadera obligación jurídica.

Finalmente, cabe señalar que cuando se dicte doctrina judicial, en el cual haya una obligatoriedad. Al respecto, sólo cabe decir que los fallos de la Corte Suprema se imponen a sus inferiores no por su cantidad, o por las veces en que se ha repetido una misma cuestión, sino por su calidad, es decir por el órgano

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obligatorios*. op. cit. p. 201.

⁹⁸ MARGARETIC, Laura. *El valor del precedente en el sistema jurídico argentino: un aporte hacia la revalorización de la jurisprudencia como fuente del derecho*, Tesis para optar el grado de Maestría en Derecho con orientación en Derecho Penal, Argentina, p. 2008.

que los dictó. Por lo que basta un solo fallo, un único pronunciamiento sobre el tema, para que tenga virtualidad en casos análogos.

2.4.- Acuerdos plenarios

Los acuerdos plenarios se diferencian de los plenos jurisdiccionales debido a que el primero constituye el documento final que se llega como resultado de un pleno jurisdiccional⁹⁹, esta acción es llevada a cabo los magistrados, tiene la naturaleza de tener partes expositivas, debates y decisión final, son siempre publicados en el diario oficial y determinan orden vinculante en las decisiones de los demás magistrados.

“Los acuerdos plenarios, tienen como uno de sus objetivos mejorar el nivel de confianza ciudadana en el sistema de administración de justicia. Su principal objetivo, es concordar la jurisprudencia referida a un caso típico calificado de “difícil”, es decir, aquel que se puede prestar a más de una interpretación.”¹⁰⁰

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

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

La figura de los plenos jurisdiccionales es una de las herramientas jurídicas que, al igual que la jurisprudencia vinculante, procuran la uniformidad jurisprudencial,

⁹⁹ Al respecto es adecuado tener en cuenta que no todo pleno jurisdiccional conlleva a un acuerdo plenario propiamente dicho, pues en la práctica, la reunión de debate en los colegiados jurisdiccionales también adquiere el nombre de pleno jurisdiccional sin embargo esta nomenclatura corresponde a la reunión de discusión para debatir la decisión al caso en concreto mas no para emitir un acuerdo plenario.

¹⁰⁰ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *op cit.*, p. 45.

así también están dirigidos a generar la predictibilidad de las decisiones judiciales y disminuir la sobrecarga procesal que actualmente agobia a casi todos los sistemas jurídicos.

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

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

Es así que con el retorno de la institucionalidad democrática y acorde con la reestructuración judicial, el Poder Judicial asume el rol protagónico de liderar su propia reforma participativa en aras de un sistema de justicia fuerte, prueba de ello son los plenos jurisdiccionales supremos antes mencionados; es así que se instala una intensa y aguda actividad de plenos realizados hasta el día de hoy.

Es de esta manera que debemos aceptar que en la actualidad, los plenos jurisdiccionales han tomado una significativa relevancia desde que surgieron. Las grandes reformas en las que específicamente el Perú ha sido partícipe, un claro ejemplo de ello ha sido la implementación progresiva de la aplicación del Código Procesal Penal 2004, el cual como nuevo modelo procesal instituye nuevos retos para la impartición de Justicia Penal, dado que exige cambios

emblemáticos en cuanto al actuar jurisdiccional, otro ejemplo de evolución jurisdiccional es también la implementación de la nueva Legislación Procesal del Trabajo el cual comparte muchos de los principios que la ley procesal penal.

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

2.4.1.-Perspectiva histórica

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

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

2.4.2.-Los acuerdos plenarios en el derecho comparado

A.-Los acuerdos plenarios en España

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

Artículo 264.

- 1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de Sala.*
- 2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.*

B.- Los acuerdos plenarios en Argentina

En Argentina, los intentos de unificación jurisprudencial iniciaron con la creación de dos Cámaras en lo Civil¹⁰¹. Posteriormente la ley N° 11.924 estableció que la Cámara de Paz tenga la prerrogativa de reunirse en un pleno jurisdiccional con la finalidad de unificar los criterios jurisprudenciales “*cuando cualquiera de las salas considerara conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable.*”

La doctrina aceptada por la mayoría de la cámara se debía aplicar en las resoluciones que en lo sucesivo dictara cada una de las salas. Durante su

¹⁰¹ El art. 6 de la ley 7.075 estableció que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, si cualquiera de las dos cámaras entendiera que, en cuanto al punto en debate, era conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable, se reunirían en tribunal y decidirían por mayoría de votos; si hubiese empate se daría intervención a un miembro de las otras cámaras. La norma, entonces, no determinaba expresamente la obligatoriedad de la doctrina plenaria ni la facultad de las partes de solicitar la reunión del tribunal en pleno.

*vigencia, la citada cámara estableció que la doctrina plenaria era obligatoria para los jueces de la primera instancia*¹⁰².

Dado que en este tiempo existía una división entre las salas de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y la Cámara de Apelaciones en lo Civil, la ley N° 12.330 autorizó la prerrogativa de convocar a un tribunal plenario¹⁰³. Cabe precisar que la modificatoria de un plenario anterior era posible si la cámara se reunía y obtenía una aprobación de las dos terceras partes de sus miembros. Asimismo, no se establecía la obligación en el cumplimiento de la doctrina plenaria establecida

Posteriormente se autorizó a todas las cámaras de apelaciones que efectuasen reuniones mediante un tribunal pleno con la finalidad de unificar los criterios relativos a la competencia de las salas, así como también para evitar sentencias contradictorias siempre y cuando no existiese previamente una interpretación de la Corte Suprema; esta doctrina legal era obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la cámara que la pronunciara fuera tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de cámara, dejaran a salvo su opinión personal¹⁰⁴; al respecto, sólo se podría volver sobre ella como consecuencia de una nueva sentencia plenaria. Se decía en aquel tiempo que, *con esta última disposición, el Congreso había resuelto la discrepancia interpretativa que existía bajo las leyes anteriores respecto de la obligatoriedad de las sentencias plenarias para los camaristas y los jueces de primera instancia*¹⁰⁵.

En este mismo sentido la obligatoriedad, asimilable a la de la ley, es la característica de los fallos plenarios, tanto para la misma cámara que los dicta, cuanto para los tribunales inferiores; se diferencia de la ley en que ésta no puede

¹⁰²CPaz Letrada en pleno, 11/4/1941, L.L. 23-463, obligación que luego fue ratificada por el decreto ley 4.555/43.

¹⁰³ Esta petición debía ser a petición de la mayoría de los miembros de una de las dos cámaras.

¹⁰⁴ Ley N° 13.998, art. 28, inc. b.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ, Raymundo L. *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina, concordado y comentado*, 2ª ed., Buenos Aires, Sebastián de Amorrortu de Hijos, 1948, p.36.

ser derogada sino por otra ley mientras que la jurisprudencia plenaria no tiene otra autoridad que la de la razón, pudiendo variar conforme los resultados del examen crítico y racional del jurisconsulto¹⁰⁶.

Acorde a lo señalado por Arazi mediante acordada del 17/12/1952, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que antes de pronunciar sentencia, cada sala de las cámaras se debía informar de la jurisprudencia de las otras que integraban la misma cámara sobre el punto a resolver. Si existía discordancia de criterios, la sala se abstendría de dictar sentencia y se reuniría en tribunal pleno. Es decir, que en virtud de esa acordada la convocatoria a plenario dejó de ser facultativa para las cámaras y pasó a ser un verdadero deber¹⁰⁷.

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

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

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

¹⁰⁶ SERANTES PEÑA, Oscar E.; CLAVELL BORRÁS, Javier. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, 2ª ed., R. Depalma, 1959, p. 216.

¹⁰⁷ ARAZI, Roland. “Recurso de inaplicabilidad de la ley”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 3, Medios de impugnación, tomo II, Rubinzal-Culzoni, 1999, p.p 225-238.

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

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

a) A instancia de los justiciables mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley, en virtud del cual se atacaba la interpretación de la ley contenida en una sentencia definitiva, entendiéndose como tales las que ponían fin al pleito o hacían imposible su continuación –sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas, como las que hacen lugar a alguna de las excepciones perentorias- (art. 289, 1er. párr., C.P.C.C.N. –versión anterior a la ley 26.853), dictada por una sala de la cámara de apelaciones, que resultara contradictoria con la de otra sala de la misma cámara de una antigüedad no mayor de diez años a la fecha del fallo recurrido.

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

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

Respecto a la formalidad, la iniciativa debía realizarse mediante una resolución dictada en un proceso específico y con antelación a que se

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

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

En este supuesto, dado que la ley N° 24.946 no establecía el procedimiento, también se aplicaban las reglas de la autoconvocatoria pues *se trataba del pedido de ese funcionario para que la cámara se autoconvocará, es decir, que la iniciativa para la autoconvocatoria partía del fiscal de cámara que el tribunal podía acoger o no.*¹⁰⁸

Finalmente, la ley N° 26.853 produjo un gran cambio al eliminar la posibilidad que tenían las cámaras de convocar a un plenario para unificar jurisprudencia, ante esto, se instauró los recursos de casación, de inconstitucionalidad y de revisión. Esto ha dado lugar a fuerte críticas como la de Leguisamón¹⁰⁹ quien señala:

“El recurso de casación al que se refieren ahora los arts. 288 a 294 del C.P.C.C.N., en realidad no se trata de un camino procesal para la unificación de la jurisprudencia ni esta es función de las cámaras de casación creadas por la ley 26.853 como podría pensarse de lo analizado anteriormente, puesto que no sólo no el recurso de casación únicamente es procedente según el actual art. 288 del C.P.C.C.N. contra las sentencias definitivas, o equiparables a éstas, que dicten las cámaras de

¹⁰⁸ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. “Los fallos plenarios y la Corte Suprema”, en *Tratado de derecho procesal constitucional*, tomo II, Rubinzal-Culzoni, 2010, p.p 905-911.

¹⁰⁹ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *La derogación de la obligatoriedad de los fallos plenarios*, Agenda magna, [ubicado el 14.IX.2017] obtenido en: <http://agendamagna.wordpress.com/2013/05/26/unificacion-de-la-jurisprudencia/>

apelaciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contencioso administrativa(...)”.

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

C.-Los acuerdos plenarios en México

Le legislación Mexicana ha contemplado la unificación jurisprudencial bajo la figura de las Tesis Jurisprudenciales, su aprobación y difusión se ha encargado al Tribunal Superior de Justicia de México¹¹⁰, asimismo, este mandato se encuentra contemplado en la Constitución Política del estado de México¹¹¹ así como en su Ley Orgánica¹¹².

Respecto a la tesis jurisprudencial podemos señalar que esta consiste en *expresión por escrito en forma abstracta y sintética del criterio plasmado en cinco resoluciones judiciales, en el mismo sentido y sin ninguna en contrario, que interpreta, íntegra, precisa o interrelaciona normas de derecho y puede constituirse formalmente como jurisprudencia habiendo sido publicado como tal. Criterio con fuerza jurídica que sienta una norma obligatoria sobre el punto de derecho sobre el cual versa*¹¹³.

¹¹⁰ Reglamento Interior del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, Artículo 11°.

¹¹¹ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, fracción IV, Artículo 95°.

¹¹² Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, fracción IV, artículo 33°.

¹¹³ PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO. Manual general de procedimientos: compilación, sistematización y publicación de tesis de jurisprudencia, México, PJEM, 2017, p. 09

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

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

De lo expuesto se infiere que la jurisprudencia tiene un ámbito de existencia bien definido; dicho de otro modo, *no es válido pretender elaborar tesis de cualquier criterio, pues son estos fenómenos en que la ley puede incurrir o ante los que la autoridad jurisdiccional se puede encontrar, lo que da sustento y justificación a*

*la génesis jurisprudencial, en la inteligencia de que ésta no tendría razón de ser en el supuesto de que la norma fuese perfecta*¹¹⁴.

La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado regula lo concerniente a la jurisprudencia que establezca el Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes términos¹¹⁵.

a) Obligatoriedad de la jurisprudencia.- La jurisprudencia que establezca el Tribunal Superior de Justicia funcionando en Pleno, será obligatoria para las salas regionales y los juzgados. La que establezca funcionando en salas, será obligatoria para los juzgados.

b) Jurisprudencia de las Salas Colegiadas.- Habrá jurisprudencia, cuando lo resuelto por una sala colegiada se sustente en cinco sentencias consecutivas no interrumpidas por otra en contrario y haya sido aprobada por unanimidad de votos, con excepción de las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional.

c) Jurisprudencia de las Salas Unitarias.- También se constituirá jurisprudencia cuando lo resuelto por tres distintas salas unitarias se sustente en cinco sentencias consecutivas no interrumpidas por otra en contrario. Las salas involucradas o el Coordinador General de Compilación y Sistematización de Tesis, deberán pedir al Pleno del Tribunal Superior de Justicia que haga la declaratoria respectiva, y procederá a su redacción, ordenando su publicación en el Boletín Judicial y el Prontuario de Jurisprudencia para que surta efectos.

d) Denuncia de contradicción de tesis.- La contradicción de tesis deberá denunciarse por escrito al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, señalándose las salas que incurren en contradicción y en qué consiste; el nombre del denunciante y su relación con el asunto. El Presidente

¹¹⁴ PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO. Manual para la elaboración, envío, registro y publicación de tesis y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado, México, PJEM, 2011.

¹¹⁵ Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, Artículos 139° al 142°.

analizará la procedencia de la denuncia y dará cuenta de ella al Pleno del Tribunal, en la siguiente sesión.

La contradicción de tesis podrá ser denunciada por:

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

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

La tesis del Pleno del Tribunal Superior de Justicia que resuelva la contradicción tendrá el carácter de jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 139 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México. La resolución que dirima la controversia no afectará por ningún motivo las situaciones jurídicas concretas definidas en juicio con anterioridad a la misma.

f) Interrupción de la jurisprudencia.- La jurisprudencia sustentada por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia o por las salas colegiadas, se interrumpirá y dejará de ser obligatoria, siempre que el órgano que la estableció así lo acuerde, se cumplan los mismos requisitos para integrarla y se expresen las razones que existen para su interrupción.

También se interrumpirá la jurisprudencia de las salas cuando el Pleno del Tribunal lo determine al resolver la contradicción de tesis. La jurisprudencia sustentada por las salas unitarias se interrumpirá y dejará de ser obligatoria, siempre que una de las salas participantes en su formación así lo acuerde, debiéndose proceder como en el caso de criterios contradictorios.

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

2.4.3.- Los acuerdos plenarios en el ordenamiento jurisdiccional peruano

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

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

“La formalidad con a que deben de desarrollarse los plenos jurisdiccionales está referida a la conformación previa de las comisiones de magistrados encargada de llevar a cabo el pleno jurisdiccional, los actos preparatorios, la elaboración del cronograma de los plenos, la selección y entrega de los materiales de lectura como: doctrina,

jurisprudencias, normas legales, legislación comparada sobre cada uno de los puntos a debatir, etc."¹¹⁶

En este sentido, el acuerdo plenario es aquel acuerdo adoptado en reunión (sesión plenaria) y por mayoría de votos de sus miembros. En este orden de ideas los acuerdos plenarios son la posición o acuerdo de consenso, previamente deliberado, debatido y fundamentado en sesión plenaria, con el que se busca en adelante unificar e integrar los criterios jurisprudenciales que tienen los magistrados, de las diversas especialidades que conforman las distintas Cortes Superiores de justicia de la República, a fin de evitar entre ellos la emisión de fallos contradictorios¹¹⁷.

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

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

¹¹⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Comentarios a los precedentes vinculantes*, Lima, Editorial Grijley, 2010, p. 25.

¹¹⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal-Parte General*, Lima, Editorial Grijley, 2009, p. 172.

del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para que proceda conforme a sus atribuciones.

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

“(...) son foros o reuniones previamente convocadas de magistrados especializados, de una o varias Cortes de Justicia, que propician la discusión y el debate de los principales problemas relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional, en la mayoría de los casos los magistrados participantes asumen una posición conjunta frente a problemas jurídicos difíciles, los cuales probablemente les ha tocado resolver en sus colegiados o intuyen que será así”.¹¹⁸

Adicionalmente para Neves Mujica¹¹⁹, los plenos jurisdiccionales son:

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

Debe resaltarse que parte de la doctrina considera a los denominados plenos jurisdiccionales como espacios de debate y de discusión entre los magistrados con conclusiones que en todo caso podrían expresar ciertas tendencias de la magistratura, con vocación de uniformizar sus decisiones, pero no más¹²⁰.

Para Castillo Alva los plenos jurisdiccionales son reuniones de magistrados en los que se abordan, discuten y plantean temas particulares de cada especialidad: penal, civil, familia, laboral, etc. En ella importa que se debatan temas específicos

¹¹⁸ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho Procesal Civil: Medios probatorios, Doctrina y Jurisprudencia Vinculante*, Lima, editorial Jurista Editores, 2010, p. 54

¹¹⁹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho laboral peruano*, Lima 2009, editorial Temis, p. 72

¹²⁰ BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA Javier. *La reforma del sistema de justicia ¿En el Camino Correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima, Editorial Grijley, 2004, p. 40.

de cada materia, a fin de obtener un consenso en la solución de los casos Judiciales¹²¹.

Sobre el carácter interpretativo de los plenos jurisdiccionales el Dr. Prado Saldarriaga señala que son reuniones de los magistrados en donde se emiten fallos con efectividad vinculante, las cuales adquieren trascendencia cuando se detectan tendencias discrepantes o implicantes en la aplicación de la Ley¹²².

De las diferentes definiciones extraídas podemos señalar que hay un consenso en definir a los acuerdos plenarios como esas reuniones de unificación de criterios, lo cual nos lleva a advertir que si existe una diferenciación semántica entre las reuniones de los magistrados y el resultado de las mismas. Las reuniones de los magistrados son las Reuniones Plenarias, o los Plenos Jurisdiccionales, sin embargo, esta última definición nos lleva a la pregunta sobre si los actos de coordinación para la unificación de los criterios jurisprudenciales podrían definirse como un ejercicio de la jurisdicción.

Para aclarar el concepto debemos partir mencionando que la Constitución contempla la exclusividad de la función Jurisdiccional¹²³, la cual se reserva a los jueces con excepción de la jurisdicción militar y la arbitral. En cuanto a esta exclusividad jurisdiccional Monroy Gálvez señala que por el término exclusividad debemos entender que solo aquellos a quienes se da explícitamente la jurisdicción en la Constitución, son quienes pueden ejercerla¹²⁴.

¹²¹ CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes Vinculantes, las sentencias plenarias y los acuerdos plenarios en materia de la Corte Suprema de Justicia*, Lima, Editorial APECC, 2009, p. 22.

¹²² PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Consecuencias Jurídicas del Delito y acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Lima, Editorial APECC, 2009, p.p. 23 – 24.

¹²³ Constitución Política del Perú: Artículo 139°, inciso 1.

¹²⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1996, p. 230.

En este sentido, Calamandrei ha definido a la Jurisdicción como la actividad que se realiza por el juez, como un tercero imparcial, para los efectos de dirimir a través del proceso, el conflicto que las partes han sometido a su decisión¹²⁵.

A dichos concepto es pertinente añadir que la jurisdicción se encuentra delimitada por la competencia de cada juez, siendo que todos los jueces del territorio peruano gozan de la atribución de ejercer jurisdicción, no todos gozan de competencia para hacerlo siempre. En esta misma línea de ideas, el Tribunal Constitucional ya ha señalado que:

“(...) jurisdicción es la potestad y/o poder que otorga el Estado a determinadas instituciones para “decir”, resolver o aplicar el derecho que corresponde en un conflicto de intereses con el carácter especial que sus decisiones son irrevisables; es decir, tienen la calidad de cosa juzgada. Aquellos órganos cuyas resoluciones son revisables no tienen jurisdicción sino competencia. El límite de la jurisdicción es la competencia por razón de grado, materia, turno, territorio, etc.”¹²⁶

A este punto queda claro que uno de los principales fines de la jurisdicción, mediante los acuerdos plenarios, es la de dirimir conflictos mediante una decisión jurídica legítima que vincula en cuanto a su cumplimiento. Sin embargo, al analizar la naturaleza de los llamados plenos jurisdiccionales podemos señalar en primer lugar que la materia a tratar siempre va a ser una materia teórica, pues en caso contrario el resultado no sería un acuerdo plenario, sino una sentencia que resuelve el caso. En estas sesiones, los jueces tratan criterios discrepantes de la actividad jurisdiccional, pero no resuelven casos, por ende, en una opinión personal, lo más adecuado es llamar a estas reuniones como sesiones plenarias o en todo caso denominarlos plenos no jurisdiccionales, a fin de no confundir conceptos de jurisdicción.

¹²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Los estudios de derecho procesal en Italia*, en *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, traducido por Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 27

¹²⁶Caso Esteban Juan Martínez (Lima), expediente N° 584-98-HC/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00584-1998-HC.html>

La realización de los plenos jurisdiccionales en el Perú se encuentra regulada de modo general en el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece literalmente lo siguiente:

“Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo al Poder Judicial”.

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

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

Respecto a los plenos jurisdiccionales en materia laboral según el artículo 40° de la nueva ley procesal del trabajo señala que corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia convocar al pleno de Jueces Supremos, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente.

Para la realización de los plenos jurisdiccionales, siguiendo las pautas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y del Centro de Investigaciones Judiciales, es necesario la conformación de la misma con las siguientes partes intervinientes en los plenos:

- a) El Presidente de la Corte Superior de Justicia.
- b) La Comisión de Magistrados.
- c) Los Magistrados Participantes.
- d) El Director de Debates.
- e) Expositores Invitados.

f) El Centro de Investigaciones Judiciales.

En este sentido, corresponde al Presidente de la Corte Superior de Justicia, como máximo representante de su distrito judicial, lo siguiente:

- a) Designar al inicio de cada año judicial la Comisión de Magistrados encargada de los actos preparatorios de los Plenos Distritales, Regionales y Nacionales.
- b) Aprobar el Cronograma de actividades de Plenos Jurisdiccionales Distritales propuesto por la Comisión de Magistrados.
- c) Formalizar la convocatoria de los Plenos Jurisdiccionales Distritales.
- d) Coordinar con el Centro de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial las actividades administrativas previas a la ejecución de los plenos jurisdiccionales Regionales y Nacionales.
- e) Emitir las disposiciones necesarias a fin de viabilizar la realización de los plenos jurisdiccionales.
- f) Supervisar que la Comisión de Magistrados designada por su presidencia cumpla los fines para los cuales fue designada.
- g) Encargarse del registro y difusión de las Actas de Sesión Plenaria en su respectivo distrito judicial.
- h) Poner en conocimiento del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial las actividades ejecutadas en los acápites a), b) y c).

Sobre la conformación que corresponden a la Comisión de Magistrados se encuentran divididas, según el tipo de pleno jurisdiccional, los que pueden ser Distrital, Regional y Nacional.

Si el pleno jurisdiccional es distrital, la Comisión de Magistrados podrá estar conformada de la siguiente manera:

“Una Comisión Mixta de Magistrados de diferentes especialidades con un mínimo de seis (06) y máximo de diez (10) integrantes; o por dos (02) o

más Comisiones por Especialidad con un mínimo de tres (03) y un máximo de seis (06) integrantes; y, atendiendo a la realidad de cada Distrito Judicial”.

Cada Comisión está presidida por un Vocal Superior, e integrada por magistrados de diversas jerarquías. Dicha Comisión elabora y propone al Presidente de su respectiva Corte Superior la lista de Magistrados participantes al Pleno Jurisdiccional Distrital, Regional y Nacional, en atención a la especialidad de los temas a tratar y buscando la participación activa de los Magistrados de las diferentes jerarquías.

Es así que dentro del tema que nos concierne, si bien en los plenos jurisdiccionales los magistrados debaten acerca de temas jurídicos contrastando sus opiniones sobre cuál debe o debería ser la respuesta o criterio más apropiado para resolver cada uno de los casos concretos planteados, dicha deliberación concluye siempre con un acuerdo (ya sea por votaciones por unanimidad o en mayoría), dicho acuerdo es al que se le denomina acuerdo plenario, por ser adoptado en sesión plenaria.

El acuerdo plenario supone el concierto de voluntades de los señores Magistrados sobre el sentido o aplicación de una o más normas materiales o adjetivas respecto a los temas sometidos a debate en el pleno Jurisdiccional (Sesión Plenaria).

Muchas veces se confunde pleno jurisdiccional con acuerdo plenario. En los Plenos jurisdiccionales lo decidido o acordado es el acuerdo plenario, el mismo que se tendrá en cuenta al momento de emitir los fallos de los magistrados que participaron o no de él, por lo que de sus autos y sentencias podrán extraerse las reglas de derecho, las mismas que ya fueron anteriormente consensuadas entre los magistrados participantes en los plenos jurisdiccionales.

Contenido de los acuerdos plenarios

Respecto al acuerdo plenario este debe estar plasmado por escrito en un acta denominada acta de sesión plenaria, dentro de ella se registran las decisiones o acuerdos adoptados en el pleno jurisdiccional (sesión plenaria).

El Acta de Sesión Plenaria contiene:

- Parte Introductoria

En la cual se consiga el lugar de realización del Pleno, los integrantes de la Comisión de Magistrados y su Presidente, Director de Debates, así como los Magistrados participantes en la Sesión Plenaria con la debida distinción de su cargo jerárquico.

- Parte Expositiva

En la cual se consigna los trabajos grupales y conclusiones; y,

- Parte Decisoria

En donde se anotan los acuerdos adoptados (Acuerdo Plenario), con posterioridad al debate y votación correspondiente.

Dicha Acta es redactada y suscrita por los Miembros de la Comisión de Magistrados (Responsables).

A la fecha, el Perú ha elaborado 58 acuerdos plenarios en materia penal en el período 2005 – 2012 y un solo acuerdo plenario en materia laboral en el año 2012.

Estos instrumentos se encuentran publicados en la página del Poder Judicial peruano¹²⁷ y han servido como marco interpretativo en diversos procesos penales, sin embargo, no existe modo alguno de controlar objetivamente su cumplimiento por parte de los jueces de primera y segunda instancia.

Finalidad de los acuerdos plenarios

Los plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios tienen como finalidad no sólo promover el aprendizaje y la capacitación constante de los magistrados, sino también el de los docentes universitarios de las facultades de Derecho y sus estudiantes de pre y post grado, juristas en general, abogados, personal de la

¹²⁷Poder Judicial del Perú, Centro de Investigaciones Judiciales/Plenos Jurisdiccionales/Plenos Jurisdiccionales, [ubicado el 28.VI.2017] obtenido en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/cij_d_plenos

Cortes Superiores de Justicia y Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y de todos aquellos vinculados a nuestro sistema jurídico, con lo cual al unificar los criterios jurisprudenciales de los magistrados se logra seguridad jurídica y se mejor la confianza y credibilidad de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia.

En este sentido, los plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios contribuyen al perfeccionamiento académico en el ejercicio de la función jurisdiccional fortaleciendo el sistema jurídico y la organización judicial. Estos acuerdos judiciales tienen como finalidad buscar la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de agenda de debate, en los cuales los participantes previamente para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en los temas tratados. Algunas de las finalidades que persiguen los plenos jurisdiccionales de manera puntual son:

- a) Los plenos jurisdiccionales tiene como finalidad unificar e integrar los criterios jurisprudenciales de los magistrados, de las diversas especialidades, que conforman las distintas Cortes Superiores de Justicia de la República.
- b) Los plenos jurisdiccionales evitan los fallos contradictorios.
- c) Reducen la carga procesal de los juzgados y salas especializadas del país.
- d) Contribuyen con el mejoramiento de los servicios de administración de justicia.
- e) Contribuyen al orden y sistematización de los acuerdos adoptados en los plenos.
- f) Promueven la investigación científica, el análisis, la actualización y capacitación de los operadores de justicia.
- g) Los plenos jurisdiccionales fomentan la igualdad en la aplicación de la Ley a través de una interpretación uniforme.

h) Los plenos jurisdiccionales promueven la reducción de la discrecionalidad arbitraria, que tradicionalmente ha caracterizado en décadas al juzgador.

Finalmente, se señala que los plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios mejoran la confianza de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia, pues crean un criterio uniforme sobre la interpretación legislativa que otorga una mayor seguridad sobre las decisiones jurisdiccionales.

Asimismo tanto en el precedente vinculante como en los acuerdos plenarios podemos afirmar que cumplen una función comunicativa. En el caso del precedente vinculante en consenso es estrictamente entre jueces supremos, mientras que en los acuerdos plenarios la comunicación puede ser más abierta a sectores académicos que no necesariamente son jurisdiccionales.

Se puede concluir entonces, que la actividad jurisdiccional en el Perú ha aumentado debido al desarrollo social y diversas nuevas formas de ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos, lo que exige un mayor razonamiento judicial para solucionar las controversias suscitadas; sin embargo, este razonamiento exige un alto grado de responsabilidad que se oriente a asegurar el fortalecimiento de un sistema jurídico ordenado, cuyas decisiones judiciales puedan tener un alto grado de legitimidad basada en decisiones autónomas, predecibles y con alto grado de interdicción de la arbitrariedad. Ante esta necesidad se ha contemplado la existencia de la jurisprudencia vinculante así como los acuerdos plenarios, los que constituyen herramientas destinadas a cumplir los fines de la armonía sistemática judicial¹²⁸.

Para efecto de comprender a la jurisprudencia vinculante así como a los acuerdos plenarios debe identificarse la diferenciación entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*. En el primero se configura como vinculante las razones suficientes que sirvieron para arribar a la decisión final. De otro lado el *obiter dicta* tendrá relevancia al momento de efectuar el *overruling*, pues solo así se puede

¹²⁸ AGUEDO DEL CASTILLO, Rudy Renzo. *La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las resoluciones judiciales*, Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Lima, PUCP, 2014.

evidenciar las razones por las cuales se realizará el cambio de criterio o revocación de los acuerdos plenarios así como la jurisprudencia vinculante.

En consecuencia, el precedente vinculante y los acuerdos plenarios pueden aportar razonamientos argumentados que apoyen a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales, por ende, permiten lograr cierto grado de predictibilidad en las decisiones judiciales, hacer más ligera la carga procesal y mejorar así el sistema judicial peruano, para estos efectos es necesario que estos precedentes vinculantes y los acuerdos plenarios cuenten con una fuerte carga argumentativa, y para ello la Academia de la Magistratura establece seis criterios Orden, Claridad, Fortaleza, Suficiencia, Coherencia y Diagramación, los cuales tienen relación con el empleo de técnicas argumentativas y de comunicación escrita cuyo empleo eficiente aseguraría una argumentación cumplida y bien comunicada. Es por ello, que en el siguiente capítulo se pretende contrastar la realidad peruana mediante el análisis de un precedente vinculante, en el cual se podrá explicar cómo los jueces que componen el ordenamiento jurídico peruano justifican y argumentan su fallo.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE
A.P. N° 10286-2013-LIMA.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE

A.P. N° 10286-2013-LIMA.

Como se ha advertido en acápites anteriores, en un Estado Constitucional de Derecho, surgen nuevos paradigmas jurídicos, en consecuencia una transformación a la hermenéutica jurídica, exige que los jueces ya no se limiten a subsumir las normas jurídicas, puesto que se presenta mayor complejidad o dificultad al momento de resolver las controversias; frente a normas con carácter moral, principios y derechos fundamentales, en donde los jueces mediante la técnica de la ponderación, deben demostrar un dominio del razonamiento jurídico en cada caso concreto, es decir, establecer los argumentos en los que fundamenta su fallo, siendo así que, dentro del esquema Neoconstitucionalista, el protagonista es el juez.

En consecuencia, una de las garantías fundamentales dentro del proceso judicial, es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la cual se considera como el poder que tiene toda persona, sea esta natural o jurídica, para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional; es decir, permite a todo sujeto de derechos ser parte en un proceso y así causar la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas.

Por su parte el Tribunal Constitucional sostiene que, *“la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona*

o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”¹²⁹.

Para Ledesma, *“la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia, agregando que esa, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones; asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley; sin embargo, éste derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo”¹³⁰*

Como señala el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Peruana, la administración de justicia debe tener como principios la tutela jurisdiccional efectiva y derecho al debido proceso, asimismo el artículo 4 del código procesal Constitucional regula que, la tutela procesal efectiva comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, esto origina el deber de motivar las resoluciones por parte de los jueces; en razón de ello el capítulo anterior recoge la descripción de la Teoría Argumentativa del precedente judicial y los acuerdos plenarios del Poder Judicial, puesto que establece que se tienen que aportar razonamientos argumentados que apoyen a la adecuada motivación de las resoluciones

¹²⁹ Caso Inversiones la Carreta S.A (Lima), expediente N° 763-2005-PA/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>

¹³⁰ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo III, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 27.

judiciales; es decir, que no pueden ser adoptadas de manera arbitraria, sin razonar de manera sólida y fundamentada.

De este modo, se puede concluir que la calidad de los precedentes (dentro de ella la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*) obliga a que los jueces y magistrados tengan que resolver de acuerdo a la línea jurisprudencial invocada y que ella cumpla con el sustento lógico y necesario para definir la solución de las causas presentadas. En consecuencia, se estaría hablando del principio de motivación que debe guardar toda sentencia, en especial cuando se invoca los precedentes dentro de los procesos constitucionales.

Ello se desprende porque en la Constitución Política, específicamente en el artículo 139, inciso 5 y 20 indican lo siguiente:

Artículo 139,5°:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: la motivación escrita en las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Artículo 139,20°: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: el principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”.

Estos artículos se mencionan porque la *ratio decidendi* y *obiter dicta* entendidas como figuras jurídicas que se las invoca en los procesos constitucionales a través de los precedentes vinculantes, son importantes como argumento en la construcción lógica de la sentencia, hechos que a través del presente estudio dilucidaremos para entender la actuación de nuestra Corte Suprema.

Conforme la doctrina mayoritaria estamos refiriéndonos en principio a la motivación de los hechos, que no es otra cosa que un instrumento para erradicar la arbitrariedad del poder y fortalecer el Estado democrático de Derecho.

La motivación tendrá como finalidad la justificación de la decisión judicial, que es la conclusión de un silogismo, que muestra la corrección del razonamiento lógico que conduce a la premisa mayor conformada por la norma y a la menor, por el

hecho histórico, a la conclusión. Así se muestra una justificación interna que se infiere de sus premisas, según las reglas de la inferencia aceptadas y una justificación externa, cuando las premisas son calificadas como nuevas según estándares aceptados¹³¹.

El TC peruano ha señalado que: “El Tribunal Constitucional debe recordar que la exigencia de motivación de las sentencias judiciales está relacionada de manera directa con el principio del Estado democrático de derecho y con la propia legitimidad democrática de la función jurisdiccional, que, como se sabe, se apoya en el carácter vinculante que tiene para ésta la ley constitucionalmente válida. De ahí que la Constitución requiera del Juez que éste motive sus decisiones, pues de ese modo se permite que la ciudadanía realice un control de la actividad jurisdiccional, y que las partes que intervienen en el proceso conozcan las razones por las cuales se les concede o deniega la tutela concreta de un derecho, o un específico interés legítimo”¹³².

El control que se realiza a través del deber de motivar las resoluciones judiciales es un control a posteriori, esto es, luego de documentarse la resolución judicial respectiva. Por tanto, no se trata de un control preventivo ni una fiscalización a priori, ya que solo se puede controlar la resolución judicial (sentencia o auto) una vez que esta haya sido final y efectivamente expedida¹³³.

Todo esto que se menciona es importante pronunciarlo, porque si no se toma en cuenta este principio de la motivación, entraríamos a una inseguridad jurídica a través de sentencias defectuosas, situación que en algunos casos sí se presenta al establecer precedentes vinculantes en materia de derechos fundamentales. Se considera, de manera general, que la crítica de las decisiones judiciales no constituye una afectación al principio de independencia judicial.

¹³¹ CABRERA CABANILLAS, Gilma. *Motivación de las resoluciones judiciales*, [ubicado el 03.XII.2017], obtenido de: http://www.teleley.com/articulos/art_gilmac4.pdf

¹³² Caso Asociación de Comerciantes Señor de los Milagros de Pedregal (Lima), expediente N°0474-2003-AA/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00474-2003-AA.html>

¹³³ CASTILLO ALVA, José Luis. *Las funciones constitucionales del deber de motivar las resoluciones*, [ubicado el 03.XII.2017] obtenido en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf.

En la sociedad actual presidida por los principios de pluralismo y tolerancia es necesario que se comente y critique las resoluciones judiciales como parte del desarrollo y mejora del sistema de justicia como también el comportamiento público y funcional de los jueces. Las decisiones judiciales no son algo que interese solo a las partes, sino a la comunidad en general. Independencia judicial y crítica pública no son términos antitéticos más aún si las críticas a las resoluciones judiciales constituyen una condición para la continuidad del consenso fundamental.

La conducta y disposición que deben asumir los jueces a la crítica de las decisiones judiciales siempre debe ser de apertura, diálogo y profunda tolerancia no solo porque se ejerce un derecho de significación constitucional sino porque representa una actitud abierta, democrática y de ancha base que no se cierra y se limita a los propios razonamientos, sino que también se abre al cambio y a la posibilidad de mejora de los fallos de la administración de justicia¹³⁴.

Es así, que los jueces de la Corte Suprema de Justicia peruana, mediante varios de sus pronunciamientos manifiestan la constante actividad judicial sobre todo en los llamados “*leading case*”, o casos líderes; puesto que sientan su mayor creatividad mediante la interpretación jurídica; es así que en referencia a este tipo de casos, se analizará el precedente vinculante A.P. N° 10286-2013-Lima.

3.1.-Análisis Conceptual

A. Descripción de la sentencia

- 1ra Instancia- Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- En la Corte Suprema de Justicia – Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente: A.P. N° 10286-2013, del doce de mayo de dos mil quince, teniendo como magistrados a Hugo Sivina Hurtado, Ricardo Vinatea Medina,

¹³⁴ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. *op. cit.*, p. 55.

Segundo Morales Parraguez, Diana Rodríguez Chávez, y como ponente a Silvia Rueda Fernández.

B. Partes

- DEMANDANTE: Zoila del Carmen Villalta Zegarra y Gladys Maquer Tipo
- DEMANDADO: Ministerio de Educación y la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.

C. Aspecto jurídico considerado

Lo que se pretende deliberar es la excepción de competencia y litispendencia del proceso de Acción Popular, respecto de la Resolución Ministerial N° 0065-2010-ED, del concurso Público de Nombramiento de docente; los aspectos jurídicos considerados son Constitucional- Laboral.

D. Hechos relevantes

- **Hecho 1:** Con fecha catorce de octubre de dos mil nueve, se emite la Resolución Ministerial N° 0295-2009-ED, para el concurso Público de Nombramiento de docente.
- **Hecho 2:** Con fecha dieciséis de marzo de dos mil diez, se emite la Resolución Ministerial N°0065-2010-ED, que autoriza por única vez y de forma excepcional una etapa complementaria respecto al Concurso Público para nombramiento docente.
- **Hecho 3:** Con fecha veinticinco de marzo de dos mil trece, a través de la resolución número trece, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundadas las excepciones de incompetencia y litispendencia deducidas por la parte codemandada el Procurador Público Especializado en Materia

Constitucional; por lo que declaro saneado el proceso y válida la relación procesal.

- **Hecho 4:** El Procurador Público formuló recurso impugnatorio de apelación contra la resolución número trece.

E. Problema jurídico

¿Es jurídicamente viable la apelación de la resolución número trece emitida por Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre la improcedencia de la excepción de incompetencia de Acción Popular y litispendencia deducidas por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional; pese a lo que señala el artículo 85 del Código Procesal Constitucional?

F. Identificación del precedente vinculante

- Ante la posibilidad de pluralidad de normas en una sola disposición legal, por lo que es necesario acudir a la labor interpretativa, respecto al artículo 85 del Código Procesal Constitucional, que regula la competencia en los procesos constitucionales de Acción Popular.
- Es importante distinguir el artículo legal citado con la o las normas contenidas en él, a las que se accede en labor interpretativa, que a decir del jurista Guastini el dispositivo es identificable prima facie “como fuente del derecho dentro de un sistema jurídico determinado”, entendiendo por disposición “a cada enunciado del discurso de las fuentes” y norma “a cada enunciado que constituye el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones”;
- señalando en términos simples que la disposición es (parte de) un texto un texto aún por interpretar y la norma es (parte de) un texto interpretado¹³⁵.

¹³⁵ GUASTINI, Ricardo. *Disposición vs Norma*, Lima, Editorial Palestra, 2011, p.p 133-136.

- La Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, advierte que en relación a la competencia de las Salas Superiores Especializadas de la Corte Superior Especializada de Lima se vienen suscitando confusiones así como pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, no existiendo uniformidad a la aplicación de las reglas de la competencia en los procesos constitucionales de acción popular, habiendo detectado en algunos casos que la misma Sala Superior compuesta por el mismo colegiado en un caso ha desestimado y en otro ha estima la excepción de incompetencia en razón de la materia. Conforme a lo expuesto y con carácter vinculante se establece las siguientes reglas que constituyen precedentes vinculante:
 1. La competencia de las Salas Superiores de la Corte Superior de Lima en los procesos de Acción Popular, se aplica por razón de la materia conforme a las normas del artículo 85 del Código Procesal Constitucional.
 2. Cuando las Salas Superiores advierten que la demanda no es de su competencia, deberán remitir de oficio a la Sala Superior competente.
 3. Las reglas de este precedente se aplican en forma inmediata al día siguiente de la publicación de la presente resolución, a los expedientes en trámite y que no se haya expedido aún sentencia.

3.2.- Análisis Crítico:

Siguiendo la doctrina mayoritaria, el precedente judicial vinculante se sustenta en cinco condiciones:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Es decir, debe generarse una decisión con autoridad de cosa juzgada. La decisión de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final sobre el fondo de la materia¹³⁶.

Para el cumplimiento del cometido expuesto, la Corte Suprema en el caso concreto, sobre la Sentencia A.P N°10286-2013-LIMA, considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones conforme los elementos siguientes: la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*), la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo (*decisum*)¹³⁷.

3.2.1.- Razón declarativa-axiológica

Es aquella parte de la sentencia que, ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la

¹³⁶ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. "Las sentencias constitucionales: El precedente vinculante", en *Tupayachi Sotomayor Jhonny, El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Arequipa, Adrus, 2009, p. 61.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 36.

Constitución, que permiten justificar una determinada opción elegida por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*¹³⁸.

Siendo que en el caso en particular, los jueces de la Corte Suprema consideran obligatorio e ineludible lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, el cual tiene como norma suprema la constitución y aquellas que integran el bloque de constitucionalidad que sirven de referentes para las demás normas legales, así el artículo 139 inciso 3 el de la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional, garantizando la jurisdicción predeterminada por ley, en igual sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos (norma supranacional vinculante para el Estado Peruano en virtud de su ratificación, integrando el bloque de constitucionalidad conforme al artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana, que incluyen en el ordenamiento constitucional los demás derechos que se fundan en la dignidad del hombre y establecen que las normas relativas a derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, en el inciso 1 del artículo 8 reconoce el derecho fundamental de toda persona a ser oída con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, de lo que se concluye que la competencia es un derecho fundamental, y que corresponde al legislador establecer mediante la ley la competencia de los órganos jurisdiccionales, significando que la competencia en los procesos judiciales y constitucionales se rige por el principio de legalidad; en igual sentido nuestro ordenamiento interno se tiene establecido que la competencia de los órganos jurisdiccionales se rige por el principio de legalidad, así la Constitución Política del Estado en el artículo 138 establece que la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Los jueces para dilucidar a quien le han sido atribuidos las competencias en los procesos constitucionales de Acción Popular, señalan que en primer término a

¹³⁸ Caso Municipalidad Distrital de Lurín (Lima), expediente N° 0024-2003-AI/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

la norma constitucional, esto es, el antes citado artículo 138, que encarga al Poder Judicial la potestad de administrar justicia y velar por la primacía de la norma constitucional sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico, y de las leyes sobre las demás normas de rango inferior; e inciso 5 del artículo 200 de la Carta Magna, que establece el proceso de Acción Popular como una garantía constitucional contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general que infraccionen la Constitución y la ley.

3.2.2.- Ratio Decidendi

O llamada también razón declarativa, es aquella parte de una sentencia en la cual se incluye las reflexiones o juicios sobre los valores y principios que él o los juzgadores asumen como contenidos en la Constitución, reflexiones o juicios que le permitirán luego justificar la opción que escojan. Sin lugar a duda, la *ratio decidendo* o la razón suficiente, es la parte medular de la argumentación en una sentencia, la fórmula racional que sustenta el fallo del juzgador, la misma que obra en la sentencia o se desprende de su análisis, las situaciones fácticas relacionadas o del contenido de las consideraciones argumentativas que permiten construir ese pronunciamiento¹³⁹.

La *ratio decidendi* hace referencia a los argumentos expresados en la parte considerativa de una sentencia, la base de esa sentencia está en esta figura de gran importancia, pues da la parte medular que se necesita para resolver futuros casos análogos relacionados con el fallo.

Analizando las raíces latinas, significa “razón para decidir” o “razón suficiente”, haciendo referencia a la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial, la ratio en pocas palabras es la justificación técnica de la decisión, donde acredite la aplicación racional del ordenamiento al caso en concreto. Cumple dos requisitos para garantizar la motivación y estas serían: de una parte la necesidad de que la justificación del juzgador constituya una aplicación racional del sistema

¹³⁹ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. “La fuerza vinculante del precedente judicial”, en *Castañeda Otsu Susana, Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima, Grijley, 2010, p.p. 25 y 26.

de fuentes de nuestro ordenamiento, de otra parte, que la justificación de la decisión respete y no vulnere derechos fundamentales, y por último, que la motivación establezca conexión entre los hechos y la norma¹⁴⁰.

En el caso en concreto, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, advierte que en relación a la competencia de las Salas Superiores Especializadas de la Corte Superior Especializada de Lima se vienen suscitando confusiones así como pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, no existiendo uniformidad a la aplicación de las reglas de la competencia en los procesos constitucionales de acción popular, habiendo detectado en algunos casos que la misma Sala Superior compuesta por el mismo colegiado en un caso ha desestimado y en otro ha estima la excepción de incompetencia en razón de la materia. Conforme a lo expuesto y con carácter vinculante se establece las siguientes reglas que constituyen precedente vinculante:

1. La competencia de las Salas Superiores de la Corte Superior de Lima en los procesos de Acción Popular, se aplica por razón de la materia conforme a las normas del artículo 85 del Código Procesal Constitucional.
2. Cuando las Salas Superiores advierten que la demanda no es de su competencia, deberán remitir de oficio a la Sala Superior competente.
3. Las reglas de este precedente se aplican en forma inmediata al día siguiente de la publicación de la presente resolución, a los expedientes en trámite y que no se haya expedido aún sentencia.

3.2.3.- Obiter Dicta

Obiter dictum (o en plural, *obiter dicta*) es una expresión latina que literalmente en español significa "dicho de paso". Hace referencia a aquellos son

¹⁴⁰ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y Legales*, España, Tirant lo Blanch, 2003, p. 242.

observaciones complementarias que puede contener la sentencia. No son vinculantes, pero pueden tener cierta influencia persuasiva en otros tribunales¹⁴¹.

“También se la llama razón accidental, son aquellas reflexiones o acotaciones no centrales para sustentar la decisión adoptada, pero que se consignan en una sentencia, mayormente atendiendo a razones pedagógicas u orientadoras¹⁴². Son los argumentos expuestos en un caso, que no están relacionados directamente con el resultado de dicho caso, pero que tienen el potencial de informar o guiar la toma futura de decisiones, es verdad que la *obiter dicta* no forma parte del razonamiento del caso y que se puede desestimar, pero en algunos casos su influencia es grande repercutiendo en casos posteriores”¹⁴³.

El *obiter dictum* viene con frecuencia definido por exclusión, dado que se considera *obiter* todo lo que no entra en la *ratio decidendi*. En consecuencia se tienen *obiter dicta* de la naturaleza más diversa: principios jurídicos generales o especiales sobre los cuales se discute en las sentencias pero que no son los criterios efectivos de decisión; cuestiones relevantes y observaciones relativas a los hechos de la causa y a la valoración de la prueba; discusión y decisión de cuestiones hipotéticas, omitidas y no estudiadas por las partes; juicios de valor no relacionados con la interpretación de las normas usadas para decidir, referencias a hechos extraños al objeto de la controversia, argumentos *ad abundantiam*, y así sucesivamente.

La amplitud e indeterminación de lo que puede constituir un *obiter dictum* no representaría un problema si lo que es señalado como *obiter* fuese considerado del todo irrelevante para los fines de una decisión sucesiva. Así no es siempre, por el contrario, de ello se derivan problemas no desdeñables. Por regla se atribuye al *obiter dictum* una función meramente persuasiva: no se excluye, sin embargo, que pueda tener una eficacia particularmente intensa y no distinguible,

¹⁴¹ SANCHO DURÁN, Javier. *La ratio decidendi y obiter dicta: la doctrina del precedente en Derecho anglosajón*, [ubicado el 01.XII.2017] obtenido en: <http://javiersancho.es/2015/09/16/ratio-decidendi-y-obiter-dicta-la-doctrina-del-precedente-en-derecho-anglosajon/>

¹⁴² IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. *op. cit.*, p. 36.

¹⁴³ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. *op. cit.*, p. 37.

en realidad, de la *ratio decidendi*. Se reconoce con frecuencia, por otro lado, que en la práctica los *obiter dicta* tienen una influencia considerable sobre las decisiones sucesivas y la formación de la jurisprudencia¹⁴⁴.

“Cuando se habla de invocación preceptiva, nos referimos a la parte de una sentencia donde se consignan las normas utilizadas o, mejor dicho, interpretadas para resolver un caso concreto, estimando o desestimando la petición o pretensión buscada, es por ello que la decisión tomada, incluye tanto el acto de decidir como el contenido de lo decidido”¹⁴⁵.

Para una eventual modificación de los precedentes se exige tomar ciertas garantías, entre las cuales se destaca la expresión de los fundamentos de hecho y Derecho en que se sustenta; la especificación de la razón declarativa – teleológica, la razón suficiente y la invocación preceptiva del nuevo razonamiento; y por último, la determinación de los efectos en el tiempo de ese pronunciamiento.

En este caso los *obiter dicta* que se hacen mención son:

-Respecto al pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia involucra determinar de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, a que Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, le corresponde por razón de la materia la competencia en los procesos constitucionales de Acción Popular; y en el caso se determina que la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la referida Corte no es la competente, por lo tanto dicha excepción es fundada resultando aplicable supletoriamente lo previsto en el artículo 450 del Código Procesal Civil en el extremo que establece de declararse fundada la excepción de incompetencia, el Juez se abstendrá de resolver las demás excepciones, en este caso la excepción de litispendencia.

-También lo concerniente que si bien, el inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil¹⁴⁶ establece entre sus normas la que señala como efectos de

¹⁴⁴ CASTAÑEDA OTSU, Susana. *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴⁶ **Artículo 451.-** Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:

declarar fundada la excepción de incompetencia es anular lo actuado y dar por concluido el proceso, sin embargo en específico dicha norma no es aplicable supletoriamente al caso de autos, pues la conclusión del proceso sin resolver la demanda constitucional no es compatible con los fines de los procesos constitucionales de garantiza la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, teniendo previsto el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que la supletoriedad se encuentra condicionada a que no contradigan los fines de los procesos constitucionales¹⁴⁷.

Atendiendo que declarar la improcedencia de la demanda y el archivo del proceso, resulta contrario a los principios que inspira el proceso constitucional, estos son los principios de dirección, economía procesal (artículo III primer párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), de adecuación de formalidades procesales al logro de los fines de los procesos constitucionales (artículo III tercer párrafo), al principio de impulso de oficio que impone le deber a los jueces de impulsar de oficio los procesos, salvo las excepciones expresas (artículo III segundo párrafo), al principio de favor processus prefiriendo la continuación (artículo III párrafo cuarto); es que resulta más bien favorable a los fines del proceso constitucional al disponer la remisión de oficio a la Sala

5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenido arbitral.

6. Remitir los actuados al Juez que corresponda, si se trata de la excepción de incompetencia. En el caso de la excepción de incompetencia territorial relativa, el juez competente continua con el trámite del proceso en el estado en que se encuentre y si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de pruebas hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a los dispuesto en el último párrafo del artículo 50. En los demás casos el Juez debe proceder a emplazar nuevamente con la demanda.

¹⁴⁷ **Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración**

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no se contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Superior Especializada en lo Laboral de turno de la Corte Superior de Justicia de Lima.

3.2.4.- La Invocación Preceptiva:

Es aquella parte de la sentencia en que se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizada o interpretada para la estimación o desestimación de la controversia¹⁴⁸.

En el caso específico, las normas aplicadas son, el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 85 del Código Procesal Constitucional, el artículo 42 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 3 inciso 1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

El artículo 85 del Código Procesal Constitucional, cuyo texto señala:

Artículo 85.- Competencia

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial.

Son competentes:

- 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y*
- 2) La Sala correspondiente a la Corte Superior de Lima, en los demás casos.*

Es aquí donde los magistrados citan y precisan que es importante distinguir el artículo legal referido, con la o las normas contenidas en él, a las que se accede en labor interpretativa, que a decir del jurista Guastini todo dispositivo es identificable prima facie “como fuente del derecho dentro de un sistema jurídico determinado”, entendiendo por disposición “a cada enunciado del discurso de las

¹⁴⁸ Caso Municipalidad Distrital de Lurín (Lima), expediente N° 0024-2003-AI/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>.

fuentes” y norma “ a cada enunciado que constituye el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones”; señalando en términos simples que la disposición es (parte de) un texto un texto aún por interpretar y la norma es (parte de) un texto interpretado¹⁴⁹.

Pudiendo comprender que a pesar de estar tan ligados a la ley, es decir un enfoque al positivismo jurídico de Guastini, se tiene en cuenta que una sola norma puede contener diferentes disposiciones; la cual faculta al juez a una mayor creatividad al momento de interpretar, para elegir la interpretación acorde a la ley y a la Constitución.

Conforme lo antes expresado, los magistrados interpretan el artículo 85 (es decir la norma) contiene 3 disposiciones:

-En primer término, encuentran la norma que otorga competencia exclusiva al Poder Judicial en los procesos de Acción popular, norma que en uno de sus efectos excluye a otros órganos jurisdiccionales diferentes al referido Poder del Estado.

-En segundo término, descubren que la norma establece la competencia en primera instancia para conocer los Procesos de Acción Popular, atribuyéndole a las Salas Superiores Especializadas o Mixtas, pues si bien el artículo citado no precisa a qué Salas Superiores se refiere, ello se desprende prima facie de una interpretación sistemática con el artículo 37 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del cual resulta que las Cortes Superiores del Perú a nivel de órganos colegiados de Salas solo cuenta con Salas Superiores que gozan de Especialidad o son Mixtas, de lo que infieren, que cuando la norma se refiere a Salas de las Cortes Superiores, indudablemente se está refiriendo a las Salas Superiores Especializadas o Mixtas.

¹⁴⁹ GUASTINI, Ricardo. *op. cit.*, p.p 133-136.

-En tercer término y vinculado a la norma anterior, manifiestan que las normas regulan la competencia de las Salas Especializadas y mixtas por razón de la materia.

A lo expuesto se suma las exigencias actuales de especialización de los jueces, con mayor imperatividad en los procesos constitucionales en que la tutela de los derechos constitucionales y de la supremacía jerárquica de la Constitución, debe ser el área mejor dotada del Derecho Procesal, es decir, es la que debe contar con los instrumentos procesales más idóneos para asegurarles eficacia y tempestividad en cual para su cumplimiento requiere contar con jueces competentes y especializados que logren concretizar la vigencia, efectividad y respeto de los derechos y valores que sustentan nuestro ordenamiento constitucional, máxime si el principio de dirección del proceso previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no se limita a un control de plazos y actuaciones, involucrando además, se brinde la respuesta jurisdiccional más idónea y cumplir los fines trascendentes del proceso constitucional con arreglo al principio consagrado en el artículo II del Título Preliminar, esto es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

3.2.5.- El Decisum o Fallo:

Es la parte final de la sentencia que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas a la Corte Suprema; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógicamente y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de

constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso¹⁵⁰.

En suma, la decisión o fallo constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual la Corte Suprema estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva¹⁵¹.

La decisión en este proceso fue, revocar la resolución apelada, resolución número trece, de fecha veinticinco de marzo de dos mil trece, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resuelve declarar infundadas las excepciones de incompetencia y litispendencia deducida por el Procurador Público recurrentes, declara saneado el proceso y válida la relación jurídica procesal, e improcedente la demanda de Acción Popular contra la resolución Ministerial N° 0065-2010-ED, de fecha dieciséis de marzo de dos mil diez; y reformándola, se declara fundada la referida excepción de incompetencia, en consecuencia, se dispone la remisión del expediente a la Sala Superior Especializada en lo Laboral de Turno de la Corte Superior de Justicia de Lima, para que conozcan en primera instancia del presente proceso.

Consideramos que la decisión de la sentencia fue acertada, puesto que los magistrados de la Corte Suprema, al realizar una disgregación de la norma que regula los procesos de Acción Popular, advierten que dentro del esquema del artículo 85 del Código Procesal Constitucional, se encuentran tres disposiciones, de las cuales solo una es la adecuada para el caso en concreto. De esta forma podemos corroborar que los jueces no son más, simples aplicadores de la ley,

¹⁵⁰ Caso Municipalidad Distrital de Lurín (Lima), expediente N° 0024-2003-AI/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>.

¹⁵¹ Conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República, expediente N° 0006-2003-AI/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI%20Aclaracion.html>

sino que coherente a la actualidad están revertidos de características especiales teniendo como finalidad garantizar los derechos fundamentales de la persona, como se ha explicado en los capítulos anteriores podemos observar, que los jueces toman un papel relevante al construir sentencias ordenadas, claras, fuertes, suficientes, coherentes, y que ostenten una diagramación con una motivación de carácter obligatorio acorde a los principios de justicia, razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente debemos destacar que los límites para la creación judicial son los derechos fundamentales de la persona, el principio de interpretación desde la Constitución, el principio de congruencia, el principio de corrección funcional, la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso, la motivación de las resoluciones; de esta manera el Poder Judicial es un poder acorde al Estado Constitucional de Derecho, puesto que necesariamente debe resolver los conflictos que lleguen a las Cortes, ya sea aplicando normas o ponderando principios jurídicos.

CONCLUSIONES

- El rol del juez en un Estado Constitucional de Derecho, y dentro de un esquema Neoconstitucional es predominante, porque no solo se limita a aplicar leyes sino que, debe interpretar normas con carácter moral y principios que defiendan los derechos fundamentales, a través de la técnica de ponderación, por lo que se tiene un juez revestido de características especiales, para una labor hermenéutica de mayor complejidad.
- En el ámbito internacional diferentes teóricos del derecho tales como: Hart, Raz, MacCormick, Dworkin y Alexy, plantearon diferentes posturas para justificar la toma de decisiones del juzgador sus argumentos e instrumentos. Consideramos que la teoría sobre la optimización de los principios de Alexy es la más apropiada en el marco de un Estado Constitucional de Derecho como es el nuestro, puesto que asume que el ordenamiento jurídico no solo está compuesto por reglas, sino también por principios los cuales deberán optimizarse de acuerdo al caso en concreto, el juez tomará una decisión y esta debe ser debidamente razonada y argumentada. En el ámbito pragmático nacional la Academia de la Magistratura del Estado, establece seis criterios que debe tener toda sentencia, los cuales son: orden, claridad, fortaleza, suficiencia, coherencia y diagramación, que tienen relación con el empleo de técnicas argumentativas y de comunicación escrita cuyo empleo eficiente asegura una argumentación correcta y bien comunicada.
- En el sistema judicial peruano, todas las sentencias deben elaborarse en base a razonamientos argumentados; sin embargo es necesario que el precedente vinculante y los acuerdos plenarios cuenten con una fuerte carga argumentativa *-basada en una adecuada justificación tanto interna como externa-* pues estos representan los llamados “casos líder”, los cuales al iniciar una tendencia resolutoria permiten la concreción del

principio de predictibilidad el cual se vincula directamente a otros principios de igual valía como libertad, igualdad y seguridad jurídica.

- Al analizar el precedente vinculante A.P N° 10286-2013-Lima, se confirma que estamos ante un trabajo argumentativo correcto, debido a la controversia que advierte la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la Competencia de las Salas Superiores Especializadas de la Corte Superior Especializada de Lima vienen suscitando confusiones así como pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, no existiendo uniformidad a la aplicación de las reglas de competencia en los procesos constitucionales de acción popular, habiendo detectado en algunos casos que la misma Sala Superior compuesta por el mismo colegiado en un caso ha desestimado y en otro ha estimado la excepción de incompetencia en razón de la materia. Es decir, ante la posibilidad de pluralidad de disposiciones en una sola norma legal, fue necesario que el juzgador realizará una labor interpretativa, respecto al artículo 85 del Código Procesal Constitucional, el cual regula la competencia en los procesos constitucionales de Acción Popular. Siendo así la Sala establece que la demanda no es de su competencia, y deberán remitir de oficio a la Sala Superior Competente, teniendo una motivación clara que ordena una conexión entre los hechos y la norma, respetando los derechos fundamentales.
- Consideramos finalmente que, los límites para la creación judicial son los derechos fundamentales de la persona, el principio de interpretación desde la Constitución, el principio de congruencia, el principio de corrección funcional, la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso, la motivación de las resoluciones; de esta manera el Poder Judicial es un poder acorde al Estado Constitucional de Derecho; puesto que el juez necesariamente debe resolver los conflictos que lleguen a las Cortes, ya sea aplicando normas o ponderando principios jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

2. ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

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

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

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

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

7. CARLETON KEMP, Allen. *Law in the Making*, 5th edition, New York, Oxford University, 1927.

8. CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Comentarios a los precedentes vinculantes*, Lima, Editorial Grijley, 2010.

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

10. CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Precedente judicial y el precedente jurisprudencial*, Lima, Ara Editores, 2008.

11. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y Legales*, España, Tirant lo Blanch, 2003.

12. CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1979.

13. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 5ta reimpresión, España, editorial Ariel, 2002.

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

15. FONSECA TAPIA, César. *Derecho Romano*, Arequipa, Adrus, 2007.

16. GALGANO, Francesco. “El precedente judicial en el Civil Law”, en *Atlas de Derecho privado comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002.

17. GUASTINI, Ricardo. *Disposición vs Norma*, Lima, Editorial Palestra, 2011.

18. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho Procesal Civil: Medios probatorios, Doctrina y Jurisprudencia Vinculante*, Lima, editorial Jurista Editores, 2010.
19. ITURRALDE SESMA, Victoria, *El Precedente en el Common Law*, Madrid, Editorial Civitas, 1995.
20. KI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; ALFONSO RUIZ, Miguel. *Rationales for precedents: a comparative study*, London, Dartmouth, 1997.
21. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo III, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
22. MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press 1978.
23. MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, Mc Graw Hill, 2001.
24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obligatorios*, Lima, Palestra, 2013.
25. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1996.

26. NEVES MUJICA Javier. *Introducción al derecho laboral peruano*, Lima, editorial Temis, 2009.

27. PÉREZ PRENDES, José Manuel. *Interpretación histórica del Derecho. Notas, esquemas, prácticas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996.

28. PRADO SALDARRIAGA Víctor. *Consecuencias Jurídicas del Delito y acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Lima, Editorial APECC, 2009.

29. PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*, Buenos Aires, TEA, 1963.

30. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

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

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

33. TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.

34. TORRENT RUIZ, Armando. *Derecho público romano y sistema de fuentes*, España, Edisofer, 2002.

35. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal-Parte General*, Lima, Editorial Grijley, 2009.

LIBROS TRADUCIDOS:

36. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech. *Rationales for precedents: a comparative study*, traducido por Miguel Alfonso Ruiz, London, Dartmouth, 1997.

37. CALAMANDREI, Piero. *Los estudios de derecho procesal en Italia*, en *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, traducido por Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

38. FARNSWORTH, E. Allan, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, Traducido por Horacio Abeledo, de la 2da edición, Buenos Aires, Zavalía, 1990.

39. TARELLO, Giovanni. *El Realismo Jurídico Americano*, traducido por Marcelo Troncoso, Lima, Palestra Editores, 2017.

40. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, traducido por J. L. Martí y Á. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

41. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, 8va edición, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

TESIS:

42. ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. *Razonamiento Constitucional: Críticas al Neoconstitucionalismo desde la Argumentación Judicial*, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional, Lima, PUCP, 2014.

43. AGUEDO DEL CASTILLO, Rudy Renzo. *La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las resoluciones judiciales*, Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Lima, PUCP, 2014.

44. MARGARETIC, Laura. *El valor del precedente en el sistema jurídico argentino: un aporte hacia la revalorización de la jurisprudencia como fuente del derecho*, Tesis para optar el grado de Maestría en Derecho con orientación en Derecho Penal, Argentina, 2008.

45. MÖLLER, Max. *Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho La teoría neoconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*, Tesis para optar el grado de Doctorado en Derecho en Derecho Público, Burgos, UBU, 2007.

46. MARGARETIC, Laura. *El valor del precedente en el sistema jurídico argentino: un aporte hacia la revalorización de la jurisprudencia como fuente del derecho*, Tesis para optar el grado de Maestría en Derecho con orientación en Derecho Penal, Argentina, 2008.

OBRAS PUBLICADAS POR INSTITUCIÓN

47. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales*, JUSPER, Lima, 2008.

48. PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO. Manual general de procedimientos: compilación, sistematización y publicación de tesis de jurisprudencia, México, PJEM, 2017.

49. PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO. Manual para la elaboración, envío, registro y publicación de tesis y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado, México, PJEM, 2011.

ARTÍCULOS EN OBRAS COLECTIVAS O ENCICLOPEDIAS:

50. CEA EGAÑA, José Luis. “Los Jueces en el Estado Constitucional y Democrático” en *Jornada Internacionales de Derecho Natural Chile 2005-2007*, EDUCA, 2009, p.p 497-518.

51. GARCÍA TOMA, Víctor. “Las sentencias constitucionales: El precedente vinculante”, en *Tupayachi Sotomayor Jhonny, El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Lima, Adrus, 2009, p.61.

52. IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. “La fuerza vinculante del precedente judicial”, en *Castañeda Otsu Susana, Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima, Grijley, 2010, p.p 25 y 26.

53. LEGARRE, Santiago; ORREGO, Cristóbal. “Los usos del derecho constitucional comparado” en *IV Jornadas internacionales de Derecho Natural*, Buenos Aires, EDUCA, 2010, p.p 226-251.

54. LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. “Los fallos plenarios y la Corte Suprema”, en *Tratado de derecho procesal constitucional*, tomo II, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2010, p.p 905-911.

55. LÓPEZ GUERRA, Luis. *Tribunal Constitucional y Creación judicial del Derecho*, en *La justicia Constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

56. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. "Iusnaturalismo e Interpretación Jurídica" en *La Interpretación en la era del Neoconstitucionalismo una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, ÁBACO, 2006, p.p. 70 – 72.

57. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Neoconstitucionalismo (un catálogo de problemas y argumentos)" en *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, Tomo V, Perú, ARA, 2013.

58. RODRIGUEZ, Cesar. "La Decisión judicial el debate Hart-Dworkin" en *Universidad de los Andes*, 7ma ed, Bogotá, Editorial Nuevo Pensamiento Jurídico, 2012, p.p 30-32.

59. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. "El Iusnaturalismo de John Finnis", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo X, España, BOE, 1993, p.p 376-377.

60. TARUFFO, Michele. "Segunda lección: el Precedente", en *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Escuela Judicial Electoral, México D.F, 2003, p. 36.

61. VIGO, Rodolfo. "Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: Coincidencias y Diferencias" en *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, tomo IV, volumen II, México, UMAN, p.p 851-885.

ARTÍCULO DE REVISTA:

62. ALEXY, Robert. "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos Y Razón Práctica", *Doxa*, N°5, 2001, p.p 139-151.

63. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. "Creación Judicial y garantías Constitucionales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 9, 2001, p.p 459-465.

64. ARAZI, Roland. "Recurso de inaplicabilidad de la ley", *Revista de Derecho Procesal*, N° 3, 1999, p. 238.

65. BELLOSO MARTÍN, Nuria. "El Neoconstitucionalismo A Debate: Entre La Principiología Y La Arbitrariedad", *Revista da Faculdade de Direito*, N°1, 2014.

66. CARPIO MARCOS, Edgar. "Razonamiento Constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial", *Revista Peruana de Derecho Constitucional: cosa juzgada constitucional*, N° 09, diciembre-2016, p.p 377-378.

67. CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. "La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica", *Opinión Jurídica*, Vol. 8, No. 15, enero-junio 2009, p.p 77 – 96.

68. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El Control Constitucional sobre las interpretaciones que realizan los jueces", *Gaceta Constitucional*, N°58, octubre 2012, p.p 181-192.

69. DA ROSA DE BUSTAMANTE, Thomas. “El carácter argumentativo del derecho: una defensa del post-positivismo de MacCormick”, *Doxa*. N. 35 2012, p. 43.

70. HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?”, *IUS la Revista*, N°36, p.p 328-338.

71. INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”, *Revista de Derecho THEMIS*, p.p 97-108.

72. ITURRALDE, Victoria. “Precedente Judicial”, *Eunomía*, N° 4, marzo – agosto 2013, p.p 194-201.

73. LUIZ STRECK, Lenio; LOPES SALDNHA, Jania Maria. “Los diferentes positivimos y el problema de la interpretación: el nuevo paradigma constitucional y la necesidad de garantizar la autonomía del derecho”, *Gaceta Constitucional*, N°55, p.p 259-271.

74. DEBELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier en: Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú (1990-1997), *Revista Ius et Veritas*, 2009.

75. MORESO MATEOS, Josep Joan; NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, M. Cristina. “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, *Doxa*, N°11,1992, p. 248.

76. PORTELLA, Guillermo. "Los Principios Jurídicos y le Neoconstitucionalismo", *Díkaion*, N° 18, Diciembre 2009, p.p 33-54.

77. PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. "La Teoría de la argumentación y decisión jurídica", *Gaceta Constitucional*, N°27, marzo 2010, p.p 247-255.

78. OST, François. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez", *Revista Doxa*, N°14, 2005, p.p 69-194.

79. SANTIAGO, Alfonso. "Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y el rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo", *Díkaion*, Colombia, diciembre 2008, p.p 132-155.

80. TARUFFO, Michele. "Jueces y Política: De La Subordinación A La Dialéctica", *Isonomía*, N° 22, Abril 2005, p.13

81. WIEACKER, Franz y BURDESE, Alberto. "Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana", *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, España, XIV, 2002, p.p 11-26.

LEYES:

82. Constitución Política del Perú.

83. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

84. Código Procesal Civil del Perú.

85. Código Comercial de Argentina.

86. Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú.

87. Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

88. Ley Orgánica del Poder Judicial Español.

89. Reglamento Interior del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

90. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. "Sobre Principios y reglas" [ubicado el 14.IX.2016] obtenido en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf.

91. CABRERA CABANILLAS, Gilma. Motivación de las resoluciones judiciales, [ubicado el 03.XII.2017], obtenido en: http://www.teleley.com/articulos/art_gilmac4.pdf

92. CASTILLO ALVA, José Luís. Las funciones constitucionales del deber de motivar las resoluciones, [ubicado el 03.XII.2017] obtenido en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf.

93. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Jueces y Argumentación* [ubicado el 01.XI.2016] obtenido en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/zg-jueces-y-argumentacion/>

94. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *¿Existe el "leading case" en el derecho peruano?*, 2001 [ubicado el 20.XI.2017] obtenido en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf>

95. LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *La derogación de la obligatoriedad de los fallos plenarios*, Agenda magna, [ubicado el 14.IX.2017] obtenido en:

<http://agendamagna.wordpress.com/2013/05/26/unificacion-de-la-jurisprudencia/>

96. MARIANELLO, Patricio. *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, [ubicado el 04.X.2017] obtenido en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>

97. OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* [ubicado el 07.XI.2016] obtenido en: https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

98. SANCHO DURÁN, Javier. *La ratio decidendi y obiter dicta: la doctrina del precedente en Derecho anglosajón*, [ubicado el 01.XII.2017] obtenido en: <http://javieresancho.es/2015/09/16/ratio-decidendi-y-obiter-dicta-la-doctrina-del-precedente-en-derecho-anglosajon/>

99. SANTIAGO, Alfonso. *“Neoconstitucionalismo”*, 2008 [ubicado el 20.X 2016] obtenido en: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>

100. RODRIGUEZ LUÑO, Angel. *Ley Natural, Derecho Natural y Política*, 2010 [ubicado el 28.X.2016] obtenido en http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/pluginfile.php/775696/mod_resource/content/1/Ley%20natural%20C%20derecho%20y%20pol%C3%ADtica.pdf

101. RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel. *Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve* [ubicado el 22.IX.2016] obtenido en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ronald-dworkin-judicial-reflexion-breve-381579>.

102. TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. *Principio, valor, regla y derecho* [ubicado el 5.IX.2016] obtenido en <https://agendamagna.wordpress.com/2010/02/02/principio-valor-regla-y-derecho/>

103. VILARROIG, Jaime. *Dos Contribuciones a la teoría de la Argumentación Jurídica: Neil Maccormick y Robert Alexy*, 2006 [Ubicado el 26.X 2016] obtenido en: <http://docplayer.es/172224-Dos-contribuciones-a-la-teoria-de-la-argumentacion-juridica-neil-maccormick-y-robert-alexey.html>

JURISPRUDENCIA

104. Caso Asociación de Comerciantes Señor de los Milagros de Pedregal (Lima), expediente N° 0474-2003-AA/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00474-2003-AA.html>

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

106. Caso Inversiones la Carreta S.A (Lima), expediente N° 763-2005-PA/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>

107. Caso Municipalidad Distrital de Lurín (Lima), expediente N° 0024-2003-AI/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>.

108. Sentencia A.P N° 10286-2013 (Lima). Disponible en:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/883a5180492ff136865ab7f1b7309026/Sentencia+Accion+Popular+N%C2%B010286++2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=883a5180492ff136865ab7f1b7309026>