



# De la motivación de sentencias por precedentes vinculantes

*Christian Delgado Suárez<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Breve pasaje por los conceptos del deber de motivar. 2.1. Racionalidad y no representatividad judicial: la necesidad de motivar. 3. La jurisdicción vista desde las teorías de la interpretación jurídica. 4. Paradigmatic shift del deber de motivar y las nuevas funciones de las Cortes Supremas. 5. La motivación de la sentencia a través de precedentes. 5.1. Excursus sobre el precedente vinculante: su definición y utilidad en la motivación de sentencias. 5.1.1. Derecho jurisprudencial. 5.1.2. Jurisprudencia trascendente. 5.2. Aplicación e interpretación de la ratio decidendi en la motivación de sentencias. 5.2.1. ¿Qué hacer con un precedente? 5.2.1.1. Sistemas explícitos. 5.2.1.2. Sistemas implícitos. 6. Conclusiones. Bibliografía.

**Resumen:** Este ensayo esquivo los lugares seguros, así como repele la réplica de fórmulas pasadas. Por cuestiones culturales y propias de nuestra tradición jurídica de civil law, la motivación de las sentencias siempre ha respondido a una práctica semi racional, ya que más allá de contar con una alta carga volitiva, la técnica argumentativa propia de nuestros modelos continentales de jurisdicción impone una motivación en base a una sola fuente del derecho: la ley o la norma escrita. Decimos semi racional porque la reproducción del texto normativo con la que una sentencia sería racional y lógicamente motivada no es una labor integralmente intelectual, menos aún si al texto normativo no le acompaña algún añadido interpretativo. Sucede que el paso del tiempo, el desarrollo de las teorías jurídicas y la nueva función de la jurisdicción, la

---

1. Profesor de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Máster en Estado de Derecho y Democracia Constitucional por la Università degli Studi di Genova. Máster en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Paraná. Miembro de la International Association of Procedural Law y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Abogado por la Universidad de Lima.

existencia de precedentes vinculantes y *rationes decidendi*, esperan del juzgador una forma distinta de motivar sentencias, en la que primero identificará la fuente de derecho a ser utilizada y que de escoger el precedente o, precisamente, su *ratio decidendi*, su actividad interpretativa y labor de motivación cambiarán radicalmente. Exploraremos un nuevo contenido de la motivación de las sentencias para arribar al punto en el que al utilizarse el precedente para resolver un caso y dar tutela al derecho puesto en litigio, la *techné* interpretativa podrá variar en función del sistema de explicitación de la *ratio decidendi*.

## 1. INTRODUCCIÓN

Sobre la motivación de sentencias se ha dicho relativamente mucho y, a la vez, poco. Desde su definición legal como la exposición de los fundamentos o motivos que sustentan la decisión, pasando por el estudio de sus funciones – endo y extraprocesal<sup>2</sup> – al punto de que el formante jurisprudencial peruano también aportó a ello al darle contenido a lo que se entiende por motivación y sus potenciales defectos o deficiencias.

No pretendemos indagar cada uno de estos ámbitos ya que somos conscientes de que corren ríos de tinta sobre papeles en torno a ellos. No obstante, la identificación contextual de estas definiciones clásicas de la motivación nos servirá para identificar un punto que todas guardan en común: la motivación de sentencias en el civil law tradicionalmente usa como materia prima o como primer elemento de argumentación de la sentencia la fuente primaria de derecho denominada ley o norma escrita. Sin caer en exquisiteces terminológicas, la cuestión paradójica encuentra sustento en el hecho de la judicatura perteneciente a países que comparten la tradición de civil law siempre ha preponderado el uso de la norma escrita en las motivaciones de resoluciones judiciales por encima de otra fuente del derecho<sup>3</sup>. Inclusive se llega al punto de entender que la sentencia está debidamente motivada si más allá de haber expuesto los fundamentos de hecho y de derecho para la resolución del caso toma como materia prima para ello los hechos traídos al proceso y el derecho aplicable al caso concreto. Ocurre que este derecho aplicable al caso concreto ha servido para que a nivel de civil law sea identificado,

2. V. Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta. 2011. Ver también Cruz e Tucci, Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 1987, p. 27.

3. Iturralde, Victoria. *Precedent as a subject of interpretation (a civil law perspective)*. En: *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 2012, p. 105.

exclusiva y excluyentemente, como un derecho legislado, proveniente de la actividad legiferante del Parlamento. O sea, el sintagma fundamentos de derecho que sirve para dar contenido a la motivación ha sido relegado exclusiva y excluyentemente a la fundamentación del dispositivo normativo aplicado al caso concreto, entendiéndolo por aplicación de una norma escrita.

Poco o nada se ha dicho sobre la motivación de una sentencia como discurso racional en donde una o varias de las proposiciones jurídicas para resolver el caso proviene de la aplicación de una ratio contenida en un precedente vinculante. Casualmente, la práctica forense y judicial toma como normal que tal ejercicio interpretativo o de motivación deba transitar el mismo iter argumentativo de una sentencia motivada teniendo como primer elemento argumentativo la norma escrita o la ley y creemos que ello responde al hecho de que en los sistemas de civil law la determinación de la ratio decidendi responde a una técnica de explicitación del extremo normativo, llegando a confundir su aplicación como si de una disposición normativa se tratase.

Intentaremos identificar los conceptos básicos de motivación, encontrar en su hard core la inexistencia de motivación por precedentes para luego identificar el actual contenido de la motivación de las sentencias en la que pueda ser utilizada para resolver los hechos una regla jurisprudencial contenida en un precedente. De tal forma, advertimos al lector con la siguiente precisión: no enfrentaremos la motivación de las sentencias en la labor de creación del precedente-ratio, identificaremos cómo es que se motiva una sentencia utilizando una ratio decidendi anteriormente dada y replicable o aplicable a aquel caso en concreto.

## 2. BREVE PASAJE POR LOS CONCEPTOS DEL DEBER DE MOTIVAR

El procesalista encuentra cierta situación de incertidumbre al darle contenido o significación a lo que se entiende por deber de motivar. Casualmente el estudio de la motivación ha sido indebidamente aparejado al estudio de la decisión o del giudicato<sup>4</sup>, como si entre los términos o acepciones de motivar y decidir existiere alguna equiparación o relación de genero a especie o, peor aún, de dependencia.

El horror vacui – o miedo al vacío – experimentado por el procesalista en estos áridos temas de la motivación encuentra su origen en

---

4. Taruffo, Michele. La motivación de la sentencia civil. P. 31.

el hecho de que la motivación en sí corresponde a la teoría de la decisión judicial y de la estructura de la misma. Por cierto, este filón no es exclusiva y excluyentemente procesal siendo procesal tan sólo el ámbito en donde se aplica o donde culmina una decisión. Antes de ello, la motivación de sentencias es tratada desde diferentes ámbitos, como el constitucional<sup>5</sup>, filosófico o de teoría general del derecho e, inclusive, recientemente re-descubierta, desde la psicología del operador jurídico y su comportamiento.

Dificultad esta, a entender de Taruffo<sup>6</sup>, dado que contiene ángulos a nivel filosófico, psicológico y político. Ello determina que el estudio de la motivación y, por ende, de la estructura de la decisión judicial fluctúe entre estos ámbitos, tornando este tema en un objeto trans e interdisciplinar de investigación.

El acercamiento a la motivación de la sentencia civil se torna más críptico cuando lo que se intenta es definir la naturaleza de este deber con la simple enumeración de los requisitos de validez de la sentencia, confundiendo groseramente que para que la sentencia esté bien motivada, debe reunir los requisitos estipulados en la norma de cualquier código procesal civil, sin tener en cuenta que este contenido tanto corresponde a la parte expositiva, considerativa y decisoria, por lo que se incurriría en un error metodológico y de la propia naturaleza de las cosas definir el concepto de una entidad en base a sus características. Si yo pregunto ¿qué es una naranja? no esperaríamos por respuesta el hecho de que una naranja sea de color naranja, dulce y tenga una piel áspera rugosa, sino, de que sea una fruta cítrica de la especie *citrus sinensis*.

De tal forma, los trabajos investigativos respecto de la motivación deben tender a ofrecer un nivel de concreción que permita de alguna forma desarrollar a nivel infraconstitucional o legal el contenido de la motivación, sus componentes y características o modos más allá de preocuparse por la búsqueda de una definición purista.

La doctrina y jurisprudencia se han encargado de definir a la motivación como el acto por el cual se expresan los motivos o las razones de decidir o del iter lógico seguido por el juez para llegar a la decisión.

---

5. Específicamente como garantía del Estado de Derecho y si este principio es indisociable del principio de seguridad jurídica, lógicamente entre seguridad jurídica, protección de la confianza del ciudadano y motivación de sentencias existe un vínculo casi umbilical. Cfr. Ramina da Lucca, Rodrigo.

6. Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. P. 27.

Asimismo, de forma casi deductiva se ha llegado a definir a la motivación como aquella parte de la sentencia que no es ni expositiva y ni decisoria, como si las definiciones por exclusión o descarte realmente nos dieran indicios o definiciones del objeto que estamos discriminando de los objetos que no son. A nivel conceptual, estas definiciones constituyen proto-definiciones o rutas a seguir para indagar lo más importante en este tema altamente debatido: sus componentes, contenido y método de funcionamiento.

No es casual que a nivel semántico la equivocidad o plurisignificación de los signos lingüísticos – o palabras – haga que las definiciones como la ahora retratada carezcan de contenido o funcionalidad. Más allá de indagar el qué es el motivar, hoy se exige mayor rigor en el cómo motivar. A ello nos embarcamos en este estudio y no a presentar una definición acabada o particular de la motivación. Tarello<sup>7</sup> ya denunciaba las prácticas mentalistas o conceptualistas del procesalismo guiadas sólo la búsqueda de definiciones que revelen la paternidad de ciertos doctrinadores con sus respectivas definiciones.

Hasta este punto, si de por sí ya existen dificultades a un nivel sólo de definición, el camino resulta más sinuoso cuando nos proponemos investigar sobre la motivación de sentencias teniendo como elemento primario de argumentación al ordenamiento jurídico comprendido en una ratio decidendi de un precedente vinculante y no en la norma escrita o ley.

Ahora bien, parte de la dificultad de lo hasta ahora afirmado recae en la utilización del silogismo como principal técnica argumentativa y ello para conferir algún tipo de racionalidad a la motivación y evitar que se constituya como mero acto volitivo de arbitrio del juez o en mero devaneo interpretativo. Este modelo pecó de excesivo simplismo y fue por ello que se califica como práctica semi-racional, inclusive siendo un modelo de mera automatización en la creación de una motivación judicial. Percíbase cómo aun a este nivel se habla de estructura de la decisión judicial (silogismo), dejando de lado el tema de la motivación propiamente dicha.

Si la motivación como actividad intelectual del juez comprende hoy en día el otorgamiento de sentido a los hechos y al ordenamiento jurídico aplicado al caso concreto [independientemente por ahora de la fuente

---

7. Tarello, Giovanni. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino. 1987. P. 243.

de derecho elegida] cabe entonces preguntarse si el juez siempre estará en la postura de aplicar silogísticamente todo el ordenamiento jurídico. Parece que no.

Una primera aproximación a este perfil funcional o metodológico de la motivación pasa por advertir que el esquema abstracto del silogismo fue minado o puesto en crisis por aquellas corrientes que combaten el uso de estos instrumentos inherentes a una corriente positivista<sup>8</sup>. En efecto, la constatación empírica o práctica nos invita a reflexionar de que el silogismo no responde satisfactoriamente – en realidad ni siquiera calza – a otros elementos que la decisión necesita o amerita, tales como la interpretación e integración de disposiciones abiertas, vagas, ambiguas o, inclusive, insuficientes.

De forma comparada, en los países adscritos a la tradición del common law esta práctica deductiva lógica silogística no fue bien aceptada ni por el realismo norteamericano y, a nivel de civil law, ni por el realismo escandinavo, ya que sólo en la tradición continental heredera de la influencia post-revolucionaria francesa, la técnica silogística sirvió muy bien para combatir determinada irracionalidad plasmada en las decisiones judiciales. Como sabemos, el principio de legalidad sirvió adecuadamente para restringir al máximo cualquier intento de otorgar significado al documento normativo, más allá de la voluntad del legislador.

Observemos los trabajos teóricos en torno a la definición de motivación.

Picó i Junoy<sup>9</sup> afirma que la obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, sino que el deber de motivación que la Constitución y ley exigen impone que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente.

Hasta este punto se ha afirmado lo que no es la motivación y que el concepto aún embrionario de motivar debe comprender, previamente, una argumentación, entendiéndose, para ello, el uso de los dos elementos inescindibles o mínimos de una sentencia argumentada: hechos y derecho.

---

8. Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. P. 34.

9. Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch Editor. 1997, p. 60.

Sin embargo, el teórico español afirma posteriormente que, en cualquier caso, la motivación de las sentencias debe necesariamente atender al sistema de fuentes normativas, esto es, tiene que fundarse en derecho. Nuevamente, la bitácora propuesta por el dogmático resulta funcional y útil dado que revela una carga argumentativa y racional al momento de motivar la sentencia, y ello teniendo como primer bastión de racionalidad o de elemento cierto a las fuentes del derecho.

Sin perjuicio de todo ello, concluye la definición manifestando que dentro de las finalidades de la motivación, la misma cumple el mandato de que el juez esté sometido al imperio de la ley.

Apréciase que la remisión directa de motivación como forma de utilización de una fuente primaria del derecho – ley – impone que el juzgador deba, para ello, estar sometido al acto de autoridad parlamentario puesto legítimamente por el Estado, desconociendo de tal forma que dentro del ordenamiento jurídico a aplicar o, mejor aún, dentro de las fuentes normativas que el juez podría utilizar esté comprendida la jurisprudencia. Esto no satisface un presupuesto teórico para poder identificar en la motivación la utilización de rationes decidendi emitidas en determinado precedente vinculante, a menos que entendamos por sometimiento a la ley el sometimiento a la jurisprudencia vinculante.

González Pérez <sup>10</sup>identifica que la sentencia debe exponer los motivos en que se funda. Interesante advertir en tal afirmación que se hace la remisión directa al contenido de la motivación sin explicitar el cómo motivar.

Prosigue afirmando que la exigencia del principio de tutela jurisdiccional y su razón de ser descansa en la interdicción de la arbitrariedad, debiendo ser una decisión razonada en derecho. Nuevamente, en este punto se advierte una equiparación casi subliminal entre la motivación y la decisión cayendo nuevamente en la proto-definición de que la motivación consiste en sustentar la decisión de una sentencia.

El profesor peruano Monroy Gálvez<sup>11</sup> indica que la motivación de las sentencias comprende una exigencia dirigida al juez en el sentido que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones. Nuevamente, apreciamos que el contenido de la motivación para el profesor peruano es el qué es el motivar, entendiendo para ello la fundamentación con ar-

10. González Pérez, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3ª ed. Madrid: Civitas. 2001. P. 269.

11. Monroy Gálvez, Juan. Introducción al proceso civil. Bogotá: Temis. 1996. P. 85.

gumentos de hecho y de derecho. Sin embargo, la definición del qué es motivar debe dar paso al cómo motivar considerando que las definiciones de la motivación de la sentencia son anteceditas por perspectivas filosóficas, políticas y constitucionales, sobre las cuales, al existir una alta carga de elementos adscriptivos de sentido, generaría disenso entre la propia doctrina.

Colomer Hernández<sup>12</sup> trascendiendo la mera perspectiva volitiva o psicológica de la motivación, aporta al contenido de la misma introduciendo elementos de razonabilidad, racionalidad y coherencia específicamente preponderando el contexto de justificación antes del contexto de descubrimiento. Sin embargo, la tesis del profesor español, al final, acaba centrándose más en el aspecto de la deliberación antes de continuar escudriñando en los contornos de la motivación. Esto es una marca patente de que la gran mayoría de estudios relativos a la motivación pareciera que tiene como objeto de estudio, en realidad, a la decisión.

Un poco más cercano al contexto actual encontramos a Marinoni, Sarlet y Mitidiero<sup>13</sup>, quienes investigando el contenido del deber de motivación en el Estado Constitucional los tres coinciden en algo importante dado que el contenido ofrecido al deber de motivación se concentra en el cómo se procede a motivar. De tal forma, siguiendo la línea de los profesores brasileros mencionados, afirman que la motivación requiere en su articulación mínima, a) la enunciación de las elecciones desarrolladas por el órgano jurisdiccional para; a.1) individualizar las normas aplicables; a.2) declarar las alegaciones de hecho; a.3) calificar jurídicamente el soporte fáctico; a.4) determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la calificación jurídica del hecho; b) el contexto de los nexos de implicancia y coherencia entre tales enunciados y; c) la justificación de los enunciados en base a criterios que evidencian corresponderse con las elecciones interpretativas del juez.

Como es posible apreciar, la definición otorgada más allá de revelar una naturaleza jurídica del instituto tratado invita a indagar en la mecánica o en la funcionalidad o forma de cómo se motiva. De tal forma, la carga argumentativa revelada en dicha definición o modelo se acerca un poco más a la idea de motivación pero a partir de precedentes vinculantes.

---

12. Colomer Hernández, Jesús. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Madrid: Tirant lo Blanch. 2002. P. 145.

13. Sarlet, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT. 2012. P. 665.

Sin embargo, creemos que este modelo tampoco contiene la mención a la *ratio decidendi* proveniente de un precedente como fundamento de derecho o como elemento argumentativo mínimo a ser comprendido y utilizado al motivar una sentencia en la que la resolución del caso esté asentada ya en una interpretación contenida en un precedente. Casualmente, a la fecha de publicación de tal obra – 2012 – en Brasil aún regía el Código de Processo Civil de 1973, el cual a la fecha ha sido derogado para dar paso al nuevo CPC aprobado el 2015 y actualmente vigente. Veremos posteriormente que este cuerpo normativo sí comprende en el deber de motivar la exposición de los fundamentos determinantes del precedente vinculante que el juez utiliza para la resolución del caso concreto.

Esbozando algunas premisas de cuño conclusivo del presente ítem, cabe mencionar que la insuficiencia funcional del silogismo propio de un modelo jurisdiccional netamente positivista conllevó a investigar otras técnicas argumentativas basadas en otras fuentes del derecho, lo cual produjo que sólo hasta hace poco las jurisdicciones del civil law admitieran como normal – o, de repente, necesario – el uso de los precedentes. Este punto amerita particular atención ya que el uso y aplicación de precedentes importa un trabajo de motivación diferente al utilizado al aplicar la norma escrita o la fuente de derecho ley.

## **2.1. Racionalidad y no representatividad judicial: la necesidad de motivar**

No debemos dejar de lado que todo acto que impacte en la vida del justiciable o del ciudadano en toda y cualquier relación con el Estado debe ser un acto motivado, fundamentado en derecho o, cuando menos, debe indicar las razones por las que el ordenamiento jurídico afecta positiva o negativamente al titular de tutela jurisdiccional. Sostener lo opuesto conllevaría a pensar que el propio Estado, a través del Poder Judicial actúa como el *big brother* de Orwell en el sentido de que actúa autoritariamente porque cree que es bueno y porque todo ello está basado en motivos de íntima convicción. Esto implicaría decir que el justiciable puede tener su esfera jurídica vulnerada ya que la jurisdicción ejerciendo el *imperium* sin motivar bordearía el sendero del autoritarismo.

En esa línea de pensamiento, a diferencia de un acto legislativo o ejecutivo, el acto procesal denominado sentencia es el único acto de poder estatal que debe tener una fundamentación calificada, debiendo

expresar de forma argumentada los motivos por los cuales impacta negativa o positivamente en la vida del justiciable.

El juez es un agente de poder que, a diferencia de sus pares legisladores o administradores públicos, ha sido puesto de forma no representativa, por lo que los actos con los cuales afecte la vida de la ciudadanía deben ser rigurosamente motivados para poder legitimar el poder que está ejerciendo.

No es por otra razón que Cappelletti señalaba muy bien que la etimología de la palabra sentencia proviene del latín *sententiae*, variante del *sentire*<sup>14</sup>. Obviamente estos términos, en su raíz, están ligados al sentimiento a la idea de lo justo y, muchas veces, a una idea iusnaturalista, moral o radicalmente volitiva en lo que respecta a las convicciones del juez para motivar una sentencia.

Es innegable que la motivación no se encuentra tanto en la parte considerativa, sino en los pliegues intelectuales ocultos del juez, y que exactamente para evitar esta irracionalidad o salto hacia el derecho libre es necesaria la dosis de argumentación basada en elementos tangibles como los hechos y el derecho.

Casualmente al momento de superar esta perspectiva psicológica de la motivación, el aporte racional, real, tangente y positivo a ser plasmado en la sentencia debe ser un acto de poder puesto por el Estado, por ejemplo, las leyes.

Unida a la premisa anterior, el deber de motivar pasa exactamente por constituirse en una práctica racional y no volitiva, y esa dosis de racionalidad radicarán en el sustento a elementos reales, tales como los hechos y el derecho. Sin embargo, esta racionalidad argumentativa no puede restringirse, creemos, a la sola elección de la ley para resolver y motivar una sentencia, y ello porque casualmente pueden existir situaciones jurídicas controvertidas no reglamentadas o tuteladas normativamente y que las Cortes Supremas hayan innovado de forma reglamentaria a nivel jurisprudencial para otorgar una tutela a una situación no prevista por la ley. En ese caso, al constituirse tal respuesta en un precedente vinculante, este elemento pasará a ser el contenido de la motivación de una sentencia que se disponga a resolver esta cuestión jurídica, resuelta no por la ley, sino por un precedente vinculante. Ahí nuevamente radica la indagación: ¿Cómo motivar a través de precedentes vinculantes?

---

14. Cappelletti, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJE. 1974. P. 4.

El primer fundamento filosófico o de teoría general del derecho lo propicia la fragilidad de la teoría clásica de las fuentes del derecho. Ciertamente, existe una fractura en los sistemas codificados no sólo por la insuficiencia normativa o falta de completitud de todas las situaciones sociales, sino porque la propia actividad interpretativa del juez lo hace fugar de continuar aplicando la metodología matemática proveniente del silogismo judicial. Esta fragilidad codificatoria se da en el sentido de que los propios códigos o dispositivos normativos carecen de una total certeza o comprensión de las tutelas materiales que podría prestar el propio ordenamiento. Sumado a ello, la equivocidad del texto normativo permite la emergencia de más de un significado a una disposición normativa y con ello surge la divergencia interpretativa que debe ser pacificada o resuelta por las cortes supremas mediante el establecimiento de precedentes.

Pues bien, llegado el punto en el que el producto normativo a aplicar para la resolución del caso es una *ratio decidendi* contenida en un precedente, es plausible afirmar que el modelo argumentativo de las decisiones judiciales pasa por tomar como norma de solución aquella emitida jurisprudencialmente en el precedente, dejando de lado la aplicación subsuntiva de la disposición legal.

Finalmente, semejante constatación nos lleva a afirmar lo siguiente: i) es necesario repensar el concepto y función del término jurisdicción en función de las teorías interpretativas y; con ello, ii) es consecuente pensar en nuevas funciones de las cortes supremas e identificar si hoy en día el acto de motivar las sentencias tiene como método argumentativo el utilizar y aplicar *rationes decidendi* contenidas en precedentes vinculantes.

### **3. LA JURISDICCIÓN VISTA DESDE LAS TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

La evolución de la teoría del derecho y de la teoría de la interpretación sobre el concepto de derecho pone de manifiesto que el intérprete u operador del documento normativo realmente produce una norma jurídica a partir del texto normativo. De tal forma, la idea de que la interpretación simplemente revela el significado predeterminado por ley es substituida por el de la atribución de sentido al derecho<sup>15</sup>. Siguiendo

---

15. Marinoni, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Thomson Reuters. 2012. P. 79.

con tal premisa, la corte suprema y la función interpretativa inherente a ella no puede reducirse o limitarse a la teoría formalista mediante la cual sólo se investiga y de revela el significado implícito de la disposición normativa. La opción interpretativa, la valoración y elección de un significado deben ser actos justificados por parte de la corte suprema, opciones argumentativas racionalmente aceptables. La jurisdicción entendida como la mera declaración de la voluntad de la ley de modelo chiovendiano pasa a un segundo plano para dar lugar a otras opciones interpretativas justificadas para el otorgamiento de un sentido a la ley. No obstante, y de forma breve, es necesario revisar las principales teorías interpretativas las que a su vez sirvieron – o aún sirven – para dar contenido y definición al término jurisdicción.

### 3.1. Teorías formalistas

La teoría de la interpretación adecuada a los ideales de la Revolución Francesa y, así, a la idea de que el juez debe afirmar las palabras de la ley, es la denominada teoría cognitivista o formalista. En expresiva definición, Guastini afirma que según esta teoría que convendremos llamar de cognitivista – pero también de formalística – la cual es inherente a la doctrina jurídica del Iluminismo, consiste en que la interpretación es un acto de descubrimiento o de conocimiento del significado<sup>16</sup>.

El término “norma jurídica”, bajo el manto protector de tal teoría, era considerado como el contenido implícito en la ley. El juez o el operador jurídico, al interpretar esta disposición, simplemente afirmaba el significado ya fijado por una autoridad estatal anterior al Poder Judicial. Es lícito afirmar que tal concepción era tributaria de los ideales de coherencia y completitud del derecho legislado, mediante la cual el parlamento otorgaba ya el producto jurídico final. Evidentemente todo ello era bienvenido para los ideales del Estado Liberal Clásico. Tan fuerte resulta el impacto de esta teoría interpretativa que incluso el propio profesor Guastini indica que tal teoría puede ser relacionada con la casación clásicamente concebida<sup>17</sup>.

El formalismo interpretativo es totalmente rechazado por la cultura jurídica contemporánea al punto de no poder adscribir o atribuir esta teoría interpretativa a la labor intelectual que realiza una corte suprema de precedentes o, en términos generales, a la jurisdicción ejercida

---

16. Guastini, Riccardo. Interpretare e argomentare. P. 409.

17. Ibid, ibidem, p. 410.

por las magistraturas nacionales. Es por ello que una función contemporánea de la corte suprema y de la jurisdicción no puede reducirse a la simple declaración de la voluntad exacta del legislador o el significado exacto de la ley<sup>18</sup>.

### 3.2. Teorías escépticas

Como antagonista de la teoría formalista surge la teoría escéptica, la cual representa en su vertiente más fundamentalista el antiformalismo y el antipositivismo los cuales son propios al *freirecht*. La idea de la decisión libre rechaza la concepción positivista del Estado, del derecho y de la ley. El raciocinio casi deductivo del juez es una apariencia puesto que los valores en los que funda su decisión nada tienen que ver con una actividad *intra legem*<sup>19</sup>.

Concretamente, la teoría escéptica fundamenta que la actividad de interpretar consiste en un acto de valoración y decisión. Difiere de la teoría formalista porque mientras la primera tan sólo busca un pre-significado, la teoría escéptica trae consigo una actividad valorativa y de elección de una determinada interpretación dentro de tantas otras existentes. El texto legal no tiene per se una significancia predeterminada, por el contrario, las palabras de la ley o de cualquier documento normativo son dependientes del intérprete, quien al texto le atribuye o adscribe un determinado valor y significado, porque al final del día, textos normativos son signos lingüísticos con potencialidad de ser interpretados de una u otra forma.

Un elemento importante a considerar es que esta teoría interpretativa comprende que cada texto normativo, cada enunciado normativo, cada simple disposición es, de hecho, interpretado de modo diverso por diversos operadores<sup>20</sup>. Ello supone un mayor protagonismo de la actividad intelectual del juez. A raíz de ello es que se entiende que el juez, frente a la disposición jurídica, antes de otorgarle un significado y atribuirle valor, la precomprende<sup>21</sup> para, posteriormente, individualizar y

18. Taruffo, Michele. *La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. P. 89.

19. Wróblewski, Jerzy. *Ideología de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2008, p. 78 y ss.

20. Guastini, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 3.

21. Teniendo en consideración los factores limitativos de extensión, sobre la precomprensión, remitimos al lector a, Essef, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: ESI, 1983, p. 132; Zaccaria, Giuseppe. *Razón jurídica e inter-*

elegir la norma jurídica a ser producida por dicho intérprete e intentar dar unidad a la diversidad de significados de los enunciados normativos.

El problema es que algunos adherentes a esta teoría interpretativa escéptica no toman en cuenta la importancia de la ley escrita, llegando al punto de desconsiderarla y reconocerla insuficiente para determinar la decisión a ser dada a un determinado caso. Tal creencia revelaría la más fundamentalista de todas las negaciones a la autoridad estatal y al producto jurídico puesto por dicha autoridad. El profesor Guastini hace la salvedad que en todo ambiente cultural dado, los usos lingüísticos corrientes admiten una gama ilimitada de significados posibles para toda expresión dada. Las atribuciones de significado que no caen dentro de esta gama son difícilmente sustentables. Es obvio que entre los hábitos lingüísticos difundidos están incluidas las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo. Son escasamente practicables todas las interpretaciones que el intérprete no esté en condición de argumentar (o motivar) de manera convincente según los patrones de racionalidad acogidos en su ambiente cultural<sup>22</sup>. Con ello se hace la importante objeción que la actividad interpretativa, si bien es intelectual y propia de cada intérprete, no puede ser exclusiva y excluyentemente volitiva y vivir alejada de la racionalidad otorgada por la argumentación jurídica. Recordemos, al final del día, que la ansiada seguridad jurídica en el civil law se dio a través de la certeza del derecho plasmada en la ley escrita.

---

pretación. Madrid: Civitas, 2004, p. 253; Delgado, Christian. *Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos*. Tesis de maestría en Derecho Procesal Civil. Curitiba: Universidade Federal do Paraná-Brasil, 2011, p. 170. Tan sólo con miras a esclarecer la terminología precomprensión de las disposiciones normativas, Esser entiende que en la aplicación de las disposiciones normativas son determinantes las metas que son legadas a tales normas como modelos de reglamentación. Para concretizar una disposición normativa [por lo general una cláusula abierta o un dispositivo normativo lato, abierto, vago] se necesita precomprender dicha disposición a través de la adopción de elementos extrajurídicos y que pueden ser encontrados en las máximas de conducta, reglas de la experiencia, valores no expresados en el ordenamiento jurídico, los cuales, en su conjunto, constituyen elementos pre-jurídicos. Creemos que esta técnica bien podría maridar con la actividad de valoración y elección de un significado inherente a las teorías escépticas de la interpretación. Recuérdese con Hruschka que el texto jurídico no comprendido, no entendido, permanece como letra muerta sobre la carta por ser exactamente eso, un texto jurídico. Cfr. Hruschka, Joachim. *La comprensione dei testi giuridici*. Napoli: ESI, 1983, p. 3.

22. Guastini, Riccardo. *A interpretação: objetos, conceitos, teorias. Das fontes as normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 133-134.

### 3.3. Texto y significado

Rescatemos algunas ideas hasta este punto.

Contrariamente a lo que es sustentado por el formalismo interpretativo, los signos lingüísticos no poseen significados únicos e inmutables. No existe un único significado intrínseco al texto legal que venga pre-determinado o customized por el legislador. La norma [interpretación-producto] no está en el texto o documento legal, lo que determina que no exista sinonimia o equiparación entre texto y norma.

No obstante, y por más desarrolladas que se encuentren las teorías de la interpretación, existe la impronta de llamar al texto legal como norma y afirmar que el juez, al decidir, declara la norma. Ahora bien, si hemos concordado que el texto normativo no tiene un significado en sí – o mejor, no contiene la voluntad del legislador – le está facultado al juez poder atribuir un determinado sentido y significado. De esta forma, debe quedar en claro que la operación intelectual que conduce del enunciado al significado no es interpretación. La disposición es el objeto de la interpretación, la norma es el resultado. Dicho de otra forma, la disposición es la fuente de la norma a través de la interpretación<sup>23</sup>.

Lo interesante es que en la obra del profesor Guastini, se demuestra claramente que la creencia difusa en el sentido de correspondencia biunívoca entre disposición y formulación de la norma, es una creencia falaz. Advierte, en tal sentido, que toda disposición es más o menos vaga y ambigua, de modo que tolera diversas y conflictivas atribuciones de significado. De tal forma, a una única disposición corresponde no sólo una sola norma, sino una multiplicidad de normas disociadas. Una única disposición tiene la capacidad de contener más normas disociadas unas de las otras, de acuerdo con las diversas interpretaciones posibles<sup>24</sup>.

Es importante identificar que ante la variedad de disposiciones normativas pasibles de generar a través de la actividad interpretativa más de una norma, ello determinará la existencia de disenso entre los operadores jurídicos y los intérpretes. Concretamente, la interpretación judicial es caldo de cultivo de una miríada de interpretaciones y significados. Ante ello surge la crisis interpretativa o la divergencia interpretativa que acaba configurando una esquizofrenia interpretativa. Una corte suprema que tenga por función dar uniformidad ante la interpretación de la

---

23. Guastini, Riccardo. Interpretare e argomentare. P. 63-64.

24. Ibid, ibídem, p. 65-66.

norma ciertamente conseguirá reducir el disenso en aras de la seguridad jurídica e igualdad.

Todo este pasaje transitado nos lleva a afirmar que las teorías de la interpretación jurídica – que ciertamente impactarán de forma medular en el quehacer jurisprudencial – han cambiado radicalmente no sólo el concepto de la jurisdicción, sino que han puesto en evidencia una circunstancia por demás evidente hace ya varios años. Ella es la utilización de precedentes vinculantes para pacificar las divergencias interpretativas a raíz de la atribución del sentido que la magistratura le otorga al ordenamiento jurídico.

Si ello es correcto, se erige la jurisprudencia como una fuente primaria de derecho que ante determinadas situaciones exigirá que la misma sea igualmente aplicada como lo es la ley o la norma escrita.

Identificada esta “nueva” situación, toca dedicarnos entonces a cómo cambia el íter argumentativo cuando un juez decide utilizar como fundamento de derecho una *ratio decidendi* contenida en un precedente.

#### **4. CAMBIO PARADIGMÁTICO DEL DEBER DE MOTIVAR.**

Kuhn<sup>25</sup> advertía que cuando determinado objeto de estudio de una ciencia llega a un pico de crisis en el cual no pueda dar más resultado a un problema implantado, se necesita un cambio paradigmático que más que resolver la coyuntura mueva una base cimentada de dicha ciencia en la que se enclaustra el problema.

Si ello lo transportamos al ámbito jurídico se revela evidente que el positivismo jurídico ha llegado al punto de implantar en el ideario la normalidad de la motivación como práctica automática del juez, imposibilitándolo a: i) dar significado a los textos normativos y; ii) motivar sus sentencias basados en otras fuentes del derecho que no fuesen las normas escritas.

Sabemos que encontrar el derecho involucra más que mirar o contemplar una previsión legal en un código y leer la consecuencia jurídica. El razonamiento jurídico que exige la motivación de la sentencia tiene que ver más con una investigación entre todas las opciones interpretativas derivadas del texto normativo cuál de ellas se aplica para la tutela del caso.

---

25. Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2007. P. 117.

Ahora bien, en terrenos del precedente vinculante, identificada la existencia de una ratio útil y necesaria para la tutela del caso concreto, se pasa al siguiente nivel que es el de entender dicha regla, interpretarlo en el sentido de identificar la comunidad de hechos y cuestiones jurídicas y, de ser el caso, aplicarlo al caso concreto y darle significancia a través de la motivación, pero esta vez a través de una ratio y no de un significado extraído de un texto normativo.

Entendemos que el cambio o ruptura del modelo de motivación inherente al positivismo jurídico más conservador se da por el hecho de que a nivel argumentativo o de construcción lógica y racional de la sentencia el juez utilizará como elemento mínimo de argumentación una ratio decidendi así como los otros puntos del precedente como fundamento jurídico a ser aplicado al caso concreto.

Recordemos que el precedente no se equipara a la decisión del caso concreto o con su justificación. La ratio es la norma a ser aplicada para la solución del caso pero los supuestos de hecho también nos lo otorga el precedente, por lo que al estar frente a un caso que requiera la aplicación del precedente, el juez deberá interpretar este precedente, identificar los hechos materia de controversia así como el debate jurídico y calzar estos con los del caso en concreto. Sólo después de haber comprobado la identidad de estos elementos extraerá la ratio del precedente y la aplicará al caso en concreto.

Ocurre que en varios países adscritos a la tradición del civil law, la ratio decidendi se encuentra explicitada en la parte considerativa del precedente, por lo que no existiría la necesidad de extraer un significado del precedente y extraer la norma implícita emitida por las cortes vértice.

Sin que este modo de explicitación de la ratio comprometa el hablar de una teoría del precedente, cuestiones de legitimidad de las cortes y apego de una directriz normativa hacen que diversos países regulen la necesidad de explicar el extremo normativo del precedente, o revelar su ratio por cuenta del mismo órgano emisor. La opción por uno u otro sistema no puede determinar un juicio de corrección o no al hablar de la teoría del precedente, siendo, inclusive, mucho más práctico para la magistratura conocer las ratios explicitadas por las cortes de vértice.

El hard core de este ítem radica en constatar que lo que denominamos por cambio paradigmático en la motivación de las sentencias pasa por: i) reconocer la necesidad de tener un sistema de precedentes; ii)

identificar que ante situaciones de ausencia o deficiencia normativa la aplicación de un precedente se hace necesaria pero, ii.i) para constatar ello, antes deberá tenerse como presupuesto que el factor argumentativo jurídico no será más, para la solución del caso, de un dispositivo normativo, sino de una norma jurisprudencial. Todo ello llevará a la situación de que ante la inminente necesidad de aplicar un precedente, la forma de argumentar y motivar una sentencia cambiará radicalmente, puesto que el juez podrá interpretar el precedente y, con esto, utilizar técnicas interpretativas que se distancian de las técnicas de interpretación de dispositivos normativos.

## **5. LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS A TRAVÉS DE PRECEDENTES.**

La decisión judicial – y específicamente, la sentencia – al poner fin a la controversia y otorgar una tutela jurisdiccional del derecho, necesita concretizar la norma vinculante al caso concreto, conteniendo, así, la regla de aplicación para solución del caso bajo análisis.

Si esto es así, y si la regla aplicable al caso concreto proviene de un precedente, consecuentemente el contenido de la motivación comprenderá la explicitación o identificación de la *ratio decidendi* así como la identificación de su contenido, de su significado.

Casualmente, esta forma de motivar la sentencia supone tomar como elemento inescindible o mínimo ya no necesariamente una norma escrita o el derecho legislado, sea una regla o principio, sino, una razón de decidir que provenga de un precedente vinculante. Así, los elementos mínimos de argumentación a ser utilizados en este caso, tal como sucede a nivel de *common law*, pasa por identificar, ahora, como fuente primaria de derecho la jurisprudencia, a través de la aplicación o utilización de un precedente vinculante como regla para la decisión del caso concreto.

En un escenario comparado, Chiassoni<sup>26</sup> propone, de *jure conditio*, que en la motivación el juez debe: a) indicar los motivos por los cuales ha considerado aplicable a una cierta *fattispecie* determinada disposición de ley o principio de derecho a preferencia de otro; b) indicar por cuáles motivos ha atribuido un cierto significado a la disposición de ley empleada; c) indicar por cuál motivo ha restringido o ampliado el ámbito de aplicación de un principio de derecho implícito; d) indicar por cuáles motivos ha considerado no poder atribuir un cierto significado

---

26. Chiassoni, Pierluigi. *La giurisprudenza civile*. Milán: Giuffrè. 1999. P. 45.

a una disposición de ley invocada por las partes; e) indicar por cuáles motivos ha considerado que un determinado principio sea de derecho positivo; f) indicar por cuál motivo ha considerado adherirse o no a un cierto precedente.

No nos detendremos en explicar o profundizar sobre los razonamientos justificativos o decisorios que comprende la motivación. Queremos hacer énfasis en lo que casualmente Chiassoni coloca como última deber de motivar para el juez: explicar por qué se adhirió o apartó de un precedente.

Para comenzar, de todo el arcabuz doctrinario que hemos puesto en análisis en los primeros ítems de este ensayo ha quedado establecido que la doctrina procesal civilística del civil law dio papel protagónico a la fuente del derecho ley frente a la jurisprudencia para que esta primera funja, exclusiva y excluyentemente como único insumo racional para construir lógicamente una sentencia.

Con ese trayecto trazado, es imprescindible entender que el objeto de aplicación e interpretación en esta motivación de sentencias por precedentes es, justamente, un precedente vinculante el cual contiene una o más de una ratio decidendi. Para fines didácticos, toca ver qué es precedente vinculante y diferenciarlo de otras categorías relativas a la decisión judicial.

### **5.1. Excursus sobre el precedente vinculante: su definición y utilidad en la motivación de sentencias.**

Existe una promiscuidad conceptual frente a algunos términos comprendidos por la teoría de la decisión judicial. Intentaremos explicar o diferenciar cada uno de ellos para, luego, afirmar como objeto de motivación las rationes decidendi contenidas en precedentes vinculantes.

De tal forma, el término jurisprudencia, quizás por uso o costumbre, ha servido para hacer de ella un instituto jurídico promiscuo dado que comparte muchas definiciones y/o utilidades sin identificarse con alguna de ellas. Así, se hace alusión a jurisprudencia vinculante como sinónimo de precedentes, o como jurisprudencia dominante, como simple tendencia interpretativa de determinado órgano jurisdiccional. Es decir, sin que la misma constituya una fuente de derecho nuestro formante doctrinario y legislativo obsequia a la jurisprudencia una calidad de fuente que jamás la tuvo, afirmándose que no sólo los precedentes vinculantes deben ser observados, sino también la jurisprudencia trascendente.

Parece indispensable esclarecer algunos institutos afines pero distantes entre sí, más aún si pretendemos individualizar y examinar el término precedente.

Veamos.

La jurisprudencia no es más que una colección de decisiones (sentencias) de determinado tribunal respecto a una determinada materia o sobre un mismo asunto. No obstante, esta expresión hace alusión al uso reiterado de decisiones judiciales como ejemplo de lo que los tribunales están indicando en una línea de entendimiento<sup>27</sup>. Esto no tiene algún tipo de vinculación más allá que los efectos inter partes del dispositivo de la sentencia. Entonces, en el lenguaje usual del jurista, la jurisprudencia alude a un conjunto de decisiones judiciales, que a la vez dista del término hacer jurisprudencia, relativo a una cierta dirección interpretativa o aplicativa<sup>28</sup>, que, como repetimos, no contiene un holding o vinculación alguna para el resto de órganos jurisdiccionales. Ello es así por una sencilla razón: más allá de una taxonomía que incluya qué es fuente de derecho o no, por la influencia filosófico-política de la separación de poderes inherente a los países de civil law<sup>29</sup> de matriz político-jurídica post-revolucionaria, la jurisprudencia no podía ser considerada fuente formal del derecho y, por ende, no constituía un elemento mínimo en la argumentación propia del órgano jurisdiccional al momento de elaborar una sentencia.

Esta fuerza vinculante de la cual la jurisprudencia carece se da en el marco del reconocimiento de esta como una fuente indirecta, secundaria y material del derecho, no como fuente formal dado que por normas de competencia, los órganos jurisdiccionales no son competentes para otorgar el alcance general normativo a sus decisiones.

Por otro lado, mayor problema podría generar el término doctrina jurisprudencial.

En lo atinente a la doctrina jurisprudencial, ella podría ser definida como persuasiva, que es únicamente seguida por un juez cuando está convencido de su corrección o aplicabilidad al caso concreto. No es vinculante dado que sólo induce al juez a calcar una decisión superior y anterior aplicable al caso concreto. La misma resulta ser declarativa, no pesando sobre ella la regla del stare decisis. Sucede que a nivel nacional se ha regulado en el art. VI del Código Procesal Constitucional la figura

27. Cf. Zanetti Jr., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Bahia: JusPodium. 2015, p. 324.

28. Cf. Guastini, Riccardo. Teorie e dogmatica delle fonti. Milan: Giuffrè. 1998, p. 97.

29. Verde, Giovanni. Il difficile rapporto tra giudice e legge. Napoles: Edizione Scientifiche Italiane. 2012, p. 95.

de la doctrina constitucional producida por el Tribunal Constitucional peruano. Si bien es cierto que tanto la doctrina constitucional [art. VI del CPConst.] como el precedente constitucional [art. VII del CPConst.] podrían generar dudas en lo que respecta al posible y común efecto vinculante de los mismos, la diferencia radica en que la primera es persuasiva mientras que el segundo es relativamente vinculante. Muestra de ello es que la doctrina constitucional o, precisa y genéricamente – la doctrina jurisprudencial – no contiene en su parte considerativa la exposición clara y precisa de las rationes decidendi a ser estudiadas y aplicadas por la magistratura nacional. En cambio, tanto el precedente constitucional como el judicial sí contienen en su forma de redacción la enumeración o listado – explícito – de la(s) ratio(nes) decidendi contenidas en el precedente-sentencia. De tal forma – y brevemente – la doctrina jurisprudencial no es más que un auxilio interpretativo cuando el juez de grado inferior o el que la produjo se siente persuadido de la corrección de tal interpretación para la resolución del caso en concreto, debiendo ser el aplicador de tal interpretación que extraiga la razón de decidir<sup>30</sup>.

Por otro lado, un precedente relativamente vinculante retrata una técnica de argumentación jurídica consistente en la aplicación de una regla jurisprudencial producida por una corte vértice en la densificación y comprensión de reglas aplicables a un caso concreto en base a sus circunstancias fácticas y jurídicas, bien sea para dar una solución a una situación no reglamentada o para diluir la divergencia interpretativa entre dos o más disposiciones normativas. En el momento del análisis de este precedente-sentencia se extrae la ratio decidendi o núcleo del precedente, constituyendo la regla jurídica jurisprudencial a ser aplicada posteriormente a los casos análogos al del precedente. Resáltese que en estos casos, el órgano jurisdiccional puede apartarse del precedente-regla si existen fundadas razones para ello, es decir, si lo considera claramente incorrecto, por el derecho o por los hechos. Es en lo que en realidad ha devenido el precedente vinculante, con el agregado de relativamente vinculante, dado que no existe sistema jurídico o legislación en donde, idealmente, el precedente deba ser aplicado irrestrictamente sin posibilidad de apartamiento. Esta posibilidad de apartamiento – por cuestiones de hecho o derecho que no fundamentaremos en este espacio – retrata el carácter relativo del precedente vinculante.

30. Ver Grandez, Pedro. Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú. En: Estudios del precedente constitucional. (Coord. Edgar Carpio Marcos, Pedro Grandez). Lima: Palestra, 2007, p. 94. V. también Dyer, Edward. Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del análisis cultural del derecho. Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014, p. 36. Finalmente, ver Delgado Suárez, Christian. Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru. En: Revista de Processo. Vol. 205. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

### **5.1.1. Derecho jurisprudencial.**

El punto de quiebre está en no confundir el derecho jurisprudencial, entendido como repetición de decisiones reiteradas e influyentes, con el precedente relativamente vinculante. Creemos que es aquí en donde los argumentos vertidos en tal entrevista se tornan ambiguos en la medida que la jurisprudencia tanto como la doctrina jurisprudencial no podrían compartir tal vinculatividad así como aquella propia del precedente vinculante, sobre el cual pesa la regla del *stare decisis*.

De tal forma, atribuirle eficacia vinculante sería equipararla con la calidad vinculante del precedente, o sería lo mismo que afirmar que la jurisprudencia también deba ser observada y no sólo los precedentes vinculantes. Por ello, el término jurisprudencia vinculante acaba nublando el panorama para una definición e individualización del precedente.

Con ello, las premisas de que la jurisprudencia debe ser observada y respetada por los jueces además de los precedentes vinculantes, llegamos a concluir que no existiría algún elemento que la diferencie de la doctrina jurisprudencial y del precedente vinculante.

Jurisprudencia y doctrina jurisprudencial no se confunden con el precedente vinculante porque este último obliga al propio tribunal que decidió así como a las cortes inferiores a respetar su manutención en el tiempo y estabilidad. La característica tanto de la jurisprudencia cuanto de la doctrina jurisprudencial es actuar, a lo más, como elementos auxiliares de persuasión, siendo que el precedente se constituye como regla jurisprudencial obligatoria a ser aplicada no sólo por la magistratura, sino, observada por todo el ordenamiento jurídico. De tal forma, no resulta ser tan prioritario darle la calidad de requisito *sine qua non* al conocimiento de la jurisprudencia por parte de la magistratura nacional así como tampoco afirmar que, entonces, la jurisprudencia [en sentido lato] vendría a ser la principal herramienta del juez o fiscal. Un ejemplo diferenciador podría ser someter a análisis el artificio denominado pleno jurisdiccional y el instituto denominado precedente vinculante.

### **5.1.2. Jurisprudencia trascendente.**

Vale la pena detenernos en la clasificación o diferenciación entre la jurisprudencia vinculante (*sic*) y a la jurisprudencia trascendente.

Se afirma que no basta que la magistratura nacional deba respetar y aplicar precedentes vinculantes para tener por cumplido el requisito consistente en conocer la jurisprudencia. Adicionalmente, la jurisprudencia trascendente también debe ser considerada y observada.

Si bien es cierto que no logramos identificar en tales argumentos una definición de jurisprudencia trascendente, lo que sí es palpable en el medio forense y académico es la necesidad de que esta deba ser observada. Pero si el término jurisprudencia per se no reconduce a vinculación alguna, cabe indagar si el significado de trascendente ofrece calidad de vinculante a la jurisprudencia [que, per se no lo es]. Los argumentos dejan entrever que se trataría de aquella que teniendo efectos inter partes acaban generando un derrotero interpretativo posterior y serviría de criterio orientador y ordenador. Creemos, por lo anteriormente dicho, que ello no basta para otorgarle algún efecto vinculante de precedente a una jurisprudencia trascendente porque, para comenzar, no se ha esclarecido o esbozado nada respecto al criterio trascendencia de cualquier jurisprudencia para que ella pueda servir de criterio orientador y ordenador para la judicatura nacional.

Creemos, por otro lado, que no existe de forma objetiva un criterio para identificar o medir la trascendencia o relevancia de una jurisprudencia con miras a que esta sea observada o respetada por la judicatura. ¿Cuál es el standard de relevancia o trascendencia? ¿La mediatización o popularidad del conflicto a ser dirimido? ¿La calidad de las partes? ¿La potencial carga política del tema a decidir? Si por estos criterios la jurisprudencia [que, repetimos, carece de efecto vinculante] debe ser observada y respetada por los jueces y fiscales, habría que verificar, evaluar y extraer la trascendencia de "x" jurisprudencia de acuerdo a titulares de noticieros y primeras planas periodísticas. Debemos tener máxima cautela en ni siquiera dejar entrever que los mass media podrían trazar los senderos jurisprudenciales de algún caso, como para que, posteriormente, se le considere como de pública relevancia y sirva para que la judicatura nacional observe y se vea orientada por lo decidido en tal caso, ahora, trascendente. Como diría SHERWIN, se presenciaria una ruptura institucional si es que el Poder Judicial, en un esfuerzo para reivindicar su legitimidad, convergiese en un punto común con el marco de imágenes de los mass media<sup>31</sup> (...) dado que las cortes habrían internalizado, antes de todo, una lógica basada en las imágenes de la cultura popular, (...) lo cual acabaría tornando a la Corte Suprema en una fuente institucional de jurisprudencia de las apariencias<sup>32</sup>.

Como conclusión parcial, no cabe duda que entre jurisprudencia, doctrina jurisprudencial, precedente vinculante y decisión existen diferencias abismales. Entender la jurisprudencia como un elemento que considerativamente, por el sólo hecho de serlo, vincula a la judicatura

31. Sherwin, Richard. *When law goes pop*. Chicago: The University of Chicago Press. 2000, p. 5.

32. Sherwin, Richard. *Op. Cit.*, p. 141.

nacional al punto que debe servir de criterio orientador y ordenador es un error.

Todo ello resulta particularmente importante para los ámbitos de la motivación de sentencias.

Discriminados los productos judiciales vinculantes de aquellos no vinculantes, como afirma Iturralde<sup>33</sup>, el precedente vinculante conteniendo la *ratio decidendi* es lo que se erige como objeto de interpretación y aplicación en casos análogos y similares. Es por ello que sólo el carácter vinculante de un precedente representado en una *ratio* es el fundamento de derecho, la fuente material, que deberá ser utilizada para la resolución de estos casos ulteriores y análogos.

## **5.2. *Aplicación e interpretación de la ratio decidendi en la motivación de sentencias.***

Antes de proceder al método o forma de aplicar e interpretar una *ratio decidendi* motivando una sentencia para la resolución de un caso análogo posterior es imprescindible indagar las formas de explicitación de las razones.

Ello responde a una necesidad argumentativa para el aplicador: i) en caso estemos frente al sistema explícito de razones no será necesario indagar en la interpretación, regla o principio de resolución que constituye la carga vinculante puesto que ya habrá sido predeterminado por la corte vértice que lo afirmó; ii) en caso estemos frente al sistema implícito de razones, [inherente al *common law*] el trabajo argumentativo será redoblado debido a que el real juez del precedente será el segundo juez de la aplicación del mismo porque deberá indagar no sólo en los hechos materia de controversia a ser resuelta. Adicionalmente, deberá hurgar en la parte considerativa aquella regla, principio o axioma que sirvió a la corte vértice para dar solución al caso.

Ahora bien, el segundo sistema presente en los países adscritos al *common law* es denominado por Chiassoni<sup>34</sup> como modelo psicológico o intencionalista debido a que el segundo juez aplicador del precedente es el que hurgará en los confines casi axiomáticos, reglamentarios o princi-

---

33. Iturralde, Victoria. Precedent as a subject of interpretation. P. 110-111.

34. Chiassoni, Pierluigi. The philosophy of precedent. En: On the philosophy of precedent. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 2012. P. 25.

palistas del juez de corte vértice para recién extraer la regla o principio vinculante.

Las cortes de vértice de las tradiciones de civil law ostentan un sistema objetivo donde la estructura lógica de la decisión y de la interpretación es el paradigma, es el marco interpretativo definido que será posteriormente aplicado e interpretado.

Por tal motivo, acercándonos al trabajo argumentativo e interpretativo de la ratio para la aplicación de la misma en un caso posterior y la relativa construcción de la motivación, merece la pena analizar las formas de interpretar las rationes.

### **5.2.1. ¿Qué hacer con un precedente?**

#### **5.2.1.1. Sistemas explícitos.**

Por default, un precedente nace para ser aplicado y dar solución a una divergencia interpretativa.

Si es que debe ser aplicado, debemos indagar antes el sistema o tradición en el que nos encontramos por lo necesario que sería identificar si el precedente estará determinado de forma implícita o explícita. Cabe mencionar que esta diversidad de sistemas no pasa por un filtro de correcto o incorrecto. Responde a matices culturales e idiosincráticas que fugan de la explicación en este ensayo.

Como tercer nivel, luego de haber identificado o analizado los dos niveles previos, debemos identificar si las técnicas de interpretación/aplicación del precedente, según Chiassoni<sup>35</sup>, responden a técnicas textuales o meta-textuales.

El juez, como primer operador jurídico de los precedentes, deberá trazar como íter argumentativo elegir para el caso concreto la fuente de derecho. Si este caso en concreto ameritó la resolución anterior vía precedente vinculante, deberá disponer de las técnicas de interpretación, bien sean textuales o meta-textuales.

Iturrealde<sup>36</sup> nuevamente nos presenta dos modelos de razonamiento judicial con precedentes vinculantes.

35. Chiassoni, Pierluigi. The philosophy of precedent. P. 23-24.

36. Iturrealde, Victoria. Precedent as a subject of interpretation. P. 111.

El modelo *rule stating* donde alguna regla (*ratio*) es adscrita al precedente como aquella regla correcta y vinculante para la posterior resolución de casos análogos (al menos que sean distinguidos o revocados).

El modelo de la particular *analogy*, donde cada caso resuelto por la corte vértice es tratado como un ejemplo o paradigma de una correcta decisión dada a todos los hechos y como guía útil para casos similares.

Aquí surge la pregunta ¿qué casos similares y qué regla de derecho?

Cuando el sistema de enunciación de la *ratio* es explícito, no existiría mayor problema para el aplicador (juez) al momento de motivar su sentencia basándose en un precedente vinculante.

Más allá de existir claras diferencias y similitudes entre la analogía y el precedente, cuando la *ratio* viene explícitamente asignada o afirmada por la corte, el trabajo de interpretación a nivel vertical y horizontal es como sigue: i) la identificación de los puntos de derecho del caso concreto: i.i) la identificación de los puntos de hecho del caso concreto; ii) la identificación de los puntos de derecho del precedente; ii.i) la identificación de los puntos de hecho del precedente.

Analizados o contrastados tales elementos, al momento de motivar la sentencia y adoptar como fundamento de derecho o elemento básico de argumentación la *ratio* el juez deberá realizar una interpretación subsuntiva de los hechos del caso concreto con los del precedente.

Sin embargo, esto no es un panorama ideal. Por el contrario, no está exento de complejidades, y una de esas radica en la existencia de *ratios* plurales o razones plurales, configurando así un precedente con más de una *ratio* en donde la especificidad o vaguedad de cada una de ellas puede hacer que se utilice la técnica interpretativa *in extenso* o la *re-creation* del sentido interpretativo del precedente.

Otro potencial problema en el ámbito de los sistemas explícitos u objetivos de enunciación de precedentes radica en el hecho de existir diversidad de precedentes que configurando uno cada uno para casos análogos pueda generar un caos jurisprudencial por resultar conflictivos, incoherentes o contradictorios. La tan ansiada pacificación o uniformización de criterios puede ser justamente el mismo elemento que el precedente pueda colocar en riesgo. Nos explicamos: ante la divergencia de interpretaciones contenidas en precedentes el uso caótico de precedentes puede generar que para cada caso análogo o concreto exista más de un precedente con una razón a y otro precedente emitido posterior-

mente, comprendiendo una ratio con un sentido b, supuestamente, para los mismos hechos.

Esto supone un peligroso e incorrecto uso de los precedentes.

### **5.2.1.2. Sistemas implícitos.**

Sostenemos que este es el sistema que presenta mayores desafíos o complejidades en la determinación del precedente.

En efecto ¿cuál es la labor intelectual del juez que por segunda vez aplica un precedente vinculante conteniendo ratios implícitas? Esto es lo mismo que decir cómo es que el juez extrae él mismo la regla o principio de solución para el caso concreto similar al que generó el precedente.

Este sistema responde a técnicas de interpretación meta-textuales, en las que el intérprete y aplicador del precedente difícilmente encontrará una aplicación subsuntiva o analógica debido a que primero deberá analizar los hechos, filtrar el objeto controvertido y luego de ello identificar la ratio que sirvió al juez de corte vértice para llegar a tal solución.

Una de esas labores intelectuales es la de que el juez deberá determinar cuál o cuáles son los hechos fundamentales y cuáles no. Ya es harto conocido el método de Goodhart<sup>37</sup> por el cual se establece como criterio que lo importante es lo que ha establecido la corte, sino no lo ha hecho así, entonces todo debe ser considerado fundamental.

Valgan verdades, como este es un sistema de explicitación de ratios ajeno a los sistemas de civil law, la labor intelectual del juez aplicador del precedente del common law se ve doblemente compleja a nivel de argumentación e interpretación del precedente.

El siguiente parámetro interpretativo en estos sistemas de precedentes, al momento de elaborar la motivación de una sentencia utilizando un precedente es que, al analizar este precedente implícito, el juez debe analizar la suficiente similitud del caso que tiene en su despacho con el caso que resolvió el precedente.

Apréciase la dificultad en identificar la similitud entre hechos del caso en concreto y del precedente en el supuesto que la ratio sea implícita. En este caso el juez aplicador del precedente deberá redefinir el precedente, buscar los hechos objeto de resolución e identificar los

---

37. Goodhart, Arthur. *Essays in jurisprudence and the common law*. Massachusetts: Cambridge University Press. 1937. P. 25-26.

principios y valores o reglas que el juez emisor del precedente entendió o quiso establecer como reglas de solución.

*Tertium comparationis* en los ámbitos de la práctica jurisprudencial anglosajona, la experiencia es rica en lo atinente a las técnicas de interpretación del precedente, en el cual, como constatamos, impera un sistema implícito.

Marshall<sup>38</sup>, en sus *trentatre cose che si possono fare con i precedenti*, invita a lector a explorar treinta y tres técnicas de utilización del precedente. Ahora bien, sin afán de generar un caos metodológico al momento de aplicar un precedente y motivar una sentencia, es recomendable recordar que al existir diversos grados de vinculación del precedente, existirán también diversos métodos de alterarlos, no aplicarlos, distinguirlos o manipular esta eficacia vinculante en base a determinados supuestos que así lo exigen.

Es curioso identificar que tan sólo una de estas técnicas interpretativas del precedente descritas por Marshall sea aplicar el precedente por sentirse vinculado. Las treinta y dos restantes técnicas tan sólo buscan fortalecer o debilitar la carga vinculante del precedente en uso.

Si una reflexión conclusiva debe ser realizada en este ítem esta podría ser representada en la necesidad de respetar las tradiciones y sistemas jurídicos de cada país.

Existe una particular perspectiva de introducir en los códigos procesales civiles de la tradición de civil law, ciertas reglas procesales relativas a la aplicación de precedentes pero afirmando que la corte no debe explicitar o afirmar o enunciar literalmente o en forma de regla o principio la *ratio decidendi*. El principal sustento sería que esto, bajo la óptica del common law, no supondría trabajar con hechos, por ende, al no analizar e interpretar los hechos para extraer esta *ratio*, nos alejaríamos de cualquier teoría pura del precedente.

Creemos que antes de, siquiera, pensar en importar modelos argumentativos propios del common law, es una constatación que el civil law y la teoría de la jurisdicción en esta cultura, por cuestiones políticas o filosóficas, siempre han impuesto el uso de la interpretación de documentos normativos pero no la interpretación de decisiones judiciales.

---

38. Marshall, Jeffrey. *Trentatre cose che si possono fare con i precedenti*. *Ragion Pratica*. Vol. 6. Bologna: Il Mulino. 1996.

Es por tal razón que la teoría legal continental ha preponderado el uso de la interpretación de textos legales y ha omitido el examen y análisis de la interpretación de decisiones judiciales, precisamente, precedentes vinculantes.

Los sistemas implícitos de precedentes vinculantes es un rasgo característico de países adscritos al common law. La utilidad de ellos no se ve tan reflejada en las culturas del civil law y ello debido al arraigo tan fuerte al positivismo y a la existencia de un dato cierto, real y altamente definido, como sería una ratio decidendi explícitamente afirmada por la corte vértice.

Se corre el riesgo, además, que al intentar extraer la regla o principio jurídico vinculante para la solución del caso, el juez de vértice o el juez de grado inferior pueda darle otro significado e interpretación a esta ratio implícita. De tal forma, estas treinta y tres técnicas interpretativas aludidas por Marshall, comprendidas como técnicas jurisprudenciales de manejo de precedentes, calza adecuadamente en sistemas donde no se acostumbra explicitar la ratio y por ende, permite un discurso argumentativo más amplio al momento de trabajar con la identificación de la ratio.

De tal forma, futuros trabajos legislativos concernientes a la motivación de la sentencia, al menos en el civil law, deben estar encaminados a comprender dos posibilidades: i) o introducir que dentro de los fundamentos de derecho las normas invocadas no sólo serán de textos normativos sino rationes comprendidas en precedentes o; ii) prohibir que la motivación de las sentencias tan sólo haga mención por remisión a cualquier ratio o precedente sin que el juez, en la motivación haya fundamentado por qué utiliza o se aparta de tal ratio<sup>39</sup>.

## 6. CONCLUSIONES.

Desarrolladas las ideas a lo largo de este breve ensayo, merecen ser elaboradas las siguientes conclusiones.

---

39. Lo primero ocurre en el art. 489° inc. V del Código de Processo Civil del Brasil de 2015.

Art. 489.- No se considera fundamentada cualquier decisión judicial, sea interlocutoria, sentencia de primer o segundo grado si es que: V - se limitara a invocar el precedente o enunciado de la sùmula sin identificar sus fundamentos determinantes ni demostrar que el caso bajo juzgamiento se ajustara a aquellos fundamentos.

- La motivación de sentencias adopta diferentes técnicas o métodos de ser desarrollada en función de la tradición jurídica que estemos analizando.
- Ello es constatado con el hecho de que gracias a la fuerte influencia del positivismo, en las tradiciones del civil law la motivación de las sentencias siempre ha guardado especial cuidado con la aplicación e interpretación del derecho objetivo, retratado en documentos o textos normativos.
- Aunado a ello, las técnicas hermenéuticas para la comprensión y aplicación de estas disposiciones siempre han permanecido restringidas a un único objeto de interpretación: las leyes.
- En las tradiciones del common law, donde es posible advertir mayor flexibilidad en la redacción normativa y fuerte presencia de la jurisprudencia como fuente de derecho, la interpretación judicial también ha guardado importante espacio para la aplicación de decisiones judiciales y ratios contenidas en éstas.
- En terrenos del precedente vinculante y, precisamente, de aplicación de la ratio decidendi en la motivación de sentencias, existe dos sistemas de interpretación. Los sistemas de regla adscrita y los sistemas de analogía particular.
- Cada uno de ellos responde a dos situaciones diversas: el primero, a las formas de aplicación e interpretación de una ratio afirmada explícitamente por la corte, mientras que la segunda, relativa a aquellos precedentes que sirven de inspiración, no tienen expresión casuística o definida o literal de la ratio.
- Afirmamos que dentro de la técnica de motivación de sentencias que implique la interpretación o aplicación de un precedente, las formas de interpretar y aplicar no deben ser necesariamente idénticas a las de aplicación de la norma. Si bien en los modelos explícitos la técnica es familiar a la subsunción y analogía, en los sistemas implícitos de ratios la actividad interpretativa y argumentativa pasa casi por una reconstrucción de los hechos del caso e identificación de la ratio por parte de cada juez.
- No es recomendable para los sistemas del civil law adoptar un sistema implícito de ratios toda vez que el fuerte arraigo positivista impone al juez la existencia de una regla específica, determinada, a efecto de evitar un desvarío al momento de extraer la ratio si es que esta fuese afirmada implícitamente.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- Cappelletti, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJE. 1974.
- Chiassoni, Pierluigi. *La giurisprudenza civile*. Milán: Giuffrè. 1999.
- Chiassoni, Pierluigi. *The philosophy of precedent*. En: *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 2012.
- Colomer Hernández, Jesús. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Madrid: Tirant lo Blanch. 2002.
- Cruz e Tucci, Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 1987.
- Delgado Suárez, Christian. *Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru*. En: *Revista de Processo*. Vol. 205. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.
- Delgado, Christian. *Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos*. Tesis de maestría en Derecho Procesal Civil. Curitiba: Universidade Federal do Paraná-Brasil. 2011.
- Dyer, Edward. *Una historia de desconfianza: El precedente constitucional a través del análisis cultural del derecho*. Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014.
- Essef, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: ESI, 1983.
- González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª ed. Madrid: Civitas. 2001
- Goodhart, Arthur. *Essays in jurisprudence and the common law*. Massachussets: Cambridge University Press. 1937.
- Grandez, Pedro. *Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú*. En: *Estudios del precedente constitucional*. (Coord. Edgar Carpio Marcos, Pedro Grandez). Lima: Palestra, 2007
- Guastini, Riccardo. *A interpretação: objetos, conceitos, teorias. Das fontes as normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- Guastini, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè. 2011.
- Guastini, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán: Giuffrè, 2004
- Guastini, Riccardo. *Teorie e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè. 1998.
- Hruschka, Joachim. *La comprensione dei testi giuridici*. Napoli: ESI. 1983.
- Iturralde, Victoria. *Precedent as a subject of interpretation (a civil law perspective)*. En: *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 2012.
- Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2007.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Thomson Reuters. 2012.
- Marshall, Jeffrey. *Trentatre cose che si possono fare com i precedenti*. *Ragion Pratica*. Vol. 6. Bologna: Il Mulino. 1996.

- Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis. 1996.
- Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch Editor. 1997.
- Sarlet, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT. 2012.
- Sherwin, Richard. *When law goes pop*. Chicago: The University of Chicago Press. 2000.
- Tarello, Giovanni. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino. 1987.
- Taruffo, Michele. *La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*.
- Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta. 2011.
- Verde, Giovanni. *Il difficile rapporto tra giudice e legge*. Napoles: Edizione Scientifiche Italiane. 2012.
- Wróblewski, Jerzy. *Ideología de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2008.
- Zaccaria, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004.
- Zaneti Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Bahia: JusPodium. 2015.