

SOBRE LOS MODELOS DE CORTES SUPREMAS Y LA REVOCACIÓN DE PRECEDENTES

ABOUT THE MODELS OF SUPREME COURTS AND THE OVERRULING OF PRECEDENTS

Christian Delgado Suárez*
Pontificia Universidad Católica del Perú

The task of the Supreme Courts and the Constitutional Courts has undergone an evolution through years of history, from its classic reactive role to a more proactive one, which prevails in the current models.

In this article, the author analyzes this evolution describing the roles -and their basis- of control of legality, as a classical function, and to give meaning to the normative text and complete the meaning of the legislative document with binding precedents, as a contemporary function. The author completes the analysis focusing on the overruling and its application in Perú.

KEY WORDS: *Supreme Courts; control of legality; binding precedent; overruling; reactive role; proactive role.*

La labor de las Cortes Supremas y Cortes Constitucionales ha sufrido una evolución a través de la historia, desde su clásica función reactiva hasta la función proactiva, imperante en los modelos actuales.

En el presente artículo, el autor analiza dicha evolución describiendo las funciones –y sus fundamentos– del control de legalidad, como función clásica, y la de otorgar sentido al texto normativo y completar el significado del documento legislativo con precedentes vinculantes, como función contemporánea. Completa el análisis con el estudio del overruling y su aplicación en el Perú.

PALABRAS CLAVE: *Cortes Supremas; control de Legalidad; precedente vinculante; overruling; función reactiva; función proactiva.*

* Abogado. Magíster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy por la Università degli Studi di Genova, Italia. Magíster en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Paraná, Brasil. Post-Grado en Derecho Arbitral por la Universidad de Lima. Profesor de las Maestrías en Derecho Procesal y en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la International Association of Procedural Law con sede en Ginebra. Contacto: delgado.suarez.christian@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

Si una corte de casación debe controlar la simple aplicación del Derecho objetivo, o si debe atribuir un sentido y extraer un significado del ordenamiento jurídico y ser una verdadera corte suprema, son funciones –o inquietudes– que intentaremos retratar en este breve trabajo. La finalidad última será ver cómo es que pueden entenderse las funciones de las cortes supremas desde una perspectiva netamente interpretativa o hermenéutica. Es decir, funciones y formas de actuación de un Tribunal de Casación desde una perspectiva de la teoría de la interpretación jurídica. Ello permitirá cerrar el círculo hermenéutico dentro de la labor de toda corte de vértice y aplicarlo a la práctica del *overruling* o de la revocación de los precedentes.

Veremos cómo es que este rol proactivo o de desarrollo del Derecho realizado por las altas cortes se manifiesta no sólo con el establecimiento de un precedente con cierto grado de vinculación, sino también al revocar dicho entendimiento. Finalmente, se examinará el estado actual de las cosas –tratamiento del *overruling*– a nivel nacional, específicamente en una práctica reciente del Tribunal Constitucional.

II. SOBRE LAS FUNCIONES CLÁSICAS DE LAS CORTES SUPREMAS

Es evidente que una Corte Suprema –cómo vértice del aparato judicial–, en cierto sentido, llegó a ser un órgano revisor. Al detentar esta competencia de revisión, no se entienda que dicha competencia le habilitaba a fungir como una tercera instancia revisora. No obstante, más que una función de mera revisión, las cortes supremas o de casación deben tender al establecimiento de interpretaciones-producto uniformes, relativamente estables en el tiempo, pacificando las diversas interpretaciones dadas a las leyes y disposiciones normativas en general. Es decir, tienen la función de, a través de los precedentes vinculantes, atribuir sentido al Derecho para guiar la conducta social y preservar la seguridad jurídica e igualdad.

No obstante, estas consideraciones de vanguardia no siempre estuvieron presentes en el desarrollo histórico-ideológico de las cortes de casación, siendo reciente el descubrimiento de la función interpretativa de las altas cortes en vista de las nuevas teorías interpretativas del derecho.

A. El control de legalidad –aplicación del Derecho objetivo– como única función de las cortes de casación

La imposición de causales casatorias tales como la contrariedad a la ley, la divergencia, la inaplicación de normas o la indebida aplicación de normas, presentes en todos los códigos procesales civiles de los sistemas del *civil law*, llevó a que las cortes de casación realmente estuviesen en descompás con sus verdaderas funciones. Nos referimos a la función de otorgar un sentido a las disposiciones normativas sobre las cuales existe una variada divergencia interpretativa producto del disenso generado por la equivocidad de las disposiciones normativas.

Puestas así las cosas, el mero requisito de contrariedad a la ley permitió que el vencido en segunda instancia interpusiera el recurso de casación –o recurso extraordinario en otros ordenamientos procesales– argumentando que la decisión recurrida contrarió una determinada interpretación o, peor aún, que un dispositivo normativo no fue aplicado, que el Derecho objetivo no fue aplicado. Véase la situación patológica a la cual nos enfrentaríamos, dado que no existe parámetro interpretativo para analizar si tal infracción normativa realmente lo es.

El resultado de la facilidad de interponer recursos de casación generó un escenario previsible: la acumulación de trabajo y gasto excesivo de recursos del Poder Judicial. A comparación de la United States Supreme Court, en donde rara vez se conceden los *writ of certiorari*, en las cortes supremas de los países adscritos a la tradición del *civil law* –salvo Alemania y Austria–, el acceso a las cortes de casación resulta ser una mera explicación sucinta de qué dispositivo normativo no se aplicó o, en su defecto, fue indebidamente aplicado.

Marinoni afirma que “la multiplicación irracional de recursos, a partir de la lógica «contrariedad a la ley» y del empleo distorsionado de la técnica de la divergencia interpretativa, lleva a la corte a tratar estos recursos como si tuviese que resolverlos apenas en atención al interés privado de la corrección de la decisión y no en razón de la necesidad de sedimentación y del desarrollo del derecho”¹. Ahora bien, si una corte suprema realmente cuidara de su función, la cual es estabilizar sus decisiones y pacificar las divergencias interpretativas a través del establecimiento de precedentes vinculantes, pasaría a ser entendida como una corte suprema que realmente otorga sentido al Derecho, por tener una función proactiva de la promoción del Derecho.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. “O STJ enquanto corte de precedentes”. Segunda edición. Brasília: Revista dos Tribunais. 2014. p. 125.

Veamos.

Las cortes de casación –tomadas desde la perspectiva de corte vértice como Taruffo teoriza, o desde el modelo francés de corte de casación– se caracterizan por presuponer –desde la teoría general del Derecho–: (i) la identificación entre texto, norma y regla jurídica; (ii) la adopción de la teoría cognitivista de la interpretación judicial; y, (iii) la asunción de una única función: la declaración de una norma jurídica preexistente, la cual, se entiende, fue dada por el Parlamento (nótese el equívoco intencional de declarar una norma preexistente dada por el Parlamento).

Se aprecia que la función que la corte de casación realiza es una función reactiva, según la cual Mitidiero indica que “busca controlar la aplicación de la legislación, caso a caso, realizada por los jueces ordinarios, preocupándose, tan sólo, con el pasado”². Esta función, de tal suerte, es activada por la interposición del recurso de casación por la parte interesada, afirmando la mera violación a la legislación. Advértase que, en este escenario, se toma al recurso de casación como *ius litigatoris*, es decir, como un mero derecho subjetivo más. Hasta este punto, las verdaderas funciones de la corte suprema se ven opacadas por el privatismo en el proceso civil y la exacerbación de la garantía del doble grado de jurisdicción o de derecho al recurso.

Sin embargo, este modelo de cortes posee la estática función de tutelar la legalidad, y ello debido a una serie de presupuestos teóricos que procederemos a esbozar rápidamente.

B. Presupuestos teóricos de la función de una corte de casación

En primer lugar, la función de tutela de la legalidad de las decisiones judiciales debe ser comprendida a la luz de ciertos presupuestos concernientes a la teoría de las normas, a la teoría de la interpretación judicial y a las relaciones establecidas entre legislación y jurisdicción. Conjugados tales elementos, a decir de Taruffo, existirá un “*intreccio coerente di idee-guida che si implicano*

e si connotano”³ para la formación de este modelo de cortes **reactivas**.

El primero de los dogmas, de clara derivación positivista, es la asunción de la estatalidad y de la completitud del Derecho, típicos de la gran mayoría de construcciones jurídico-políticas de la cultura jurídica europea del siglo XVIII⁴. El segundo de tales dogmas está constituido por la teoría de la interpretación judicial como mera actividad lógico-intelectual del descubrimiento de un significado exacto y objetivo de la disposición legislativa. Esto, como advierte el profesor Guastini, también se presenció a partir de los años mil ochocientos⁵. La afirmación de la estatalidad, como fue dicho en la contextualización dada en el primer capítulo, pasa por identificar que el origen del Derecho deriva de la autoridad del Estado, específicamente de un ente legitimado representativamente para generar Derecho: el Parlamento.

Lo que nos interesa para los fines de esta investigación es la equiparación del Derecho con el texto de la legislación, ideología proveniente del siglo XIV. Tanto la escuela de exégesis como la *begriffsjurisprudenz* identificaban al Derecho con el texto de la disposición normativa, y su reconocimiento como un proceso de aplicación puramente lógico-deductivo⁶. Específicamente en terrenos de la teoría de la legislación o de las normas, se partía de la idea de equiparar el texto con la norma⁷.

En torno al presupuesto teórico del clásico funcionamiento de una corte suprema, vale recordar la función de la misma a partir del campo de la interpretación jurídica. Un modelo de corte suprema vista como corte de revisión –una tercera instancia más– presupone una teoría de la interpretación cognitivista, o también conocida como formalista⁸. Este formalismo interpretativo significa descubrir el significado intrínseco al texto normativo, un significado incorporado y preexistente a la actividad de interpretación. De tal forma, Guastini recuerda que tal teoría interpretativa tenía como objetivo “declarar la única, exacta, objetiva y correcta interpretación de la ley”⁹, la cual era la voluntad del legislador.

² MITIDIERO, Daniel. “Cortes Superiores e Cortes Supremas”. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 33.

³ TARUFFO, Michele. “La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – saggi sulla cassazione civile”. Bolonia: Il Mulino. 1991. p. 73.

⁴ TARELLO, Giovanni. “Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e Codificazione”. Bolonia: Il Mulino. 1976. p. 18-22.

⁵ GUASTINI, Riccardo. “Interpretare ed argomentare”. Milán: Giuffrè Editore. 2011. p. 409.

⁶ VILLA, Vittorio. “Una teoría pragmáticamente orientada dell’interpretazione giuridica”. Turín: Giappichelli. 2012. p. 78-79.

⁷ GUASTINI, Riccardo. Óp cit. p. 409-410.

⁸ *Ibidem*. Ver también: DICCIOTI, Enrico. “Verità e certezza nell’interpretazione della legge”. Turín: Giappichelli. 1999. pp. 78 y 202-218.

⁹ GUASTINI, Riccardo. Óp cit. p. 143.

Podríamos centralizar el presupuesto teórico del funcionamiento de una corte suprema en la primacía de una teoría interpretativa cognitivista. Esto implica lo siguiente: (i) toda norma tiene un significado intrínseco, implícito, pero objetiva y previamente dado; (ii) la actividad del intérprete consiste en individualizar y tornar explícito el significado, es decir, descubrirlo; (iii) un eventual problema interpretativo, o la posible existencia de más de un significado atribuible al mismo enunciado normativo, se resuelve por la individualización del verdadero significado y descarte de los demás significados, que, por consecuencia, son falsos; (iv) el método interpretativo es lógico-deductivo, y excluye cualquier valoración y elección discrecional del intérprete; y, (v) el juez interpreta la norma a fin de declarar su significado implícito objetivamente existente, sin realizar una elección valorativa, y aplica deductivamente la norma al hecho¹⁰.

Este resultado es obtenido mediante la actividad del intérprete con los métodos interpretativos gramatical, lógico, histórico y sistemático, los cuales fueron instituidos por Savigny¹¹. Ahora bien, con ello es lícito afirmar que este modo de entender el Derecho influenció directamente los modelos procesales civiles del *civil law* y, sobretodo, presidió el entendimiento de cómo serían concebidas las cortes de casación, específicamente la Corte di Cassazione italiana¹².

No es por otro motivo, como lo venimos diciendo, que la forma de encarar la interpretación jurídica desde la función de las cortes de casación de inspiración francesa era mediante el ejercicio de la única competencia de dichas cortes supremas: casar toda decisión que contenga una *“contravention expresse au texte de la loi”*¹³ y, respecto a la Corte di Cassazione, prestar cuidado a la *“esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale”*¹⁴.

De cualquier forma, es importante mencionar que la función del tribunal de casación –de cuño

francés postrevolucionario– no era precisamente jurisdiccional, y eso explica que el tribunal de casación podía casar o no la decisión. En realidad, al casar una decisión, la corte de casación destruía sin reconstruir, dado que la interpretación del documento normativo –construcción– o de la ley, le pertenecía a otro poder¹⁵.

De todo ello debe extraerse una conclusión parcial: “la imposibilidad inherente al tribunal de casación de afirmar una interpretación de la ley le impidió el delineamiento de una jurisprudencia capaz de garantizar la uniformidad en su interpretación”¹⁶. Esta prohibición –que en la actualidad no tiene más cabida– incluso llevó a que en la Francia postrevolucionaria existiera la figura del *référé* obligatorio como forma de consultar al Poder Legislativo sobre la debida interpretación de la ley dada por tal poder.

Realizando una recapitulación parcial, hemos querido demostrar, concisamente, que el modelo de cortes supremas originariamente concebido –inclusive, presente hoy en día–, asume como principal presupuesto teórico la existencia de una única y verdadera norma legislativa preexistente al momento de aplicar judicialmente dicha disposición. Ahora, la tarea de la hermenéutica jurídica en este terreno –prácticamente subsuntiva–, por lo tanto, está en descubrir este significado y no en otorgar significado o sentido a dicho texto normativo. Esto definió a la corte de casación o corte suprema como un órgano colocado en el vértice de la maquinaria judicial tan sólo para tutelar la legalidad de la decisión recurrida que no haya interpretado de forma correcta la norma preexistente y unívoca entregada por el Parlamento.

C. La competencia del Tribunal de Casación: la tutela de la *contravention expresse au texte de la loi*

El recurso de casación basado en la negación de la ley era admitido a partir del concepto de *contravención expresa al texto de la ley*.

¹⁰ TARUFFO, Michele. Óp cit. p. 75.

¹¹ LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito”. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2012. p. 16.

¹² TARUFFO, Michele. Óp cit. p. 159.

¹³ Sobre los motivos para la creación del recurso de casación y de la Cour de Cassation, Halperin señala que el fundamento de tal importancia es que los constituyentes acordaron que a la ley se le debía estricto respeto. Así como se punía a los individuos que contravenían la ley, también se reprimirían las infracciones a la ley cometida por los jueces. HALPERIN, Jean-Louis. Le tribunal de cassation et les pouvoirs. Sous la révolution (1790-1799). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1987. p. 54. Bien como la forma de cómo aplicar uniformemente el contenido gramatical de la disposición. Ver también: Óp. cit. p. 72.

¹⁴ Legge sull’ordinamento giudiziario. Artículo 65. 1941. Ver también: TARUFFO, Michele. Óp.cit. p. 61.

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. “La casación civil”. Volumen II. Buenos Aires: EBA. 1945. p. 76.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Óp. cit. p. 37. Fundamentando la imposibilidad de la jurisprudencia de tornarse en fuente de Derecho producto de la ideología francesa post-revolucionaria. Ver: CHIASSONI, Pierluigi. “La giurisprudenza civile”. Milán: Giuffrè. 1999. p. 221. Sobre la supremacía del Parlamento en la Francia postrevolucionaria, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. “Precedentes obligatorios”. Lima: Palestra. 2013. p. 51.

La procedencia –casi automática– del recurso de casación se conseguía mediante la comparación del texto de la ley con su aplicación indebida o interpretación desviada contenida en la sentencia recurrida de segunda instancia. No obstante, si la *contravention expresse au texte de la loi* significaba la no aplicación de la norma preexistente dada por el Parlamento, ¿cuál era la actitud de la corte suprema frente a una interpretación incorrecta?

Como el recurso de casación buscaba eliminar la sentencia recurrida puesto que constituía una confrontación a la palabra del legislador, la casación no podía ser interpuesta frente a la *fausse interprétation de la loi*. La casación no podría reprimir y reivindicar algo que le estaba prohibido al órgano jurisdiccional: otorgar sentido a la disposición normativa o dar otra connotación o alcance conceptual a la norma preexistente emanada del Poder Legislativo.

La corte de casación, por lo tanto, sólo se preocupaba con la contravención a la ley. No existía relevancia en torno a la negación de principios de Derecho o respecto de la violación del Derecho consuetudinario. La casación tan sólo tutelaba el poder del Parlamento frente al órgano jurisdiccional.

Dentro de las competencias del tribunal de casación de cuño clásico, se entendía que el acto o proceso de aplicación judicial del Derecho consistía, solamente, en un proceso lógico-deductivo fundado en un silogismo, en el que la premisa mayor es la disposición, mientras que la premisa menor es el hecho y la consecuencia es la decisión judicial. De tal forma, a la corte de casación se le reservaba, únicamente, el examen de las cuestiones de Derecho. Esto constituye el núcleo duro de la competencia del modelo de una corte de casación, la realización de un control jurídico sobre la decisión recurrida¹⁷.

La corte de casación controla si el órgano jurisdiccional de grado inferior interpretó de forma exacta la ley y la aplicó correctamente. En realidad, el control ejercido por la corte de casación es un nuevo control del control ejercido en apelación por el órgano de segundo grado de jurisdicción. La revisión es en base a un parámetro: si la decisión recurrida estuvo dentro de los límites de la legalidad, entendida como los alcances interpretativos y aplicativos de una determina disposición nor-

mativa prefijada por el Parlamento. La cuestión de Derecho –en los moldes de la corte casatoria clásica– se reduce a controlar la legalidad de la decisión judicial recurrida. Ello dista de forma abismal de lo que una contemporánea corte suprema está llamada a ejercer: establecer la igualdad en la interpretación del texto normativo para preservar la seguridad jurídica, o lo que equivale a decir, tener una función proactiva.

Esto nos lleva a otro punto: la competencia reducida de la corte de casación se equipara a una función reactiva¹⁸ y a la preponderancia de la nomofilia recursal.

Si tenemos en cuenta que la competencia de las cortes de casación se restringía o limitaba a la mera corrección legal o control jurídico de la decisión recurrida, la consecuencia es que la función ejercida por tal corte es una función reactiva y no pro futura o activa.

Esto supone la existencia de la violación al Derecho ya sucedida; es decir, se corrige la contravención a la disposición del texto normativo, neutraliza los efectos o, como comentamos anteriormente, destruye y no reconstruye. De esta forma, la corte tan solo reacciona a una violación normativa acontecida. En las lecciones de Calamandrei, la corte, al defender la legislación, actúa como “*organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo*”¹⁹. De acuerdo con lo expuesto por Mitidiero, es por esa razón que la corte suprema tiene la vocación de arreglar el pasado, controlando la aplicación de la ley en el caso concreto, destinada a controlar los errores judiciales contra el texto normativo.

Aún sobre la función reactiva de la corte de casación, es claramente visible que la interpretación de la ley no constituye propiamente una finalidad de esta corte. La interpretación –si es que se da– es un medio para otra finalidad: el control de la legalidad de las decisiones judiciales.

Calamandrei es explícito al traer en evidencia esta función de la corte. Indica el procesalista italiano que la corte “funciona per garantire che gli organi giurisdizionali, quando deducono la esistenza di queste specifiche volontà dalle norme generali che costituiscono il diritto obiettivo, intendono queste norme nel loro esatto significato astratto”²⁰. Obsérvese cómo es que se hace referencia a la **volun-**

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. “La Casación Civil”. Óp. cit. pp. 50-51.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. Óp. cit. p. 42.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. “La cassazione civile- disegno generale dell’istituto”. En: CAPPELLETTI, Mauro (organizador). “Opere giuridiche”. Volumen VII. Nápoles: Morano Editore. 1970. p. 33.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. Ibid. p. 105.

tad de la norma general, entendida como aquella producción jurídica proveniente del Parlamento. Gracias a ello, es posible concordar que la corte de casación del modelo francés postrevolucionario es una corte de control, no una corte de interpretación del Derecho. La ya conocida nomofilaquia encuentra ahí su génesis.

En efecto, la función nomofiláctica de la corte de casación está en la defensa de la legislación frente a las decisiones judiciales. Este control de la jurisprudencia realizado por la corte de casación es cierto que fija una exacta interpretación de la ley mediante una jurisprudencia uniforme para saber si al juzgar, las instancias ordinarias violaron o no la legislación infra constitucional. El deber dado a la corte de casación para uniformizar la jurisprudencia es meramente instrumental en relación a su efectivo objetivo de control de legalidad de las decisiones. Como diría Mitidiero, “se trata de un deber menor, puesto que la jurisprudencia uniforme sí interesa, pero sólo como medio de tutela o cuidado de la observancia de la legalidad contenida en las decisiones judiciales”²¹.

Recuérdese que esta uniformización de la jurisprudencia radica en la necesidad de corregir las indebidas interpretaciones o aplicaciones del propio texto normativo contraviniendo la norma del Parlamento²². La uniformización de la jurisprudencia ni siquiera se asoma a pensar en la autoridad del precedente como punto de llegada. La pacificación de las interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales todavía no era preocupación de la corte de casación. El punto de partida –entendido tal como la uniformidad de la jurisprudencia– desempeña, todavía, la función de tutela de legalidad de las decisiones judiciales, puesto que si existía algún control sobre la interpretación, dicho control se restringía a la aplicación del dispositivo normativo.

Esta circunstancia degenera en otra anomalía: la divergencia interpretativa de un mismo documento normativo o de un texto normativo no es vista con preocupación en el sistema jurídico. Dado que no existe preocupación en que la corte de casación emita precedentes vinculantes otorgando un sentido o significado a dicha disposición normativa, la función de la corte seguirá siendo la

de tutela de la legalidad y no la promoción de la unidad del Derecho.

De todo ello es comprensible que el derecho al acceso a la corte de casación haya sido tratado como un verdadero derecho subjetivo de las partes, tal cual señala Calamandrei²³. Ello determinó que el recurso de casación, entendido como mero *ius litigatoris*, esté dirigido, antes de todo, a “tutelar la posición sustancial deducida en la *litis*”²⁴, lo cual resulta incompatible con la existencia de rigurosos filtros recursales o de técnicas de juzgamiento de recursos repetitivos, tal como sucede en el Brasil.

Este reconocimiento del derecho a acceder a la corte de casación pasa a ser justificado por la afirmación de una violación a una disposición normativa, a la legislación. Denunciado ello, el litigante tendrá acceso a la corte de casación para la tutela de la decisión recurrida que no respetó los confines gramaticales o aplicó la norma ya predispuesta por el Parlamento en su producto jurídico: la ley.

Las decisiones tomadas por el tribunal de casación llegan a ser curiosas para quien piensa en una corte suprema como corte de interpretación del Derecho, puesto que, justamente por existir divergencia interpretativa y, así, falta de claridad en la ley, no estaba presente el presupuesto que permitiese el acceso a la corte suprema mediante el recurso de casación, o sea, la violación de la ley o la contravención expresa al texto de la ley. El tribunal, de tal forma, vio la divergencia interpretativa como requisito de improcedencia de la casación, dado que ninguna de las interpretaciones dadas violó la norma puesta por el legislador²⁵.

Ante ello surge un cuestionamiento: si la actividad interpretativa es inherente a la función jurisdiccional, ¿qué rol deberá tener una corte suprema o corte de casación que vele por la seguridad jurídica y la igualdad ante la interpretación de la ley?

III. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA UNIFORMIDAD INTERPRETATIVA Y LA “NUEVA” FUNCIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Es conocido que el pensamiento jurídico posterior a la segunda postguerra se manifestó en toda Eu-

²¹ MITIDIERO, Daniel. Óp. cit. p. 44.

²² Y es más elocuente la lección de Gorla al afirmar que la múltiple reiteración genera una uniformidad capaz de servir de un parámetro para el fin del control de la legalidad, no gozando este parámetro de fuerza vinculante alguna. Ver: GORLA, Gino. “Diritto comparato e diritto comune europeo”. Milán: Giuffrè. 1981. p. 265. Ver además: TARUFFO, Michele. “Precedente e giurisprudenza”. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 709. Milán: Giuffrè. 2007. pp. 711-712.

²³ CALAMANDREI, Piero. Óp. cit. p. 148.

²⁴ FAZZALARI, Elio. “Il giudizio civile di cassazione”. Milán: Giuffrè. 1960. p. 209.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. Óp. cit. p. 106.

ropa continental con una fuerte tendencia a la superación del positivismo jurídico, del estatismo y, en general, del Estado Legislativo de Derecho. Esto, de alguna forma, vino de la mano con el reconocimiento del Derecho judicial “como sistema de producción jurídica en alguna medida autónomo respecto del derecho legislativo, que concurre con él en todo caso en la producción del derecho”²⁶.

Este fenómeno de la “jurisprudencia práctica”, así denominado por Zaccaria, tiende a reforzarse en la Alemania posterior a la segunda guerra. La jurisprudencia comienza a vincularse al sostén secular de la tradición moral y del Derecho natural. Ello implica que se “reivindique una libertad mucho mayor que la existente en el pasado en relación con la ley y el Estado”²⁷.

Esta creciente toma de consciencia del derecho jurisprudencial induce a todos los juristas e, incluso, al propio juez, a producir una miríada de interpretaciones jurisprudenciales que se inspiran en criterios de valoración extra legislativa. Es cierto que el influjo de los principios y disposiciones normativas insertadas en una constitución resultan ser, ahora, “disposiciones directamente aplicables”²⁸.

No obstante, la actividad interpretativa judicial, ante esta nueva textura normativa, determinará que la interpretación judicial exija ir más allá del mero significado literal o gramatical de la disposición, puesto que tanto principios como normas o disposiciones constitucionales no sólo tienen una arquitectura vaga o general, sino que, como veremos, como toda norma, son equívocas²⁹.

El Parlamento se ve impotente de regular toda y cada una de las actividades sociales del humano a través de los códigos o leyes y, ante ello, entra en colaboración con la judicatura para permitirle realizar una actividad que siempre mantuvo prohibida: **otorgar sentido al texto normativo y completar el significado del documento legislativo**. Aquí radica la diversidad de significados atribuibles a estos documentos normativos que, antes de todo, son signos lingüísticos.

Redescubierta esta capacidad interpretativa del juez, ello generará que entre las más variadas actividades de interpretación, los resultados –o interpretación producto– generen un disenso.

Es la corte suprema o corte de casación la que, contemporáneamente, debe hacer frente y tutelar la esquizofrenia interpretativa a la que podría llegar toda una judicatura nacional a raíz de la equivocidad, vaguedad o incertidumbre de todo texto normativo. Es la corte suprema la llamada a ofrecer seguridad jurídica e igualdad ante la interpretación de la ley ante las más variadas, disonantes o equivocadas interpretaciones de todo el aparato judicial.

En la línea trazada por Taruffo, la corte denominada suprema –superando el modelo de Cour de Cassation francesa– tienen un rol contemporáneo, el cual dista kilométricamente de aquel rol o función atribuida inicialmente a la corte de casación francesa³⁰. Como habíamos anunciado previamente, en los países pertenecientes a la tradición del *civil law* –Iberoamérica, salvo Austria y Alemania– la corte suprema tiene una función netamente reactiva y de tutela de la legalidad.

Mientras tanto, en los países de la *Commonwealth* adscritos a la tradición del *common law*, vemos que las *supreme courts* tienen una función no tan subjetiva o privatista de su función³¹. Por el contrario, la función de tales cortes pasa por la orientación del sentido del Derecho y la evolución del ordenamiento jurídico a través de la interpretación vinculante que den estas cortes (a través de la técnica del precedente). Sin ánimos de realizar un injerto de un instituto de otra tradición jurídica, esta función ejercida a través del precedente vinculante creemos que supone un trasplante responsable del mismo a la tradición del *civil law*.

IV. SOBRE LAS FUNCIONES CONTEMPORÁNEAS DE LAS CORTES SUPREMAS. PREMISAS

A una corte suprema le corresponden diferentes funciones. Entre ellas se encuentran: (i) el control de constitucionalidad de las leyes (sólo en algunos sistemas); (ii) la revisión en última instancia de ciertas materias impugnadas; y, (iii) la tutela y la promoción de la legalidad.

Interesa a nuestra investigación la última de estas funciones. Siguiendo a Taruffo, es imprescindible bifurcar esta función en dos sub-funciones: (i) la tutela de la legalidad; y, (ii) la promoción de la legalidad. En torno a la primera, y a efecto de sentar

²⁶ ZACCARIA, Giuseppe. “Razón jurídica e interpretación”. Madrid: Civitas. 2004. p. 355.

²⁷ Ibid. p. 356.

²⁸ Ver al respecto: HESSE, Konrad. “Die normative kraft der verfassung”. Tubinga: J.C.B. Mohr. 1959.

²⁹ GUASTINI, Riccardo. Óp. cit. p. 39.

³⁰ TARUFFO, Michele. “Le funzioni delle corti supreme – cenni generale”. En: Anuario di diritto comparato e studi legislativi 1. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. 2011. p. 15.

³¹ Ibidem.

una postura conceptual, la “tutela de la legalidad alude a la función reactiva que muchas de las cortes realizan y que se explica cuando una violación del derecho ya fue verificada y la intervención de la corte está dirigida a finalizarla y eliminar o neutralizar los efectos ya producidos”³². En contrapartida, la “promoción de la legalidad alude a la función que se puede definir como proactiva, la cual se explica cuando la decisión de las cortes supremas están dirigidas a obtener efectos futuros, sea en el sentido de prevenir violaciones a la legalidad, sea en el sentido de favorecer la evolución y la transformación del derecho”³³.

Concretamente, nos interesa indagar y desarrollar la función de promoción de la legalidad, la cual pasamos a identificar como función que debe ser primordial en un modelo contemporáneo de corte suprema. Por legalidad se entiende “la correcta aplicación del derecho”³⁴, y tal aplicación también hace referencia, qué duda cabe, a la interpretación del Derecho y su aplicación para la resolución de determinado caso³⁵.

En este punto de la investigación debemos esclarecer que es a través de la labor interpretativa del órgano jurisdiccional que el Derecho puede llegar a ser tal. Y se afirma ello en razón de lo que Cardozo entiende como función judicial; esto es, “que la lógica, la historia, la costumbre, la utilidad y los estándares de recta conducta aceptados, son las fuerzas que, singularmente o en combinación, moldean el progreso del Derecho”³⁶. Esto es esencia de toda labor interpretativa, es decir, adicionar un valor y generar una elección interpretativa a dar a un texto normativo con los criterios antes señalados.

De tal forma, la ansiada promoción de la legalidad supone un desarrollo del Derecho, puesto que, en

términos de Brown, “la ley, hasta que es interpretada, no es verdadero Derecho”³⁷.

Tan sólo tomando como punto de referencia a los tribunales o cortes supremas de la tradición del *common law*, son estas cortes supremas las que detentan una función proactiva o de promoción del derecho. Ahora bien, tanto en la United States Supreme Court como en la Bundesgerichtshof alemana, el acceso a tales cortes se da si es que la resolución del *certiorari* o del recurso de revisión, respectivamente, contribuirán al desarrollo del Derecho. El carácter principal de esta función es que las cuestiones de Derecho sometidas a estos tribunales realmente deben ameritar y justificar el examen del recurso y la capacidad de que la decisión a ser emitida contribuya al desenvolvimiento del Derecho. De tal forma, se trata de una función orientada hacia el futuro.

Ahora bien, la propia corte suprema determina la propia elección de sus interpretaciones que guiarán el Derecho y lo desarrollarán, a través de las diferentes *ratio decidendi* que puedan generar y atribuir para la resolución de determinada divergencia interpretativa. De ello resulta casi natural que sea la corte suprema el órgano que, a través del establecimiento de precedentes vinculantes, permita sentar una determinada interpretación jurídica en busca de la seguridad jurídica y la uniformidad interpretativa. No le resta razón, por tanto, a Cardozo al indicar que dentro de la función judicial “[...] uno de los intereses sociales más fundamentales es que el Derecho sea uniforme e imparcial. No debe haber nada en su acción que sepa a prejuicio o favor, ni aun a capricho arbitrario o antojo. En consecuencia, en primer término estará la adhesión al precedente”^{38 39}.

³² Ibid. p. 14.

³³ Ibídem.

³⁴ Ibid. p. 15. Ver también: TARELLO, Giovanni. “L’interpretazione della legge”. Milán: Giuffrè. 1980. p. 42.

³⁵ Por legalidad, inclusive, puede entenderse el rol reconocido a las cortes supremas de controlar la legitimidad de la decisión en cada caso concreto. No obstante, este control de la legitimidad propuesto es principalmente activado por las partes a través del recurso de casación, la cual activa a su vez la función nomofiláctica de la corte suprema. Esto es derivación directa del modelo francés de corte de casación, y esta función nomofiláctica también comprende la consideración del recurso de casación como un derecho subjetivo de las partes en la persecución de finalidades privadas y buscando la justicia del caso concreto. Evidentemente, con esta ideología o función de la corte se hace imposible poder pensar en una función con proyección pública o institucional de cualquier corte suprema. Es por ello que, otorgando una perspectiva actual a la nomofilaquia, Mitidiero indica que la nomofilaquia del recurso dirigido a la Corte Suprema se consubstancia en la consecución de la unidad del Derecho mediante su adecuada interpretación. Ver también: MITIDIERO, Daniel. Óp. cit. p. 67.

³⁶ CARDOZO, Benjamin. “La naturaleza de la función judicial”. Granada: Comares. 2004. p. 57.

³⁷ BROWN, Jethro. “Law and evolution”. En: Yale Law Journal 29. 1920. p. 394.

³⁸ CARDOZO, Benjamin. Óp. cit. p. 57.

³⁹ En esa misma línea, Taruffo advierte que la modalidad con la cual se realiza la función de creación y evolución del Derecho por parte de la corte suprema se hace, ciertamente, a través de la eficacia del precedente que se apareja a sus decisiones. Es tal eficacia, de hecho, que asigna a estas decisiones un valor que va más allá de la solución dada a la simple controversia y se proyecta al futuro. Ver: TARUFFO, Michele. Óp. cit. p. 25. No obstante, resulta adecuado señalar que no hay nada revolucionario o siquiera novedoso en este enfoque de la función judicial. Es la forma como se han manejado los tribunales durante siglos en el desarrollo del *common law*. Ver: BEROLZHEIMER, Fritz. “Modern legal philosophy series”. Volumen 9. 2010. pp. 167-168.

Visto ello, resta profundizar sobre la función de unidad del Derecho como función inherente a una corte suprema contemporánea.

A. La función proactiva de la Corte Suprema: Unidad del Derecho mediante el precedente

Como todo fenómeno lingüístico, el Derecho es un conjunto de signos, los cuales conllevan a diversas atribuciones de significados por parte de quienes los interpretan, es decir, de quienes operan con estos signos lingüísticos jurídicos. En ese sentido, ante la multiplicidad de interpretaciones o significados pasibles de ser extraídos de los documentos normativos, debe existir un medio o instrumento encargado de “concentrar el significado final en determinados contextos y de velar por su unidad”⁴⁰.

Reafirmamos que es precisamente esta función la que debe detentar toda corte suprema, función que consistirá en dar unidad al Derecho y atribuir un significado uniforme –interpretación unívoca– a partir del juzgamiento de casos concretos. Esta función, como ha sido denominada anteriormente, proactiva⁴¹ o de “*promozione della legalità*”⁴², está dirigida a orientar la adecuada interpretación y aplicación del Derecho, tanto para el aparato judicial como para la sociedad civil, puesto que la función de tales cortes supremas es la de viabilizar la “*clarification, unification and development of the law*”⁴³.

Concretamente, la obtención de la tan ansiada unidad del Derecho depende de la actividad interpretativa realizada por las cortes supremas. Esto equivale a decir que la Corte Suprema está destinada a definir, observar y hacer observar la interpretación producto a través de la debida utilización y aplicación las normas que rigen la interpretación actividad. De tal forma, sólo a través de esta última palabra dictada por la corte vértice –sea Corte

Suprema o Corte Constitucional– es la forma como se viabilizará la justa interpretación del texto normativo, sea para definir el significado o para desarrollarlo apropiadamente⁴⁴.

Ahora bien, identificada la función de disipar las divergencias interpretativas por parte de la judicatura nacional, la función de la Corte Suprema supone una adhesión a la teoría de la interpretación jurídica que reconoce la equivocidad potencial de todos los enunciados jurídicos. Por lo tanto, la negativa de la adopción de las *ratios*, sea por la propia corte vértice o por las cortes inferiores, constituye negación no sólo de la autoridad de la función de la corte –y de sus precedentes–, sino que también supone desconocer a la corte como el órgano que tiene la última palabra respecto de la adecuada interpretación del Derecho.

Lo anteriormente fundamentado nos invita a afirmar que, en este contexto, la regla del *stare decisis* es imprescindible para el adecuado funcionamiento del Derecho y de todo el sistema de justicia. Le cabe la razón a MacCormick, por tanto, al señalar que “reconocer la fuerza vinculante del precedente no es una derivación de una norma de derecho positivo, sino una consecuencia directa del reconocimiento del carácter argumentativo de la interpretación jurídica”⁴⁵.

Ahora bien, si la nomofilaquia –clásicamente concebida– implicaba el cuidado o protección de la aplicación de la ley⁴⁶, con el advenimiento de las nuevas teorías interpretativas y considerando la real función de las cortes supremas, resulta natural calificar a la nomofilaquia como interpretativa⁴⁷; lo cual, a su vez, determinará que el recurso que la activa –casación o recurso extraordinario– esté revestido por un interés de *jus constitutionis*, esto es, en el interés de la unidad del Derecho⁴⁸, y

⁴⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. “The judicial application of law”. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1992. p. 255.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. Óp. cit. p. 66.

⁴² TARUFFO, Michele. Óp. cit. p. 14. Registramos el disenso con el autor sobre la así dicha promoción de la legalidad como función de las cortes supremas, en la medida que la legalidad tiene una contextualización directa al sentido gramatical de una disposición normativa, por ejemplo la ley. Por otro lado, se propone que la función sea una de promoción de la juricidad o de atribución de sentido jurídico a las disposiciones normativas.

⁴³ JOLOWICZ, John Anthony. “The role of the Supreme Court at the national and international level”. En: YESSIOU-FALTSI, Pelayia (coordinador). “The role of the Supreme Courts at the national and international level – Reports for the Thessaloniki international Colloquium”. Salónica: Sakoulas Publication. 1998. p. 39.

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. Óp. cit. p. 68.

⁴⁵ MACCORMICK, Neil. “Rhetoric and the rule of law”. Oxford: Oxford. 2005. p. 91.

⁴⁶ Función que, a entendimiento de Chiassoni, está contenida en una acepción “estricta” o “propia” que designa a la nomofilaquia como la función de custodia de la ley contra las rebeliones del juez de mérito, ejercida por un órgano supremo de legitimidad, como la Corte de Casación. Ver: CHIASSONI, Pierluigi. Óp. cit. p. 427.

⁴⁷ Por otro lado, la alusión a la nomofilaquia como función dispuesta al cuidado de la unificación de la interpretación de los documentos normativos se encuentra contenida en una acepción “estricta pero no tradicional”. Ver: *Ibidem*.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. Óp. cit. p. 67. La nomofilaquia, bajo esta perspectiva, está destinada no al control de la decisión recurrida o al análisis de la justicia del caso concreto (función *dykeológica*), dado que la real función es la promoción de la unidad del Derecho a través de la interpretación dada por la corte vértice y plasmada en un precedente vinculante.

no por una finalidad integralmente privatista o un interés de *jus litigatoris*.

La función nomofiláctica interpretativa supone, evidentemente, una justificación para la fuerza vinculante del precedente. Siendo que el propósito de las cortes supremas, de acuerdo con Mitidiero, es eliminar la equívocidad del derecho delante de determinado contexto fáctico normativo mediante la fijación de una interpretación, “es natural que la norma de ahí oriunda desempeñe un papel de guía para su interpretación futura”⁴⁹. De lo que se trata, por ende, es que el precedente vinculante actúe como un estabilizador interpretativo⁵⁰, tal como lo entiende Damaska, y ello sirva para que, en algún grado de vinculatoriedad⁵¹, sea una razón de decidir a ser seguida por el resto de órganos judiciales. Sólo de tal forma el “derecho podrá adaptarse al cambio de las circunstancias y de las exigencias sociales, por medio de oportunas interpretaciones evolutivas e integraciones de lagunas”⁵².

Como premisas conclusivas parciales, las decisiones de una corte suprema, por revelar el contenido indispensable para la regulación de la vida en sociedad, integran elementos al orden jurídico e interesan a toda la sociedad. Este interés no es coincidente con el interés privado del litigante de perseguir el mero control de legalidad o eliminación de las decisiones recurridas que contraviniesen la dicción del texto normativo. La función de una corte suprema que genera un desarrollo del Derecho se proyecta a toda la sociedad y obliga —en cierta intensidad— a los tribunales de grado inferior, por contener estas decisiones de la corte suprema un significado de lo que es el Derecho.

Bajo esa perspectiva, poco importa la parte dispositiva de la sentencia emitida en casación, puesto que tal sólo resuelve la controversia o conflicto intersubjetivo de las partes. Son las razones de deci-

dir o las llamadas *ratio decidendi* las que determinan el comportamiento de toda una comunidad, puesto que instalan una pauta de conducta a toda la ciudadanía y a la judicatura nacional. En palabras del constitucionalista portugués Canotilho, “la seguridad jurídica jurisdiccional se da a través de los precedentes puesto que genera una previsibilidad y produce una legítima expectativa a la ciudadanía”⁵³, dado que la corte, al emitir precedentes vinculantes, genera una norma de conducta general a ser seguida por los jurisdicionados.

Ahora bien, ninguna teoría que intente explicar el precedente vinculante puede dejar de analizar u otorgar importancia a la técnica de la revocación de los precedentes, o también llamada *overruling*.

V. EN TORNO A LA REVOCACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE U *OVERRULING* COMO TÉCNICA ARGUMENTATIVA DE LA FUNCIÓN PROACTIVA DE LAS CORTES SUPREMAS

Es inocultable que la revocación de precedentes es aceptada en el *common law* con absoluta tranquilidad, y es común tal práctica argumentativa tanto en la Corte Suprema de los Estados Unidos como en la del Reino Unido.

Cuando se piensa en la función contemporánea de las cortes supremas, esto es, la de colaborar con la construcción y desarrollo del Derecho y del ordenamiento jurídico, es imposible negar la posibilidad de que los propios precedentes sean revocados en función del mejoramiento o superación de una *ratio* ya desgastada o inservible para guiar las conductas sociales. Las cortes de vértice están facultadas a revocar los precedentes que dejaron de tener contacto con la realidad, con los nuevos valores o interpretaciones unísonas del Derecho, permitiendo la sustitución por un nuevo precedente, que pasaría a ser, en términos específicos, un consecuente.

Desde la perspectiva comparada, se aprecia que a nivel de *common law* el recurso que permite el acceso a dichas cortes supremas no puede ser considerado como derecho subjetivo o como derecho a la impugnación. Es por tal razón que la admisión del *writ of certiorari* es realizada de forma discrecional, y dicha gracia jurisprudencial sólo se admite si “there are special and importante reasons therefor”. Inclusive el recurso de revisión en países como Alemania o Austria tienen un filtro discrecional de selección, el cual procura que la corte suprema tan sólo admita a trámite dichos recursos si está presente la necesidad de promover el desarrollo del Derecho o la *Fortbildung des Rechts*.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Óp. cit. p. 72.

⁵⁰ DAMASKA, Mirjan. “The faces of justice and the state authority”. New Haven: Yale Press University. 1986. p. 37. Nota al pie número 37.

⁵¹ En ese sentido, y por la brevedad del trabajo ahora realizado, está fuera de nuestros alcances indagar o investigar sobre los grados de intensidad o vinculación de los precedentes vinculantes. Vale tener en consideración, no obstante, que inclusive el modelo teórico propuesto por el Bielefeld Kreis ha sido refinado por Chiassoni al proponer una taxonomía compuesta por ocho sistemas ideales-típicos de relevancia formal del precedente-*rationes*. La construcción teórica del profesor genovés pasa por identificar ciertas deficiencias en el modelo propuesto por los *bielefelders*, identificada en la carencia de distinción entre la relevancia formal y relevancia de facto de los precedentes vinculantes. Al respecto, ver por todos: CHIASSONI, Pierluigi. “Desencantos para abogados realistas”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012. pp. 235 y siguientes.

⁵² Ibid. p. 237.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim. “Direito constitucional e teoria da constituição”. Séptima edición. Coimbra: Almedina. 2003.

La experiencia peruana en torno a la técnica del *overruling* tiene al Tribunal Constitucional como su principal artífice. Penosamente, la experiencia en torno al *overruling* es negativamente rica, en el sentido de no contener parámetros definidos en torno a cuándo revocar y qué eficacia atribuir a la nueva regla jurídica vinculante (*ratio decidendi*).

Pocas son las decisiones en las cuales se han desarrollado de forma clara y amplia los alcances de la técnica del *overruling*⁵⁴. La latitud de poder o discreción ofrecida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional posibilita ello. La existencia de discrecionalidad del colegiado constitucional para él mismo establecer las razones de hecho y de derecho de cuándo se revocará un precedente implica un sumo cuidado al momento de dar contenido a esta regla abierta.

Pero, ¿qué es el *overruling*?

Debe entenderse por *overruling* la técnica argumentativa destinada a la superación de un determinado entendimiento dado por un precedente vinculante primigenio, el cual pasará a ser extirpado o excluido del ordenamiento jurídico. Específicamente, se trata de cancelar la anterior *ratio decidendi* en vista de nuevas circunstancias sociales o jurídicas que determinen que la manutención del precedente genera mayor inseguridad que revocarlo. A través del *overruling* –con efecto preponderantemente pro futuro–, se busca alterar un *status quo* dado por el precedente anterior, siempre mediando una nueva interpretación que servirá de sustento a la nueva regla jurídica a ser emitida por la corte vértice, o cuando las situaciones de hecho no sean más las mismas.

Es ahí donde se aprecia el *link* entre el *overruling* y la función proactiva de las cortes supremas. No puede entenderse que los valores de seguridad jurídica, igualdad y estabilidad, todos ellos apuntado a la función proactiva de una corte vértice, se verán únicamente cumplidos con el establecimiento de los precedentes. Tan o más importante que establecer un precedente vinculante –sea normativo, sea interpretativo– es el poder eliminar la *ratio* que, por el cambio de supuestos de hecho o de puntos de derecho, no sea más congruente con el propio sistema que pretende resguardar a través de una interpretación uniforme.

Si quisiéramos indagar a nivel comparado el tratamiento legislativo, Marinoni propone, *lege fe-*

renda, una reglamentación con la misma apertura normativa que el artículo VII del Código Procesal Constitucional, pero adicionando otras técnicas para la apropiada manipulación del precedente y del *overruling*.

Así, el profesor brasileiro propone:

“Artículo 6.- Delante de circunstancias especiales, debidamente demostradas y justificadas, el Tribunal podrá revocar sus precedentes.

Parágrafo único: Dejar de ser aplicables, independientemente de la revocación, los precedentes incompatibles con decisiones del Tribunal.

Artículo 7.- El Tribunal, al revocar el precedente con eficacia vinculante, deberá definir los efectos de la decisión, pudiendo limitar su retroactividad o darle efectos prospectivos, considerando el grado de confianza depositado en el precedente y la importancia de aplicar la decisión de forma inmediata para el trato isonómico de los justiciables”.

Apréciase la marcada diferencia: la propuesta brasileira radica en la utilidad y esclarecimiento que se hace en relación a la enunciación de los efectos temporales del precedente, haciendo mención, incluso, al *prospective overruling*.

Tomando en consideración el poder del Tribunal Constitucional peruano para autorreglamentarse, consideraríamos más que útil que este mismo pueda esclarecer e identificar las situaciones en las cuales puede ser revocado un precedente y cuándo puede otorgarse determinada eficacia temporal o, preferentemente, establecer legislativamente parámetros de actuación en torno a la revocación de precedentes. Si bien es cierto que a través de su práctica jurisprudencial existe la autodelimitación de los supuestos para el *overruling*, estos raras veces se cumplen o son respetados en su totalidad.

Una doctrina reconocida indica dos opciones en los efectos temporales cuando el Tribunal Constitucional produce un precedente. Así, “cuando decide mudar el precedente vinculante puede ordenar la aplicación inmediata de sus efectos de tal suerte que las reglas serán aplicadas para los procesos en trámite como los iniciados después de la emisión del precedente y, puede decidir mudar el precedente vinculante ordenando su aplicación diferida hasta una fecha posterior en la cual se

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3361-2004-AA, de fecha 12 de agosto de 2005; Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 1412-2007-PA, de fecha 11 de febrero de 2009.

perfeccionarán ciertas situaciones materiales para su entrada en vigor⁵⁵.

A nivel teórico nacional, el profesor García Toma enumera una serie de razones fácticas por las cuales el Tribunal podría ejercer la revocación de precedentes; a saber: “a) cuando se compruebe que el precedente ha generado consecuencias jurídicas, políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que las emitió; b) cuando se compruebe que el precedente se desfasó a raíz de los avances de la ciencia y tecnología, las mutaciones político sociales o las nuevas corrientes de fundamentación del derecho; c) cuando se compruebe la existencia de cambios en la Constitución mediante la vía de reforma constitucional; d) cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional se compruebe una nueva y diferente cosmovisión de los magistrados que suceden a los anteriores⁵⁶.”

Data maxima venia, discordamos en el sentido de afirmar que los precedentes pueden ser revocados a partir de los nuevos entendimientos o de la cosmovisión o particularidades ideológicas de los nuevos magistrados conformantes del colegiado constitucional. El entender propio de un magistrado no ofrece objetividad alguna para hablarse en términos de revocación de precedentes.

En el mismo tenor, se ha afirmado que “evidentemente, para alterar un precedente, no basta una nueva comprensión personal e individualizada de la cuestión del derecho. La posición de un único doctrinador o de apenas un juez no importa cuando se piensa en preservar o no un precedente. En verdad, la voluntad de la minoría, o mejor, aquello que no configura una expresión general de la comunidad jurídica, es absolutamente incapaz de interferir sobre la estabilidad de los precedentes⁵⁷.”

Es necesario elaborar una premisa basada en un brocardo latino que no tiene mucho que ver con el tema de los precedentes, pero sí con la derogación de las leyes. A través de ella se intenta reunir en un principio la diversidad de razones ya conocidas para aplicar el *overruling*.

Si aceptamos que el precedente vinculante, tanto en el *common law* como en el *civil law*, se erige como una fuente de Derecho –si fuente hecho o fuente acto, si fuente primaria o secundaria, no importa–, eso nos llevará a dejar de estar sometidos al imperio de la ley para ingresar a un so-

metimiento también del imperio del precedente vinculante en búsqueda de la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

En ese tenor, teniendo en consideración el *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*, podremos ver que cuando la razón de la ley cesa, la propia ley cesa. O sea, las leyes se tornan inútiles cuando las razones para su propia creación y aplicación cesan, dejan de existir o no corresponden más a la realidad en la cual esa norma fue dada. Ahora bien, aunque el latinazgo haga mención al término *lex*, eso debe ser superado y nada impide que tal fundamento pueda ser entendido como sustento de la revocatoria del precedente; es decir, cuando las razones para su manutención o vigencia han cesado. El precedente, de tal forma, perderá su fuerza cuando no existan más las razones sociales y jurídicas que lo formaron en un inicio, al momento de crearse.

¿Y el estado de las cosas a nivel nacional?

A. Flashes sobre el precedente vinculante contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3741-2004-AA y su posterior revocación mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 4293-2012-PA: un reciente retroceso en torno al *overruling*

En el proceso de amparo seguido en el Expediente 3741-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional peruano sentó como precedente que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

Sin embargo –y para tornar el tema más conciso–, diez años después, mediante el precedente contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4293-2012-PA/TC, de fecha 18 de marzo de 2014, se estableció que, al resolver casos concretos, los entes administrativos no tienen competencia ni facultad para controlar la constitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto. Esto, sin perjuicio de respetar, hacer cumplir y defender la Constitución, los derechos fundamentales y bienes constitucionales.

Las razones de decisión de tal revocación fueron las siguientes:

⁵⁵ GARCÍA TOMA, Víctor. “Las sentencias constitucionales. El precedente vinculante”. En: El precedente constitucional vinculante en el Perú. Lima: ADRUS. 2009. p. 62.

⁵⁶ Ibid. p. 64.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. “Precedentes obrigatórios”. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 401.

- (i) **Razones procedimentales:** en el establecimiento del precedente 3741-2004-AA/TC no se establecieron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante contenidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00024-2003-AI, de fecha 10 de octubre de 2005. Aunado a ello, a juicio de los magistrados no existía vacío legislativo o interpretaciones contradictorias respecto de a quién le correspondía ejercer control difuso, lo cual justificó el pronunciamiento del Tribunal en el caso Yarlenque.
- (ii) **Razones sustantivas:** se señaló que permitir el control difuso por parte de la administración pública afecta el principio de división de poderes y el sistema dual de control dual de la jurisdicción constitucional. Se argumentó, además, que la potestad de ejercer el control difuso se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales.

Mitigado por una aplastante mayoría, el voto singular del Magistrado Urviola Hani demuestra una sensibilidad al tratamiento del precedente y, lo más importante, a sus consecuencias frente a una abrupta revocación. Creemos que tal voto es lo único rescatable de tal reciente *overruling*. Tal juez constitucional, resumidamente, afirmó que no puede dejarse sin efecto un precedente vinculante sin analizar previamente cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado el control difuso administrativo en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo. Añadió, además, que la mejor solución no sería eliminar el control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando, por ejemplo, una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta.

Ante ello, se pone en evidencia una trágica realidad: el Tribunal Constitucional, en la latitud de poder ofrecida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha establecido, jurisprudencialmente, reglas para el establecimiento del precedente y, con ellas, permite una apertura interpretativa en lo que respecta a cómo, cuándo y con qué eficacia se revoca un precedente vinculante. La falta de comunión en una teoría única del precedente a nivel del Tribunal, junto con el tejido normativo abierto del único artículo que regula el precedente constitucional, han permitido una divergencia interpretativa en torno al pre-

cedente y una falta de conocimiento de criterios –más allá de los jurisprudenciales– para apartarse de precedentes o revocarlos.

¿Acaso es posible sustentar que las razones que motivaron la revocación de dicho precedente hayan sido desconocidas o inexistentes al momento de su establecimiento? ¿Se intentó experimentar, entonces? En todo caso, en el lapso de diez años de vigencia de dicho precedente: (i) ¿Se ha comprobado que este ha generado consecuencias jurídicas, políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano emisor?; (ii) ¿El precedente se desfasó a raíz de los avances de la ciencia y tecnología, o a raíz de mutaciones político-sociales o por las nuevas corrientes de fundamentación del Derecho?; y, (iii) ¿Se han verificado cambios o mutaciones constitucionales que impliquen la revocación del precedente?

Lo preocupante es que el *hardcore* del precedente revocatorio fue la mala *praxis* que los tribunales y órganos administrativos ejercían al momento de aplicar el control difuso, como si ello no pudiese ser salvado o corregido con la modificación del mismo precedente y no con su intempestiva revocación.

Acertadamente, Eisenberg afirma que “las condiciones de revocación del precedente residen en: (i) la incongruencia social y la falta de consistencia sistémica dentro el ordenamiento jurídico; y, (ii) en el desgaste de los valores que sustentan la estabilidad del precedente, los cuales fundamentan más su revocación que su estabilidad”⁵⁸. Ello lleva, inexorablemente, a afirmar que la revocación del precedente, de por sí, trae consigo una nefasta consecuencia: genera una ruptura o quiebra en el sistema jurídico debido a la nueva interpretación –en este caso, constitucional– que revoca el precedente primigenio.

Cuando se habla del principio de continuidad dinámica del precedente, se pretende ubicar tal eficacia en un término medio: pasible de perdurar en el tiempo –salvo *rebus sic stantibus* o *cessante ratione*– y pasible de ser cuidadosamente revocada sin generar una ruptura abrupta. Tal brusco cambio ha sucedido con la revocación del precedente en comentario.

Si la función de las cortes vértice –Corte Suprema y Corte Constitucional– es otorgar sentido al derecho y generar igualdad ante la interpretación de la ley, se desprende que, ante cualquier cambio de entender, el elemento mínimo de esta nueva

⁵⁸ EISENBERG, Melvin Aron. “The nature of the common law”. Massachusetts: Harvard Press University. 1988. p. 158.

construcción decisoria radica en la alta carga argumentativa que deberá existir para dejar sin efecto o modificar el precedente. De la mano, esta práctica debe basarse en ciertos criterios, que no encontramos regulados más que a través de la práctica jurisprudencial del TC. Un precedente, sea judicial o constitucional, inevitablemente se proyecta extraprocesalmente, bien sea para modificar el estado de cosas o para tener una función didáctica. Hacerlo de forma abrupta y poco responsable no hace más que abrazar la inseguridad jurídica.

Aterrizando el tema a nivel nacional, y colocándolo frente a la reciente sentencia revocatoria del control difuso administrativo, es lícito afirmar que tanto las razones procedimentales como las razones sustantivas, a nuestro ver, no configuran razones nuevas y, menos aún, fundamentos que realmente comprueben que dicho precedente se desgastó o que una nueva comprensión del Derecho influyó negativamente en el efecto vinculante de la sentencia primigenia, que estableció el control difuso administrativo. A decir verdad, la nueva sentencia

revocatoria tuvo una finalidad de corrección formal del precedente ya revocado, pero no una superación del entendimiento o interpretación respecto a la facultad de la administración de ejercer el control difuso.

Finalmente, como ha quedado expuesto en el presente ensayo, si bien es cierto que la seguridad jurídica, la igualdad ante la interpretación de las leyes y la estabilidad de las decisiones son todos valores protegidos por el precedente vinculante, no es menos cierto afirmar que la función proactiva de las cortes supremas se hará presente, también, en cada oportunidad en la que se revoque un precedente vinculante que no sirve más para la orientación de la vida social. De tal forma, se trata de entender al precedente no sólo como técnica argumentativa que cristalice una determinada interpretación, sino que, ante la constante mutación del Derecho, tienda a una continuidad dinámica en directa consonancia a las situaciones de hecho y de derecho que comporten la renovación de una anterior *ratio decidendi*. 