

LEGAL CULTURE AND LEGAL TRANSPLANTS. A PROPÓSITO DE LA RECEPCIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

LEGAL CULTURE AND LEGAL TRANSPLANTS. APROPOS OF THE RECEPTION OF THE INSTITUTION OF PRECEDENT IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM

Jim Ramírez Figueroa*

Pontificia Universidad Católica del Perú

The legal transplant is one of the legislative techniques most used by the legislator, so its analysis and development during its application is very important. Similarly, the use of precedents is a particular feature of various legal systems of civil law, because of this, the analysis of this institution, its foundation and its importance for the law are relevant.

In this article, the author seeks to analyze and explain the development of a legal transplant in its new environment, together with the impact of various alterations in it and the conservation of it. It also seeks to analyze the function of the precedent and demonstrate that the use of it in civil law legal systems is not analogous to the powers of the legislator, but, on the contrary, rationalizes the decision making and contributes to materialize many principles and constitutional rights.

KEY WORDS: *Legal transplant; judicial precedent; Peruvian legal system; civil law.*

El trasplante legal es una de las técnicas legislativas más usadas por el legislador, por lo que su análisis y desarrollo durante su aplicación es de mucha importancia. De igual manera, el uso de precedentes es una característica particular de diversos sistemas jurídicos del civil law, debido a ello, el análisis de dicha institución, su fundamento y su importancia para el Derecho son relevantes.

En el presente artículo, el autor busca analizar y explicar el desenvolvimiento de un trasplante jurídico en su nuevo entorno, junto al impacto que tienen diversas alteraciones en el mismo y la conservación de éste. Asimismo, busca analizar la función del precedente y demostrar que el uso de éste en sistemas jurídicos del civil law no es análogo a las atribuciones del legislador, sino que, al contrario, racionaliza la toma de decisiones y contribuye a materializar diversos principios y derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVE: *Trasplante legal; precedente judicial; sistema jurídico peruano; civil law.*

* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: jim.ramirez@pucp.edu.pe.

I. PREMISA

La importación normativa —qué duda cabe— es la técnica legislativa que mejor grafica la pauta de trabajo de nuestros legisladores (León, 2004, p. 28), quienes no han reparado en renunciar a la originalidad. Así, no es raro que, “aquel que encontrándose investido de potestad legislativa o habiendo sido llamado para contribuir en la redacción de la leyes, considere que una norma jurídica foránea pueda echar duras raíces y rendir buenos frutos en nuestro ordenamiento” (León, 2004, p. 29).

Ahora bien, la importación normativa como técnica legislativa trae consigo la necesidad de distinguir entre sitios de producción y sitios de recepción. Un sitio de **producción** será aquel medio especial donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho (López, 2008a, p. 17); normalmente, estos sitios se encuentran afincados en los sistemas jurídicos más prestigiosos. Por otro lado, los sitios de **recepción** se definen por ser países que trasplantan o usan ideas (normas, instituciones, etc.) originadas en sistemas jurídicos prestigiosos.

Como no podría ser de otra manera, las teorías que se forman en los sitios de producción son el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas; es decir, las normas e instituciones, así como las teorías que están detrás de ellas, “presuponen un contexto material (problemas o preocupaciones sociales, doctrinarios o económicos específicos que influyen en el autor)” (López, 2008a, p. 16-17).

Por ello, al momento de importar soluciones foráneas no solo debe procurarse la selección de las mejores normas a importar, sino que además hay que prestar atención al trasfondo que les dio origen (León, 2004, p. 30). Pues, como dice Watson, el contexto lo es todo (2006, p. 2).

En ese contexto, en el presente trabajo nos proponemos, por un lado, demostrar que en el viaje de un ordenamiento a otro, lo trasplantado sufre ciertas alteraciones para poder adecuarse a su nuevo entorno, sin que ello signifique la pérdida de aquello que lo hace ser lo que es. Con este propósito, analizaremos brevemente la técnica legislativa más empleada por el legislador nacional: el trasplante legal; asimismo, a partir de un examen sucinto de la práctica de seguir precedentes en algunos sistemas jurídicos del civil law, buscaremos poner de manifiesto que el reconocimiento de la potestad de crear precedente a las cortes de vértice no ha conducido a dichos tribunales de justicia a irrogarse funciones análogas al legislador, menos aún, a dejar de lado los hechos del caso concreto

al momento de formar el precedente; pero no solo eso, también nos ayudará a vislumbrar que la obligación que tienen los jueces de seguir decisiones anteriores, más allá de su reconocimiento formal, reposa en la necesidad de racionalizar la toma de decisiones y de realizar determinados derechos y principios constitucionales. Piénsese aquí en el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

II. LA CULTURA Y LA DIFERENCIA

Nuestro mundo es un mundo en el que conviven diversas culturas. Aun cuando nos encontramos unidos por ser miembros de una misma especie, nuestra forma de pensar, de sentir, de creer y hasta de vivir, es muy diferente. Esta diversidad cultural también se refleja en el derecho, ya que el derecho como manifestación de la cultura de un pueblo tenderá a reverberar las creencias, prejuicios y valoraciones de la población cuya conducta pretende regular. Precisamente por ello, existen diversas tradiciones jurídicas, cada una de ellas con rasgos muy particulares.

Debido a ello, por ejemplo, aun cuando en cualquier lugar donde exista vida humana existirán conflictos, el modo de solucionar tales conflictos asume diversas formas. Las mismas son el resultado de una serie de elecciones conscientes e involuntarias que han sido realizadas por cada sociedad desde sus condiciones de conocimiento, creencias y estructura social (Chase, 2011, p. 19).

En este sentido, nos cuenta Chase que, a fin de resolver un conflicto; los Azande del África central consultarían al oráculo *benge*, y a tal efecto para llevar a cabo dicha consulta una pequeña dosis de veneno sería inoculada a un pollito y se preguntaría al oráculo: si el demandante dice la verdad, deja morir al pollito; si el pollito sobrevive o muere, significa que el oráculo ha hablado. En otro lugar, relata Chase, por orden de un juez, un grupo de extraños es convocado en una sala especial para escuchar al demandante, al demandado y a los testigos, quienes después de oírlos se retiran a una habitación para deliberar, y regresaran con un veredicto. Mientras que, en un lugar distinto a los anteriores, los hechos serán fijados por un juez profesional cuyas resoluciones se basan principalmente en documentos, y en algunos casos, sin llegar a escuchar a las partes. Para nuestro autor esta disparidad en los métodos responde a que cada uno de los pueblos descritos posee la misma capacidad innata para decidir y observar el mundo a su alrededor (2011, p. 20).

A partir de ello, Chase se pregunta: ¿Por qué han alcanzado cada uno de ellos conclusiones tan diferentes? ¿Cómo se refleja su idiosincrasia en sus métodos preferidos de solución de conflictos? ¿Reper-

cuten sus formas de resolución de conflicto en las creencias del mundo en que habitan? (2011, p. 20).

En la búsqueda de una respuesta para cada interrogante, Chase hace énfasis en el contexto social y cultural. Este autor, entiende que las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran (2011, p. 21).

De allí que no debemos olvidar que “todo pueblo vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquel, sus costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales” (Ross, 2011, p. 129).

Pues bien, el derecho como manifestación de la cultura de un pueblo, está condicionado de diversas maneras por las creencias, prejuicios, aspiraciones, patrones de comportamiento y valoraciones que existen en el entorno de su creación y aplicación. En pocas palabras, la cultura es un elemento de gran importancia en la formación de los procesos legales en cada país (Pourostad, 2013, p. 106).

Es por eso que inclusive, el derecho es necesariamente un medio y no puede ser un fin en sí mismo, cuando esta expresión nos parezca alambica, ella nos ayuda comprender la conexión entre una sociedad y la ley que opera en ella. Sobre todo cuando:

[L]as instituciones –por ejemplo, el matrimonio o la esclavitud– que los abogados de nuestra insularidad normalmente consideramos en términos legales, como instituciones jurídicas, son en realidad instituciones sociales reguladas por la ley. A la luz de esto, una institución social existente o deseada que implique cualquier ley –y esto será el caso excepto donde se aplique el principio “Law keeps out”– implicará una ley que, al menos en el sentido más amplio, refleje las necesidades conocidas o deseos de la sociedad o de un grupo poderoso en la sociedad (Watson, 1981, pp. 1473-1474).

Así, como dice Watson, una sociedad democrática tendrá instituciones democráticas que impliquen reglas legales que exterioricen el carácter democrático de la sociedad; una tiranía tendrá órganos de despotismo que impliquen reglas legales que demuestren que existe una tiranía (1981, pp. 1473-1474).

En este contexto, la cultura jurídica, en su sentido más general, es una forma de describir patrones relativamente estables de comportamientos y actitudes sociales orientadas legalmente (Nelken, 2004: 1). Para identificar la cultura jurídica existen ciertos elementos, los mismos que comprenden desde hechos sobre instituciones –tales como el número y el

papel de los abogados o las formas en que los jueces son nombrados y controlados–, a diversas formas de comportamiento, como los que se exhiben en los litigios o en el sistema carcelario; hasta las ideas, valores y aspiraciones comúnmente compartidas (Nelken, 2004: 1). En otras palabras, la cultura jurídica determina cuándo, porqué y dónde la gente recurre al derecho o a otras instituciones, o simplemente decide no hacerlo (Nelken, 2004, p. 1).

Debido a ello, resulta innegable la conexión que existe entre el derecho y la cultura, toda vez que, una regla es necesariamente una forma cultural, pues en ella se entrelazan elementos culturales apoyados en formaciones históricas e ideológicas. Por eso, una regla no tiene existencia empírica que pueda separarse elocuentemente del mundo de significados que caracteriza a una cultura jurídica (Legrand, 1997, p. 116).

Por otro lado, ante la diversidad de culturas jurídicas que pululan en el mundo, se ha buscado agruparlas en tradiciones legales (**familias jurídicas**). Dado que, el sistema jurídico es una expresión parcial de la cultura, la tradición legal es el vehículo para correlacionarlo con ella; es decir, la tradición jurídica ubica al sistema jurídico en una perspectiva cultural.

Antes bien, se ha dicho que la cultura y las diferencias han sido, desde siempre, una preocupación central del derecho (especialmente del derecho comparado). Lo primero que se hizo frente a ello, ha sido dividir el mundo jurídico en familias (common law, civil law, etc.) a partir de las raíces comunes de cada sistema. Es decir, se construyeron genealogías a efectos de explicar la pertenencia o no de un sistema jurídico a una determinada familia. Estas genealogías han servido para definir quién pensamos que somos o quién nos gustaría pensar que somos, también han definido un nosotros y un ellos, y se han constituido como mecanismos esenciales de cómo se construyen las identidades (Monateri, 2006, p. 41).

De esta manera, solo siguiendo el rastro de las raíces de las estructuras básicas de un sistema jurídico así como determinando el peso que se asigna a sus diferentes elementos, estaremos en condiciones de fijar las diferencias y similitudes entre un sistema jurídico y otro. Para luego, verificar como es que las diferencias que existen entre las diversas culturas jurídicas juegan un papel sumamente importante en la metamorfosis de lo trasplantado. Y es que, como dice Monateri, únicamente podemos hablar de importación o exportación normativa cuando tenemos trazado un límite, estableciendo principios de inclusión y de exclusión, de similitudes y diferencias (2006, p. 40).

III. DIFUSIÓN Y DISEMINACIÓN: ¿EL DERECHO SE DESARROLLA PRINCIPALMENTE TOMANDO PRESTADO?

Señala Sacco que:

El derecho no es estático. Cambia incesantemente. De vez en cuando el hombre tiene la ilusión de que puede encontrar o incluso que ha encontrado una verdad jurídica, un criterio para elegir entre reglas e instituciones que es invariable, omnicomprendible, definitiva y válida en todas partes. La realidad ha refutado hasta ahora tales ilusiones, aunque esta aspiración muy noble de encontrar reglas generales eternas es un poderoso estímulo a la mejora del derecho positivo, purgándolo de la irracionalidad y estimulándolo hacia valores más altos y más altos. (Sacco, 1991a, p. 390).

En la mayoría de los sistemas jurídicos, el préstamo es la fuente más fructífera de cambio legal (Watson, 1996, p. 335). Es decir, el derecho se desarrolla principalmente tomando prestado. De allí que, como diría Watson, la historia del derecho se caracteriza por una prodigiosa cantidad de préstamos. Así, la historia de un sistema jurídico es en gran parte una historia del material legal prestado de otros sistemas (Watson, 2001, 1978, pp. 313-336).

El nuestro, es un país en el que se percibe que las leyes no son buenas, en la medida que no solucionan los problemas que enfrenta la sociedad (Saavedra 2015, pp. 194-195). Una secuela importante de esta percepción es que quien ostenta el poder de crear textos normativos goza de una paupérrima legitimidad. Por ello no es casual la devoción de los legisladores por los trasplantes legales, ya sea a través de la importación normativa o la imitación (León, 2007, p. 262), pues considera que su labor estará legitimada si recurre a productos jurídicos foráneos, principalmente de aquellos sistemas jurídicos hegemónicos, de prestigio y autoridad.

El derecho en nuestra tradición legal, subraya Monateri, evoluciona normalmente a través de trasplantes, cuya lógica ha sido dirigida por élites competidoras en busca de legitimación. Los préstamos, añade, se toman de sistemas próximos en lugar de distantes y de patrones de prestigio, en lugar de modelos desacreditados (2006, p. 44).

Queda claro entonces que, la imitación suele producirse por dos causas fundamentales: el prestigio

y la imposición (Sacco, 1991a, p. 398). Aun cuando en nuestros días postular la idea de la imposición de modelos jurídicos no sea pacíficamente aceptada, no se puede negar que esta forma de imitación subsista como tal. Quizá la manifestación más palpable de ello sea la llamada americanización del derecho, la cual consiste, "en la implantación de los modelos jurídicos de proveniencia estadounidense, de la mano con el poder económico" (León, 2007, p. 265). El prestigio, por su parte, puede hacer alusión a una sola institución o al sistema jurídico en su conjunto. En este último supuesto, el préstamo se realizará exclusivamente desde el sistema jurídico de prestigio al país receptor (Sacco, 1991a, p. 399). El préstamo será más intenso, unilateral y recíproco, cuando el sistema de prestigio y el sistema receptor formen parte de una misma tradición jurídica; contrariamente a lo que sucederá si los sistemas son muy diferentes. En este último caso, "el sistema que toma prestado una regla o una institución debe integrarlo con todas sus otras reglas e instituciones superando dificultades que son tan grandes como las diferencias genéricas entre el sistema y el de donde es tomado prestado" (Sacco, 1991a, p. 398).

Con todo, se suele considerar al derecho como un sistema de enunciados que correlacionan un caso determinado con una solución normativa (Prieto, 2008, pp. 105-106; Nino, 2007, p. 102). Cuando esta solución no puede ser encontrada para todos los casos en las fuentes internas y las autoridades normativas no cubren esta clase de casos, el sentido común sugiere encontrar dichas soluciones en otro lugar.

Justamente, la estrategia básica en el trasplante es la presentación de lo trasplantado de un modo prestigioso, de tal forma que puede cubrir fácilmente tantos casos importantes de una manera apreciada por el país receptor (Monateri, 2006, p. 44).

Como hemos visto, negar que los trasplantes legales ocurran sería como negar que el día tenga veinticuatro horas, que la semana tenga siete días, o que un año tenga doce meses. Por ello, es sumamente infructuoso gastar nuestras energías en tal propósito, cuando lo cierto es que, el derecho evoluciona a través de la circulación de modelos jurídicos, sea por prestigio o por imposición, los trasplantes ocurren, y seguirán ocurriendo¹. Más aún si "el proceso de importación y exportación de reglas e instituciones es un proceso casi inconsciente de integrarlas en la ideología del sistema de préstamos" (Monateri, 2006, p. 50).

¹ Tradicionalmente el derecho ha estado entre los fenómenos sociales menos globales. Ello debido a que, "el concepto mismo de derecho ha sido asociado históricamente con la soberanía nacional" (Schauer, 2000: 1).

A estas alturas, conviene detenernos un instante, para delimitar los alcances de la noción de trasplante legal. Así, por **trasplante legal** entenderemos a la traslación de una norma legal, una institución, un concepto o un sistema jurídico de un país a otro, o de un pueblo a otro (Watson, 2006, p. 3).

Ello quiere decir, que únicamente son objeto de transferencia las normas, instituciones, conceptos jurídicos y las estructuras que son tomados prestados, puesto que el préstamo no incluye la cultura jurídica en la que se inserta lo trasplantado (Mosquera, 2003, p. 264).

IV. METAMORFOSIS DE LO TRASPLANTADO

Comúnmente, se suele sostener que entre el derecho y la sociedad existe una estrecha relación. El derecho, se dice, es el reflejo de las relaciones sociales existentes en un determinado territorio. Por ello, cuanto más las normas se aproximen a dicha realidad social, más efectivas serán, puesto que, es más fácil adaptarse a lo que se conoce que hacerlo ante lo desconocido.

Admitir que existe una conexión entre el derecho y la sociedad, no implica al mismo tiempo, aceptar la tesis de que el derecho sea determinado o que sea el resultado históricamente causado por una particular formación social. En otras palabras, el derecho no puede ser reducido a ser un mero reflejo de las condiciones materiales de la sociedad ni se puede reducir la relación jurídica a la relación económica.² Normalmente, y pese a las suposiciones de las teorías del derecho y la sociedad, los factores sociales y económicos tienen un efecto mucho más limitado y atenuado en el desarrollo del derecho de lo que se cree. En el fondo, el derecho se desarrolla principalmente tomando prestado, sobre todo en un país como el nuestro, cuya cultura jurídica débil y vulnerable (León, 2005, p. 350), la hace más proclive a la imitación.

Pese a todo, no hay que olvidar que, “los trasplantes legales no son como las exportaciones de productos básicos. Es importante tener en cuenta tanto el contexto de recepción como el contexto de origen, pues estos son muy relevantes para predecir lo que es probable que suceda” (Mattei, 2003: 430). Y es que, trasplantar significa llevar de un lado a otro, una regla, institución o un sistema jurídico, mas no llevar junto a lo trasplantado la cultura jurídica del sitio de producción. Justamente aquí es donde entra a tallar la relación entre el derecho y la sociedad, pues “los trasplantes siem-

pre implican un grado de adaptación cultural, una domesticación que es la contrapartida necesaria del trasplante” (Graziadei, 2009, p. 728).

Como advierte Monateri, el préstamo es una actividad selectiva, por lo que es muy difícil afirmar que un modelo fue trasplantado en un determinado país, ya que es posible que lo trasplantado se convierta en algo diferente del original (2006, p. 48). Dicho de otro modo, los trasplantes sufren cambios en el viaje y esos cambios son fundamentales para identificar los rasgos que lo vinculan con su lugar de origen así como para fijar las diferencias que lo distancian del mismo.

Los modelos están compuestos por diferentes rasgos. Durante el proceso que conduce al préstamo los rasgos originales pueden mezclarse o incluso ser distorsionados para producir un modelo diferente (Monateri, 2006, p. 48). Por ello, como dice Watson, “resulta muy difícil imaginar que alguien creería que la regla prestada funcionaría exactamente como lo hacía en su otro hogar” (2006, p. 9).

Desde una perspectiva crítica a la idea del **trasplante legal**, Legrand sostiene que al no tener la regla existencia empírica, esta no puede separarse del mundo de significados que caracteriza a una cultura jurídica. Es decir, la regla tal como se encuentra técnicamente integrada en otro orden jurídico, es entendida de manera diferente por la cultura de acogida y, por lo tanto, está investida de un significado específico de la cultura que varía en relación con el anterior. El significado, precisa Legrand, nunca se desplaza porque siempre se refiere a una situación cultural e idiosincrática. Esta ligazón del significado con el contexto de origen determina que no sobreviva al viaje de un sistema jurídico a otro. Dicho de otro modo, al cruzar los límites la regla original sufre necesariamente un cambio que la afecta como regla (Legrand, 1997).

Para Legrand (1997), la disyunción entre el enunciado proposicional desnudo y su significado impide el desplazamiento de la regla misma. O sea, al no ser posible el traslado del significado junto a la regla, no es posible hablar de trasplante alguno. A pesar de esta conclusión, sus ideas nos sirven para advertir que una cosa será la regla (o institución) en su lugar de origen y otra, probablemente muy distinta, en el lugar de recepción.

Con todo, el significado de las instituciones prestadas depende únicamente de la lucha entre los

² Para Monateri “si se postula una relación inherentemente estrecha entre el derecho y la sociedad en la que opera, los trasplantes legales deben ser virtualmente imposibles” (2006: 50).

legal formants (Sacco, 1991a, pp. 343-401) –legisladores, jueces y académicos–, que casi siempre producirá algo diferente del original (Monateri, 2006, p. 50).

La cultura jurídica, como escribe Graziadei, es producto de múltiples factores de cambio que apuntan en diferentes direcciones; no se trata de una amalgama de elementos homogéneos conectados de forma natural (2012: 501 y ss.). Es más, “la ideología de un sistema no es a menudo un producto local, sino una contaminación de varios rasgos locales por otros extranjeros” (Monateri, 2006: 50).

De allí que, los trasplantes legales develan diferentes actitudes y reacciones sobre lo que se está recibiendo prestado.

V. UNA BREVE EXCURSIÓN POR ALGUNOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL CIVIL LAW EN LOS QUE SE HA IMPORTANDO EL PRECEDENTE JUDICIAL

Escribe Maccormick:

El Estado de Derecho es una situación posible a alcanzar bajo los gobiernos humanos. Entre los valores que puede asegurar ninguno es tan importante como la certeza jurídica, excepto quizá su camarada, la seguridad de expectativas jurídicas y la seguridad de los ciudadanos frente a la injerencia arbitraria de los Estados y de sus agentes. Si el Estado de Derecho es respetado, la gente puede tener una razonable certeza previa relativa a las reglas y estándares por los cuales su conducta será juzgada y a las exigencias que ellos deberán satisfacer para dar validez jurídica a sus transacciones. Puede entonces tener una razonable seguridad en sus expectativas hacia la conducta de otros, y en particular de aquellos que ocupan posiciones oficiales bajo el derecho (1999, pp. 7-8).

A partir de esta noción de Estado de Derecho³ se pone en evidencia la conexión que existe entre el precedente y los valores que está llamado a realizar dicho modelo de Estado. Pues:

[E]l respeto al precedente no solo sirve a los valores de estabilidad, continuidad y predictibilidad, sino que además al asegurar que las personas situadas de manera equivalente sean

tratadas de una manera razonablemente equivalente, el precedente sirve también para promover el *rule of law*. (Markan, 2011, p. 113).

Así, cualquier filosofía judicial compatible con el Estado de Derecho tendrá que girar alrededor de la existencia de estándares significativos que guíen la toma de decisiones judiciales (Markan, 2011, p. 116).

De tal manera que, “si pudiéramos aceptar plenamente la idea de que las decisiones presentes y futuras son determinables y determinadas sobre la base del *stare decisis*, entonces, de hecho, habríamos alcanzado finalmente el sueño de estar bajo el gobierno de leyes y no de hombres” (Stone, 1959, p. 599). Ello debido a que, una exigencia del Estado de Derecho es que la persona revestida de cierta autoridad ejerza su poder dentro del marco y la autoridad del derecho, más que sobre la base de sus preferencias e ideologías (Waldron, 2012, p. 3).

De ahí que, como acertadamente subraya Bustamante:

[N]o hay sistema jurídico que pueda ignorar por completo los precedentes judiciales en la aplicación del derecho, cualquiera que sea el momento histórico, bajo pena que el derecho positivo entrara en contradicción con la propia idea de sistema, la cual presupone la aplicación del derecho como algo racional y coherente. (2006, p. 94).

Es decir, “cualquier sistema jurídico que se desarrolle hasta un nivel mínimo de racionalidad necesita cierto grado de adherencia al precedente judicial, bajo pena de frustrarse los propios presupuestos formales implícitos en la idea de Estado de derecho” (Bustamante, 2016, p. 94).

Habitualmente, se suele afirmar que el *stare decisis* es peculiar de los sistemas jurídicos del common law, especialmente del derecho anglosajón y del derecho norteamericano; sin embargo, esta idea predominante:

[E]s bastante provincial y está lejos de ser correcta. Por el contrario el principio es inherente a todo sistema jurídico, al menos en su etapa primitiva; pues la forma más temprana del derecho es la costumbre y el núcleo de la costumbre es el precedente, pero no necesariamente el judicial, sino algo bastante autoritativo. (Lobingier, 1946, pp. 955-956).⁴

³ Empleamos aquí la noción de Estado de Derecho como sinónimo de Estado Constitucional de Derecho.

⁴ Para Lobingier el sistema jurídico chino, el más antiguo de la existencia continua, se habría basado desde siempre en el precedente, al igual que el sumerio y el semítico, en diversas formas también los babilónicos, asirios, hebreos y árabes.

En otras palabras:

[E]l respeto por decisiones pasadas, por precedentes, no es una característica de ciertos sistemas legales solamente. Es más bien una característica del derecho en general, y donde quiera que exista un conjunto de prácticas e instituciones que creemos que pueden ser catalogados con el nombre de derecho, la regla del precedente estará en el trabajo, influyendo, en un grado u otro, en la conducta de los responsables de administrar las prácticas e instituciones en cuestión. (Kronman, 1990, p. 1032).

Con todo, tiene razón Schauer (2011) cuando afirma que la regla del precedente debe formar parte de cualquier sistema jurídico que respete el derecho de toda persona a la igualdad. Es más, un repaso por la historia del precedente en el common law, nos permite apreciar que no siempre los jueces del common law han seguido decisiones anteriores, menos aún, han reconocido el carácter vinculante de los precedentes. Si ello es así, entonces, pese a que la doctrina del precedente se originó y desarrolló en dicha tradición, el precedente no es consustancial al common law, lo cual quiere decir que, el precedente también puede germinar en las tierras del civil law; por tanto, apegarnos a la tradición como un fundamento para oponernos a la idea del precedente vinculante en los sistemas jurídicos del civil law, no parece ser una buena opción.

Sin embargo, como advierte Garvey, el civil law y el common law emplean diferentes doctrinas para determinar el valor de los precedentes. Así, mientras los sistemas del common law han recurrido a la doctrina del *stare decisis*, en virtud de la cual los tribunales están vinculados por precedentes; en el civil law, los sistemas han apelado a doctrinas como la doctrina francesa de la jurisprudencia constante, que reconoce en términos simples que una línea consistente de decisiones anteriores pueden ser evidencia persuasiva de la interpretación correcta de la ley (2005, p. 783).

Pese a que ambas tradiciones entienden al precedente como una secuencia de decisiones consistentes en casos similares, es evidente que existen diferencias históricas y conceptuales entre la doctrina del precedente en el common law y el papel de las decisiones judiciales en el civil law, las mismas que determinan que el precedente funcione de manera diferente en cada una ellas.

Llegado a este punto, debemos ahora empezar nuestra pequeña excursión por algunos sistemas jurídicos del civil law en los que se reconoce el carácter de precedente a determinadas decisiones

judiciales. Todo esto a fin de determinar, a grandes rasgos, cuáles son las características más resaltantes del precedente en tierras del civil law.

A. El precedente constitucional en el sistema jurídico colombiano

Como explica Bernal:

[L]a atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional, es decir, el reconocimiento del precedente constitucional, y la correlativa sujeción a esta fuente de derecho por parte de todos los poderes del Estado y de los particulares, no ha tenido un reconocimiento claro y explícito en ningún texto constitucional ni legal. (2008, p. 154).

Tanto así que, el reconocimiento del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido obra de la propia jurisprudencia constitucional (Bernal, 2008, p. 155).

Ahora bien, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional no tuvo lugar desde el comienzo del ejercicio de funciones por parte de la Corte Constitucional. Es más, en la sentencia C-131 de 1993, la primera oportunidad en que la Corte se pronunciaba sobre el tema, después de preguntarse si «la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?», la Corte afirma que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria, porque así lo prescribe el artículo 243 de la Constitución. Para arribar a esta conclusión, como precisa López, la Corte reduce el número de significados posibles de la norma; de tal manera que, por un lado, el artículo se refiere únicamente a las sentencias pronunciadas en procesos de revisión abstracta de constitucionalidad de normas y, por el otro, la expresión de obligatorio cumplimiento hace referencia, no tanto a una elevación del valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes, sino a la trivialidad según la cual la decisión concreta de una sentencia firme tiene que ser obligatoriamente cumplida por las partes que participaron en el proceso (2008b, p. 35).

En la sentencia C-131 de 1993 la Corte había dejado pasar la oportunidad para hacerse con el **poder predecional** que el gobierno había intentado otorgarle con la expedición del Decreto 2067 de 1991. Sin embargo, esta cuestión fue posteriormente reexaminada por la Corte en la Sentencia C-083 de 1995, en la que a pesar de que vuelve a reafirmar el valor auxiliar de la jurisprudencia, hace una precisión respecto del significado del término doctrina constitucional, que luego será utilizada para

avalar la teoría del precedente judicial. A partir de considerar que se tratan de fenómenos totalmente distintos, la Corte distingue entre doctrina constitucional y jurisprudencia. En base a esta distinción, se reconoce a la doctrina constitucional como fuente obligatoria, al ser dicha doctrina el resultado de la aplicación de las normas constitucionales tamizadas por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo; es decir, la doctrina constitucional es la Constitución misma que, dada su generalidad, tiene que ser aplicada a través de los usos concretos de la misma, hechos por su intérprete natural.

Las distinciones contenidas en la Sentencia C-083 de 1995 –reseña la Corte Constitucional–, abrieron la puerta para que los propios jueces, de cara a situaciones de hecho concretas, reconocieran la necesidad de que casos iguales recibieran un tratamiento igual, garantizando por un lado la seguridad jurídica, pero sobre todo, asegurando unidad argumentativa y doctrinal por parte de los jueces que administran justicia (Corte Constitucional, 2001). En este sentido, la sentencia T-123 de 1995 constituye el inicio del giro en esta materia:

Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia –criterio auxiliar de la actividad judicial– de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (*CP art. 13*).

A partir de esta sentencia, como explica la Corte, se empezó a entender que en Colombia los jueces tienen una obligación positiva de atender los materiales legitimados en los cuales se expresa el derecho, encontrándose ahora entre dichos materiales a la jurisprudencia que se viene a agregar a la Constitución y la ley. Bajo la sombra de estos conceptos, la Corte Constitucional ha ido desarrollando una **teoría fuerte** en materia de precedentes, formulando su naturaleza y finalidades (Corte Constitucional, 2001). Así, en la Sentencia C-447 de 1997 la Corte afirmó:

Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles– sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones.

Posteriormente, en la sentencia SU-047 de 1999, la Corte precisaría:

El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces

una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

De allí que, como reseña la Corte en la sentencia C-252 de 2001, desde sus inicios, al interior de la Corte se ha desarrollado un interesante debate alrededor del valor normativo que ha de reconocérsele a la jurisprudencia. Así, se han formado dos posturas claras: la **tradicional**, sustentada en una visión formalista del derecho, que a partir de considerar que la ley es la fuente jurídica principal, reconoce a la jurisprudencia un valor supletorio, cuyo empleo está condicionado a la existencia de los siguientes problemas hermenéuticos: problemas de interpretación, problemas de coherencia y problemas de plenitud del orden normativo. Del otro lado, la **reformadora**, que ve en la jurisprudencia una fuente principal del derecho y aboga por su aplicación obligatoria a través de la creación de líneas de precedentes.

Para cuando se emitió la sentencia C-252 de 2001, la Corte Constitucional ya se había decantado por la corriente reformadora, al considerar que esta era una postura correcta, ya que “la jurisprudencia en Colombia es una fuente principal de derecho y que, muy acorde con ello [...] existe el precedente constitucional” (Bernal, 2008, pp. 156-157).

En la sentencia T-292 de 2006, la Corte analiza expresamente el carácter vinculante de la interpretación normativa efectuada en sus sentencias, al mismo tiempo, escudriña acerca del concepto y el valor jurídico de la *ratio decidendi* y del precedente constitucional. Con ese propósito, la Corte realiza un recuento general relacionado con el valor vinculante de las sentencias constitucionales y la importancia de este reconocimiento, conforme a su jurisprudencia. Todo ello a fin de establecer cuál es el alcance real de la *ratio decidendi* de sus decisiones, así como su validez frente a los operadores jurídicos, como un mecanismo que contribuye a darle coherencia al ordenamiento jurídico y a evitar contradicciones manifiestas en desmedro de la seguridad jurídica. Delimitado así el objeto de esta parte de su decisión, señala la Corte que:

Como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, tiene precisamente atribuciones jurídicas para asegurar que los man-

datos de la Carta sean eficaces y prevalezcan en nuestro ordenamiento. Al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta. La interpretación de la Constitución, –que por demás permite materializar la voluntad del constituyente–, tiene por consiguiente, como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. No reconocer entonces el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, sea por desconocimiento, descuido, u omisión, genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica.

Frente a las dificultades que podrían surgir para algunos operadores jurídicos, a la hora de determinar qué sentencias o qué parte de ellas, resultan ser vinculantes y cuáles no, la Corte se plantea y responde una serie de preguntas:

- i) ¿Es vinculante la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional? y ¿cuál sería el fundamento constitucional de su fuerza vinculante?

Sobre esta cuestión, la Corte ya se había pronunciado en una serie de decisiones anteriores, entre ellas, en la sentencia C-037 de 1996, en la cual se ratificó la fuerza vinculante de aquellas partes concretas de las sentencias de constitucionalidad, que tienen relación “estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”, declarando explícitamente que estos son obligatorios y vinculantes para todos. Así, en aquella oportunidad se dijo que:

Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece

la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

Después de citar sus decisiones previas, la Corte concluye que la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante, por lo que, las autoridades y los particulares están obligados a acatar los postulados vinculantes de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, en aquellos aspectos determinantes de la decisión que sustenten la parte resolutive de tales providencias, así como frente a los fundamentos que la misma Corte indique.

Seguidamente, la Corte precisa que el fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de sus decisiones, es: (1) el respeto a la cosa juzgada constitucional; (2) la posición y la misión institucional de la Corte que conducen a reconocer a sus interpretaciones fuerza de autoridad y carácter vinculante general; (3) el principio de igualdad; (4) la seguridad jurídica; (5) el debido proceso y; (6) el principio de confianza legítima.

ii) ¿Qué elementos específicos de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional son vinculantes?

Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias constitucionales son vinculantes, y descartar las que no lo son, la Corte en la sentencia SU-047 de 1999, distingue los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Así, el *decisum* es la resolución concreta del caso; mientras que la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión, o en otras palabras, el fundamento normativo directo de la parte resolutive, es la *ratio decidendi* y; finalmente, el *obiter dictum* es toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria para la decisión.

Con ocasión de esta distinción, puntualiza la Corte que el *decisum* obliga generalmente solo a las partes en el litigio, salvo en el caso de los procesos de control constitucional, en los que las sentencias tienen efectos *erga omnes*. La *ratio decidendi*, por el contrario, al ser “base necesaria de la decisión”,

resulta ser de obligatoria aplicación por los jueces, en otras situaciones similares. El *obiter dicta*, finalmente tiene un carácter no vinculante y sí eminentemente persuasivo.

iii) ¿Cómo identificar tales elementos?, principalmente, la *ratio decidendi*.

Por lo general, identificar el *decisum* no ofrece mayor dificultad, pues este aparece de manera explícita identificado luego de la expresión “Resuelve” en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional. Cuando de determinar la *ratio decidendi* se trata, las cosas se tornan más difíciles, por lo que la Corte se pregunta ¿cómo se determina en concreto la *ratio decidendi* en una decisión específica?

La *ratio decidendi* es aquella regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, es decir, la *ratio* es aquel aspecto sin el cual sería imposible saber cuál fue la razón determinante para que se haya decidido en un sentido, y no en otro diferente. Por eso, si la *ratio* a determinarse es de una sentencia de control abstracto deberá tenerse en cuenta: la norma objeto de control, el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y el criterio determinante de la decisión. De esta manera, para la Corte:

[P]uede considerarse que se ha identificado adecuadamente la *ratio* de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como *ratio* del fallo; ii) la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. (Corte Constitucional, 2006).

En este punto es importante resaltar, que usualmente corresponderá –al igual que en el common law– al juez del caso posterior determinar la *ratio decidendi*, ya que en palabras de la Corte, “quien deba aplicar una sentencia tiene la posibilidad de establecer de manera directa, *prima facie*, lo que se considera como *ratio decidendi*” (Corte Constitucional, 2006). Debido a ello, subraya la Corte, no puede dejarse la determinación de la *ratio* sujeta al capricho del juez posterior, ya que este podría

sobreestimar los aportes de una sentencia que le parezcan más llamativos, y subestimar los que realmente fueron determinantes, llegando inclusive a desconocer la reiterada jurisprudencia sobre la cuestión, para sobrevalorar una sentencia poco significativa.

Por esa razón, la Corte ha señalado que para establecer la *ratio decidendi* deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores, esto es, las posteriores a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir. Pues, al decir la Corte, la *ratio decidendi* sobre una determinada cuestión puede consolidarse en una oportunidad posterior, a saber, cuando de manera reiterada se reafirma la regla de la decisión inicial en otros casos. En otras palabras, si bien lo normal es que la *ratio* de una determinada sentencia surja de la sentencia misma, también es posible que la *ratio* sea identificada a partir de los criterios establecidos en decisiones posteriores.

iv) ¿Existe, al respecto, una diferencia entre los tipos de sentencias que profiere la Corte?

Al respecto, en la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional ha precisado que, aquellas decisiones suyas en las que vía revisión se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, quienes si deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, esto a fin de no infringir el principio de igualdad. No obstante, ha sido en la sentencia T-566 de 1998, en el que la Corte reconoció el valor vinculante de la *ratio decidendi* en materia de tutela, así concluyó en dicha providencia que:

En el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia. El primero, porque la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez —y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación—, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e

incluso por el mismo juez. Y el segundo, en la medida en que las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.

De allí que la *ratio decidendi* de las sentencias emitidas en los procesos de tutela son vinculantes para los jueces. Es decir, la *ratio decidendi* de estos procesos constituye precedente vinculante para las autoridades.

Para la Corte el valor vinculante de la *ratio decidendi* en materia de tutela, reposa en que a través de ella se asegura la unidad en la interpretación constitucional así como un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica. Pero, no solo por eso, sino que además —y quizá como su razón principal—, se deriva “del reconocimiento de la función que cumple la Corte en los casos concretos, que no es otra que la de “homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales” a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela” (Corte Constitucional, 2006).

En este sentido, resalta la Corte que:

[L]a vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable. De no aceptarse este principio, la consecuencia final sería la de restarle fuerza normativa a la Constitución, en la medida en que cada juez podría interpretar libremente la Carta, desarticulando el sistema jurídico en desmedro de la seguridad jurídica y comprometiendo finalmente la norma superior, la confianza legítima en la estabilidad de las reglas jurisprudenciales y el derecho a la igualdad de las personas. (Corte Constitucional, 2006).

En suma, la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad, como en el caso de las de tutela, es vinculante para todos los operadores jurídicos, en virtud de las competencias establecidas en la Constitución. Esto en la medida que, la *ratio decidendi* refleja la interpretación calificada y de autoridad de la Constitución que realiza la Corte; es decir, la *ratio decidendi* tiene fuerza vinculante general en la medida en que responde a la lectura e interpretación autorizada de la Constitución por

parte del órgano competente para realizarlo. Además, la *ratio decidendi* es formalmente vinculante, en virtud a lo dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Finalmente, la *ratio decidendi* también es obligatoria, porque asegura que las decisiones judiciales se basen en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, garantiza la seguridad jurídica y favorece el respeto a los principios de confianza legítima e igualdad en la aplicación de la ley.

Por todo ello, concluye la Corte que:

[L]a *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional. (Corte Constitucional, 2006).

- v) ¿Qué significa que el precedente es “vinculante” y cuál es la obligación de los jueces frente al precedente?

En este punto, la Corte distingue el precedente de la *ratio decidendi*. Así, para dicho órgano jurisdiccional, el precedente es el antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe ser tomado en cuenta necesariamente por el juez o determinada autoridad, al momento de emitir una decisión.

Como argumenta la Corte, lo vinculante de una sentencia (o conjunto de sentencias) previa es la *ratio decidendi*, la misma que se erige como un referente fundamental que debe ser considerado por el juez o determinada autoridad, como criterio de definición de la solución de un caso específico. Es decir, la *ratio decidendi* de una providencia, puede ser un *precedente* de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una determinada autoridad.

En este sentido, en las sentencias SU-1219 de 2001 y SU-1300 de 2001, la Corte Constitucional ha precisado que la *ratio decidendi* es aquella parte de su sentencia que se proyecta más allá del caso en concreto y que, por lo anterior, integra la norma constitucional y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho. De suerte que puede ser considerada una fuente formal de derecho.

Ahora bien, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué

punto el precedente es relevante o no: (1) en la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (2) la *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante o una cuestión constitucional semejante; y (3) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. Por lo que, será razonable que cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Pues, son estos tres elementos los que hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, como tal, constituya un precedente aplicable a un caso concreto.

Por otro lado, el respeto al precedente constitucional no es una opción más con la cual cuentan quienes administran justicia dentro de nuestro sistema jurídico, sino un deber, a través del cual se asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales en el ejercicio de esta actividad. En otros términos:

[L]os precedentes constitucionales deben tener un lugar privilegiado en el análisis de casos por parte de los operadores jurídicos, so pena de quebrantar principios constitucionales como la igualdad y la supremacía de la Constitución. En consecuencia, los jueces están obligados a acoger los precedentes constitucionales en la medida en que deben interpretar el derecho en compatibilidad con la Carta. Este deber de interpretar en forma tal que se garantice la efectividad de los principios y derechos que ella contiene, es entonces un límite, si no el más relevante, a la autonomía judicial. (Corte Constitucional, 2006).

No obstante, la recurrencia con la que se resalta el carácter vinculante del precedente constitucional y la importancia de su observancia, la Corte advierte que el acatamiento del precedente no debe suponer la petrificación del derecho. De tal manera que, el juez puede apartarse del precedente, sea este un precedente horizontal o uno vertical, asumiendo la carga de justificar en base a razones contundentes el porqué de su decisión de apartarse válidamente del precedente vinculante. Pero, dicho apartamiento no puede fundarse en cualquier razón, sino que deberá de demostrarse que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. Mas en ello, no se agotan las razones válidas para apartarse del precedente.

Así, la propia Corte en la sentencia SU-047 de 1999, expuso que la posibilidad de desligarse de

los precedentes, puede obedecer a razones como las siguientes: i) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; ii) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares. iii) cambios históricos frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional.

Para concluir nuestra excursión en el ordenamiento jurídico colombiano, de cara a los fines de la presente investigación, es importante destacar lo siguiente: (a) la Corte Constitucional construye su teoría del precedente constitucional recurriendo a la doctrina del precedente del common law; a partir de ello, (b) usualmente corresponderá al juez del caso posterior determinar el extremo vinculante de una decisión anterior, aunque en ocasiones será la propia Corte la que señale la parte vinculante de su decisión; (c) solo la *ratio decidendi* del caso anterior es vinculante en la solución de casos posteriores, es decir, los operadores del derecho se encuentran vinculados únicamente a la *ratio decidendi* de un caso previo; finalmente, (d) como en el common law, toda la actividad desplegada alrededor del precedente gira entorno a los hechos del caso, pues la *ratio decidendi* al ser concebida como la razón fundamental de lo decidido, denota que la misma solo puede ser construida a partir de los hechos sobre los cuales se decide; sumado a ello, la posibilidad de no seguir el precedente se construye sobre la ausencia de similitud entre los hechos del caso en el que se sentó el precedente y los hechos del caso materia de decisión. En términos más sencillos, para la Corte Constitucional el precedente constitucional se construye a partir de los hechos del caso, y no al margen de los mismos y de manera abstracta.

B. El carácter vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente judicial en el sistema jurídico español

En España al igual que en muchos sistemas del civil law -aunque curiosamente no ha sido este el caso de nuestro país-, se ha producido un intenso debate acerca del reconocimiento del carácter vinculante de la jurisprudencia.

Así, entre los diversos ingredientes de esta discusión, Laporta identifica los siguientes:

(i) La percepción del lugar y la función del juez en la dinámica del orden jurídico. Se señala aquí que los jueces, en el mejor de los casos, emiten normas particulares, pero que en ningún caso normas generales y abstractas.

De esto se infiere que en el ordenamiento español no cabe hablar del carácter vinculante de la jurisprudencia, pues los jueces y tribunales no pueden dictar instrucciones dirigidas a sus inferiores sobre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico (Laporta, 2009, pp. 12-14).

- (ii) El orden cronológico de aparición de la institución procesal de la casación. Se recuerda en este punto que la casación surgió como un mecanismo de protección de la ley contra interpretaciones peregrinas o desobediencias judiciales abiertas (Laporta, 2009, p. 14).
- (iii) La percepción doctrinal de la categoría “fuentes del derecho”. Aquí se sostiene que la jurisprudencia no es vinculante porque no es fuente de derecho (Laporta, 2009, pp. 12-22).
- (iv) La puesta en vigencia de la Constitución de 1978. Conforme a este ingrediente, la norma fundamental ha establecido que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley; a partir de ello, se dice que parece obvio que, si los jueces están sometidos únicamente a la ley no pueden también estar sometidos al imperio del precedente judicial (Laporta, 2009, pp. 23-24). Pero, a esta posición se contraponen aquella que sostiene que, si las decisiones de los jueces han de cumplir con el requisito de ser motivadas, de no ser arbitrarias y de dar el mismo trato a los ciudadanos, entonces, el que en un caso se tome cierta decisión tiene que determinar que la misma decisión haya de tomarse para un caso igual a él en los rasgos relevantes (Laporta, 2009, pp. 23-24).
- (v) La nueva actitud a favor de la independencia del poder judicial. Aquí se veía en el precedente obligatorio a una amenaza a la independencia judicial (Laporta, 2009, pp. 26-30).
- (vi) Cierta visión de lo que es la interpretación de la ley. La percepción menos abierta hacia el precedente consideraba que cuando el juez interpreta la norma y produce una sentencia a través de esa interpretación, pone de manifiesto el verdadero significado de esa norma. En otras palabras, con la interpretación no se añade nada a la norma, simplemente, se revela el verdadero significado de esa norma (Laporta, 2009, pp. 30-31).
- (vii) La percepción que se tiene del lugar del precedente en el common law. Quienes recurren a la tradición para oponerse al carácter vinculante de la jurisprudencia, perciben al

common law como una suerte de reducto sólido e inflexible que gravita solo en torno a casos y en el que todo juez está estrictamente vinculado tanto al pasado como al órgano judicial superior (Laporta, 2009, p. 33). Sin embargo, esta representación del common law no es una descripción correcta de lo que sucede verdaderamente en dicha tradición.

- (viii) La evidencia intuitiva de que nuestros jueces aplican cotidianamente el precedente judicial. Sobre este ingrediente parece acertado suponer que los miembros de la judicatura acuerdan un valor indudable a la unificación de criterios, la predecibilidad y la racionalidad de sus propias decisiones, valores sobre los que, precisamente, descansan los fundamentos de la doctrina del precedente (Laporta, 2009, pp. 38-39).

En este vaivén de ingredientes, la puesta en vigencia de la Constitución de 1978, supuso en España un cambio en la forma en el que se percibía a la jurisprudencia y su papel en el ordenamiento, asimismo condujo a repensar el rol de los jueces, ya no solo en la interpretación y aplicación de la ley, sino también –en algunas ocasiones– en la creación de normas generales.

Por otro lado, Ferreres (2009) señala que no puede negarse que los materiales que integran el ordenamiento no siempre proporcionan con claridad una solución para todos los casos, por lo que, frecuentemente existirán casos en los que los jueces emitirán decisiones dispares. En este contexto, se pone en evidencia la necesidad de contar con mecanismos para reducir a una unidad esta diversidad criterios. A partir de ello, resulta imprescindible que:

[L]os tribunales que ocupan la cúspide del sistema judicial fijen cuál es la respuesta que estiman correcta en los casos controvertidos, y que los tribunales inferiores se ajusten a ella. Es decir, se espera que los tribunales inferiores dejen de lado su propia opinión acerca de qué solución es jurídicamente adecuada y se rijan por la opinión expresada por el tribunal superior. (2009, p. 44).

Pues bien, la búsqueda de esta unidad de criterios responde a razones vinculadas a dos valores fundamentales del ordenamiento: la igualdad y la seguridad jurídica. Ello en la medida que:

[S]i los distintos tribunales llegan a conclusiones opuestas cuando se enfrentan a un mismo tipo de caso, los ciudadanos no saben a qué atenerse: no pueden calcular las

consecuencias de sus acciones u omisiones. También la igualdad ante la ley se ve afectada: por las mismas acciones u omisiones, los ciudadanos serán tratados de manera diversa, en función del concreto juzgado al que vayan a parar sus respectivos pleitos. (Ferreres, 2009, p. 45).

Por eso, dice Ferreres que, si lo que se quiere es preservar la seguridad jurídica y la igualdad es imperioso recurrir a la jurisprudencia como factor de unificación (2009, p. 45).

En este esfuerzo, concurre también el sistema de recursos, ya que “desde el punto de vista del precedente, el sistema de recursos no opera ya, únicamente, como garantía de funcionamiento regular del sistema judicial (evitación de errores), sino como garantía de la igualdad de tratamiento de todos ante los jueces y tribunales” (Xiol, 2005, p. 48). Así, la finalidad unificadora del sistema de recursos, de ser relegada a un papel secundario, se convierte ahora en finalidad primordial desde el punto de vista constitucional (Xiol, 2005, p. 49).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 8/1981 de 30 de marzo, tímidamente empieza a desarrollar lo que posteriormente sería su doctrina del precedente judicial, así señala que:

Por otra parte, la simple desigualdad en los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho tampoco sin más a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, pues tales diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados o bien en un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función y en la que este Tribunal no podría entrar.

En la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la Constitución. Como nada hay en el caso presente que permita apreciar la existencia de una actuación de este tipo en el Tribunal del que proceden las resoluciones impugnadas, hay que desestimar la pretendida violación del art. 14 de la Constitución de la que dice ser víctima el recurrente. (Tribunal Constitucional, 1981).

Posteriormente, en la Sentencia 14/1982 de 21 de abril, precisa que:

Como ya dijimos en la Sentencia del 30 de marzo de 1981 (publicada en el Boletín Oficial del Estado del 14 de abril) “en la aplicación jurisdiccional de la Ley, puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación, explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la Constitución”. La adecuación de la interpretación a las exigencias del caso, o la corrección de errores interpretativos, o la adaptación del sentido de la norma a las exigencias de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicable, no entrañan esa desigualdad arbitraria denunciada invocando el art. 14 de la Constitución. (Tribunal Constitucional, 1982).

Como dice Xiol, es en la Sentencia 49/1982 de 14 de julio, en la que por primera vez se hace expresa alusión a la fuerza vinculante del precedente judicial. Precisamente en dicha decisión, el Tribunal Constitucional señala que:

El art. 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que “los españoles son iguales ante la Ley” establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución

contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohererse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales. (Tribunal Constitucional, 1982).

En el ordenamiento jurídico español se usa de manera indistinta los términos precedente y jurisprudencia vinculante, para referirse a aquellas decisiones judiciales que poseen carácter vinculante. Asimismo, se advierte que el principal fundamento para reconocer dicho carácter a determinadas decisiones judiciales, es el derecho a la igualdad, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 14 de la Constitución española⁵.

Para de Otto, la consagración del principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución española ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional haya formulado reglas que introducen en dicho sistema un principio del precedente distinto al precedente del common law (1995, p. 291). Es decir, al haber establecido el Tribunal Constitucional que, el juez tiene que justificar el cambio de criterio cuando una decisión se aparta de otra anterior, a pesar de la similitud entre los casos, y que la ausencia de dicha justificación puede conllevar a la anulación de su decisión al haber vulnerado el principio de igualdad, pone de manifiesto la incorporación del precedente judicial en el ordenamiento jurídico español (de Otto, 1995, p. 291).

Resta decir que en el sistema jurídico español se distingue el tratamiento de las decisiones judicia-

⁵ Cuyo texto es el siguiente: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

les en función de que estas hayan sido emitidas por el Tribunal Constitucional o por el Tribunal Supremo. A partir de esta bifurcación se habla, por un lado, de precedentes del Tribunal Constitucional, y por el otro, de jurisprudencia del Tribunal Supremo (Moral, 2002, p. 162).

1. La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional para algunos, los precedentes del Tribunal Constitucional para otros

Tanto la Constitución española como la Ley Orgánica del Poder Judicial regulan el valor de las decisiones del Tribunal Constitucional bajo un mismo criterio: el reconocimiento de su fuerza obligatoria (Moral, 2002, p. 162). Así, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

[L]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

En efecto, concebir a la Constitución como norma jurídica, implica necesariamente la judicialización del ordenamiento y, con ella, el reconocimiento de fuerza vinculante a las decisiones del Tribunal Constitucional. Por ello, con toda razón, se dice que:

[L]a actuación del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, cuyas decisiones disponen de máxima autoridad orientadora de la labor judicial del resto de intérpretes “autorizados” –ya sea la Administración, el Parlamento como los propios jueces ordinarios–, constituyen un ejemplo vivo del auge de la doctrina del precedente. (García-Berrio, 2006, p. 134).

En este marco, para Rubio las sentencias del Tribunal Constitucional se constituyen en fuente del derecho, es decir, la ley como fuente privilegiada, comparte este puesto con la decisión judicial. De tal modo que el sistema basado en la ley se transforma en *case law* (Rubio, 1982, pp. 54-55). En otras palabras, la inserción del control de constitucionalidad a un ordenamiento, sea cual fuere su estructura, lleva consigo necesariamente a dotar de fuerza vinculante a la jurisprudencia que emana del órgano que ejerce dicho control. Así, la vinculación a dichas decisiones no se produciría en virtud del *stare decisis*, sino en razón de la capacidad normativa del Tribunal que resuelve en última instancia (Rubio, 1982, pp. 56-57).

Moral, después de afirmar que las sentencias del Tribunal Constitucional no vinculan a jueces y tribunales de forma similar a los precedentes anglosajones, discrepa de aquella opinión que considera que la vinculación a los precedentes debe ser de carácter fonticio y no principialista, tal y como parece desprenderse de la doctrina del Tribunal Constitucional (Moral, 2002, p. 163). Es decir, más allá de hurgar constantemente sobre el carácter fonticio del precedente, eso es, que sea o no fuente de derecho, es posible recurriendo al derecho a la igualdad –como lo ha hecho el Tribunal Constitucional–, reconocer que las decisiones del supremo intérprete de la Constitución se encuentran revestidas con fuerza vinculante. Así, para Moral, aunque no se pueda hablar de vinculación fonticia a los precedentes del Tribunal Constitucional, si cabe hablar de una vinculación relativa a los precedentes entendidos ahora como técnica argumentativa. Con todo, “la consagración de la vinculación, o de la fuerza vinculante de las decisiones del TC tiene que, a fin de que esta vinculación sea racional, permitir y articular su separación y modificación” (2002, pp. 163-164).

Ciertamente, como dice Rivero, cuando en el ordenamiento jurídico español se habla de precedente no se habla “de una vinculación al estilo del *stare decisis*, sino de la eventual aceptación del criterio anteriormente utilizado a la hora de resolver un conflicto de similar o idéntica naturaleza” (2002, pp. 95-96). Después de todo, el Tribunal Constitucional “define no sólo las normas constitucionales, sino también las normas sobre interpretación constitucional, que son reglas esenciales dentro de las normas sobre la interpretación jurídica del ordenamiento” (Balaguer, 1997, p. 161).

Finalmente, entre muchos otros, Pérez sostiene que:

[L]a afirmación de la constitución como norma y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las demás fuentes del derecho, con la excepción, obviamente, de la propia constitución y de las leyes de reforma de la misma. (2007, p. 52).

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Moral advierte que, si la validez de las decisiones judiciales está relacionada con la fuerza vinculante atribuida por alguna disposición válida del ordenamiento jurídico, entonces dicha fuerza vinculante únicamente se extiende a las decisiones del Tribunal Constitucional, y no a las decisiones de la jurisdicción ordinaria, así sean estas emitidas por

el Tribunal Supremo. Por ello, al decir de Moral, las decisiones del Tribunal Supremo no son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico español, no lo son en el sentido del precedente anglosajón o del *stare decisis* ni en el sentido del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (2002, p. 164); disposición normativa que como vimos alude de manera expresa a las decisiones del Tribunal Constitucional.

A partir de ello, sugiere Moral que la relevancia jurídica reconocida a las decisiones de la jurisdicción ordinaria, especialmente a las del Tribunal Supremo, debe analizarse desde la perspectiva del recurso de casación (2002, p. 164).

En este sentido, se dice que la función de la casación “consiste en la preservación del ordenamiento jurídico a través del mantenimiento de una jurisprudencia uniforme a cargo del Tribunal Supremo, así como mediante la anulación de las resoluciones que contravengan dicho ordenamiento” (Nieva, 2015, p. 323). Delimitado así la función de la casación, se hace evidente que se:

[L]a finalidad de las sucesivas instancias no estriba, pues, en constatar la mera legalidad de la interpretación (o no consiste únicamente en eso), sino más bien en alcanzar la reducción del amplio margen de criterios interpretativos jurídicamente correctos mediante la atribución a los órganos judiciales superiores de la facultad de seleccionar el criterio más deseable. (Requejo, 1990, p. 235).

Así, por un lado, se reducirán los criterios interpretativos, y al mismo tiempo, por el otro, se reducirán los órganos que con carácter definitivo establecen el criterio a seguirse. A fin de propiciar la unificación de los criterios jurisprudenciales, se torna imprescindible, otorgar al Tribunal Supremo la competencia para decidir, en última instancia, la interpretación más adecuada (Requejo, 1990, p. 235). Con todo:

[E]ste cometido uniformizador –que, por otra parte, es consustancial a la organización en instancias y, por ello, ínsitamente realizable por todo órgano judicial con respecto a las instancias inferiores– parece conferir a las resoluciones del Tribunal Supremo un valor normativo que, además de predicarse de cada una de sus sentencias en particular, se atribuye igualmente a las líneas jurisprudenciales que de las mismas se deduzcan. (Requejo, 1990, p. 236).

Por lo que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo como manifestación de sus criterios interpretati-

vos, se erige, paralelamente, como un adecuado elemento fiscalizador y corrector, y unificador de la diversidad de criterios manejados por los distintos órganos que conforman el sistema judicial (Requejo, 1990: 236). Sin embargo, la jurisprudencia no tiene más fuerza vinculante que la que en cada caso, y de manera indirecta, quieran atribuirle cada una de las sentencias del Tribunal Supremo (Requejo, 1990, p. 236).

De allí que, para algunos el valor de la jurisprudencia debe ser analizado no desde el punto de vista de su tratamiento jurídico, sino desde el punto de vista del razonamiento jurídico (Moral, 2002, p. 183), toda vez que, el precedente:

[C]onstituye propiamente un control de racionalidad de la función de juzgar, y versa, en consecuencia, sobre las resoluciones de un mismo órgano, mientras que el idea de unidad en la interpretación y aplicación de la ley afectaría tanto a las resoluciones emanadas de un mismo órgano, como a las producidas por órganos distintos. (Gascón, 1993, pp. 54-55).

Ahora bien, vislumbrar al precedente como un medio de control de la racionalidad de las decisiones judiciales, nos conduce necesariamente al derecho a la igualdad, pues como dice Gascón, la regla del precedente constituye una cierta plasmación del principio de igualdad; pero únicamente en cuanto a la igualdad en aplicación de la ley, la cual se traduce en la prohibición de modificar arbitrariamente los criterios en casos sustancialmente idénticos (1993, p. 56). De esta manera, la doctrina del precedente se erige, por un lado, como un instrumento para controlar el cambio injustificado de las decisiones de los órganos jurisdiccionales (justicia material), y al mismo tiempo, por otro lado, deviene en una garantía de racionalidad en la actuación de dichos órganos (justicia procedimental) (1993, p. 76).

En suma, aun cuando de manera indistinta se empleen los términos jurisprudencia vinculante y precedente para designar a las decisiones judiciales que tienen carácter vinculante, se advierte sin mayor dificultad, que no se está haciendo alusión a un conjunto de decisiones que de manera reiterada han sentado un determinado criterio interpretativo, sino a una decisión singular. Con lo cual, se pone de manifiesto cierta cercanía con el precedente del common law, pues aquí el término jurisprudencia no hace alusión “a una pluralidad, a menudo muy amplia, de decisiones relativa a varios y diferentes casos concretos” (Taruffo, 2009a, p. 559), sino a una decisión relativa a un caso particular.

Por otro lado, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina citada en este trabajo, se ha podido advertir la

existencia de una tendencia a asimilar la doctrina del precedente del common law al ordenamiento jurídico español, a tal punto que no se recurre al *distinguishing* cuando de inaplicar un precedente se trata; asimismo, tampoco se alude al *overruling* cuando nos encontramos ante un supuesto de superación del precedente; es más aún cuando normalmente toda sentencia está conformada por una –o más– *ratio decidendi* y *obiter dictas*, no se recurre a esta distinción para determinar el extremo vinculante de las decisiones judiciales. A pesar de todo ello, se aprecia que en torno a los hechos del caso en concreto gira la obligación de seguir decisiones anteriores, pues es a partir de la similitud entre los casos –lo cual sólo puede ser establecido en función a los hechos de cada uno de ellos–, que se impone la prohibición de modificar arbitrariamente los criterios en casos sustancialmente idénticos.

Finalmente, es importante resaltar que a partir del texto del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la doctrina española, no han dudado en reconocer fuerza vinculante a las decisiones del supremo intérprete de la Constitución. Pero no solo eso. Sino que además, a la luz de dicha disposición normativa y del derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución Española se ha introducido en el ordenamiento español la figura del precedente judicial. Sin embargo, con un texto casi idéntico, recogido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional y la doctrina peruana, lejos de seguir la práctica del lugar de origen del texto que aplicaban e interpretaban, han pretendido encontrar en dicha disposición una figura totalmente distinta al precedente (el regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Así, usualmente se habla de una especie de doctrina jurisprudencial, por lo que, resulta válido preguntarnos ¿si es posible interpretar el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los mismos términos en los que el Tribunal Constitucional y la doctrina española han interpretado el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial?

C. La sùmula vinculante y precedente judicial en el sistema jurìdico brasileño

De entre los diversos sistemas jurìdicos afines al nuestro, por formar parte de una misma tradici3n, sin lugar a dudas, ha sido en el derecho brasileño en el que se ha producido una especie de avalancha de estudios acerca del precedente judicial. Estudios en los que se deja entrever la influencia de la doctrina del precedente del common law. Así, la doctrina brasileña no ha dudado en distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* a la hora de determinar el extremo vinculante de las decisiones judiciales; igualmente, se recurre a figuras como el *distinguishing* y el *overruling* para analizar la superaci3n y anulaci3n del precedente.

Por ello, la experiencia brasileña puede ser muy ùtil para analizar la pràctica del precedente en el paìs y, eventualmente, para sugerir los cambios que deberìan introducirse a dicha pràctica, pues entre dicho sistema y el nuestro, màs allà de formar parte del civil law, existen algunos paràmetros normativos comunes; por lo que el diàlogo con el derecho brasileño no solo es necesario para apreciar la influencia del common law en la configuraci3n de su pràctica de seguir decisiones judiciales anteriores, sino –y esto es lo màs importante– para apreciar la mutaci3n de dicha influencia a fin de acomodarse a los paràmetros de un ordenamiento tìpico del civil law.

1. La sùmula vinculante⁶

La *sùmula vinculante*, aunque guarda cierto parentesco con los *assentos* portugueses y con las *màximas* italianas (Mitidiero, 2016, p. 81), es una creaci3n tìpicamente brasileña y muy distinta al *stare decisis*. Por ello, al decir de Wambier, la adopci3n de la sùmula vinculante por el derecho positivo brasileño, contrario a lo que suele percibirse, no implica ninguna aproximaci3n del sistema procesal constitucional a lo que existe en los paìses del common law (Wambier, 2012, p. 57). Esto a pesar de que se busca la realizaci3n de los mismos valores –*equality, uniformity, stability, predictability*–

⁶ Constituci3n de la Repùblica Federativa de Brasil, artìculo 103-A: “El Supremo Tribunal Federal podrà, de oficio o por provocaci3n, mediante decisi3n de dos tercios de sus miembros, tras reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar la sùmula que, a partir de su publicaci3n en el diario oficial, tendrà un efecto vinculante en relaci3n a los demàs òrganos del mismo, el Poder Judicial y la administraci3n pùblica directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisi3n o cancelaci3n, en la forma establecida en ley.

§ 1º La sùmula tendrà por objeto la validez, la interpretaci3n y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre òrganos judiciales o entre éstos y la administraci3n pùblica que acarree grave inseguridad jurìdica y relevante multiplicaci3n de procesos sobre cuesti3n idèntica.

§ 2º Sin perjuicio de lo que venga a ser establecido en la ley, la aprobaci3n, revisi3n o cancelaci3n de una sùmula podrà ser provocada por aquellos que puedan proponer la acci3n directa de inconstitucionalidad.

§ 3º Del acto administrativo o decisi3n judicial que contrarresta la sùmula aplicable o que indebidamente la aplica, cabrà reclamaci3n ante el Supremo Tribunal Federal que, juzgando precedente, anularà el acto administrativo o casarà la decisi3n judicial reclamada, y determinarà que otra sea pronunciada con o sin la aplicaci3n del acta, segùn sea el caso.”

realizados en los sistemas de dicha tradición, pero por caminos diversos que son típicos del civil law (Wambier, 2012, p. 58).

De allí que, las sùmulas no pueden ser confundidas con el precedente, ya que su naturaleza jurídica, sus métodos y sus fundamentos son completamente distintos. En este sentido, precisa Buril, que las sùmulas poseen un procedimiento específico para su creación, modificación y extinción, los mismos que son actos jurídicos autónomos que no se confunden con la decisión judicial (2015a, p. 113). Asimismo, la sùmula es emitida en forma general y abstracta, y es aplicada de manera semejante a los textos normativos de origen legislativo. Razón por la cual, en la aplicación de la sùmula los tribunales no sienten mayor preocupación por la relación de esta con los hechos de los casos concretos que les dieran origen o con la regla individual en ellas determinada (Zaneti, 2015, p. 251).

Así, resulta que la *sùmula vinculante* es una especie de nexo que une las decisiones proferidas en una dimensión concreta con una decisión pronunciada con carácter abstracto. Por ello, los detalles de los casos concretos apreciados por las decisiones anteriores, serán descartados para la creación de un enunciado abstracto, susceptible de vincular *erga omnes*. Es decir, por medio de la abstracción se eliminan los factores concretos que caracterizaban las decisiones anteriores y que sirvieron de base para justificar la formulación de la *sùmula*. En otros términos, la *sùmula* se:

[I]dentifica con el resumen de las ideas contenidas en reiteradas decisiones de un tribunal, proferidas en un mismo y determinado sentido. En realidad se trata de la aprehensión del *contenido jurídico esencial* de las decisiones en un mismo sentido. Se resume, en el enunciado de la sùmula la posición jurídica que se adoptó, repetidamente, en un mismo sentido, en determinado tribunal. (Wambier, 2012, p. 64).

Para Marinoni, la singularidad de las sùmulas radica en que son enunciados de un tribunal acerca de sus decisiones, pero no es una decisión que pueda ser calificada como precedente; es decir, el resumen es parte de un lenguaje que describe las decisiones. Por tanto, en el fondo se trata de un metalenguaje, en la medida que vuelve a enunciar algo que ya fue parte del lenguaje de una decisión judicial (2013, p. 252).

Así, las principales características del régimen jurídico de las sùmulas vinculantes, vendrían a ser las siguientes: (1) El enunciado sumulado tiene carácter vinculante para el Tribunal Supremo Federal, así

como para los demás órganos del Poder Judicial. Pero no solo eso. Sus efectos vinculantes también recaen sobre la Administración Pública directa e indirectamente, ya sea en las esferas federal, estadual o municipal. El efecto vinculante de las sùmulas se produce a partir de su publicación en el Diario Oficial. (2) Solamente se admite la edición de un enunciado sumular con eficacia vinculante que tenga por objeto la interpretación, la verificación de la validez o eficacia de una determinada norma, acerca de la cual exista una controversia actual entre los órganos jurisdiccionales, o entre estos y la Administración Pública, que genera grave inseguridad jurídica y exista una considerable multiplicación de procesos sobre esta cuestión. Claro está, siempre y en cuanto, se trate de materia constitucional. (3) La edición de sùmulas vinculantes propiamente dichas, en principio, es competencia solo del Tribunal Supremo Federal. Los Tribunales Superiores, los Tribunales de Justicia de los Estados o del Distrito Federal y Territorios, los Tribunales Regionales Federales, los Tribunales Regionales de Trabajo, los Tribunales Regionales Electorales y los Tribunales Militares, no pueden editar estos enunciados con fuerza vinculante, pero pueden proponer al Tribunal Supremo Federal la edición de sùmulas vinculantes. (4) La sùmula vinculante no es inmutable, es decir, no tiene una pretensión de surtir sus efectos eternamente, por lo que puede ser revisada o inclusive superada por el propio Tribunal Supremo Federal. (5) El procedimiento de edición de la sùmula vinculante se inicia de oficio o a instancia de aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad (Didier, Sarno y Alexandria, 2015, pp. 508-511).

Las sùmulas vinculantes no tienen por objeto resolver un caso concreto, muy por el contrario, su edición es realizada de manera abstracta. A partir de ello, el procedimiento de edición de la sùmula vinculante, *prima facie*, no sería una actividad propiamente jurisdiccional, sino que se trataría en realidad de una actividad (cuasi) legislativa. Sin embargo, advierte Zaneti que:

[L]as sùmulas no pueden ser entendidas como leyes pues son fuentes con otra cualidad; no son derecho legislado, sino derecho creado por argumentos jurídicos en el curso de procesos judiciales, individualizados por la ratio decidendi holding como resultado del proceso de interpretación y aplicación del derecho positivo y (re)construcción de este derecho. (Zaneti, 2015, p. 254).

2. El precedente judicial

En el artículo 926 del Código Procesal Civil brasileño, se precisa que, los tribunales deben uniformi-

zar su jurisprudencia y mantenerla estable, íntegra y coherente. Para ello, los tribunales editarán los enunciados de las sùmulas correspondientes a su jurisprudencia dominante atendiendo a la forma y a los presupuestos establecidos en el respectivo reglamento interno. Se dice también que, al editar los enunciados de la sùmula, los tribunales deben atenerse a las circunstancias fácticas de los precedentes que motivaron su creación.

Por otro lado, el artículo 927 de dicho Código, impone a los jueces y tribunales la obligación de observar: las decisiones del Supremo Tribunal Federal en control concentrado de constitucionalidad; los enunciados de la sùmula vinculante; las sentencias en incidente de asunción de competencia o de resolución de demandas repetitivas y en juicio de recursos extraordinario y especial repetitivos; los enunciados de las sùmulas del Supremo Tribunal Federal en materia constitucional y del Superior Tribunal de Justicia en materia infraconstitucional; la orientación del plenario o del òrgano especial a los que estén vinculados. En este mismo dispositivo se prevé el procedimiento que deberá seguirse para “alterar” un criterio sentado en una sùmula. Se prescribe así que, la alteración de la tesis jurídica adoptada en el enunciado de la sùmula o en el juicio de casos repetitivos podrá ser precedida de audiencias públicas, en las que participarán las personas, òrganos o entidades que puedan contribuir a la discusión de la tesis. Pero no solo eso. Sino que además se autoriza al Supremo Tribunal Federal y a los tribunales superiores a modular los efectos de la modificación de su jurisprudencia dominante, lo que en el common law se conoce como *prospective overruling*. Precisándose además que en el supuesto de modificación de la jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal y de los tribunales superiores o de la que procede del juicio de casos repetitivos, puede haber modulación de los efectos de la alteración a fin de proteger el interés social y la seguridad jurídica. Finalmente, se subraya la necesidad de una fundamentación adecuada y específica, considerando los principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza y de la isonomía, cuando se modifique el enunciado de una sùmula, de la jurisprudencia pacífica o de la tesis adoptada en el juicio de casos repetitivos.

Ahora bien, en el Código Procesal Civil brasileño se usa de manera indistinta los términos jurisprudencia, sùmula y precedente para aludir a aquellas decisiones judiciales que deben ser observadas en la solución de casos posteriores. Sin embargo, dicho código otorga otro sentido al término jurisprudencia, uno totalmente distinto a la noción tradicional de esta palabra en el civil law, pues basta un único juzgamiento en un determinado caso concreto, que verse sobre demandas repetitivas o de asunción de

competencias, para hablar de jurisprudencia. Asimismo, las *sùmulas* al ser reconocidas como guías para la interpretación del derecho para el Poder Judicial en su conjunto y para la sociedad en general, requieren en su edición que se observen los deberes de identificación y congruencia con las circunstancias fácticas de los casos que motivaron sus creaciones (Marinoni, Cruz y Mitidiero, 2017, p. 644).

Para Buril (2015b), a partir de estos dispositivos se puede construir la obligatoriedad del precedente judicial, la necesidad de trabajar con los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*, igualmente se puede destacar la importancia de la técnica aplicativa de la distinción (*distinguishing*) y de la superación de los precedentes (*overruling*).

En este contexto, se entiende que los precedentes no son equivalentes a las decisiones judiciales. Así, se concibe al precedente como razones generalizables que pueden ser identificadas a partir de las decisiones judiciales. Es decir, el precedente es formado a partir de la decisión judicial. Esto debido a que los precedentes se construyen sobre los hechos jurídicamente relevantes que configuran el caso examinado por el juez y que determinan el sentido de su decisión. En otras palabras, los precedentes son razones generalizables que pueden ser extraídas de la justificación de las decisiones (Marinoni, Cruz y Mitidiero, 2017, p. 645).

A partir de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, para la doctrina brasileña el extremo vinculante de una decisión judicial es la *ratio decidendi*. Tanto así que, el precedente puede ser definido como la propia *ratio decidendi* (Didier; Sarno y Alexandria, 2015, p. 442). Como sucede en el common law, la *ratio decidendi* es determinada por el juez del caso posterior, y no por el tribunal creador del precedente.

De allí que, el proceso de identificación y aplicación del precedente depende de la interpretación del material constante de la decisión. Así, de cierto modo, el precedente es formado por sus destinatarios, pues el precedente depende de la interpretación para ser percibido como tal por los jueces y tribunales (Marinoni, Cruz y Mitidiero, 2017, p. 653).

Con todo, aun cuando no exista una delimitación apropiada entre los términos sùmula, jurisprudencia y precedente, ello no ha sido obstáculo para el traslado de nociones típicas del common law, al momento de ensayar una explicación teórica de la sùmula vinculante y del precedente judicial. De todo ello, es importante resaltar que los hechos del caso en el que se sentó el precedente son sumamente importantes para determinar la *ratio decidendi*.

D. El precedente judicial en el sistema jurídico italiano

Taruffo nos cuenta que “siguiendo la práctica de siglos del llamado *ius commune*, los abogados y los jueces en Italia jamás han dejado de discutir y de usar precedentes, ni siquiera cuando... la teoría jurídica predominante estaba a favor de un enfoque meramente textual y ‘exegético’ del derecho” (2009b, p. 571).

De esta manera,

[E]n el curso del siglo XIX se fundaron varias revistas jurídicas en las que se publicaban y discutían las sentencias, principalmente las de las cortes supremas de los Estados italianos pero también de los tribunales de niveles inferiores. Esas sentencias eran comúnmente citadas por los abogados en sus memoriales, por los jueces en sus sentencias y por los doctrinantes en sus escritos. La misma práctica continuó durante la primera mitad del siglo XX, pero es en la segunda mitad del mismo siglo que la práctica de citar precedentes se hizo una de las herramientas más comunes en el trabajo cotidiano de los abogados. (Taruffo, 2009b, p. 571).

El precedente al que hace alusión Taruffo, circula en Italia bajo la forma de máximas jurisprudenciales, es decir, “concentrado en una breve fórmula (la máxima) que debería en términos abstractos traducir la sentencia” (Visintini, 2002, p. 337). Por ello, se anota que “en Italia el uso ordinario del precedente no se basa en la lectura de toda la sentencia y la reconstrucción de la *ratio decidendi* del caso específico, como se hace en los sistemas del *common law*” (Taruffo, 2009b, p. 574); sino que el precedente italiano reposa en la llamada máxima, esto es, “una afirmación breve y muy abstracta que representa el núcleo del significado de una regla jurídica, tal como ha sido interpretada en la sentencia en cuestión” (Taruffo, 2009b, p. 574).

Desde un punto de vista teórico, se sostiene que resulta sumamente dudoso otorgar al precedente la calidad de fuente de derecho. A pesar de esto, según enfoques recientes se suele encontrar en el precedente a un factor relevante del desarrollo del derecho italiano. Es más, el considerar al precedente como fuente de derecho o no, es una cuestión irrelevante, pues normalmente se suelen citar en la práctica cotidiana (Taruffo, 2009b, p. 572). En otras palabras, el precedente no constituye una verdadera regla de derecho, pues no posee la fuerza necesaria para que pueda ser observado en un juicio posterior sobre cuestiones similares; sin embargo, por una cuestión de legi-

timidad del juez, la necesidad de que este tenga en cuenta sus decisiones anteriores tiene sus raíces en su función institucional y la consecuente necesidad de asegurar los valores de coherencia e igualdad en el ordenamiento jurídico (Rordorf, 2016, p. 535). En suma, lo relevante sería determinar la fuerza que pueden tener los precedentes en el ordenamiento jurídico italiano.

Al respecto, escribe Taruffo que los precedentes italianos no tienen efectos vinculantes en absoluto. Debido a ello, precisa nuestro autor, los precedentes se definen usualmente como simplemente persuasivos, que es solo una manera tosca de decir que no son formalmente vinculantes, pero que pueden tener alguna influencia en la decisión de casos posteriores idénticos o similares (2009b, p. 572).

Así que, los precedentes establecidos en las sentencias de los jueces italianos, cuando menos, tienen eficacia persuasiva. De lo contrario, como recalca Pizzorusso:

[N]o se entendería la razón de ser de la previsión legislativa en orden a la función nomofláctica: remisión a las secciones plenarias de las cuestiones resueltas de modo divergente por las secciones ordinarias, compilación de las máximas jurisprudenciales, institución del órgano general de casación, poder-deber de ésta para corregir las motivaciones de las sentencias que son, sin embargo, operativas sólo entre las partes, previsión del recurso en interés de la ley, etc. (1984b, p. 408).

Con todo, la afirmación del valor no vinculante, pero meramente persuasivo del precedente en el ordenamiento jurídico italiano, como acertadamente dice Rordorf, es al menos ambigua y, en todo caso, requiere muchos detalles (2016, p. 536).

En este sentido, para Gorla el precedente judicial en abstracto, no tiene valor vinculante, a diferencia de lo que sucede en los países del *common law*; sin embargo, en concreto, la diferencia no es tan marcada, especialmente, con respecto a los Estados Unidos (1966, p. 13). Así, el hecho de que el precedente no tenga carácter vinculante no implica que carezca completamente de algún valor, pues no hace falta decir que el precedente tiene un valor persuasivo (Gorla, 1966, p. 15). Cuando después de todo, el precedente judicial tiene o, mejor, debe tener un valor persuasivo (Gorla, 1966, p. 17).

Gorla señala que tener un valor persuasivo solo puede significar que el juez tiene como tal, es decir, para su propia función, tal como se concibe en el ordenamiento jurídico italiano, los siguientes

deberes: (i) El deber de buscar precedentes dentro de los límites de sus posibilidades, su carga de trabajo y la estructura o eficiencia de los medios de comunicación. Este deber implica también la interpretación de las sentencias que pueden ser consideradas como precedente. (ii) El deber de citar los precedentes, pues si el juez no los cita no se puede saber si está de acuerdo o en desacuerdo con el precedente. (iii) Si el juez cita y tiene la intención de discrepar del precedente, tiene el deber de dar una explicación razonable de su disenso. Es decir, el juez debe persuadir acerca de las razones de su disentimiento (Gorla, 1966, p. 17).

Ahora bien, se ha dicho que el *stare decisis* se vincula al principio de igualdad, esto es, “a la exigencia de que dos casos análogos deben ser decididos análogamente, en la medida de lo posible, evitando así la lesividad [...] de que se diesen soluciones distintas para supuesto análogos” (Pizzorusso, 1984b, p. 408-409). Lo cual se confirma, al decir de Pizzorusso, si reparamos en la identidad sustancial de las técnicas empleadas por los operadores jurídicos anglosajones y continentales para identificar y emplear los precedentes jurisprudenciales (1984b, p. 409).

En suma, se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico italiano el reconocimiento –en concreto– de cierto efecto persuasivo al precedente judicial, no trajo consigo la asunción en los tribunales de vértice de una potestad para crear normas de manera abstracta y al margen de la solución de casos concretos. Muy por el contrario, a partir de reconocer una conexión entre el *stare decisis* y el principio de igualdad, se reconoce al mismo tiempo la importancia de los hechos del caso en la construcción y la aplicación del precedente judicial.

VI. De cómo el contexto de recepción del precedente judicial nos condujo al surgimiento de un modelo de precedente sin precedentes

Nuestro país, como dice Quiroga, parafraseando a Jorge Basadre, vive

[E]n un estado de “reforma judicial” permanente; un estado de insatisfacción social permanente con el servicio de la administración de justicia, un estado de histórica asignatura pendiente que no ha logrado hasta hoy –habiendo pasado por muchas y muy variadas fórmulas, desde las más ingeniosas hasta las más radicales, pasando, qué duda cabe, por las autoritarias– eliminar los elementos históricamente supérstites que lastran de modo dramático el ejercicio de la administración de justicia. (2006, p. 286).

Es un secreto a voces que:

[L]a mayoría de peruanos no confían en el sistema judicial y están decepcionados de la administración de justicia. Han interiorizado la impresión de que el Poder Judicial es un reducto en el que subsisten ritos y prácticas anacrónicas, donde el “formalismo” tiende dramáticamente a prevalecer sobre la misión de hacer justicia. (Eguiguren, 1999, p. 20).

De allí que:

[S]obre el Poder Judicial se coincide en todas las épocas en la crítica frontal a la falta de justicia y de calidad de su función jurisdiccional, debido a su falta de independencia del poder político, de los grupos económicos y, hoy en día del poder mediático, así como la falta de un criterio jurisprudencial uniforme, la insensibilidad social y, sobre todo la corrupción. (Landa, 2010, p. 329).

Landa señala que esta dramática situación:

[E]s explicable, en cierta medida, por la existencia de serios déficits o mínima formación profesional de gran parte de los magistrados, y no sólo de la falta de independencia judicial, quienes a menudo dan muestras de ejercer su función jurisdiccional con razonamientos paradójicos. Por un lado, cumplen su función jurisdiccional sin apartarse de los tradicionales vicios formalistas del proceso judicial. Por otro lado, ejercen su tarea con una informalidad propia de un lego, pero destinada al servicio de los poderes públicos y privados. Por todas estas razones, el saber popular ha llegado a ironizar la imagen del juez, como aquel que aplica la ley severamente para el enemigo y da todo para el amigo. (2007, pp. 820-821, 835-836).

Sumado a ello, precisa nuestro autor, “la justicia peruana está inmersa, mayoritariamente, en un concepto positivista-normativista. En virtud del cual los magistrados son solo la boca que pronuncia las palabras de la ley [...], disociando cuando menos la norma de la realidad...” (2007, p. 836).

Esta percepción de la judicatura nacional, también ha sido resaltada por León, quien al analizar la recepción de las cláusulas normativas generales y los principios en nuestro ordenamiento jurídico, escribía:

[E]l solo sentido común bastará para apreciar que la realidad peruana no es adecuada para sacar provecho de las cláusulas nor-

mativas generales ni de los principios, pues nuestros jueces están lejos de los estándares de preparación —y aquí, como en la vida real, la formación cultural de un individuo es la que determina cuán grande o limitada será su libertad de pensamiento y de acción— que hacen que aquella técnica sea la privilegiada en los países desarrollados. (2004, p. 34).

En este contexto de desconfianza e incredulidad por la labor de los jueces del Poder Judicial, así como las justificadas dudas sobre su capacidad intelectual, arribó al sistema jurídico peruano el precedente constitucional.

Normalmente, la noción precedente nos pone frente a dos situaciones: la del tribunal que crea la decisión anterior y, la del juez o tribunal que determina y aplica el extremo vinculante de la decisión precedente. En la primera, un órgano autoritativo —por lo general, las cortes de vértice— al decidir un caso particular, crean una norma general como respuesta al conflicto sobre el que deben decidir. Mientras que en la segunda, frente a los hechos de un caso, un juez o tribunal recurre a una decisión anterior en la cual se abordaron hechos similares al caso que debe resolver, a efectos de determinar el extremo vinculante de dicha decisión y aplicarlo a su caso. En pocas palabras, es el juez del caso posterior quien determina el extremo vinculante de la decisión anterior.

En la concepción del precedente del legislador peruano, no se concibió la idea de que sean los jueces posteriores quienes se encarguen de determinar el extremo vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional. Así, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se precisó:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran 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 derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuáles se aparta del precedente.

De este modo, resulta que no toda sentencia del Tribunal Constitucional constituye un precedente, sino aquella que es designada como tal expresamente por dicho órgano jurisdiccional. Así, el Tribunal Constitucional con cierta discrecionalidad decidirá cuándo una determinada sentencia debe ser considerada como precedente. Pero, eso no es todo. Identificada la sentencia como prece-

dente, el supremo intérprete de la Constitución deberá señalar cuál es el extremo normativo de su decisión.

Configurado así el precedente peruano, ha dado lugar a muchas interpretaciones, desde aquellas que postulan el reconocimiento del status normativo del Tribunal Constitucional, hasta la de aquellos que apegados a la tradición jurídica del civil law, niegan la posibilidad de que el precedente pueda ser vinculante. En este vaivén de posiciones, el Tribunal Constitucional ha pretendido autodelimitar el uso del precedente, con lo cual ha oscurecido aún más el panorama borroso e incomprensible de aquello que los peruanos llamamos precedente.

Ahora bien, como tan a menudo sucede en el Perú, el Código Procesal Constitucional tiene sus orígenes en el proyecto elaborado por un grupo de profesores, quienes entre los años 1994 y 2002, agrupados a iniciativa de los profesores Juan Monroy Gálvez y Domingo García Belaúnde, elaboraron un proyecto de Código Procesal Constitucional, iniciativa que tuvo hasta cinco versiones, siendo la última la que fue acogida por los miembros de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del parlamento nacional, para luego ser aprobada por el pleno y convertirse en el primer Código Procesal Constitucional de nuestra historia.

De otro lado, el método de trabajo consistió en dividir las diversas partes que estructurarían el código y encargar a uno o dos miembros de la comisión su redacción. De modo que cada uno de ellos elaboró un borrador, el cual fue enviado a los demás para su posterior discusión. Finalmente, se discutió el borrador final con la totalidad de los miembros.

Además de los profesores Juan Monroy Gálvez y Domingo García Belaúnde, integraron la comisión Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Arsenio Oré Guardia y Samuel Abad Yupanqui. De entre todos ellos, el ponente del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, fue el profesor Juan Monroy Gálvez, quien años después reconocería la paternidad de dicho texto normativo.

En uno de los trabajos más impecables que se ha escrito en el país sobre el precedente constitucional, Dyer ha recogido los testimonios de los profesores Juan Monroy Gálvez y Domingo García Belaúnde respecto a la génesis de la regulación del precedente constitucional. Precisamente, el primero de los mencionados le contó lo siguiente: “el artículo VII lo redacté yo y puedo decirlo, sin ningún atisbo de arrogancia, por favor, que al interior del Grupo no se discutió ni siquiera un minuto” (2015, p. 346).

Monroy, según nos cuenta Dyer, decía que:

[S]i se quería adoptar un instrumento que funcionaba muy bien en otra tradición jurídica, como en el common law, no podía hacerse de manera irreflexiva y a-contextual, había que estudiar nuestros propios límites... Dado el contexto de alta carga procesal, es imposible pedir a los jueces del Poder Judicial que se tomen más tiempo de lo usual para determinar la *ratio decidendi* de un caso concreto. Además, no hay que olvidar que en países como Estados Unidos, la determinación de la *ratio decidendi* de un caso no solo pasa por el despacho del juez ante quienes las partes invocan un caso como precedente. Pasa también por revistas especializadas, por los *casebooks*, por profesores y estudiantes de derecho, quienes estudian los casos y van determinando, en medio de un gran diálogo, cuales son los hechos relevantes y cuáles son las razones determinantes que explican la solución escogida por el juez en el caso concreto. Esperar que eso se de en el Perú era una idea romántica. (2015, p. 348).

Esta descripción del sistema de justicia, como explica Dyer, condujo a Monroy a diseñar el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional otorgando al Tribunal Constitucional la facultad de señalar qué decisiones suyas son precedentes y cuál es el extremo vinculante de las mismas (2015, pp. 348-349). Justamente, este peculiar rasgo de nuestro precedente constitucional es el que lo convierte en un precedente sin precedentes o, como diría Dyer, lo que lo constituye como pura marca Perú (2015, p. 349).

De allí que, la emergencia del precedente constitucional peruano “responde a factores específicos de nuestra cultura jurídica, esta no fue consecuencia del formalismo, sino de una creencia compartida negativa: la desconfianza en el juez ordinario” (Dyer, 2015, p. 292).

Arrancado de su terruño, el precedente arribó al sistema jurídico peruano con rasgos muy distintos a los que tenía en el common law, el precedente había sido despojado de una de sus notas más peculiares: el juez del caso posterior no sería de ahora en adelante el encargado de determinar la *ratio decidendi*, esa tarea sería asumida por el órgano creador del precedente.

En un país en el que la mayoría de la población no cree en el sistema de justicia, donde los justiciables creen que las decisiones judiciales tienen un precio, donde se piensa que es más fácil acertar a la lotería que predecir el sentido de una decisión

judicial, parece lógico y hasta natural que se desconfíe del juez. Por ello es importante preguntarnos si ¿no habría contribuido a empeorar la triste imagen de la justicia nacional, el que se otorgara a los jueces del caso posterior la labor de determinar la *ratio decidendi*? Una labor para la cual, dicho sea de paso, no estaban preparados.

En este contexto, hay una pregunta que cae de madura: ¿el hecho de que sea el Tribunal Constitucional el encargado de determinar la *ratio decidendi* y no el juez del caso posterior, implica un distanciamiento sustancial del precedente del common law, a tal punto que ya no se puede hablar de precedente propiamente dicho? Es decir, ¿aquello que llamamos precedente en realidad es cualquier cosa menos un precedente?

Sin importar el sentido de la respuesta que podamos formular frente a esta cuestión, esta no solo tendrá relevancia teórica sino prioritariamente práctica. De manera que, si consideramos que aquello que llamamos *precedente*, en realidad no lo es, carecería de toda lógica recurrir a la teoría del precedente del common law a efectos de ensayar una interpretación del precedente constitucional peruano, y lo que es más importante, resultaría absolutamente absurdo diferenciar entre *ratio decidendi* u *obiter dicta* como un paso previo para fijar el extremo vinculante, igualmente, no tendríamos por qué hablar de *distinguishing* u *overruling*.

Aun cuando la práctica del precedente en las cortes de vértice del país nos ofrecen abundantes argumentos concluyentes para respaldar esta respuesta, creo que la idea subyacente al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es la de dotar al sistema jurídico nacional de un precedente, distinto al del common law, pero precedente al fin y al cabo.

A fin de cuentas, como dice Sacco, “cuando se imitan las normas legales o las instituciones, a veces las palabras se prestan de la misma manera. En tales casos, los términos transmiten información sobre el préstamo que se ha producido” (1991b, p. 16).

VII. A manera de conclusión

Merryman decía que la tradición jurídica más que un conjunto de reglas de derecho sobre los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, es un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas: (i) acerca de la naturaleza del derecho; (ii) acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político; (iii) acerca de la organización y el funcionamiento de un sistema legal; y (iv) acerca de la forma en que se hace

o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. Es decir, hablar de tradición legal es hablar de la relación existente entre el sistema jurídico y la cultura de la que es una expresión parcial (2001, p. 17).

Por ello, como resalta Merryman, la tradición legal forma parte de la cultura, una parte muy antigua, profundamente arraigada y firmemente sostenida, ya que las relaciones existentes entre las ideas legales básicas y las actitudes sociales, económicas y políticas igualmente profundas, son muy estrechas y complejas. En términos más sencillos, “el derecho obtiene sentido del resto de la cultura, a la que a su vez le da sentido, y es inseparable de ella” (2001, p. 269).

Es así que el civil law y el common law, las dos familias jurídicas más importantes e influyentes, surgieron en circunstancias políticas y culturales completamente distintas, las mismas que propiciaron la formación de tradiciones diferentes, cada una definida por institutos y conceptos propios (Marinoni, 2013, p. 19). Debido a ello:

[E]l Civil Law carga, a partir de las banderas de la Revolución Francesa, dogmas que todavía sirven para negar conceptos e institutos que, aunque no se adhieren a su teoría y tradición, se muestran indispensables delante de la práctica y de la realidad de países que se formaron a partir de la doctrina de la separación estricta entre los poderes y de la mera declaración judicial de la ley. (Marinoni, 2013, p. 19).

Bajo este marco, se suele afirmar que son muchas e importantes las diferencias que se dan entre estas tradiciones. Así, se señala que los sistemas jurídicos del civil law se basan en la codificación y que la ley desarrolla un papel determinante en el ordenamiento jurídico; contrario a ello, los sistemas del common law se basarían esencialmente en el case law (Pegoraro y Rinella, 2003, p. 60). Sin embargo, postular una distinción entre el common law y el civil law a partir de la codificación parece ser una idea exagerada que no resiste mayor análisis (Frank, 1956, p. 923)⁷. Dado que:

[A]l igual que en un país de derecho civil, la legislación válidamente promulgada en los Estados Unidos es la ley, la que se espera que los jueces interpreten y apliquen con el espíritu de su promulgación. La autoridad de la

legislación es superior a la de las decisiones judiciales; los estatutos superan a las decisiones judiciales contrarias (dejando de lado las cuestiones constitucionales), pero no a la inversa. (Merryman, 2001, p. 59).

Se asevera también que, existe una contraposición entre dos distintos modelos para tomar decisiones públicas, por un lado, el *rule decision making* en el civil law, y por el otro el *case decision making* en el common law, es decir, entre un modelo que asegure la certeza del derecho y un modelo que asegure la justicia en el caso en concreto (Comanducci, 2010, p. 149). Esta distinción está muy lejos de dar cuenta la realidad del derecho de nuestros días, toda vez que, como precisa Comanducci, ambos modelos combinan decisiones “tomadas al por mayor” por el legislador respecto a una multitud de casos y decisiones “tomadas al por menor” por los jueces; es decir, se asiste a una profunda integración entre estos dos modelos, de tal manera que en ambas tradiciones se intenta alcanzar, en la medida de lo posible, los valores de la certeza y de la equidad, pese a saberse que se trata de una empresa que nunca podrá ser completamente realizada; aun así, se considera que a veces hay que sacrificar un poco de certeza en aras de alcanzar la equidad y viceversa (2010, p. 149).

Pero, de entre todas las distinciones, quizá la que más ha calado entre nosotros, es aquella según la cual, los sistemas del civil law tienen un derecho de origen legislativo, en los cuales las disposiciones normativas son de origen político, y los jueces tienen la función de aplicarlas a los casos concretos, deduciendo de aquellas la solución para una determinada controversia. En tanto que, en el common law el derecho sería de formación prevalentemente judicial, es decir, son los jueces quienes crean derecho y no el legislador; así, a través de los precedentes judiciales los jueces crearían derecho en la solución de casos concretos, y no de manera general y abstracta como lo hace el legislador en el civil law; por ello se sostiene que en esta tradición rige la regla del *stare decisis*, en virtud de la cual, los jueces tienen la obligación de seguir decisiones anteriores (Galvano, 2000, p. 25).

Aun cuando es posible seguir trazando las diferencias que existen entre una tradición y la otra, lo cierto es que existe una recíproca aproximación entre ambos. Así, por un lado, en la tradición del common law se trabaja cada vez más con el derecho legislado, lo cual ha llevado a la doctrina a

⁷ Para Frank, “el hecho de que los abogados del civil law traten con códigos ha llevado a algunos abogados ingenuos a creer que básicamente nos diferenciamos de éstos en el uso de las decisiones judiciales como precedentes. Los abogados sofisticados saben que la diferencia ha sido exagerada.”

identificar una especie *statutorification* del common law; tan grande ha sido la masificación de la legislación en estos sistemas que han llegado a preguntarse acerca de cuál sería el lugar del common law en una época en la que cada vez está más vigente el *statutory law*. Por el otro, en la tradición del civil law existe una creciente preocupación en asegurar la vigencia de la igualdad frente al derecho, trabajando para ello con una noción dinámica del principio de seguridad jurídica, la misma que postula la necesidad de atender no solo al derecho legislado sino también a las decisiones de los tribunales de vértice, como expresión del derecho vigente (Marinoni, Cruz y Mitidiero, 2017, p. 639-640).

Esta aproximación es consecuencia de innumerables factores. De entre todos, se podría decir, que ha sido el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución el que ha jugado un papel más gravitante. Pues, abandonada la idea de la Constitución como un mero documento político —una carta política de buenas intenciones—, y con el arribo de una noción distinta: la Constitución como norma, surge la necesidad contar con ciertos operadores a fin de garantizar su vigencia. Pero no solo eso. Sino que además, se puso en evidencia que la garantía de la Constitución pasaba por asignar determinados significados al texto de sus disposiciones, reconociéndose así que estos operadores no solo eran los custodios de la supremacía constitucional sino también sus intérpretes más autorizados.

Así, los jueces lejos de ser la “*bouche de la loi*” se erigieron como intérpretes de la Constitución. A partir de ello, y teniendo en cuenta que la interpretación se realizaba sobre textos normativos y que el resultado de dicha actividad era la norma, los jueces al asignar significados a las disposiciones normativas, se convirtieron en creadores de normas generales, cuya eficacia empezó a extenderse más allá de un particular caso concreto.

En medio de esta vorágine de cambios, el juez pasó de ser un mero aplicador del derecho a ser parte de su creación, e inclusive de su depuración a través del control de constitucionalidad. Por ello, aun cuando no se podría postular la equiparación de la actividad de los jueces de nuestra tradición con la de los jueces del common law debido a la existencia de factores culturales que condicionan el ejercicio del poder jurisdiccional en una y otra tradición, no se puede negar que el acercamiento entre ambas ha propiciado un escenario en el que es posible trasplantar determinadas instituciones del common law para hacer frente a los viejos problemas del civil law.

El sistema jurídico peruano, desde siempre, ha formado parte de la tradición jurídica del civil law. Por eso, no es raro que hayamos reducido el derecho a la legislación y reconocido en el legislador a su único creador⁸. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que vía legislación se introduzca en nuestro sistema jurídico al “**precedente judicial vinculante**”⁹.

En este contexto, se puede hablar de una ¿yuxtaposición de las familias jurídicas del civil law y common law en el sistema jurídico peruano? Definitivamente no. Ello debido a que, si bien no se puede negar que algunas decisiones judiciales son —formalmente hablando— fuentes de derecho, también es innegable que la ley sigue siendo la principal fuente de nuestro derecho. Pero eso no es todo. Sino que además, es imposible que el trasplante de una institución como el precedente, traiga consigo el trasplante de una tradición, la cual como sabemos está estrechamente vinculada con la cultura. Por tanto, seguimos siendo parte de la tradición jurídica del civil law.

Precisamente, a partir de reconocernos como miembros de la familia del civil law, hemos tenido que introducir el precedente en nuestro sistema

⁸ Véase por ejemplo, Ariano, 2006: 75 y ss.

⁹ Así, entre otros, se advierte que el Código Procesal Constitucional, el artículo VII de su Título Preliminar, establece que: “[l]as 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 [...]”. Asimismo, el artículo 400 del Código Procesal Civil se señala que: “La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio”. Del mismo modo, en el artículo del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, prevé que: “Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante. Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.” Finalmente, en la Ley Procesal de Trabajo —Ley N° 29497— se regula que: “La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente”.

jurídico a través de la ley. En otras palabras, ha sido por obra del legislador el que ahora determinadas decisiones judiciales compartan algunos rasgos de las decisiones judiciales del common law.

Consecuentemente, no podemos perder de vista que,

[L]a jerarquía que ocupa el precedente judicial entre las fuentes del derecho en un país determinado se encuentra íntimamente ligada a la cultura jurídica y política de dicho país. De ahí que en los países del common law no exista la necesidad de imprimir en la Constitución o en una ley que los precedentes son obligatorios, mientras que en los países de tradición jurídica continental romanista es necesario consagrar este principio legislativamente o con la intervención del constituyente. (Garro, 1988, p. 129). 

REFERENCIAS

- Ariano Deho, E. (2006). "Precedente Vinculantes y Pirámide Normativa". *Diálogo con la Jurisprudencia*.
- Balaguer Callejón, M. L. (1997). *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, Tecnos.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Quinta reimpresión de la primera edición. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Buril Mâcedo, L. (2015). Precedentes judiciais: como podemos sentir falta do que nunca tivemos, En *Justificando*. Disponible en: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/06/os-precedentes-judiciais-no-cpc2015-ou-de-como-podemos-sentir-falta-do-que-nunca-tivemos/>.
- Bustamante, T. R. (2016). *Teoría del precedente judicial*. Traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano. Primera edición. Lima, Ediciones Legales.
- Chase, O. G. (2011). *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Traducción de Fernando Martín. Barcelona. Marcial Pons.
- Comanducci, P. (2010). *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*. Lima, Ara Editores.
- Didier J. F.; Sarno Braga, P. y Alexandria de Oliveira, R. (2015). *Curso de direito processual civil*. Décima edición. Salvador-Bahia, Brasil: Editora Juspodivm.
- Dyer Cruzado, E. (2015). *Precedente constitucional - Análisis cultural del derecho*. Lima, Ara Editores.
- Eguiguren Praeli, F. J. (1999). *¿Qué hacer con el sistema de justicia*. Primera edición. Lima, Perú: Agenda.
- Ferreres, V. (2009). Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. En *El carácter Vinculante de la jurisprudencia*. Madrid, Fundación Coloquio jurídico Europeo.
- Frank, J. (1956). "Civil Law influences on the Common Law-some reflections on 'comparative' and 'contrastive' law". *University of Pennsylvania Law Review*.
- Galgano, F. (2000). *Atlas de derecho privado*. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server. Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
- García-Berrio Hernández, T. (2006). La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación.
- Garro, A. M. (1988). Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8.
- Garvey Algero, M. (2005). The source of law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation. En *Louisiana Law Review*. Volumen 65.
- Gascón Abellán, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. España: Tecnos.
- Gorla, G. (1966). Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia. *Il Foro Italiano*. Año LXXXI, Vol. LXXXIX.
- Graziadei, M., 2009: Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. En *Theoretical Inquiries in Law* 10.
- (2012). Legal culture and legal transplants, Italian national report. En *Legal Culture and Legal Transplants-La Culture Juridique et L'acculturation du Droit*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Konman, A. (1990). "Precedent and tradition". *The Yale Law Review*. Volumen 99.
- Landa Arroyo, C. (2010). Poder Judicial y Tribunal Constitucional: independencia y control de poderes. *El Estado en debate: múltiples miradas*. Primera edición. Lima: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.
- Laporta, F. J. (2009). La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. *El carácter Vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio jurídico Europeo.
- Legrand, P. (1997a). The impossibility of legal transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 4.
- (1997b). The impossibility of legal transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 4.
- León, L. (2004). *El sentido de la codificación Civil*. Primera edición. Lima: Palestra editores.
- (2005). Weak legal cultures & legal transplants: Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa. *Derecho & Sociedad*, 24.
- (2007). "Common law vs. Civil law: la competencia entre ordenamientos jurídicos". *Foro Jurídico* IV.
- Lobingier, C. S. (1946). "Precedent in past and present legal systems". *Michigan Law Review*. 44.
- López Medina, D. E. (2008a). *Teoría impura del derecho*. Primera edición (cuarta reimpresión). Legis.
- (2008b). *El derecho de los jueces*. Segunda edición (sexta reimpresión). Colombia: Legis.
- Maccormick, N. (1999). "Retórica y Estado de Derecho". Traducción de Isabel Lifante. En *Isegoría*. 21.
- Marinoni, L. G.; Cruz Arenhart, S. y Mitidiero, D. (2017). *Novo curso de processo civil*, Volumen 2 - Tutela dos direitos mediante procedimiento comun. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Traducción de Christian Delgado Suárez. Primera edición. Lima, Palestra editores.
- Markman, S. (2011). "Originalism and stare decisis". *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Volumen 34, Número 1.
- Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Volumen 10.
- Merryman, J. H. (2001). *La tradición jurídica romana-canónica*. Traducción de Eduardo L. Suarez. Segunda edición. Ciudad de Méjico: Fondo de Cultura Económica.
- Mitidiero, D. (2016). *Precedentes. Da persuasão a vinculação*. San Pablo de Brasil: Revista Dos Tribunais.
- Monateri, P. G. (2006). The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures. *Rechtsgeschichte* 08.
- Moral Soriano, L. (2002). *El precedente judicial*. Madrid, Marcial Pons.
- Mosquera Valderrama, I. J. (2003). Legal transplants and comparative law. *International Law - Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Número 2.
- Nelken, D. (2004). Using the concept of legal culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*. 29.
- Nieva Fenoll, J. (2015). *Derecho procesal II - Proceso civil*. Madrid, Marcial Pons.
- Nino, C. S. (2007). *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición (Décimocuarta reimpresión). Buenos Aires, Astrea.
- de Otto y Pardo, I. (1995). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Cuarta reimpresión de la segunda edición. Barcelona, Ariel.
- Pegoraro, L., y Rinella, A. (2003). *Las fuentes en el derecho comparado: con especial referencia al ordenamiento constitucional*. Traducción de Marta León, Daniel Berzosa y Jhoana Delgado. Primera edición. Lima, Grijley.
- Pérez Royo, J. (2007). *Las fuentes del derecho*. Quinta edición. Madrid, Tecnos.
- Pizzorusso, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*. Tomo II. Traducción de Javier Jiménez Campo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Pourostad, M. (2013). Cultura y proceso jurídico en el Medio Oriente: viviendo en el propio y mi-

- rando el de otros. Traducción de Dimaro Agudelo. En: *Proceso Judicial y Cultura: una mirada global*. Primera edición. Medellín: Universidad de Medellín.
- Prieto Sanchís, L. (2008). *Apuntes de teoría del Derecho*. Tercera edición. Madrid, Trotta.
- Quiroga León, A. (2006). "La administración de justicia en el Perú: la relación del sistema interno con el sistema interamericano de protección de derechos humanos". Ovalle Favela, (ed.) *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, Ciudad de México: UNAM.
- Requejo Pages, J. L. (1990). Juricidad, precedente y jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 29.
- Rivero Ortega, R. (2002). Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho. En *Revista de Administración Pública*. 157.
- Rordorf, R. (2016). Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche. En: Dalfino D. (ed.), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, TrE-Press.
- Ross, A. (2011). *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. Segunda reimpresión de la tercera edición. Buenos Aires, Eudeba.
- Rubio Llorente, F. (1982). Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2.
- Saavedra Velazco, R. (2015). El método y el rol de la comparación jurídica: observaciones en torno a su impacto en la mutación jurídica y en la adaptación jurídica. *Advocatus nueva época*. 25.
- Sacco, R. (1991a). Legal formants: A dynamic approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law* (Parte 2). 39. XXXIX.
- (1991b). Legal formants: A dynamic approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*. (Parte 1). XXXIX.
- Schauer, F. (2011) Precedent. DOI en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1836384>.
- (2000). The politics and incentives of legal transplantation, CID Working Paper. 44. Disponible en: <https://www.hks.harvard.edu/content/download/69341/1250174/version/1/file/044.pdf>
- Stone, J. (1959). The ratio of the ratio decidendi. En: *The Modern Law Review*. Volumen 22, Número 6.
- Taruffo, M. (2009a). Precedente y jurisprudencia. En: *Páginas de justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburú Calle. Madrid, España: Marcial Pons.
- (2009b) El precedente en Italia. *Páginas de justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburú Calle. Madrid, Marcial Pons.
- Visintini, G. (2002). Deber profesional de conocer la jurisprudencia, *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Traducción y compilación de Leysser León Hilario. Primera edición. Lima, Ara Editores.
- Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *Michigan Law Review*. 111.
- Wambier, T. (2012). Súmula vinculante: ¿figura del common law?. En Cavani Brain, R. (coord.). *Estudios sobre los medios impugnatorios*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Watson, A. (1996). Aspects of reception of law. *American journal of comparative law*. 2.
- (1978). Comparative Law and Legal Change. *The Cambridge Law Journal*. Volumen 37. Número 2.
- (1981). Society's Choice and Legal Change. *Hofstra Law Review*. 9.
- (2000). Legal Transplants and European Private Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. 4. Disponible en: <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.
- (2001). The evolution of Western private law. Baltimore, *Johns Hopkins Univ. Press*.
- Xiol Ríos, J. A. (2005). El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional. En: *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*. Madrid, España: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris.
- Zaneti J., H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes: teoría de los precedentes normativos*

formalmente vinculantes. Traducción de Renzo Cavani Brain, María Luisa Meza Ríos y Francisco Escajadillo. Lima, Raguel.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Sentencia C-252 de 2001, de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-292 de 2006, de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia 8/1981 de 30 de Marzo. Tribunal Constitucional de España.

Sentencia 14/1982 de 21 de Abril.

Sentencia 49/1982 de 14 de Julio.