

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Trabajo de Investigación

La obligatoriedad del precedente vinculante en el juzgamiento de un hecho punible

Erika Magali Ccancece Caso
Maribel Ricaldi Palomino

Para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Huancayo, 2021

Repositorio Institucional Continental
Trabajo de investigación



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Mg. Miguel Ángel Ramos Ríos

Dedicatoria

Es nuestro deseo en primer orden agradecer a Dios, que, con su voluntad divina, nos concedió vida y salud para culminar nuestros proyectos profesionales.

A nuestros padres, quienes nos formaron como mujeres persistentes de bien, y nos continúan brindando su apoyo incondicional en el cumplimiento de nuestras metas trazadas.

A nuestros hijos Anthony y Andrea, quienes son nuestro motivo e inspiración de superarnos cada día más.

Reconocimiento

A nuestros docentes de la maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la prestigiosa escuela de posgrado, Universidad Continental, quienes con su amplia trayectoria profesional nos impartieron enseñanza especializada en materia penal, y nos permitieron obtener conocimientos específicos en dicha materia, así como nos orientaron en la realización de nuestro proyecto de investigación, a través del curso de metodología de la investigación, con la finalidad de obtener el grado académico correspondiente.

Índice

Asesor.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Reconocimiento	iv
Índice	v
Resumen	viii
Abstract.....	x
Introducción	xi
Capítulo I Planteamiento del Estudio	13
1.1. Introducción.....	13
1.2. Presentación del caso de estudio.....	13
1.3. Descripción general del caso.....	14
1.4. Criterios para la selección del caso	16
1.5. La problemática que presenta este estudio de caso	16
1.6. Justificación del estudio.....	18
1.7. Objetivos del estudio	19
1.1.1. Objetivo General.....	19
1.1.2. Objetivos Específicos.....	19
1.8. Limitaciones del Estudio	19
Capítulo II Marco Teórico	20
2.1. El Positivismo y las sentencias plenarias.....	20
2.1.1. La filosofía del positivismo.	20
2.1.2. Ideas y tesis fundamentales del positivismo.....	20
2.2. El iuspositivismo	21
2.2.1. El positivismo jurídico.	21
2.3. El positivismo analítico	26
2.3.1. Teoría de Manuel Atienza.	27
2.4. Principio de legalidad	29
2.4.1. Principio de legalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	30
2.4.2. Principio de legalidad en el Tribunal Constitucional del Perú.	34
2.4.3. Principio de legalidad en la Corte Suprema del Perú.	37

2.5.	El realismo jurídico	41
2.5.1.	Realismo filosófico como historia.....	41
2.5.2.	Concepciones del realismo jurídico.....	42
2.5.3.	El realismo jurídico alemán.....	44
2.5.4.	El realismo jurídico norteamericano.....	45
2.5.5.	La historia del realismo jurídico norteamericano.....	49
2.5.6.	El realismo escandinavo: sus principales representantes.....	51
2.6.	La doctrina del precedente	53
2.6.1.	Funcionamiento del <i>stare decisis</i> en la doctrina del precedente.	57
2.6.2.	Las dimensiones en el sistema del common law.....	57
2.6.3.	El maximalismo y el minimalismo en la doctrina del precedente.	63
2.6.4.	El precedente: definición.....	66
2.6.5.	El precedente en el Perú. Historia.....	67
2.6.6.	La obligatoriedad del precedente.....	68
2.6.7.	El precedente frente al principio de legalidad: Civil law.....	69
2.7.	¿Qué son los plenos casatorios?	70
Capítulo III Análisis Jurídico del Caso		73
3.1.	El recurso de casación y el precedente en el Código Procesal Penal.	73
3.2.	Características de la doctrina jurisprudencial en el nuevo Código Procesal Penal	77
3.2.1.	Proximidad al sistema anglosajón.....	77
3.2.2.	El nacimiento de la doctrina jurisprudencial.....	78
3.2.3.	Dinámica de la doctrina jurisprudencial.....	79
3.2.4.	Ciclo de vida de la doctrina jurisprudencial.....	80
3.3.	La doctrina contenida en la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A	80
3.4.	Análisis de la sentencia -EXP. 0066-2013-0-1505-SP-PE-01	85
3.4.1.	Los hechos del caso.....	87
3.4.2.	Bienes muebles materia de sustracción:.....	88
3.4.3.	Tipificación de la conducta.....	91
3.4.4.	Las omisiones de la sentencia.....	91
3.5.	Análisis de la sentencia R.N. Nº 3580-2013 de la Corte Suprema.....	94

3.5.1. Imputación fáctica.....	94
3.5.2. Fundamento del Supremo Tribunal.....	95
3.5.3. Sobre la consumación del delito.	95
3.5.4. Respuesta al pedido principal del recurso de nulidad.	95
3.6. Apartamiento del precedente obligatorio	96
3.6.1. Principio de independencia judicial.	97
Conclusiones	99
Recomendaciones	101
Referencias Bibliografías	102
Anexos.....	109
Anexo A. Matriz de Consistencia	109

Resumen

El trabajo que presentamos se encaminó a contemplar el precedente o doctrina jurisprudencial, como se conoce en nuestro medio, como un problema de vinculación del por qué y cuáles son los alcances del precedente, si bien es cierto el precedente no es norma jurídica, pero de lo que se trata es de saber si resulta útil que una norma jurídica la fijara como mandato el valor vinculante del precedente, porque se considere "valor entendido" para el órgano judicial de instancia o misión "imposible" por el peligro de constreñir la libertad de criterio como vertiente de la independencia judicial.

La utilidad de la plasmación de tal fórmula hallaría su explicación a la par de estimular la uniformidad en la interpretación normativa y generar seguridad jurídica en la persuasión de no ver revocada una decisión judicial. Pero, como tuvo ocasión de examinar, ofrecer soluciones o recetas únicas resulta complicado. Los elementos del sistema son muchos y las situaciones que se pueden presentar impredecibles. El carácter dinámico de la jurisprudencia lo confirma.

El tema que nos hemos asignado es extraordinariamente amplio que pensamos que acaso, lo más oportuno, teniendo en cuenta la finalidad de nuestra preocupación sería el estudio de caso único a partir de la Sentencia Plenaria N°00 1-2005/DJ-301-A, cuya omisión en el juicio de imputación, pone al descubierto la renuencia de la judicatura sobre la posibilidad de considerar a la jurisprudencia como elemento conformante del principio de legalidad material, soslayando que nuestro ordenamiento jurídico incorpora en nuestra sistemática criterios "realistas", que orillan planteamientos cerrados y encuentran en la jurisprudencia una fuente real y vinculante. Para constatar esto, en primer lugar se seleccionó el caso, se identificó el problema, se localizó las unidades a explorar en el expediente N° 00362-2012-0-1508-JM-PE-02 y otras fuentes, se recogió dichos datos, finalmente se analizó e interpretó lo acopiado.

Palabras claves: Sentencia plenaria, doctrina jurisprudencial vinculante, precepto normativo, principio de legalidad.

Abstract

The work we present is directed to contemplate the precedent or jurisprudential doctrine as it is known in our midst as a problem of linkage, of why and with what scope, of the precedent. The precedent is not a legal rule, but what it is about is whether it is useful for a legal rule to set it as a mandate, the binding value of the precedent, because it is considered "understood value", - for the judicial body of instance - or a mission "impossible" because of the danger of constraining freedom of judgment as a aspect of judicial independence.

The usefulness of the embossing of such a formula would find its explanation in order to stimulate uniformity in the normative interpretation and generate legal certainty, in the persuasion of not being revoked a judicial decision. But, as we will have the opportunity to examine, offering unique solutions or recipes is complicated. There are many elements of the system, and situations that can be unpredictable. The dynamic nature of the case-law confirms this.

The subject we have assigned to ourselves is so extraordinarily broad that we think that, perhaps, most appropriately, taking into account the purpose of our concern, would be the single-case study, starting with Plenary Judgment No. 1.2005DJ-301-A, whose omission in the impeminence judgment exposes the reluctance of the judiciary on the possibility of considering jurisprudence as a conforming element of the principle of material legality , avoiding that our legal system incorporates in our systematic "realistic" criteria, which shore closed approaches, and find in jurisprudence a real and binding source. To find this, the case was first selected, the problem was identified, the units to be scanned were located in file No. 00362-2012-0-1508-JM-PE-02 and other sources, such data was collected, finally analyzed and interpreted what was collected.

Keywords: Plenary judgment; binding jurisprudence doctrine; normative precept; principle of legality.

Introducción

En nuestro sistema de justicia tanto la doctrina como la legislación, pone de relieve la expresión “apoderarse” al momento de describir la conducta prohibida en la regulación del robo en sus distintas modalidades.

Es claro que el legislador peruano ha querido aludir al comportamiento punible con la voz apoderarse; sin embargo el legislador no ha determinado el ámbito normativo de la voz “apoderarse” para identificar la consumación del delito, siendo la Sentencia Plenaria N°001-2005/DJ-301-A, el lugar donde se establece que *“la consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída (...) Disponibilidad que, más que real y efectiva (...) debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída.”*

A pesar de que dijimos en el resumen del presente informe, en términos generales, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema vincula jurídicamente a los jueces inferiores. Se viene produciendo la discusión en torno a las causas de ese valor vinculante y correlativamente a su alcance, lo que se plasma en ignorar la doctrina del precedente como fuente del derecho derivado del principio de legalidad, a la vez que orillan criterios “realistas” incorporados legislativamente en nuestro sistema de justicia para el desarrollo jurisprudencial como un modo de formulación del derecho vivo, siendo la tendencia actual en contemplar el precedente como un problema de vinculación.

Lo que decimos no es una especulación. En el expediente penal Nro.00362-2012-0-1508-JM-PE-02 no se aplicó en ninguna de las instancias judiciales la Sentencia Plenaria N° 1-2005DJ-301-A, a pesar de su obligatoriedad, aun cuando este puede ser un caso aislado; el murmullo en los pasillos de la judicatura es sobre cómo apartarse de la doctrina jurisprudencial o que dicha doctrina no tiene nada que decir en absoluto en el juicio de un caso en concreto que no solo un juez puede apartarse

de sus parámetros normativos, diciendo por qué lo hace, sino que simplemente puede ignorarlo como se hizo en el caso objeto del presente estudio.

Es bajo esta realidad que consideramos proponer una respuesta distinta sobre la obligatoriedad de un precedente o doctrina jurisprudencial proveniente de una Sentencia Plenaria, una respuesta que sostiene que el centro neurálgico del razonamiento judicial es el análisis interpretativo de lo que dice la ley, lo que conduce a una cuestión normativa, pero también de lo que debería decir a la luz de los criterios realistas incorporados en nuestra sistemática penal como una cuestión evaluativa y a quién le corresponde hacerlo. A partir de ahí, consideramos que el intento de la sentencia plenaria es no solo reducir el conflicto y facilitar el gobierno de la ley, sino que también, pretende lograr una sociedad justa y aceptable; es más, aspira una especie de integridad interna con lo que los principios que se respetan en el juicio de un caso se respeten también en otras partes.

La metodología empleada es el Estudio de Caso (único) dada la naturaleza de los hechos y sus efectos producidos por la primera y segunda instancia que trató el proceso tanto en la instrucción y juzgamiento, con recurso de nulidad presentada al tribunal de alzada; que finalmente omitieron considerar como premisa normativa desde el enfoque interpretativo, la fuerza gravitacional del precedente en el juicio en concreto. Como técnica se desarrolla el mismo Estudio de caso y como instrumento fichas de análisis de texto, también la revisión y el análisis de contenido (Daniels et al, 2011 y Martínez, 2006), en la que primero se da un análisis textual para localizar las unidades a explorar y recoger dichos datos, luego el análisis e interpretación de lo acopiado todo ello en un cuadro de doble entrada estableciendo las categorías de causas – efecto, correspondencia y las conclusiones.

La estructura del presente informe parte de un capítulo de introducción en la que se presenta el caso de estudio y la perspectiva de análisis, luego en otro capítulo, se plantea la perspectiva teórica del estudio en la que se destacan los aspectos teóricos principales que guiarán el análisis, finalmente, en un tercer capítulo, concretar el análisis del caso con el debate teórico seleccionado y para terminar las conclusiones y recomendaciones.

Las autoras

Capítulo I

Planteamiento del Estudio

1.1. Introducción

Es una realidad indiscutible que la jurisprudencia de la Corte Suprema vincula jurídicamente; sin embargo, la discusión se centra en torno a las causas de ese valor vinculante, correlativamente a su alcance, siendo la doctrina del precedente la que ayuda a explicar la cuestión. El campo de las fuentes del Derecho no parece ser el terreno más adecuado. Como sabemos, existe renuencia en la judicatura sobre la posibilidad de encaje de la jurisprudencia como fuente del Derecho en un sistema normativista como el nuestro. Con todo, como también después repararemos, no faltan criterios "realistas" que orillan planteamientos cerrados y encuentran en la jurisprudencia una fuente real del Derecho, un modo de creación del Derecho, un colaborador en la formulación del Derecho vivo.

1.2. Presentación del caso de estudio.

El presente estudio se centra en el proceso penal de delito de robo agravado desarrollado en dos instancias, el Juzgado Mixto Transitorio de Satipo (juzgado instructor) - Primera Sala Mixta Descentralizada La Merced - Chanchamayo y como segunda instancia la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

Exp. Nro.: 00362-2012-0-1508-JM – PE - 02

DISTRITO JUDICIAL: Junín - Satipo

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN: Mixto Transitorio.

SEC. JUZGADO: Marlon Robledo Córdova

ESPECIALIDAD: Penal

PROCESO: Ordinario

FISCALIA PROVINCIAL: Segunda Mixta -Satipo

PRIMERA INSTANCIA: Primera Sala Mixta

Descentralizada la
Merced – Chanchamayo
EXP. N° 00069-2013-0-1505-SP-
PE-01).

SEGUNDA INSTANCIA: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (R. N.
N° 3580-2013)

1.3. Descripción general del caso

El caso que conlleva a la presente investigación ocurre el 13 de mayo del 2012, a horas 03: 00 de la madrugada en el sector La Cuchillada – Pampa Hermosa – Satipo. El agraviado Juver Uriel Campos Aliaga narra que salió de su cuarto ubicado en el Jr. Antonio Raimondi intersección con la Av. Micaela Bastidas del Distrito y Provincia de Satipo, Departamento de Junín; a bordo de una motocicleta enrumbando con destino a su chacra que se ubica en el Anexo Santa Rosita de Pampa Hermosa perteneciente al distrito de Pampa Hermosa, Provincia de Satipo, al encontrarse transitando por el anexo de Bellavista pudo percatarse que una motocicleta lo venía siguiendo, motivando que acelerara su marcha hasta el Anexo de San Pedro perteneciente al distrito de Coviriali, Provincia de Satipo, donde existe una tranquera de control a cargo de ronderos de Pampa Hermosa (zona limítrofe), ante este hecho estaciona su moto a un lado de la vía para observar, quien lo venía siguiendo, permaneciendo tres minutos aproximadamente, observa pasar la motocicleta que lo seguía y advirtió que era de color rojo 125, transportando a dos sujetos. Logra reconocer al conductor porque era un conocido que lo avistó reiteradas veces por el lugar, el conductor de esa motocicleta redujo la velocidad, como queriéndolo esperar; luego de unos minutos que pasaron estos sujetos, decidió continuar su marcha, siendo así distante a unos 800 metros posteriores al control observa nuevamente estacionado la misma motocicleta con los dos sujetos, es ahí donde el conductor (a quien conocía de vista), le solicitó que detuviese su vehículo comentándole que se le había acabado la gasolina, proposición que acató, en estas circunstancias y por detrás es cogoteado por el segundo sujeto bajándolo de la motocicleta, el mismo que intentaba ahorcarlo, al mismo tiempo observó que tenía un revolver en la

mano y el sujeto a quien conoce de vista, aprovechó para rebuscar los bolsillos y apropiarse de su billetera que contenía mil trescientos nuevos soles, despojándolo también de una mochila donde llevaba su uniforme de SENATI, un celular; esta situación hizo que reaccionara suscitándose un forcejeo que por encontrarse en desventaja fue empujado a un barranco, de donde logró salir rápidamente del lugar para intentar recuperar su motocicleta, suplicándoles se llevarán su dinero pero no su motocicleta; estos sujetos nuevamente lo empujaron al barranco y empezaron a lanzarle piedras desde la carretera que le impactaron en diversas partes del cuerpo, no tuvo más opción que esconderse para protegerse; escuchando que arrancaron su moto y partieron en veloz fuga cada uno conduciendo una motocicleta, sin embargo sin amilanarse los persiguió hasta llegar hasta al control de San Pedro, poniendo conocimiento del robo y solicitando apoyo para recuperar su motocicleta. Los ronderos miembros del CAD (Comité de Autodefensa), abordaron dos motocicletas y acompañados por ellos logran alcanzarlos a la altura del Anexo la Florida, pasando un rompe muelle, uno de los sujetos al darse cuenta que lo estábamos siguiendo, dejó tirado la motocicleta y emprendió veloz huida entre los matorrales, el segundo sujeto que tenía la motocicleta fue aprehendido a unos veinte metros del lugar por los ronderos, quien dijo llamarse Javier Martin Gago Mantari, a quien lo conoce de vista.

La narrativa citada es acogida por el titular de la acción penal, quien en su denuncia la postula como hechos probables, basado en ello se apertura investigación bajo la tipificación probable del delito de robo agravado consumado; en mérito a esta denuncia se emite el auto apertorio de instrucción, calificándose el hecho como robo agravado consumado.

Actuada las diligencias dispuestas en el auto apertorio de instrucción, el Juez del Juzgado Mixto Transitorio de Satipo concluye emitiendo el informe final y eleva el expediente a la Primera Sala Mixta Descentralizada La Merced – Chanchamayo.

La Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced – Chanchamayo, juzga el caso y expide sentencia N° 066-2013 con fecha 27 de agosto del 2013 en la resolución N° 19 que FALLA: 1° Condenando al acusado Javier Martin Gago Mantari, como autor convicto del ilícito penal contra patrimonio; robo agravado art. 188° del Código Penal (tipo base); primer párrafo de las circunstancias agravantes especificadas en los incisos 2, 4, 8 del art. 189° de la citada norma penal siendo agraviado Juver Uriel Campos Aliaga; imponiéndose pena privativa de libertad de nueve años de prisión efectiva, la misma que computando el plazo de detención que corre del trece de mayo del dos mil doce, conforme se advierte en la papeleta de detención a fojas nueve, vencerá el doce de mayo del dos mil veintiuno. 2° FIJARON la reparación civil en mil nuevo soles, que el sentenciado abonará al agraviado con sus bienes propios y libres en ejecución de sentencia.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, por el agravio alegado por el sentenciado Javier Martín Gago Mantari contra la sentencia proferida en autos, falló desestimándola y declarando no encontrar mérito de nulidad contra la sentencia de fecha veintisiete de agosto del dos mil trece. Cabe anotar, que en ninguna de las instancias se ha considerado al momento de fijar la premisa normativa del juicio, los parámetros normativos contenidos en la Sentencia Plenaria N° 001-2005/DJ-301-A

1.4. Criterios para la selección del caso

El presente caso fue seleccionado porque plasma aquello que lo tomábamos como sospecha –el juicio contenido en las sentencias de instancia, ignoran por completo la obligatoriedad de los parámetros normativos contenidos en el precedente vinculante–.

1.5. La problemática que presenta este estudio de caso

¿Por qué en el presente caso (Exp. N°00362-2012-0-1508-JM – PE - 02), no se aplicó los parámetros normativos contenidos en una sentencia plenaria con carácter de precedente vinculante?, ¿es razonable ignorarlos?, ¿cuándo decisivamente, es sentado con prudencia las reglas del precedente como

instrumento de control e incluso de autocontrol del propio principio de legalidad, reducen la posibilidad de adoptar decisiones arbitrarias y augurar un porvenir brillante en las decisiones judiciales?, ¿existen fundamentos doctrinales y jurídicos que permiten sostener el carácter vinculante y obligatorio, derivado del principio de legalidad, de los precedentes vinculantes?.

Lo acotado son temas que merecen ser analizados y estudiados a la luz de las teorías jurídicas dominantes en nuestro sistema de justicia, pues entendemos que se mantiene la discusión sobre el valor vinculante de la jurisprudencia. Por una parte, se argumenta correr el peligro de constreñir la libertad de criterio de los jueces como vertiente de la independencia judicial; por otra parte, que es la que defendemos, considera un valor entendido por el sistema de justicia derivado del mismo principio de legalidad, eso sí, como lo dijimos, en términos de no rígidas ataduras.

Llegamos a este punto, pues en la esfera judicial que es la que nos importa, el principio de legalidad de nuestro originario positivismo había impedido la racionalización de esta forma de control –la del precedente vinculante–. En este contexto, era lógico que cualquier contradicción entre decisiones judiciales se considerase, sin más, como producto del error de una de ellas o de ambas y que la restauración de la armonía se tratase como una consecuencia accesoria del restablecimiento del principio de legalidad, no como una exigencia de éste. Se habló siempre, sobre la unificación de criterios en la aplicación de la ley y ello como una de las finalidades de la jurisprudencia. Así, la necesidad de establecer precedentes nace como un elemento importante, aunque no rígido en la adopción de las decisiones judiciales; ahora proclamado en el Nuevo Código Procesal Penal como una realidad propia de la esencia de la función judicial, como exigencia del principio de igualdad y de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, pero que aún no se encuentra consolidado, surgiendo voces discrepantes con la idea del stare decisis, lo cual creemos que desarmoniza

la relación que debe existir entre el principio de igualdad con el de independencia de los órganos jurisdiccionales.

La lesión del principio de igualdad como en el caso objeto de nuestro estudio, sigue existiendo, lo que exige afirmar que tanto el establecimiento del precedente como el restablecimiento de la igualdad sigue siendo un problema de los órganos superiores o supremos por la vía de los recursos ordinarios y extraordinarios. Es evidente que, en este contexto, la apelación a la independencia judicial postulada por los jueces de instancia desnaturaliza los propósitos últimos del precedente judicial negado. La negación del precedente implica la negación de la demostración de sabiduría jurídico-política, contenido en la doctrina jurisprudencial o precedente. De prosperar este trabajo de investigación se restituiría la indefinición tradicional que oscila entre el principio de legalidad y la imposible construcción del carácter vinculante del precedente como fuente del derecho.

1.6. Justificación del estudio

El caso en estudio justifica la presente investigación por la utilidad de la plasmación de las respuestas propuestas sobre la obligatoriedad de los parámetros normativos contenidos en las sentencias plenas –precedentes–, su explicación teórica y práctica, su generalización para otros supuestos, a la par de estimular la uniformidad en la interpretación normativa y generar seguridad jurídica, en la persuasión de no ver revocada una decisión judicial.

Es menester acotar desde ya, que la sentencia plenaria soslayada en el caso objeto de estudio, contiene tres aspectos muy importantes para entender objetivamente los presupuestos del delito de robo agravado en la determinación de su consumación o tentativa: a) Si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo. b) Si el agente es sorprendido infraganti o insitu y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa, y c) Si perseguido los participantes en el hecho, es detenido uno o más de

ellos, pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos. Así planteada la cuestión ofrece varios problemas en “la disposición”, “la integridad del botín”, “recuperación parcial del botín” estos cuestionamientos pasa por la generación de varias relaciones que configurarían una situación distinta planteada en la sentencia plenaria como en el presupuesto b), cuando el agente es sorprendido, perseguido, capturado con el botín parcialmente, ¿cómo se podrá calificar el grado de tentativa?, es más el presupuesto c) tan poco viene a salvar esta cuestión, dado que perseguidos, detenidos uno o más de ellos y los otros logran escapar con el producto del robo; no señala todo o parcial, esto se pone más complejo si no se ha probado la existencia de los bienes sustraídos, situación que descende en el presente estudio de caso.

1.7. Objetivos del estudio

1.1.1. Objetivo General.

Analizar los fundamentos doctrinales y jurídicos que permiten sostener el carácter vinculante y obligatorio de los precedentes vinculantes para las instancias inferiores de la Corte Suprema e incluso para las propias Salas de las Corte Suprema.

1.1.2. Objetivos Específicos.

Analizar si es razonable ignorar o inaplicar los parámetros normativos contenidos en un precedente vinculante al momento de establecer la premisa normativa en el proceso de justificación interna de una sentencia.

1.8. Limitaciones del Estudio

Una de las limitaciones fue la nula información que se tiene sobre el estudio de casos y su utilidad metodológica en la investigación jurídica, lo que conllevó a que se recurriera a las teorías y experiencias de otras ciencias sociales para descubrir su utilidad y plasmarla en la presente investigación, situación que generó retraso para el avance del presente estudio.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1. El Positivismo y las sentencias plenarias

2.1.1. La filosofía del positivismo.

Es considerada una corriente o pensamiento filosófico propugnada por Auguste Comte (1798-1857), dónde las experiencias empíricas, para llegar a ser conocimiento se logra en función a las experiencias obtenidas a través del método científico.

2.1.2. Ideas y tesis fundamentales del positivismo.

Nosotras consideramos que los aportes más importantes al positivismo vienen de dos ideas de Comte y Mill, por ser sus corrientes la base fundamental para el nacimiento del derecho positivo, en la que nos debemos enmarcar; la misma que haremos una descripción de cada uno de esos aportes intelectuales:

Aportes de Comte; la ley de los tres estados (Chavéz Calderón, 2015, págs. 188-189).

El estado teológico, considerado la etapa de la búsqueda constante de causas finales de los fenómenos, es decir la existencia de fuerzas sobrenaturales siendo la causa de los fenómenos.

El estado de la metafísica, esta es la etapa de la razón, lo que significa ante la búsqueda de causas que expliquen los fenómenos, ésta responde en función a entidades abstractas.

El estado del positivismo, esta es la etapa más importante para Comte la que lo venera como si fuera una religión, en esta etapa, ante la existencia de los fenómenos es explicar la causalidad del por qué; sin embargo, Comte considera que la explicación debe ser sencilla en el desarrollo de la inteligencia individual, ir de lo simple a lo complejo.

Aportes de John Stuart Mill (Chavéz Calderón, 2015, pág. 194), son los métodos de la inducción y la ética del utilitarista la que desarrollaremos cada uno de ellos de la siguiente manera:

El método de la concordancia significa si ante la existencia de dos o más fenómenos y ésta tiene una sola circunstancia en común, entonces concluye que esa circunstancia será la causa y efecto del fenómeno.

El método de diferencia, si en un hecho en que se da un fenómeno, pero estos convienen en todas las circunstancias; excepto en uno, entonces el efecto o causa será los otros donde no se dio las circunstancias.

El método de residuos, ante un fenómeno complejo se separa los efectos de circunstancias ya conocidas, entonces el residuo de esa circunstancia será el efecto o la causa.

El método de variación concomitante, si ante una variación en el fenómeno A, y esta misma variación corresponde al fenómeno B, entonces la causa o efecto es la misma circunstancia, es decir, que existe una relación causal.

Del mismo modo, este filósofo fue el creador de la doctrina de la ética utilitarista, dado que nace un lema, “la mayor felicidad para el mayor número de personas”, lo que significa que la bondad de los actos debe ser calculada en razón a la utilidad que representa, con el aforismo de que todo lo que es útil es bueno y deseable.

2.2. El iuspositivismo

2.2.1. El positivismo jurídico.

El tema que vamos a desarrollar nace de un debate clásico entre la teoría iusnaturalista y el positivismo jurídico, mientras que los iusnaturalistas parten de una teoría de reglas universales y principios

morales, que buscan la aplicación de la justicia en la sociedad, ya que todo ser humano es capaz de conocer lo justo e injusto y que el derecho positivo como tal, al promulgar una ley injusta no puede ser derecho, ya que el derecho debe ser justicia. Por su parte el positivismo jurídico considera a la justicia como una noción subjetiva y de poca relevancia, para ello pasaremos a desarrollar el positivismo jurídico:

Lo que incide en esta corriente filosófica, que parte separando la moral del derecho y afirma que el único conocimiento auténtico es el conocimiento científico, por tanto, compartimos la tesis kelseniana, es por ello, que a Kelsen se le denomina el primer científico del derecho, porque su posición arribaba a esta categoría, separando al derecho de otras ciencias.

Respecto a esta corriente filosófica, existen una gran variedad de escuelas, dentro de ello Bobbio, citado por (Fabra, 2015) divide las escuelas iuspositivistas en dos grandes grupos: funcionalistas (o realistas) y estructuralistas (o normativistas)¹, aunque suele identificar al positivismo con los segundos, mientras que a los primeros se les considera, como “realistas”. Y citando nuevamente a Bobbio, (Fabra, 2015) continúa señalando que, en su *Teoría general del derecho*, diferencia a los positivistas (que son los estructuralistas) de los realistas (o funcionalistas) ² pero a ambos los opone a los iusnaturalistas.

Para el autor italiano Norberto Bobbio, caben tres aceptaciones: a) la ciencia del derecho, entendida como el estudio metodológico del derecho positivo sin idealismo y valoraciones subjetivas, ya que el objeto de la ciencia del derecho solo puede ser el propio derecho positivo vigente; b) la teoría del derecho, aquí plantea que el derecho

¹ Clasificación que encontramos, por ejemplo, en Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. De Eduardo Roza, Bogotá, Temis, 1987, pp. VIII-X.

² *Ibidem*, pp. 20-38

es coercitivo, ya que el Estado emana normas para su obligatorio cumplimiento; y, c) la ideología del derecho, la ideología que considera que el derecho vigente tiene siempre fuerza obligatoria y debe ser obedecido por la sociedad y todo derecho se presume siempre justo en medida que ha sido promulgado por un legislador, representante del Estado.

Kelsen, citado por (Schmill, 2003) afirma que por positivismo jurídico debe entenderse toda teoría del derecho que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio al derecho positivo y rechaza como derecho a cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del “derecho natural”.³

En tal sentido, Kelsen es considerado el principal representante del positivismo jurídico y considera que el análisis del derecho debe realizarse de un enfoque científico, con independencia de juicios de valor vinculados a la moral y la justicia, sin ningún tipo de intervenciones ideológicas y entendiendo como núcleo del derecho positivo a la norma jurídica, en cuya estructura existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Ejemplo: si Jorge mata a Juan (supuesto de hecho), entonces será sancionado con pena privativa de libertad de 6 a 20 años (consecuencia jurídica); siendo esta norma jurídica emanada del poder coercitivo estatal; por tanto, de obligatorio cumplimiento para la sociedad.

Entendiéndose que el sistema jurídico del Estado se basa en ordenamientos normativos que contiene leyes emitidas por los legisladores a través de procedimientos establecidos por una norma superior, por ello, uno de los principales aportes de Kelsen, es la pirámide normativa, en la que el reglamento fundamenta su validez en la Ley y la Ley fundamenta su validez en la Constitución, Kelsen

³ “Was ist juristischer positivismus”, en *Juristen-Zeiung*, Num. 20, Jahrgang, Heft 15/16, pp. 465-468

sostiene que hay una norma fundamental que es la cúspide de la pirámide normativa, es una norma no escrita que está vigente socialmente. Y respecto a la justicia ha sido enfático en sostener que no es un problema jurídico, sino un problema moral que no corresponde ser estudiado por el derecho positivo.

Se ha cuestionado por parte de los iusnaturalistas, que los legisladores cuando promulgan una ley aplican sus criterios personales y morales, que por tanto estas leyes tienen contenido moral, así como que el derecho tiene por justificación la justicia y que esta Ley está sujeta a una interpretación. Por su lado los positivistas han señalado que si bien es cierto, es posible que los legisladores apliquen criterios morales al momento de promulgar una Ley, sin embargo, señalan que el derecho es una manera de ejercer el poder, y como sociedad debemos obedecer lo que el legislador nos manda, sea o no del agrado de alguno o se considere justa o injusta dicha norma; respecto a la interpretación es un problema del sistema jurídico y como tal se resolverá dentro del positivismo jurídico.

Conforme se ha podido desarrollar de manera puntual, coincidimos en que el derecho natural está derivado de principios universales del cosmos (orden) de Dios, de la sociedad y la historia, sin embargo conforme acertadamente lo ha desarrollado (Ross, 2008) señalando que a pesar de todas las divergencias, hay una idea común a todas las escuelas del derecho natural: la creencia de que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios verdaderos, que son obligatorios para todos; incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia.

Por tanto, forma parte del iusnaturalismo la ética y la moral, que rigen una sociedad. Por ello consideramos que resulta aceptable que a

través de la promulgación de normas y de la interpretación de las mismas, participa la ética y la moral, sin embargo, los observadores tienen una apreciación subjetiva de lo que es justo o no, ya que la justicia depende del observador, cada persona tiene la moral que desea tener y no hay como medir la justicia frente a una determinada circunstancia, por tanto únicamente corresponde solucionar los problemas de interpretación de las normas al derecho positivo. Y la teoría del derecho positivo va a permitir comprender el derecho como ciencia jurídica, el fenómeno social del derecho tiene que construir sus estructuras de conocimiento puramente científico, excluyéndose en todo sentido la metafísica.

Por otro lado, existe una teoría más completa, planteada por el filósofo del derecho brasileño Miguel Reale, que consiste en la teoría tridimensional del derecho, a través de celebres dimensiones: valor, norma y hecho; la dimensión normativa, se refiere al estudio de las normas escritas que dicta el Estado, con poder coercitivo; la dimensión fáctica o sociológica, sobre una relación recíproca entre la sociedad y el derecho; y la dimensión valorativa o axiológica, aquí aplica una reflexión sobre la justicia o injusticia de la norma jurídica.

En consecuencia, el derecho desde un punto de vista esencial, no solamente debe basarse en la sola existencia de valores que no considere la norma técnica; pero tampoco, debe entenderse en el otro extremo como solo normativo técnico, aislado de la metafísica, de los valores, sino que esta teoría evidencia conexiones, constituyendo una tercera dimensión, que es la relación social; creando el filósofo Miguel Reale, la teoría tridimensional del derecho, considerando que un estudio del derecho de forma aislada los valores por un lado, la norma por otro lado y las relaciones sociales por otro, son definiciones incompletas, por tanto, deben ser estudiadas de manera unificada. Por ello concluimos que esta teoría es la más acertada para el estudio del presente caso.

2.3. El positivismo analítico

A propósito del positivismo jurídico, tenemos que algunos de los autores positivistas, han asumido en mayoría dos formas o concepciones, siendo éstas: a) Positivismo analítico y b) positivismo sociológico. De la cuales resulta de interés para el desarrollo de nuestro trabajo, el análisis del positivismo analítico, conforme pasaremos a desarrollarlo, enfocando nuestro estudio en el jurista y filósofo del derecho español Manuel Atienza Rodríguez.

Positivismo analítico (Bodenheimer, 2007) en su teoría del derecho, señala que la jurisprudencia analítica se ocupa del análisis e interpretación de las reglas jurídicas efectivas, establecidas por los órganos del Estado. Concibe el derecho como un imperativo del poder gubernamental, como un mandato del soberano. Su objetivo principal es clasificar las reglas jurídicas positivas, mostrar su conexión e interdependencia dentro del marco total del sistema jurídico y definir los conceptos generales de la ciencia del derecho.

En el mismo sentido (Botero, y otros, 1997) teniendo en cuenta la posición de Bodenheimer, han definido el positivismo analítico como eminentemente formalista y orienta todos sus puntos de vista al sistema de normas, a tal extremo que llega a calificar como pleonasma la expresión Estado de Derecho, debido a que el Estado es esencialmente jurídico.

Por consiguiente el positivismo jurídico analítico, resulta ser una concepción que le pone mucha atención al análisis del lenguaje jurídico, cuya importancia en el derecho consiste en que todo operador del derecho debe contar con una formación suficiente en argumentación jurídica y lejos de enfocarse en un formalismo de sistema de normas, a través de instrumentos lingüísticos, debe realizar un análisis más exhaustivo a través de la teoría de la argumentación, y en tal sentido compartimos lo señalado por (Botero, y otros, 1997) quien señala que lejos del formalismo del sistema de normas, los juristas tienen el inaplazable compromiso de entregarse al estudio de su contenido. Solo de esa manera puede lograrse a cabalidad, la plena dinámica de ese mismo

sistema: el legislador, al discutir y aprobar las normas; los funcionarios de la administración pública, al aplicarlas; los abogados litigantes; los consultores; los profesores y tratadistas; todos ellos, como los jueces deben ser intérpretes del derecho a la luz de la realidad y no de la fantasía del presente y no del pasado, de la sustancia y no de la forma.

2.3.1. Teoría de Manuel Atienza.

A pesar de que este filósofo dejó en claro que no se considera un positivista en sentido estricto, pero sí analítico en cuanto al método y no positivista o postpositivista en teoría del Derecho, objetivista desde el punto de vista moral y un anti-iusnaturalista; sin embargo, se considera un pragmatista, entendiendo el pragmatismo como una concepción, una actitud, que da primacía en la práctica, conforme lo ha manifestado en entrevistas.

Y teniendo en cuenta que una de las principales aportaciones a la filosofía del derecho por parte del filósofo Manuel Atienza, resulta ser el desarrollo de la argumentación del derecho. Entendiendo por argumentación jurídica, como una teoría que explica razones en favor de una tesis utilizando el lenguaje jurídico, que permite la sustentación e interpretación de las soluciones de problemas jurídicos y esta teoría debe ser utilizada por jueces y todos los operadores jurídicos.

Para ello destacaremos los tres enfoques analizados en su libro “Curso de argumentación jurídica”, (Atienza, 2013) ha señalado que el derecho puede contemplarse desde tres enfoques de especial relevancia teórica: a) Al primero se lo puede llamar estructural y tiende a identificarse con el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas. Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico y cómo se ensamblan entre sí. Otro posible enfoque consiste en estudiar el derecho desde un punto de vista funcional: para que sirva cada una

de las partes del edificio y que función cumple todo él en el contexto en el que está inserto (el conjunto de la sociedad). Se corresponde aproximadamente con las posturas realistas, sociológicas, que tienden a identificar el derecho con la conducta (de los jueces y en general de los operadores jurídicos), puesto que lo que importa para contestar a las anteriores cuestiones no es el Derecho formalmente válido (el Derecho de los libros), sino el derecho en acción, el Derecho verdaderamente eficaz. En fin, desde una tercera perspectiva, es posible fijarse en la idealidad del derecho. No en el edificio ya construido con todos sus defectos, sino en lo que tendría que ser un edificio modélico (el Derecho justo) (...). Se puede decir entonces que la perspectiva que nos interesa aquí no es la de quien contempla un edificio o, mejor una ciudad, desde fuera y se limita a describir sus calles, sus parques, sus construcciones. Tampoco la de quien pretende participar en su construcción y desarrollo simplemente como un técnico que se plantea de qué manera pueden satisfacerse ciertos objetivos que se suponen dados. Ni la del arquitecto que diseña los planos de un edificio y se desentiende de las cuestiones de detalle, de su ejecución; sino la del que se siente comprometido con la tarea de mejorar el diseño y el desarrollo de una ciudad a partir de un modelo ideal que; sin embargo, sabe que tiene que ir adaptando continuamente a la realidad, o sea, esforzándose por construir la mejor ciudad posible a partir de las circunstancias dadas.

Como se puede advertir Manuel Atienza plantea una teoría sintética y sistemática de la argumentación jurídica, que trata de ensamblar tres enfoques que se han ido desarrollando de manera separada: a) Enfoque formal, que se interesa por los argumentos desde el punto de vista de las estructuras, utilizando la lógica de los razonamientos, b) Enfoque material, que consiste en ver la argumentación jurídica como una teoría de las premisas, siendo requisito indispensable que cumpla con las reglas mínimas que exige la lógica y rige bajo la teoría de las reglas y los principios, debiendo considerar que el derecho no

solo es un conjunto de normas sino también una práctica, c) Enfoque pragmático, consiste en ver la argumentación como una actividad social.

Por consiguiente Manuel Atienza afirma que no es posible abordar cualquier problema jurídico de una entidad sin manejar tanto reglas como principios, entonces el problema teórico y práctico es cómo combinar estos principios y reglas, considerando que el derecho no es solo un conjunto de enunciados, ya que el derecho es un fenómeno complejo, tal es así que existen normas abiertas y la mayoría de las normas jurídicas son derrotables, existiendo también lagunas en las normas y al no existir reglas, los Jueces deben resolver los casos ponderando y creando las reglas, mas no deben limitarse solo a subsumir, ya que el Juez tiene que tener la conciencia de decidir con justicia que forma parte del ordenamiento jurídico.

2.4. Principio de legalidad

Es un principio universal que está dado para evitar excesos y arbitrariedades en la punición estatal ya que solo la norma que se encuentra taxativamente establecida, será de obligatorio cumplimiento para el ciudadano, norma jurídica que debe ser expedida por un poder estatal competente; siendo en nuestro caso el Poder legislativo, encargado de emitir normas respetando la Constitución Política, ya que también el principio de legalidad no permite que las leyes transgredan disposiciones constitucionales y es atribución del Poder Judicial, interpretar estas normas.

Asimismo, nuestra Constitución Política del Perú en su Art. 2° inciso 24° apartado d) señala expresamente que: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*.

El jurista alemán (Roxin, 1997) ha desarrollado, las cuatro consecuencias del principio de legalidad: a) La prohibición de analogía (*nullun crimen, nulla*

poena sine lege stricta), dicha argumentación por analogía, que en otros campos del derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo, está prohibida, b) La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), señala que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario, c) La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), si la punibilidad no estaba declarada y determinada antes del hecho, son constitucionalmente inadmisibles; d) La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del código penal) es una consecuencia del principio de legalidad y también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas.

Por tanto, el Principio de legalidad es una reacción contra la inseguridad jurídica y una limitación al *ius puniendi* estatal.

2.4.1. Principio de legalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De conformidad al artículo 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos se tiene que: "*La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial*". Siendo el caso del Perú, que ratificó este instrumento el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981, por tanto, la Corte tiene competencia para emitir pronunciamientos respecto al estado peruano.

Entre las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el estado peruano, citaremos alguna de ellas que contienen análisis respecto al principio de legalidad:

a) Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016 (Fondo, reparaciones y costas). En esta sentencia la Corte analizó el principio de legalidad, en el siguiente orden: a) El principio de legalidad, según el cual, “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable*” (artículo 9° de la Convención), constituye uno de los pilares de todo Estado de derecho. Un Estado de derecho sólo puede penar a alguien por lo que haya hecho, pero nunca por lo que el autor sea y por consiguiente, el principio de legalidad y la derivada irretroactividad de la ley penal desfavorable deben observarse por todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias, particularmente cuando se trata del ejercicio de su poder punitivo⁴. La elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre definiciones claras de las conductas incriminadas que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa⁵. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor; pues de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto en el que se expresan el reproche social y las

⁴ Cfr., en similar sentido, *Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá*, supra, párr. 107; y *Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255, párr. 130.

⁵ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 121; *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, supra, párr. 90; y *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, supra, párr. 162.

consecuencias de éste⁶. Si bien el respeto a la legalidad estricta debe observarlo el legislador al construir todo tipo penal, hay casos en que debe extremar el cuidado como es el de los tipos de terrorismo, no sólo por la gravedad de las penas con que se conminan tales crímenes, sino para evitar cualquier tentación de cubrir con esos tipos delitos políticos o comunes. Por ello es altamente conveniente que en estos tipos la conducta incriminada se delimite de la manera más clara y precisa posible⁷. En este sentido, ha sido reconocido que en la normativa internacional no existe una definición de terrorismo completa, concisa y aceptada universalmente⁸, aunque la Resolución 1566 emitida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el año 2004⁹ y la “*definición modelo de terrorismo*” desarrollada en el 2010 por el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo presentan estándares relevantes para evaluar las tipificaciones nacionales¹⁰. La Corte también ha resaltado que corresponde al juez, al momento de la aplicación de la ley penal,

⁶ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. *supra*, párr. 106, y *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. *supra*, párr. 161.

⁷ Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, *supra*, párrs. 163, 165 y 171, citando: UN Doc. A/HRC/6/17/Add.1, 28 de noviembre de 2007, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, Adición, párr. 20; y ONU, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Resolución A/70/371 del 18 de septiembre de 2015.

⁸ No obstante, numerosos instrumentos internacionales califican como actos terroristas a determinadas conductas. Tal es el caso de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, que no define el terrorismo, pero considera en su artículo 2.1 como delitos terroristas los contenidos en diez convenciones internacionales sobre la materia. Cfr. Convención Interamericana contra el Terrorismo, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002.

⁹ La Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 8 de octubre de 2004, en su párrafo 3: “*Recuerda* que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e *insta* a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza”.

¹⁰ Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, *supra*, párrs. 166 y 167.

atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en la adecuación de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico¹¹, o sea, que no proceda a una integración analógica.

b) Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas). En esta sentencia, la Corte detalló respecto al principio de legalidad: El artículo 9° de la Convención señala: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena ms grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. (...). La Corte ha dicho que el sentido de la palabra *leyes* dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente.¹² La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La

¹¹ Cfr. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*, *supra*, párr. 82; *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, *supra*, párr. 190.

¹² Cfr. *La Expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, Párr. 21.

ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 9 de la Convención.

2.4.2. Principio de legalidad en el Tribunal Constitucional del Perú.

El Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad, también ha expedido innumerables sentencias en las que analizó el principio de legalidad, dentro de las cuales citaremos algunas:

- a. Sentencia Exp. N° 00156-2012-PHC/TC Lima, Caso César Humberto Tineo Cabrera. Fundamentos 5, 6, 7,8 y 9, que a la letra dice: El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad. 5. La primera de las garantías del debido proceso es el principio-derecho a la legalidad y a las exigencias que se derivan de éste, en particular el relativo al subprincipio de la taxatividad. Conforme el artículo 9° de la Convención Americana dispone: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*. Este principio constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado democrático: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*. De forma similar, en la sentencia del Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, de fecha 25 de

noviembre de 2005, la Corte Interamericana subrayó que “*en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo*”. 6. Tal principio-derecho a la legalidad sancionatoria está reconocido en la Constitución del Estado en su artículo 2º, inciso 24º, literal d), con el siguiente tenor: “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*”. En mérito de ello, en la STC 00010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. Del mismo modo, la Corte Interamericana ha señalado que “*la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales*” (Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*). 7. En virtud de ello, es que en la STC 02050-2002-AA/TC este Tribunal Constitucional precisó que “*los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador*”. El principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). 8. Para la Corte Interamericana este

principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (Cfr. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005 y Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2005). En la sentencia del Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, la Corte Interamericana destacó que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar”. 9. El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo. Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio. Igualmente, en sede corporativa, la conducta considerada como falta debe encontrarse claramente prevista y tipificada en el estatuto de las personas jurídicas.

- b. Sentencia Exp. N° 3644-2015-PHC/TC Lima, Caso Oscar Llantoy Gutiérrez. Fundamento 7,8 y 9, que a la letra dice: El principio de legalidad. 7. El principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal “d” de la Constitución Política del Perú, según el cual “*Nadie será*

procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley". 8. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. 9. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional, frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

2.4.3. Principio de legalidad en la Corte Suprema del Perú.

En igual sentido la Corte Suprema también ha expedido sentencias desarrollando el principio de legalidad, siendo ésta última sentencia donde desarrolló con mejor amplitud este principio, conforme se detalla:

Casación 724-2018, Junín (10 de julio del 2019). Fundamento octavo.

I. El principio de legalidad como salvaguarda del ciudadano. El

principio de legalidad está regulado amplia y expresamente tanto en el ordenamiento constitucional como en los instrumentos internacionales. En este sentido, el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala lo siguiente: “1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella.* 2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”. Por su parte, en el artículo 9° de la Convención Americana sobre derechos Humanos se precisa: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”. Este principio es reconocido expresamente, en el artículo 2°, inciso 24°, literal d, de la Constitución Política del Estado, con el siguiente texto: “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*”. El Código penal establece, en el artículo II del título preliminar, que: “*Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella*”. El reconocimiento de este principio fundamental para un Estado de Derecho ha sido igualmente ratificado y desarrollado en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Así, la Corte

Interamericana de Derechos Humanos¹³ ha establecido que: “*En un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo*”. El Estatuto de Roma, en sus artículos 22°, 23 ° y 24°, prescribe que: Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. [...] Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. [...] Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior en su entrada en vigor. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente número 3644-2015-PHC/TC, fundamentos jurídicos octavo y noveno, sostuvo lo siguiente: “8. *El principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, ya también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. 9. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional, frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación, o, incluso, la aplicación de determinados tipo penales o supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula*

¹³ Sentencia del veinticinco de noviembre de dos mil cinco, fundamento jurídico centésimo octogésimo séptimo, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú

también a los jueces penales y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales”.

El principio de legalidad como expresión Rule of Law. Noveno. En el sentido originario del reconocimiento del principio de legalidad, tal como ha sido establecido en la legislación y jurisprudencia, nacional e internacional, es del ser una salvaguarda para el ciudadano. 9.1. Así, el principio de legalidad es una garantía política que tienen todas las personas con capacidad penal, para que no se les persiga ni sancione por conductas que no hayan sido descritas de manera clara, previa y taxativa en una ley formal. Desde la perspectiva de la sanción, la pena que corresponda imponer a quien ha sido declarado responsable de una infracción penal, no debe ser sino la fijada en las mismas condiciones. Este es el sentido histórico y liberal del principio de legalidad: los ciudadanos en el ejercicio relativo de su libertad deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos u ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan según corresponda. Ahora bien, sin subestimar la importancia del sentido liberal del principio de legalidad es de considerar otra perspectiva adicional de su vigencia, relacionada con su arista fundamentalmente procesal: la legalidad, como mensaje comunicativo, no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido y de lo permitido, de lo imponible o no imponible como consecuencia punitiva. La legalidad es la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (*Rule of Law*). La delimitación normativa que hace el legislador tiene por objeto prescribir cual es el espacio de juego (*Der Spielraum*) dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas en un Estado de Derecho; esto es, este principio impone el postulado de un sometimiento de la potestad

punitiva del derecho¹⁴. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática. Se extiende no solo a la observancia de una conducta, conforme a la norma (prohibitiva o imperativa); sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Pero, fundamentalmente, es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento, según el caso. Esto significa que, una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, se debe fijar la pena, conforme a las reglas de determinación judicial de la pena.

2.5. El realismo jurídico

2.5.1. Realismo filosófico como historia.

Nosotras consideramos que, para desarrollar el realismo jurídico, previamente es necesario recurrir a los antecedentes históricos.

El realismo filosófico entendida como corriente filosófica, nace de acuerdo a Bertrand Russell en el año 1900, no obstante surge frente al idealismo y al psicologismo, corrientes sumamente arraigados en la filosofía; pero que recibe ciertas influencias de la fenomenología de Edmund Husserl y del pragmatismo de William James, ya que en el siglo XIX la corriente del psicologismo tomaba fuerza y sostenía que la inexistencia de las verdades independientes a los procesos mentales pretendiendo hallar toda respuesta en el sujeto mismo y obviando la teoría del conocimiento, frente a esta idea es que Husserl sostiene que la filosofía al ser una ciencia rigurosa capaz de alcanzar el conocimiento objetivo y esencial de la realidad, más allá del subjetivismo, razón por la que refuta el psicologismo que negaba en esas épocas la existencia de las verdades independientes del

¹⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Barcelona: Reppertor, S.L. 1996, p. 74.

sujeto. Sin embargo, sostiene una tesis más precisa de su método, la capacidad del ser humano a través de su intelecto para captar la esencia de las cosas, para ello propone utilizar el método de la reducción de la fenomenología en sus dos formas, una primera en que se prescinde de las particularidades del objeto individualmente considerado y la segunda en separar de él los sentimientos, creencias o prejuicios, para así apreciarlo como es en realidad y no como creemos que es (Campos Zamora, 2010).

Campos también desarrolla la tesis de William James, quien desarrolla el pragmatismo, desde un punto de vista filosófico sostiene que se debe reducir lo verdadero o lo útil, con esto niega el conocimiento teórico en diversos grados; para esta corriente del pragmatismo el intelecto es dado al hombre no para investigar y conocer la verdad, sino para poder orientarse en la realidad, es decir, para los pragmáticos la verdad radica en su utilidad y en el éxito, por lo tanto todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de realizar. Para James las ciencias solo se convierten en verdades cuando son útiles, pero que esa utilidad no se reduce a la satisfacción de las necesidades materiales del ser humano, sino a todo cuanto sirva para el desarrollo del hombre en la sociedad (Campos Zamora, 2010, pág. 198) .

2.5.2. Concepciones del realismo jurídico.

El realismo jurídico es una corriente de doctrina filosófica que buscaba identificar al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza del gobierno estatal o con ciertas probabilidades de las decisiones judiciales, su enunciado más importante es irse contra el formalismo, con la percepción que el derecho no está formado por ideales de una obligación, sino por reglas formadas a través de la observación hechas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal, interpretando las normas jurídicas tal como son, reconociendo sus

indeterminaciones lingüísticas y toma como efectivo los resultados de la norma que tienen en la realidad social.

El autor (Campos Zamora, 2010) en su artículo nociones del realismo jurídico, manifiesta que no existe una corriente propiamente dicho del realismo jurídico; pero existe tres concepciones que hemos considerado básico, el realismo alemán, el realismo norteamericano y el realismo escandinavo, más adelante desarrollaremos cada uno de estas concepciones; sin embargo, haremos un concepto para entender el realismo jurídico y así, entender por qué el de la obligatoriedad de los precedentes vinculantes en el juzgamiento ante un hecho punible.

Como señala en su libro (Rubio & Arce, 2019, pág. 177), son muchas las escuelas del realismo jurídico, pero todas ellas critican al concepto formalista del derecho, posición del positivismo, el punto básico del realismo jurídico radica en resaltar la eficacia que tiene el derecho. Por otro lado, Alf Ross, desarrolla un pensamiento donde el tapiz preponderante es darle a las norma provenientes de las fuentes del derecho que no tienen aplicación inmediata, considera que son simples proclamas y solo asumen realidad cuando son aplicadas por un juez en un caso judicial, bajo esta postura se entiende que las normas que forman parte de una estructura normativa y fuente del derecho que provienen de la doctrina del positivismo son mandatos que no dirigen a los sujetos particulares, sino regulan directamente el comportamiento del juez, por ejemplo en un delito de robo agravado que constituye delito, el verdadero contenido del derecho en el caso es una directiva para que el juez de acuerdo con este deberá, determinarlas condiciones, e imponer una pena al culpable.

Entonces, según esta visión que menciona el autor (Rubio & Arce, 2019), el fundamento de cumplimiento del derecho es la sentencia y no la ley, ya que la ley vendría a ser solo una directiva dirigida al juez

y que el cumplimiento será en función a lo que se decida en la sentencia.

Es acertado la posición de los autores, cuando señalan que el grupo social no encarga su poder de coerción al legislador, posición del positivista, sino lo encarga al juez, quien en su sentencia puede confirmar en su aplicación una ley, interpretarla o rechazarla, si en un caso o varios no se cumple su objetivo y que el juez al estar cerca al caso valora mejor lo que quiere el grupo social.

2.5.3. El realismo jurídico alemán.

Es importante hacer referencia al realismo jurídico alemán por las influencias sobre los derechos humanos, al respecto (Campos Zamora, 2010, pág. 198) ha desarrollado sobre la doctrina, manifiesta que no contempla al realismo jurídico alemán en sentido estricto, como si lo hace en el caso de norteamericano y el escandinavo, y tenemos a su máximo representante Rudolf Von Jhering, para este autor, la vida y la verdad del Derecho radican en su efectiva realización, ese es el Derecho mismo. Lo que más trascendental es su tesis de que todo lo que no sucede en la realidad y se encuentra sólo en el papel, es una mera apariencia del Derecho.

Otro exponente tenemos a Oskar Von Büllow, quien afirma que la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces. En ese sentido, considera quien ejerce de juez tiene un papel protagónico en la construcción del derecho, pero también manifiesta que la ley no es un derecho vigente sino un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar y la esencia de la judicatura descansa en la sentencias y que estas no es una sentencia en el sentido lógico habitual, en ella se esconde múltiples y posibles formas de interpretaciones y es el Juez quien tiene la posibilidad de elegir cuál es la más adecuada.

Para Kantorowicz, quien sostiene una posición muy similar a la de Büllow, el Derecho se desarrolla en el día a día, en la resolución de conflictos entre los hombres en las Cortes de Justicia, su esencia es eminentemente práctica y no lógico-deductiva, es ante todo un comportamiento, un hacer dentro de las reglas del discurso práctico-jurídico.

Hans Albert sostiene que toda proposición que aspire a tener cierta validez debe someterse a un examen crítico, lo que pretende es que las normas jurídicas sean objeto de estudios lingüísticos, estudios sobre el sentido, estudios sobre correlaciones semánticas, y que surta efectos en la realidad social.

2.5.4. El realismo jurídico norteamericano.

Muchos autores han desarrollado análisis jurisprudencial sobre esta doctrina, la consideran el de mayor importancia para nuestro sistema jurídico, por ello haremos un desarrollo más amplio sobre esta doctrina.

(Reyes Molina , 2016) en su artículo Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho, ha desarrollado sobre esta corriente filosófica, considerada como corriente de pensamiento que surge en contraposición del formalismo que propugnaba el positivismo, es decir, para esta corriente las decisiones de los jueces no encuentran su origen en la sola aplicación de las normas jurídicas, el autor cita a Schauer, quien consideraba a esta doctrina del escepticismo¹⁵, en razón que los argumentos basadas en reglas y principios que los jueces aplicaban y daban sus fallos no revelaban o si lo hacían era de forma incompleta respecto a las verdaderas razones y motivos de sus decisiones, fue en dicha motivación que el escepticismo; sin embargo, al referirse al estudio que hace Jerome Frank, este considera que existe dos tipos de escepticismo dentro

¹⁵ El escepticismo; es una doctrina del conocimiento que exige dudar de toda la información que no sea bien apoyada por la evidencia.

del realismo jurídico estadounidense: el escepticismo ante las reglas y el escepticismo ante los hechos.

En cuanto al escepticismo ante los hechos Frank entendía del proceso judicial, que es la unión de dos elementos: hechos y normas, pero hace un análisis de esa época en que la corriente del realismo jurídico estadounidense cobraba mayor relevancia frente al formalismo, lo mismo sucede en la actualidad, donde los jueces enfocan su mayor estudio intelectual en el estudio de las normas; no obstante, Frank finiquita que en un litigio el punto central no son las normas, sino los hechos.

Por otro lado, Frank que es mencionado en este artículo por los autores, a la cual hemos citado, concibe una precisión con respecto a su tesis, preguntándose ¿es necesario obtener un conocimiento correcto de los hechos en la etapa probatoria de los litigios?, frente a esta interrogante señala que si es importante y se debe tener mayor cuidado en establecer que esos hechos sean apreciados por los tribunales sin errores, de lo contrario devendrían en defectos judiciales en la determinación de los hechos por los tribunales de primera instancia, además menciona que estos errores acurren a menudo en procesos civiles y penales donde los litigantes pueden perder su libertad, su propiedad, ahorros, trabajo o reputación, por causas de fallos fundados en hechos que nunca han ocurrido en la realidad, o que si ocurrieron pero no como lo han interiorizado el juez, frente a esta situación Frank propone algunas soluciones y de esta manera entender cómo funciona el derecho y exhorta a los jueces especialmente de los tribunales inferiores cambiar la forma de analizar y trasladarlo desde el comportamiento de las cortes hacia los tribunales inferiores, pero también sigue cuestionando a los tribunales inferiores, de modo que piensa que ellos no puedan determinar objetivamente los hechos en un litigio debido a una serie de factores jurídicos como no jurídicos, por ello, considera que los hechos no

pueden ser determinados objetivamente por el juez o el jurado, y que esos hechos declarados y probados en un litigio no son, los hechos que acaecieron en la realidad sino que en el mejor escenario son creencias subjetivas del juez o el jurado sobre los hechos que declaran los testigos y que son alegados por las partes, en ese sentido concluye, que esta posición es el núcleo del escepticismo frente a los hechos, por ello, parte de dos elementos: 1) elemento independiente de la verdad de los hechos; 2) elemento altamente difícil de predecir puesto que dependerán de una serie de factores y variables incontrolables e incognoscibles a priori, por el abogado que debe asesor a su cliente

Por ende, Frank hace una división de las causas del escepticismo: Causas no-jurídicas: los límites de nuestra percepción. Centra su análisis en la prueba testimonial y la equivocación que puede producir el testimonio y define a la equivocación o falibilidad como los innumerables errores de percepción derivados de los sentidos, las fallas de la memoria, las diferencias de sexo, edad, naturaleza, cultura, estado anímico, salud, apasionamiento, ambiente etc., a través de estos efectos las percepciones de los hechos será muy difícil de tener relatos similares; y cuando es comparado lo que a la persona le sucede realmente y lo que confiadamente afirma solo se encontrará error sobre error. Frank parte de la premisa de que los testigos no pueden ser equiparados a observadores científicos, en razón que ellos pueden ser testigos de ciertos hechos, pero la obtención de su percepción puede variar por los causas ya mencionadas, en ese sentido, los jueces y jurados no pueden ser sujetos de dicha comparación de lo contrario tendrán los mismo errores que de los testigos, de modo que los testigos y jueces no pueden ser sujetos de comparación, en razón que las habilidades cognitivas de los testigos y jurados son limitadas, por consiguiente; la capacidad cognitiva del juzgador a un son limitadas, en la determinación de los hechos e incide en que los testigos narran los

hechos percibidos con todo sus defectos de percepción, mientras que los jueces solo se basaran sus decisiones en los recuerdos falibles de una persona y no haber experimentado los hechos directamente, además agrega que las desatenciones y sesgos personales de los jueces y los jurados hacia los testigos mientras éstos rinden declaración, sólo propician una valoración parcial e incompleta de la información relevante del caso a decidir.

Para Frank estos estándares valorativos no son revelados en la motivación de la sentencia, nadie solo el juez sabe si en los fundamentos expuestos expresa debidamente o manipule con su creencia ya que nadie puede probar inexactitud de una información brindada en un estado mental íntimo que compete al estado del juez y en el caso de los jurados, estos no tienen el deber de motivación haciendo implausible poder determinar cuándo y cómo han reaccionado ante un determinado testimonio.

- Causas jurídicas: la actividad del abogado litigante y las reglas del juego; sobre esta causa Frank considera que el rol del abogado en un juicio es un impedimento para la tarea del juez de averiguar los hechos, ya que permite reforzar el escepticismo ante los hechos propuestos por Frank, de manera que las técnicas de defensa frecuentemente bloquearán el descubrimiento de evidencia importante o conducirán la declaración de un testigo clave en forma tal que esta se presente distorsionada, no obstante el abogado, su presencia en un juicio está supeditada a ganar el litigio y no va ayudar al juez a determinar los hechos, a pesar de que estas prácticas están amparadas por un conjunto de reglas procesales que sostiene y regulan el denominado modelo adversarial de resolución de conflictos.

- Causas mixtas: actuaciones en contexto según Frank, esta causa es un paso intermedio entre una actividad diaria y común en la vida de

las personas, pero dentro de un contexto del juicio y los efectos que estos producen en los participantes del litigio que puede afectar la calidad de la información que reciba un juez o el jurado.

Todos estos factores impiden una correcta averiguación de los hechos, por lo tanto, se relativiza el valor a la verdad de los hechos, ya que es difícil sostener cuales son los hechos realmente.

Finalmente, Frank incide en el objeto del estudio de la teoría del derecho, no solo se agota en el estudio de las normas jurídicas, sino, además, ha alcanzado el examen de los hechos y por ende a la prueba jurídica. Así como a estudiar las decisiones emitidas por las cortes superiores, también en estudiar cómo funciona la administración de justicia en una comunidad, se debe de estudiar las decisiones de los tribunales ordinarios; y a modo de ejemplo, en nuestro sistema judicial penal peruano el código procesal penal ha sufrido muchas modificaciones, sin embargo, con el sistema de la oralidad la valoración de pruebas está enfocados a los hechos que vendría ser a través del principio de inmediatez.

2.5.5. La historia del realismo jurídico norteamericano.

Se considera que es una de las vertientes más importante del realismo jurídico y que sus ideas han ejercido una enorme influencia en todo el sistema jurídico estadounidense, de ahí que, nace su máximo exponente el juez Oliver Wendel Holmes, con su afirmación de que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia y es pues el estudio de esta experiencia la que conduce a la esencia del derecho y su aplicación a los casos concretos. Holmes en su análisis frente al estudio del derecho lo define como el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán frente a las diferentes formas de concebir que se entiende del derecho, se tiene a Harvard Roscoe Pound, fue quien incidió en investigar desde sociología-realista en el ámbito jurídico, sirve a los fines pragmáticos partiendo de los factores

perceptivos como son las reglas, principios, doctrinas y de un análisis de los intereses que pueden ser individuales, públicos, sociales etc., los medios para convertir en operativas las normas jurídicas es a través del estudio sociológico, analizar la metodología jurídica, elaborar el historial sociológico del derecho y darle mayor énfasis en la solución razonable y equitativa en los casos concretos.

El autor (Campos Zamora, 2010, pág. 198), hace referencia a la posición que tenía Pound respecto a la judicatura que debía comprender la protección jurídica de los intereses más diversos individuales, colectivos o sociales, la clasificación llevada por el juez requiere de tener mayor conocimiento sociológico, la valoración, a efectos de determinar la forma de protección, de manera que trató de emancipar al derecho del dogmático, en lo que se refiere a lo exégesis lógico-deductiva, pero que esa lógica es la estructura del derecho, de manera que sirve de instrumento para la vida social y su eficacia debe medirse de acuerdo a su capacidad para realizar fines humanos, por consiguiente el juez debe estar en plena libertad para buscar la solución más justa en lugar de estar sometido a la voluntad del legislador y a la exégesis de ese tipo, que al final obstaculizaban el cambio social y la regulación de nuevas realidades, en lugar de favorecer la función del derecho que era considerado como ingeniería social, de ahí que concluye que son los hombres y no las reglas quienes administran justicia.

Otro personaje importante del realismo jurídico norteamericano es Karl Llewellyn, su tesis más importante está sentada en la distinción entre lo que denomina reglas en el papel y reglas efectivas, la primera lo considera las leyes, reglamentos y los fundamentos declarados por los tribunales en sus sentencias, la segunda son las utilizadas por los jueces para decidir realmente el litigio, de este modo hace una diferencia entre reglas de papel y reglas de las reglas efectivas, las primeras tiene un gran alcance, pero se debe averiguar cada regla

por medio de un estudio sobre la realidad de la conducta judicial; resulta que existe reglas en el papel que no son tomadas por los jueces y muchas veces las leyes y los reglamentos se convierten en letras muertas o con los preceptos judiciales que se consideran caducos, pero a la vez existe otras normas, reglamentos y otras sentencias anteriores que el juez toma en consideración y que menciona como fundamento para su fallo; pero que en realidad no sigue o si lo hace lo hace de manera parcial.

Por ejemplo tenemos, en el caso peruano sucede lo mismo, he ahí donde nace la preocupación de realizar el presente trabajo de investigación de un caso en concreto que existiendo sentencias plenarias vinculante desarrollada por un grupo de jueces supremos, los jueces de diversas instancias estaban obligadas a cumplirlas y aplicarlas en sus decisiones en un juzgamiento ante un hecho punible, con lo que esta posición de Karl Llewellyn cala importancia frente a una sociedad que espera de sus jueces una decisión eficaz.

2.5.6. El realismo escandinavo: sus principales representantes.

Es una corriente que surge en crítica al idealismo epistemológico, basándose en el sujeto y objeto, explicando que en un proceso cognoscitivo el sujeto entra en contacto con una realidad distinta a la suya, pero identificable en el mundo de la experiencia sensible. Esta corriente desarrolla la teoría del derecho sin dejar de lado las cuestiones de la jurisdicción, sin embargo, lo más resaltante de esta corriente reside en la crítica que realiza a los conceptos jurídicos tradicionales irreales. En relación con la norma jurídica los realista escandinavos son menos radicales en relación con los realistas norteamericanos, definen al derecho obteniendo de las practicas sociales, pero que esta práctica son incorporadas a las normas jurídicas como un esquema de experimentación y calificación y su naturaleza se halla en el conjunto de hechos en lugar de normas o comandos, ya que el derecho era considerado hechos sociales,

porque el derecho considerado una máquina creada para proteger a la sociedad, a la vez evitaron los juicios de valor al considerarlo métodos de justicia y que los principios de justicia es ilusoria, por ello consideran a la justicia como parte del derecho, condicionada a que el orden jurídico o social sea eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad.

El autor (Campos Zamora, 2010, pág. 210), identifica a los principales representantes de esta corriente, la misma que desarrollaremos sus posiciones de cada uno:

Vilhelm Lundstedt, sostiene que la única realidad concreta está constituida por la máquina del derecho, por la organización de la fuerza y por los objetivos sociales, en consecuencia, las normas separadas del derecho no son nada, solo términos y etiquetas vacías, en ese sentido propone que el termino norma debería ser exiliado del lenguaje jurídico o ser utilizada entre comillas, con el fin de entender que no se refiere a entidades reales sino a situaciones de ventaja o de desventaja y las que son determinadas por la máquina del derecho. Esta misma posición es apoyada por Olivecrona, al ser una maquina el derecho que transforma y dirige la conducta de los ciudadanos frente a la Constitución y el respecto se transmite a la nueva norma que sería vinculante y de esta forma, la ley fundamental del estado se presenta como una especie de norma psicológica fundamental que sostiene además normas y el sistema jurídico. Siguiendo esta posición a la norma jurídica se puede definir como un conjunto de ideas o acciones imaginarias a ser cumplidas por personas en situaciones imaginarias, el verdadero derecho surge cuando una norma es válida y sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social.

Alf Ross, un jurista danés, desarrolla su posición considerándolo a las normas jurídicas como normas del ajedrez, que sirve de interpretación para un conjunto de actos sociales, es el derecho en

acción; identifica algunas características de la aplicación del derecho y señala que el derecho es un macro que a partir del cual trabajara el juez; al ser interpretada por el juez le dará vida y hará que surta sus verdaderos efectos, el derecho como fenómeno de la realidad en virtud a un hecho histórico que varía de acuerdo al tiempo y lugar, que nace de la conducta del hombre y supeditada a aspectos externos de poder; sin embargo, Ross, identifica otro aspecto para definir la norma jurídica, conceptualizando que las normas jurídicas deben entenderse como directrices del comportamiento de una persona, donde cada participante debe conocer cuál es la regla del juego y su papel, si existe alguna transgresión a estas normas o al pela otorgado habrá una reacción de su oponente. Explicado de esta forma Ross, define al derecho como un conjunto abstracto de ideas normativas que funcionan a manera de esquema que va regular las conductas para quien está destinado la norma y ser interpretada por los jueces, pero con una visión de los fenómenos sociales.

2.6. La doctrina del precedente

Habiendo ya desarrollado el positivismo jurídico, el realismo jurídico y, para entender cuál es la importancia de su aplicación dentro de un sistema jurídico dinámico, abordaremos el precedente desde su nacimiento como doctrina, así como también, desarrollaremos la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema vincula jurídicamente a los jueces inferiores. Se viene produciendo la discusión en torno a las causas de ese valor vinculante y correlativamente a su alcance, lo que se plasma en ignorar la doctrina del precedente como fuente del derecho derivado del principio de legalidad, a la vez que orillan criterios “realistas” incorporados legislativamente en nuestro sistema de justicia para el desarrollo jurisprudencial como un modo de formulación del derecho vivo, siendo la tendencia actual en contemplar el precedente como un problema de vinculación.

A decir por Ana Laura Magaloni Kerpel, analizada por (Ahumada Ruiz, 2003), reconoció la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales que

era una concepción del sistema americano, sin embargo, no era necesario que algún precepto lo dispusiera así, es la constitución como derecho más alto que lo dispusiera y que las decisiones emanadas de esta sería mediante el control judicial de la constitucionalidad de leyes, pero que estos no fueron los responsables de la aparición de la figura del precedente constitucional en un sistema del *common law* el norteamericano, el solo hecho de aceptar que la aplicación de la constitución era aceptar su inmersión en la corriente del *common law*,

El *common law*, (Ahumada Ruiz, 2003), lo define haciendo referencia a Pound, como un modo de pensamiento jurídico, una manera de argumentar y una forma de tratamiento de los problemas legales antes que un cuerpo de normas o reglas definidas, es decir, considerado un método que es capaz de moldear las normas cualesquiera que sea su origen para adecuarlas a los principios.

También es definido por (Pereira Madeira, 2019, pág. 25), como la familia jurídica basada más en los precedentes judiciales que en las leyes escritas, basadas en analizar más principios que normas y, no en normas que sean absolutas, rígidas e inflexibles, sino en amplios principios basados en justicia. Nuestro país se adaptó a este contexto de estudio moderno y dinámico a través de la aplicación de los precedentes judiciales, siendo su característica primordial el pragmatismo frente a las conceptualizaciones genéricas y abstractas.

Por ello, se dice que la aparición del precedente constitucional y la aparición del *case law*, es consecuencia de la aplicación de la constitución mediante la técnica del *common law adjudication*. En ese sentido, es preciso definir qué son los precedentes constitucionales, ya que es a partir de esta definición que vamos a entender que son los precedentes; Magaloni define al precedente constitucional como precedente que no tiene características formales definidas solo materiales, que los diferencian de otros tipos de precedentes y sus elementos vendrían hacer el análisis que se hace de la estructura de

cualquier precedente de un sistema de *case law* y otro tanto con los elementos de la fuerza normativa.

Por otro lado, frente a la *judicial review* que propone al precedente, es producto de este mismo precedente, ya que *judicial review* nace según Magaloni de la práctica judicial esporádica que se difundiera entre los tribunales estatales, pero que fue sancionado por el tribunal supremo su uso, haciendo referencia al sistema norteamericano.

En ese sentido, debemos tener claro que los jueces no son libres para interpretar la ley, sino que deben buscar la intención de la ley a través de la utilización de técnicas de interpretación, como así se entiende en el sistema judicial inglés. Lo mismo sucede en nuestro sistema judicial peruano, tenemos un sistema muy arraigado al *civil law*, ya que nuestro derecho es positivizado, pero también adoptamos el sistema del *common law*, por lo tanto se puede considerar una fuente principal de normas legales ya que la autoridad final no está en una ley, sino en decisiones anteriores del tribunal que no ha modificado la normatividad, ya que en los precedentes muchas veces lo que se busca es redefinir la norma sustancial sin alterar la norma sustantiva, ya que ello está reservado para nuestro legisladores.

El principio del *Stare decisis*,¹⁶ es definido como una razón del establecimiento y permanencia de la *judicial review*, a través de ello el *common law* asegura un buen funcionamiento ya que las decisiones judiciales deben ser considerados vinculantes no solo para las partes, sino también para los casos semejantes que pueden ser decididos en el futuro, es decir, es el efecto vinculante que posee ciertos precedentes y por tanto, vendría hacer una fuente de legitimidad de las decisiones de los tribunales a través del ejercicio de la *judicial review*.

¹⁶ *Stare decisis* significa "mantenerse con las cosas decididas".

No obstante Magaloni hace una diferencia entre el *civil law* y el *common law*, el estudio de la doctrina del precedente, es básico y esencial para los juristas del *common law* y para el *civil law* vendría a ser el estudio de fuentes, analizando en un sistema de derecho codificado, el derecho es un ordenamiento jurídico, una construcción racional que se le da a cada norma una posición, un lugar dentro del sistema, fijando las reglas de conexión entre ellas; en ese sentido, existe dos posiciones para el jurista, una es la estática frente al ordenamiento y a la vez dinámica que está presidida por la lógica jurídica, y en un sistema del *common law* como es el sistema norteamericano dinámico; en el caso de nuestro país es similar el derecho está en constante producción y modificación de reglas jurídicas, pero que los juristas deben conocer los factores que impulsan o frenen ese dinamismo y mutabilidad de las reglas jurídicas, en ese sentido, las decisiones judiciales son producto de un estado de derecho democrático como es nuestro país, básicamente es la forma de introducir ciertos cambios de reglas, mientras que la realidad social está inmerso de un derecho abstraído, pero como el *common law* es la corriente que más ha tenido fuerza en nuestra legislación, es por ello que Magaloni quien estudia el sistema norteamericano considera que en este sistema centran sus intereses en las áreas del derecho incierto, que es una visión distinta a la que tienen los ciudadanos, mientras que en la doctrina del precedente está presente la tensión entre los valores opuestos de continuidad y cambio; rigidez y flexibilidad.

Por cierto, en el *case law* considerado un derecho en movimiento es entender cómo opera el principio del *stare decisis*, frente al análisis de la jurisprudencia a partir de un caso concreto, es decir se construye a través del tiempo analizando diferentes hechos y la doctrina del precedente quien le da la importancia al *case law* ya que es relevante entender como una decisión emanada de un juez en un caso concreto pueda ser utilizada como regla general en casos posteriores, es en esta línea que nuestro sistema peruano aplicando los precedentes a través del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, lo más difícil de entender para el sistema del *common law* es aceptar la sistematización y en muchas aspectos funciona de manera tuitiva,

es decir, protegiendo derechos fundamentales a través de un caso concreto, sin embargo para Magaloni mencionada por la autora considera la gran importancia de dejar a un lado los prejuicios de juristas del *civil law*, de esta forma encontrar sentido al significado del derecho y aguantarse esa posición de comparar y contrastar el nuevo panorama y que Magaloni identifica como rasgos básicos del paradigma jurídico norteamericano.

2.6.1. Funcionamiento del *stare decisis* en la doctrina del precedente.

El termino *stare decisis* constituye la esencia del sistema jurídico en los países anglosajones y este sistema se denomina *common law*, el nombre completo es *stare decisis et quieta non moveré*, que significa, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”, (Legarre & Rivera, 2006, pág. 109), y es esta doctrina que nos conlleva a estudiar en razón que los ideales de una doctrina es la de respetar las decisiones precedentes pero vinculantes, que viene a ser decisiones de otros jueces superiores; en el caso nuestro, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, que han resuelto hechos semejantes, por ello Magaloni señala que el *stare decisis* reconocido como el *policy* del derecho, es decir un criterio prudente que aconseja mantener lo establecido a falta de buenas razones para cambiar consideraciones de seguridad jurídica, justifican las conservaciones de reglas que deberían ser modificadas atendiendo a criterio de justicia, de equidad, de eficacia; el precedente si bien es cierto no es estático en el tiempo, pero puede ser modificado y ello se produce a través de la técnica conocida como el *prospective overruling*¹⁷ que desarrollaremos más adelante.

2.6.2. Las dimensiones en el sistema del common law.

En el *common law* la doctrina del precedente tiene dos dimensiones el *stare decisis* horizontal y vertical:

¹⁷ es la técnica que permite cambiar un precedente vinculante por uno nuevo.

El *stare decisis* horizontal, en esta forma dinámica el *stare decisis* fuerza la vinculación del juez a sus decisiones anteriores, es decir la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes.

El *stare decisis* vertical, mientras que aquí la fuerza de vinculación de los tribunales superiores que ejercen sobre ellos jurisdicción en apelación, es decir, a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que los jueces no están obligados por precedentes establecidos por tribunales de su mismo rango, ni por los de tribunales de apelación sin jurisdicción sobre ellos, es por ello que se distingue precedentes vinculantes y precedentes persuasivos dependiendo de la relación que liga a unos tribunales con otros (es decir, para unos será obligatorio su cumplimiento del precedente y para otros será persuasivo); pero también nos dice que los anuncios precedentes con fuerza obligatoria para todos los jueces son los que proceden del tribunal supremo. En el caso peruano es de ambos, tribunal constitucional y Corte Suprema, en ese sentido debemos tener presente que en ambos casos la obligación de aplicar el precedente tiene igual naturaleza, entendiéndole de esta manera la obligatoriedad del precedente es para el *common law* y la obligatoriedad de la ley es para el *civil law*. Pero para nuestro estudio centramos como lo más importante el *stare decisis* vertical, ya que aquí se advierte con mayor claridad la sanción en caso de incumplimiento. Por ejemplo, si un juez de instancia se aparta de la aplicación de un precedente vinculante expedida por su superior jerárquico, este dejará sin efecto la sentencia en cuestión, siempre en cuando sea apelada; sin embargo, esta posición podría darse incluso el *stare decisis* horizontal; por ejemplo, cuanto los jueces superiores jerárquicamente pueden dejar sin efecto la sentencia del inferior que no sigue su propia jurisprudencia refiriéndose a la jurisprudencia del propio tribunal inferior.

No obstante, el *stare decisis* vertical, debe tener un control de funcionamiento efectivo la que será mediante el sistema de recursos y el control del *stare decisis* horizontal va a depender del propio tribunal que expidió el precedente.

En cuanto a su obligatoriedad jurídica no debemos confundir con la sanción que corresponde por su incumplimiento, que estas sanciones no deben someter al derecho; como así lo sostiene algunas formas del positivismo jurídico, (he aquí nuestra justificación del presente trabajo de investigación, para así arribar a nuestro objetivo, porque los jueces de primera instancia no cumplieron con aplicar la sentencia vinculante expedida por la sala plena de la Corte Suprema, por el principio de legalidad a la cual están sometidos), por ello la autora, al desarrollar este punto señala que existe procedimientos que permitan resolver discrepancias en el seno de los tribunales colegiados que actúan divididos en salas, donde se reúnen para expedir plenos (*jull court*) o una comisión *ad hoc* de sus jueces (*sitting en banc*); entendamos, que en el caso peruano se hizo común dejar de aplicar los precedentes vinculantes sin ninguna motivación (como es el caso concreto de estudio), en caso de plenos casatorios existe sustento legal en el artículo 22° de la Ley Orgánica Del Poder Judicial, el principio general es la obligatoriedad del cumplimiento de los plenos casatorios y la excepción a la regla general es el apartamiento debidamente motivado; respecto a las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional, la regla general es la obligatoriedad de los precedentes vinculantes, no existe alguna excepción a esta regla y el sustento legal lo encontramos en el artículo VI y VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, primera disposición final de la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional, y en los artículos 201° y 204° de la Constitución Política del Estado.

En el sistema del *common law* existe una obligación de seguir los precedentes, por ello se están dotados de autoridad; no de cumplir por la sanción que acarrea su incumplimiento, sino que es su razón de ser, que es la causa de su obligación; la causa del sistema jurídico, del cual surge dicha obligación; sin embargo existe técnicas para su no aplicación, ya que el derecho creado por el juez pueden ser destruidas por la técnica del *overruling*; que es la revocación del precedente y frente a esta situación la autora, se hace la pregunta ¿Qué es lo que convierte a determinados precedentes en invulnerables?, ante esta pregunta cuestionable, Magaloni señala que ciertos precedentes constitucionales dejan de estar bajo el dominio y control del tribunal supremo para pasar a formar parte de la constitución no escrita, un curioso proceso de transformación de constitucionalidad; de modo que tocarlos sería tanto como alterarlos la constitución y como ejemplo señala algunos casos paradigmáticos; pero que no son exclusivos, los legal tender cases o *Brown* y el *soe* o *miranda v. Arizona* que reconoce el derecho del detenido a ser informado sobre sus derechos en el momento de su detención también el caso *roe v. wade*, que reconoce el derecho de la mujer a decidir sobre la interrupción de su embarazo en los primeros tres meses de gestación, deben recibir la misma consideración ya que sus decisiones descansa en el *stare decisis* y eso no implica que el tribunal comparta su doctrina que no considera necesaria con la constitución. Mientras que el legal tender el tribunal sancionó la constitucionalidad del uso del papel moneda como moneda de curso legal, resuelto en contra de la constitución que solo reconoce como de curso legal la moneda de oro o plata, en el caso *brow* que declaro como inherentemente discriminatorio la política de segregación racial.

Sin embargo, debemos tener en cuenta el principio de la analogía en la que podrían amparar los jueces para no aplicar un precedente vinculante en el sentido de que podría enfocarse en determinar que el caso concreto donde deba aplicar el precedente vinculante no es

similar al precedente, es decir no existe similitud; para ello existe otra técnica que el *distinguishing*, que corresponde al derecho anglosajón; a través de esta técnica el juez puede inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, en caso que considere que existe diferencias relevantes, donde entre el segundo caso y el caso precedente exigen otorgar al segundo una solución diferente, ya que está referido a la razón de ser del caso precedente, no obstante, no fuera posible la subsunción entre el caso precedente y el segundo caso concreto entonces el juez debe apartarse de la razón de ser, del caso precedente, motivando su inaplicación o fundamentando una nueva para el segundo, por ejemplo, tenemos de aplicación de esta técnica en el caso laboral (Huatuco Huatuco Exp. 27013-2013-0-1801-JR-LA-03).

No obstante, si nos encontramos en la posición de que expidió al precedente y este quisiera apartarse del mismo precedente que dicto, este debe justificar su apartamiento del precedente y, es mediante la técnica del *overruling* la que debe justificar cuando el mismo tribunal que los estableció o uno superior, llega a la conclusión de que el precedente es mala ley; como efecto del principio de igualdad; y a modo de conclusión la autora (Ahumada Ruiz, 2003), nos señala que el *stare decisis* frente a ciertas prácticas judiciales funcionan como una barrera que previene contra el comportamiento arbitrario de los jueces.

El *stare decisis* es la base de la división de funciones entre los jueces de primera instancia (jueces de instancia encargados de resolver disputas y jueces de apelación encargados del mantenimiento y provisión de reglas y estándares vinculantes y solo residualmente de la corrección de errores *in iudicando*, todavía más raramente, *in procedendo* (Ahumada Ruiz, 2003).

El *stare decisis* vertical consideramos de gran importancia, ya que muchos autores señalan, así como Magaloni, que no depende de la estructura jerárquica de la jurisdicción. La relación entre tribunales de primera y ulterior instancias no se explica tanto por razón de jerarquía como competencia o, incluso, especialidad, por usar términos que no son familiares, ya que los tribunales de primera instancia no son órganos productores de precedente, pero si son independientes en calificar los hechos y construcción de la narrativa del caso. Y muy bien podría un juez que no aplicó el precedente vinculante justificar en la dotación del principio de independencia; sin embargo, si nos encontramos en un sistema del *common law* en la que nuestra legislación sigue esa línea, entonces nos debemos a los precedentes, en esa línea de ideas Magaloni señala en países como México incluso Perú la apelación sea vista como un proceso diferente de la primera instancia, en la practica un suceso extraordinario, es ahí, que el sistema de recursos para el acceso a la instancia superior responde a la política del *stare decisis*, la apelación no es una segunda oportunidad para la parte insatisfecha con el fallo, ni una instancia de comprobación de la corrección de la decisión, sino que existe procedimientos ante el propio tribunal de instancia para lograr la subsanación de errores en la conducción del proceso incluso después de dictada la sentencia.

En el sistema del *common law* el juez no es simplemente un agente del legislador, sino un socio, un órgano de elaboración de leyes cooperativa y el legislador cuenta con él

Es la necesidad de decidir el caso y hacerlo correctamente conforme a derecho lo que justifica en principio el limitado poder del juez para crear derecho, todo en virtud del *stare decisis* ya que su sentencia contiene el derecho que rige el caso y eso conlleva a crear parámetros para una decisión de otros casos futuros; sin embargo, Magaloni advierte que no es posible a *priori* determinar su alcance normativo,

por varias razones que considera la autora influye el carácter más o menos excepcional del caso, la figura de la autoridad, el grado de consenso alcanzado, la relevancia de la cuestión decidida, la aceptación social que consigue o la controversia que genera la solución alcanzada, es decir, no todos los casos en conflictos van a terminar haciendo jurisprudencia, sino tiene que ser casos relevantes, por ello se sujetan al procedimiento de revisión (el *certiorari*)

En ese sentido, Magaloni analiza desde su punto de vista de los tribunales posteriores los que determinan al aplicar las reglas del precedente en litigios posteriores, su nivel de generalidad y abstracción; ahora bien, el tribunal que sienta el precedente ha establecido todo el marco de posibilidades dentro del cual pueden moverse los jueces vinculados por su decisión, lo que genera un tipo de colaboración entre el juez y legislador.

2.6.3. El maximalismo y el minimalismo en la doctrina del precedente.

Magaloni desarrolla este versus entre el maximalismo y el minimalismo, y se adhiere a las tesis de Sunstein expuestas en *one case at a time* (un caso a la vez), y avanzadas dejando las cosas indecisas, en la posición del Sunstein es que el tribunal supremo opta por decisiones maximalistas o minimalistas atendiendo a una variedad de circunstancias, entre ellas, la del consenso o polarización del debate político y social en torno a la cuestión constitucional que debe decidir.

La decisión maximalista, tiene la virtud y el inconveniente de cerrar el debate al menos esa sería la voluntad del tribunal mediante una solución que pretende resolver la cuestión constitucional de una vez por todas, de modo general y en abstracto normalmente apelando a principios, sin limitar su alcance a las circunstancias fácticas del caso en presencia.

La decisión minimalista decide el mínimo indispensable para dar una solución al caso actual, dejando deliberadamente amplio espacio para la discusión en foros no judiciales y abriendo la puerta a desarrollos jurisprudenciales alternativos ante supuestos fácticos diferentes.

El autor (Cajas Sarriá, 2009), señala que esta posición de Cass Sunstein adopta en defensa del minimalismo judicial la que se encuentra presente en el modo como la Corte Suprema de los estados Unidos decide diversos temas; pero que va primero con entender la constitución de los Estados Unidos, que tiene contenidos abiertos y abstractos acerca de las más altas aspiraciones de la sociedad, así por ejemplo, la constitución plantea entre otros estos interrogantes relacionados con la libertad o la igualdad, cuando el estado discrimina por razón de raza u orientación sexual, controlar el internet cuando se trata de programas para niños muchas veces la corte suprema responde a estas preguntas en sus fallos; pero usualmente los jueces deciden muy poco, dejan aspectos abiertos. Sobre la libertad o la igualdad, de manera deliberada deciden sobre lo que debería dejarse sin decir, es una práctica constante donde los jueces hacen y dicen tampoco como sea necesario en orden a justificar el resultado, por ello Sunstein plantea una tesis a la cual también Magaloni se acoge; entonces el minimalismo constitucional ha sido la característica más destacada del derecho americano en la década de los noventa y el minimalismo judicial consiste en decir lo menos posible para justificar a la decisión, en dejar sin decidir lo que más se pueda, el autor hace una precisión en el minimalismo basado en el comportamiento de los jueces al decidir de manera real los casos.

La misma que está enmarcado en cuatro razones:

- A. Las cortes deben respetar sus precedentes al considerar que los casos sobre los cuales realmente pueden decidir, mediante el silencio.

- B. Se reducen los ámbitos de la decisión a un caso concreto, se dejan espacios abiertos y de esta forma permiten que se tomen decisiones sin entrar a considerar otros aspectos externos.
- C. Hace menos frecuentes los errores judiciales y menos perjudiciales sus efectos, pues es muy difícil prever las consecuencias futuras de un fallo.
- D. favorece la democracia deliberada al permitir un debate amplio en todos los niveles.

Sin embargo, el minimalismo según Sunstein es practicado por magistrados desconfiados sobre las teorías generales cuando se debe interpretar para decidir. Ellos prefieren decidir caso por caso, afirman que la constitución no está congelada en el tiempo; pero a la vez temen a un amplio ejercicio del poder judicial. Están en desacuerdo con quienes consideran que la corte debe crear nuevos derechos y libertades partiendo de las tradiciones y prácticas fundacionales. Prefieren la estrechez en las decisiones más que su amplitud.

En el *stare decisis* un pronunciamiento de la Corte Suprema es difícil de modificar, por eso, en caso de error sus efectos son más perjudiciales; el autor también se refiere al *certiorari*, en donde la corte suprema decide si toma o no un caso y no está obligada a justificar por qué rechaza su conocimiento del caso, esto ocurre en la Corte Suprema; usualmente, cuando la decisión genera amplios desacuerdos y por eso sería una forma de minimalismo, pero uno de los problemas generados por las decisiones amplias y profundas, como por ejemplo en el caso *Roe Vs. Wade*, es que se decide previamente, esto amarra fallos posteriores; sin embargo, afirma que en la practica un análisis de la jurisprudencia norteamericana muestra como el maximalismo no amarra tanto como quisiera o pensaban aquellos jueces que han tomado este tipo de decisiones; incluso, algunas cortes posteriores pueden ver esos fallos anteriores como

meros dicta, por ser amplios y profundos y de esta forma apartarse de la decisión anterior al no encontrar que ese precedente sea vinculante. El juez minimalista falla el caso que tiene a la mano, una decisión minimalista puede ser ampliada por una Corte posterior convirtiéndose en maximalista, pero que esto conllevaría a crear un peligro adicional y es que el Congreso no aborde por la vía legal la discusión de los temas porque la Corte ha cerrado el debate al señalarle límites muy estrechos para su actuación. En el sistema democrático afectaría su discusión y decisión, Sunstein afirma que se ha comprobado que incluso las sociedades y el público en general tienden a ser minimalistas; todo somos pasos cortos. En ese sentido el minimalismo también requiere que se supere la distinción entre reglas y normas o principios y valores, pero este método requiere el uso de la analogía, donde un juez que falla casos por caso flexibiliza pequeños acuerdos prevalecen frente a las grandes teorías. Los acuerdos carentes de una teoría completa hacen que se busquen similitudes entre los casos y esto evita el debate judicial, esta práctica es muy ventajosa ya que no crear reglas muy generales facilita la analogía para lograr esos acuerdos y en el futuro puede distinguirse el precedente con el fin de corregir errores. Algo importante que menciona Sunstein es el marcado interés sobre los efectos que puedan causar las decisiones amplias o que lleven a una petrificación de la adjudicación en temas considerados sensibles, más que una preocupación por los desacuerdos entre los miembros de una corte.

2.6.4. El precedente: definición.

Para (García Belaunde, 2017), el precedente es definido desde un sentido general como algo que antecede en el tiempo y en el espacio a otra cosa o persona que se toma como referencia o precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos, según como lo definen algunos diccionarios. Pero que en el aspecto jurídico tiene una connotación especial es aquí donde el precedente tiene mayor valor y adquiere una connotación especial, ya que abarcó a

diferentes países y en el mundo del *common law* lo que se usa simplemente es la palabra precedente a secas, como consecuencia del principio de *stare decisis*, que es lo que hacen los jueces al resolver casos sometidos a su despacho y por el cual toman en consideración la jurisprudencia existente con anterioridad. Entonces el autor afirma que el precedente se aplica todo el universo jurídico y así se le llama.

2.6.5. El precedente en el Perú. Historia.

El autor citado líneas arriba, señala que, en el Perú, así como en el resto de América latina, se ha seguido la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien en forma no compulsiva, sino persuasiva; incluso el pleno de la Corte Suprema de justicia cuando se enfrenta a problemas nuevos y complejo. Tomaba acuerdos que se condensaban en un documento que bajo el nombre de circular y con fechas precisas y firma del Presidente de la Corte, era remitido a todos los jueces del país a través de los titulares de cada distrito judicial y en calidad de recomendaciones que con el tiempo adquirieron mayor fuerza, tenemos los precedentes constitucionales que se encuentra normativamente en el artículo VII del título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente desde mayo de 2004, sin embargo, para el presente trabajo no detallaremos dicho precedentes sino los precedentes judiciales, la que inicialmente se encontraba en el Código de Procedimientos penales en el artículo 301-A.

No obstante, el autor considera que el Poder Judicial por su parte ha tenido en los últimos años ciertos enfrentamientos con Tribunal Constitucional por diferencias de criterios, si bien en los demás ámbitos trata de unificar su jurisprudencia a través de Acuerdos Plenarios adoptados en la Sala Plena de la Corte Suprema en materias diversas (civil. Laboral. Penal etc.), que incluso, se ha

extendido a otras materias como la administración pública (Indecopi. El tribunal de Contrataciones del estado, el tribunal registral etc.).

2.6.6. La obligatoriedad del precedente.

En el sistema del *common law* no todo precedente tiene valor precedente o fuerza obligatoria o vinculante, los ingleses lo conocen a esa fuerza o valor como la *ratio decidendi* del caso; los norteamericanos el holding y ambos contraponen estos conceptos con el *obiter dictum* del caso, que carece de la fuerza vinculante (Legarre & Rivera, 2006, pág. 119).

En cuanto a la *ratio decidendi* que significa “la razón de ser”, que vendría a ser la razón o las razones que tuvo el tribunal para decidir un caso de una determinada manera, a partir de un caso concreto suscitada por los argumentos de las partes, un juez expresa sus fundamentos suficientes para resolver una cuestión jurídica y que dichos fundamentos deben ser necesarios para la justificación que el juez brindó a efectos de tomar su decisión ante el caso concreto. La extracción de la razón o principio es un proceso complejo, en cuanto, al holding es la forma de resolver la disputa de un hecho factico específico que tiene características similares a la *ratio decidendi*, la manera de poder comprender el funcionamiento debemos hacer una diferencia entre las sentencias con valor de cosa juzgada y otra es utilizarla como base normativa para la decisión de la controversia, es por ello que la aplicación se hace extrayendo la *ratio decidendi* mediante la aplicación del precedente, por ejemplo es el juez quien toma su decisión en función a la razón de ser o el holding del caso, entonces un juez que sigue el precedente, dirá yo interpreto, yo extraigo de él la *ratio decidendi* o extrae el *holding*, es decir, el juez elabora una para decidir el caso concreto.

2.6.7. El precedente frente al principio de legalidad: Civil law.

En el sistema del *civil law* los jueces resuelven los casos en función a la ley escrita sea codificada o no. En este sistema que tiene como base al derecho romano, con referentes a los precedentes no suelen ser vinculados dado el principio de legalidad (Pereira Madeira, 2019, pág. 92), sin embargo a primera impresión pensamos lo mismo ya que en el sistema tradicional del *civil law* no existe el precedente vinculante, algunos estudiosos e investigadores de la filosofía del derecho al inicio pensaban igual cómo va ser posible hablar de precedente en el sistema del *civil law* algo que es netamente del sistema del *common law*, (Taruffo, 2012), este autor justifica su posición por qué en el *civil law* no existe el precedente, considera algo relevante, en función que la justicia se hace en la primera instancia y su pronunciamiento se hace sobre los hechos. La justicia se administra aplicando la ley, interpretando la ley en función de los hechos en litigio, ya que la justicia es una cosa del mundo concreto y que en el tribunal supremo se ve temas abstractos.

Sin embargo, los fines de la ley es buscar la seguridad jurídica que se debe ofrecer a la ciudadanía y la previsibilidad de las resoluciones judiciales, valores que buscan la igualdad de todos frente a la misma ley; pero ambos sistemas del *civil law* y el *common law*, tienen la misma finalidad. En otros países como Inglaterra y el norteamericano si bien es cierto, están más arraigados al sistema del *common law*, no obstante, se tiene el particularismo jurídico donde el juez puede decidir los casos aplicando su autonomía e independencia, en algunos artículos se ha mencionado que los jueces del sistema del *common law*, se basan muchas veces a interpretar en función a la ley como primordial y las fuentes del derecho. El autor (Taruffo, 2012) señala, en el año 1920 Piero Calamandrei, que ha sido uno de los grandes procesalistas italianos, en su obra que sigue siendo fundamental sobre la casación civil; ya decía que la función de la casación civil es de un lado, asegurar la legalidad y de otro, lo que

llaman la función nomofiláctica, asegurar la uniformidad de la jurisprudencia; que es otro fin del sistema del precedente, es decir, una jurisprudencia uniforme; porque se dice que uniformizar la jurisprudencia asegura por un lado, la igualdad de los ciudadanos frente al derecho y por otro, la previsibilidad de las decisiones futuras, es decir el recurso de casación o revisión tiene como papel principal de buscar la interpretación exacta, única y verdadera de la ley buscando la mejor interpretación posible, la que va resolver el litigio a través de un proceso dialéctico.

La función uniformizadora principalmente busca evitar el caos en la jurisprudencia mediante el control de la ley y su interpretación, garantizado el respecto al principio de la igualdad, garantizando la seguridad jurídica.

En cuanto a la función paradigmática, está referido a las resoluciones dictadas por lo más altos tribunales sirven como precedente, que muchas veces reafirman una orientación de la jurisprudencia, buscando otorgar ciertas pautas para la libre convicción de los jueces.

2.7. ¿Qué son los plenos casatorios?

Es preciso señalar al autor (Cavani, 2016), quien analiza qué son los plenos casatorios, los analiza desde el punto de vista de categorías jurídicas tales como norma jurídica, fuente del derecho, precedente, jurisprudencia y *stare decisis*. De esta manera, el autor analiza si la Corte Suprema al emplear los plenos casatorios, realmente está trabajando con precedentes judiciales, donde el autor considera que en nuestro país no se tiene claro en la doctrina ni en la práctica.

En ese sentido su análisis se centra en el lingüístico haciendo una diferencia entre *definiendum* y *definiens*, la que explica ejemplificando, de este modo, literalmente lo anotamos; definir un gato como un animal doméstico de cuatro patas difícilmente sea idóneo porque en la definición entran otros

animales que, a todas luces, no califican como gato, como por ejemplo un perro o un hámster, ya si definimos gato determinado el reino, *filum*, clase, orden, familia, género y especie, según la taxonomía de las ciencias biológicas, ciertamente podremos llegar a un mejor resultado.

La norma jurídica es el significado obtenido como resultado de las interpretaciones textuales o metatextual de un documento normativo o de elementos no textuales a partir de procedimientos discursivos racionales desarrollados por el intérprete que presupone descripción, adscripción e, inclusive, creación de sentidos.

Fuente del derecho, es un acto o hecho normativo del cual pueden extraerse normas jurídicas con vocación de abstracción y generalidad, siendo que tales actos o hechos puedan ser expresos y taxativamente enunciados por el propio derecho positivo.

Precedente, es una norma que se extrae de la interpretación de un acto decisorio adoptado en un caso concreto a partir de los hechos constatados y de la justificación, que sirve para resolver casos futuros siempre que el material fáctico de estos posea un grado de identidad suficiente respecto del material fáctico del caso pasado.

Jurisprudencia, es el conjunto de resoluciones de uno o más tribunales en un contexto histórico dado, que puede tener o no una misma orientación decisoria.

Stare decisis, es el efecto vinculante que poseen ciertos precedentes (o, en todo caso, reglas jurisprudenciales) por reconocimiento del ordenamiento jurídico, dependiendo del órgano que haya emitido dicho acto y de su competencia para hacerlo.

Respecto al pleno casatorio, tenemos diversas opiniones de juristas, docentes universitarios entre otros autores relacionados al mundo del estudio de la

doctrina jurisprudencial en nuestro país, sin embargo, para efectos de nuestro estudio, la base legal lo encontramos en el Artículo 433° del Código Procesal Penal, contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio.

Capítulo III

Análisis Jurídico del Caso

La aprobación de un nuevo Código Procesal Penal, en nuestro sistema de justicia define un nuevo modelo de “acceso a la justicia”, que da un vuelco importante al otrora Código de Procedimientos Penales, entre las muchas novedades que trae consigo el nuevo Código, resulta indicativo la técnica del precedente o stare decisis, incorporada como un mecanismo igualitario para una efectiva realización práctica del derecho, que permite bajo ciertas condiciones, redefinir el contorno normativo de los símbolos que definen el derecho formal, de tal manera que hayan de equilibrarse las posiciones de los sujetos de derecho de suyo y en principio diferentes en función de la también diferente afectación personal. Es a este asunto a la que le dedicamos especial atención, dejando constancia, en la amplitud que se nos permite del cuerpo doctrinario, que define y matiza nuestro código adjetivo penal.

3.1. El recurso de casación y el precedente en el Código Procesal Penal

La formación de opiniones emitidas por expertos en ciencia jurídica –como fuente formal del derecho– tiene una indudable trascendencia en el ámbito jurídico, pero así como tiene una indudable trascendencia, tradicionalmente se encuentra descuidado por nuestra doctrina jurídica, lo que ha despertado la atención de nuestros legisladores al establecer las reglas de un novísimo sistema de Derecho Procesal Penal en el que se reconoce la experticia de Jueces Supremos y les faculta por ello la posibilidad de establecer principios, criterios, parámetros o simplemente redefinir los alcances normativos del ordenamiento jurídico.

Son múltiples los factores que determinan tan provechosa dedicación: entre ellos, sin duda, la uniformidad y predictibilidad del sistema de justicia y también un factor de orden e igualdad; aparentemente secundario, pero sin duda influyente. Con tales ingredientes justificativos, el nuevo modelo

procesal penal ha incidido en la regulación del recurso de casación, la formación de doctrina jurídica, con fuerza obligatoria; por ende, como fuente oficial del derecho.

Cuanto se han ocupado del recurso de casación, coinciden en señalar que ésta nace con un designio nomofiláctico, marcando quizá a este respecto al último estadio de la evolución de la casación hacia la acentuación del desarrollo de doctrina jurídica a partir de la jurisprudencia, no solo con fuerza de convicción para el juez persuadido, sino como la evolución de la doctrina jurídica hacia una cabal tutela de los derechos del recurrente. Porque no se trata aquí de contrastar sentencia y ley para verificar la estricta sujeción de aquella a los mandatos de ésta; ni tampoco de comparar actuación y Ley para detectar y eliminar posibles infracciones de ésta, velando por la pureza y garantías del proceso penal: sino de procurar al ordenamiento jurídico, mediante el juicio casacional, conceptos y juicios; más allá de establecer criterios para corregir contradicciones, desviaciones o extralimitaciones no amparadas por ley. Por ello decimos, que existe un apoyo entre la ley, la doctrina y la sentencia, ya que una buena teoría permite concretar una buena práctica y una buena práctica enriquece una buena teoría, por eso actúan como un ligamen entre ellas, y éste, es uno de los fenómenos que a la postre intenta este trabajo describir, permitiendo además una mejor comprensión de otro fenómeno mucho más reciente a saber: el de la declarada colisión, en muchos casos, de la falta de congruencia de las resoluciones judiciales, con los parámetros normativos establecidos en la jurisprudencia, elevados al nivel de doctrina vinculante, provocando la violación de los derechos fundamentales que lo integran, conllevando su reparación en muchos casos por el intérprete de la Constitución en vía de recurso de amparo.

Veamos, la norma procesal que regula el contenido de la sentencia casatoria busca del sistema, entre otras cosas, la formación de doctrina jurisprudencial –precedente– vinculante en nuestro país. El proceso penal, como se verá, sirve así, de marco legal que legitima ese valor vinculante de la doctrina proveniente de la jurisprudencia correlativamente su alcance. Su plasmación

está contenida en el numeral 3) del artículo 433° del Código Procesal Penal, que Señala taxativamente:

3) *“En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.”*

El cometido previsto por el legislador determina que un ingrediente importante no predominante del juicio casacional está constituido por el establecimiento de doctrina, es decir, por el establecimiento de una o varias tesis con respecto a uno o más problemas de derecho; o, dicho de otro modo, el establecimiento de un *“conjunto de opiniones de jurisprudencia, emitidas con la finalidad teórica o con el objeto de facilitar la aplicación del derecho”*¹⁸. Está claro que la elaboración de la doctrina jurídica se le reconoce a aquella persona –*jurisconsulto*– dedicada al estudio, interpretación y aplicación del derecho¹⁹; el que según el Derecho Romano era quien emitía dictámenes respondiendo a las consultas que le formulaban sobre casos concretos, era el conocedor de la ciencia del derecho cuya respuesta tenía fuerza de ley. Contemporáneamente dicha facultad se le reconoce a expertos en ciencia jurídica, principalmente profesores universitarios, aquellos que estudian los manantiales del derecho, *“el papel histórico y las relaciones existentes entre las diversas fuentes; esclarecer el significado de las normas y elaborar, para entender en toda su extensión, el significado de los modelos jurídicos”*; pero

¹⁸ Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares (Marcone Morello, 1995)

¹⁹ Diccionario panhispánico del español jurídico.

hoy, en nuestro medio, por designio del legislador, dicha tarea también está encomendada a los jueces, no cualquier juez, sino, únicamente a los jueces supremos. A la vista, el sintagma vivifica la labor del juez supremo otorgándole implícitamente el título de jurisconsulto, tal cometido determina que la doctrina jurídica, vía jurisprudencia: en la que cabe involucrar problemas fácticos, jurídicos o de valoración de pruebas, estableciendo parámetros normativos, criterios de actuación o definiendo un metalenguaje; sea obligatoria, no solamente por el plan establecido en la ley, sino, por su tradición histórica.

Pero ¿Cuál es el alcance de la dedicación por la doctrina, sobre todo, jurisprudencial?, dijimos que los factores que designan esta dedicación son la uniformidad, predictibilidad, así como orden e igualdad. La interdicción de la arbitrariedad y la igualdad ante la ley, reconocidos en nuestra Constitución implícita y explícitamente, son principios que tarde o temprano, tenían que dar lugar al planteamiento de supuestos de contradicción entre decisiones judiciales provenientes de la vaguedad y ambigüedad con la que se redactan algunas de las reglas del derecho, dando lugar a un desorden, vulneración del principio de igualdad y por ende falta de uniformidad y predictibilidad en el sistema de justicia, es frente a dicha realidad que surge la necesidad de desterrarlos mediante una decisión, la última del sistema de justicia, bajo la denominación de doctrina jurisprudencial que en estricto se trata de precedente judicial. Esta posibilidad, bajo el nombre de ejecutoria²⁰, hacía mucho que operaba, incluso se había previsto una tímida naturaleza obligatoria; también estuvo establecido naturalmente su posterior control jurisdiccional con aparente naturalidad, fundado en dos ideas: la de la nulidad de los actos que infringen los principios jurisprudenciales –que es lo que

²⁰ Artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”

establecía una ejecutoria– y la discrecionalidad del juez que permite que un acto aun siendo ajustado a la ley, no se considera ajustado a derecho, por haberse separado de la ejecutoria.

Se habló siempre de la unificación de criterios en la aplicación de la ley, pensando en que esta unificación podría lograrse mediante ejecutorias supremas que establecieran principios jurisprudenciales, pero debido a su tímido carácter obligatorio, este sistema ha venido produciendo resultados insatisfactorios. En esta situación, es el legislador quien decide redefinir la naturaleza del precedente para proclamar el valor jurídico vinculante de ella bajo la denominación de doctrina jurisprudencial –*precedente*– y la posibilidad de su control bajo ciertas condiciones. Resumimos, en un capítulo anterior, el alcance de esta doctrina, que hoy puede considerarse como consolidada en nuestro Código Procesal Penal, atendiendo al elevado número de decisiones en que aparece establecida su obligatoriedad.

Es evidente que el legislador reconoce la existencia de contradicción entre resoluciones pertenecientes a distintos órganos jurisdiccionales y la lesión del principio de igualdad que ella implica, incluso, situaciones en que resoluciones coetáneas o sucesivas de un mismo órgano jurisdiccional, en supuestos sustancialmente idénticos, tienen sentidos distintos, previendo por ello, el restablecimiento del derecho lesionado por la vía de los recursos de casación ordinarios o extraordinarios con la consabida posibilidad de desarrollar la ciencia del derecho, lo que además trae consigo orden, uniformidad y predictibilidad de las decisiones judiciales.

3.2. Características de la doctrina jurisprudencial en el nuevo Código Procesal Penal

3.2.1. Proximidad al sistema anglosajón.

El reconocimiento del valor jurídico –*vinculante*– que le otorga el código a la doctrina jurisprudencial, a nuestro juicio, conlleva en primer término, la idea de una aproximación de nuestro sistema judicial al sistema anglosajón estudiado en un capítulo anterior. Como

lo dejamos entrever el sistema anglosajón, en el punto que aquí nos interesa, es diferente al sistema continental en el entendimiento del valor jurídico de las sentencias judiciales. Mientras el sistema continental o euro-continental, se funda en el principio de la *res indicata* en virtud del cual la fuerza jurídica de la sentencia no va más allá del caso concreto planteado y afecta sólo a las partes procesales o a sus sucesores; el sistema anglosajón se basa en la máxima *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general al precedente judicial, tal cual lo establece nuestro código adjetivo.

El sistema del *stare decisis* convierte por tanto el sistema jurídico en un derecho del caso judicial concreto (*case law*) del precedente judicial. Esta característica si por una parte, es producto de un proceso peculiar de formación del ordenamiento, por otra genera unas líneas estructurales muy específicas del sistema judicial anglosajón de las que interesa destacar la fuerte uniformidad de los criterios de la judicatura, que son criterios no peculiares de uno u otro juez, sino colectivos, logrados mediante el esfuerzo constante por reproducir las líneas de decisión ya seguidas en las propias resoluciones o en las de otros tribunales del mismo rango y mediante la vinculación estricta a los criterios del órgano jurisdiccional superior en la escala jerárquica.

3.2.2. El nacimiento de la doctrina jurisprudencial.

A los efectos de su reconocimiento, interesa destacar, como premisa normativa y argumental lo que dice la ley: “*En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante*”.

Desde el plano legal, el enunciado normativo establece que la doctrina jurisprudencial puede establecerse de oficio, es decir cuando el alto tribunal no necesariamente opera, a efectos de invocación, porque alguien se lo pida. La relevancia del asunto objeto de decisión,

será el péndulo, desde la consideración del Juez Supremo, para que el caso sea materia de reflexión, de estudio y análisis profundo imprimado de sabiduría como exigencia legal, no predicable en otros recursos, que den lugar al nacimiento de un metalenguaje único que uniformice, discipline, iguale y haga predecible la administración de justicia.

Un rol protagónico en el nacimiento de la doctrina jurisprudencial – *precedente*– la tiene el Ministerio Público, tal ocurre conforme al contenido del enunciado normativo objeto de nuestro análisis; sin embargo, dicho rol se encuentra atado a la consideración del juez supremo, no arbitraria ni sujeto a su libre discrecionalidad, pues incluso el protagonismo que pudiera exigir el representante del Ministerio Público, basado en su autonomía como órgano constitucional, se encuentra condicionado por la relevancia del asunto objeto de decisión.

3.2.3. Dinámica de la doctrina jurisprudencial.

La previsión legal ha establecido los alcances de la fuerza vinculante del precedente para que pueda cumplir la función de servir como criterio general, que complemente el derecho escrito y asegure la generalidad en su aplicación. No es casualidad, que la regla haya utilizado la expresión *doctrina jurisprudencial* en lugar simplemente de *precedente*. La expresión doctrina viene ya cargada de contenido, como lo dijimos, se trata del establecimiento de un “conjunto de opiniones de jurisconsultos, emitidas con la finalidad teórica o con el objeto de facilitar la aplicación del derecho” a partir de dicho contenido, idealmente la vinculación de los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema se cumple en virtud de la sabiduría contenida en la doctrina jurisprudencial, aun cuando esta perspectiva no esté dicha, subyace al concepto de doctrina.

Empero, el imperio de la doctrina jurisprudencial está respaldada por un mecanismo legal de exigibilidad fuerte, note que el legislador ha introducido en el sintagma del enunciado normativo la palabra *vinculante*, ello equivale a obligatorio por lo tanto, desde una perspectiva estrictamente jurídica su asimilación a la ley, lo que permite sostener que el apartamiento consciente del juez que no sea de la propia Corte Suprema, se asimilaría al apartamiento consciente de la ley; es más, los legisladores se han representado la posibilidad de la existencia de más de una sala, en tales situaciones se previó la convocatoria inmediata al *Pleno Casatorio* de los jueces de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente. Indudablemente para evitar colisión de opiniones entre jueces del mismo nivel, de tal manera que la vinculación la establece toda la Corte Suprema, para todos los órganos jurisdiccionales penales de inferior jerarquía

3.2.4. Ciclo de vida de la doctrina jurisprudencial.

De partida, la ley dice de la doctrina jurisprudencial a los efectos de su reconocimiento como de viabilidad: *que ésta permanecerá hasta que otra decisión la modifique*, es indudable que la referencia a otra resolución está dirigida al mismo sujeto activo de su creación, eso significa que ningún juez de inferior jerarquía a la Corte Suprema puede modificar la doctrina jurisprudencial, a ellos no se les ha atribuido el título honorífico de *jurisconsulto* que apareja la expresión *doctrina*, como si se hace al juez supremo; por lo tanto, la posibilidad de una modificación de la doctrina está dada al juez supremo, quien luego de un Pleno Casatorio puede adoptar la decisión de hacer evolucionar la doctrina, modificándola.

3.3. La doctrina contenida en la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A

La vieja regulación puesta a disposición del proceso penal preveía para la formación de la doctrina por medio de la jurisprudencia, aunque con distinta nomenclatura, idénticas condiciones a las actuales reglas del proceso;

luego, es de suponer que la hipótesis normativa que reguló aquella, fue rescatada en el novísimo Código Procesal Penal, eso sí, con un énfasis vinculante fuerte en su dinámica, insistimos, tanto las viejas como las nuevas reglas para la formación de la doctrina jurisprudencial, a la que llamamos por conveniencia teórica *precedente vinculante*, tienen el mismo ADN²¹, pero estas cuestiones no son en verdad el núcleo problemático de nuestro estudio, el problema del deslinde radica en su dinámica específicamente en su obligatoriedad que es lo que nos propusimos resolver.

Ahora, veamos si la sentencia plenaria objeto de nuestro estudio se ajusta a las condiciones previstas para la formación de doctrina jurisprudencial. Esta se formó el 30 de septiembre del 2005 de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 301^o-A del Código de Procedimientos Penales²², pero en esencia es el mismo procedimiento establecido en el artículo 433.3^o del Nuevo Código Procesal Penal, pues en primer lugar se reunieron en Pleno Jurisdiccional todos los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, es lo que se llama en el Nuevo Código Procesal Penal *Pleno Casatorio*, lo hicieron de oficio, tal cual se encuentra previsto hoy, para atender las discrepancias surgidas entre dos Salas de la Corte Suprema respecto de un asunto: *momento de la consumación del delito de*

²¹ Según la Guía metodológica de los plenos jurisdiccionales del Poder Judicial del Perú (2008), señala que son reuniones de debates para analizar problemas o situaciones referidas a una especialidad y dar la mejor solución a cada caso concreto, que puede ser de una, varias o todas las Cortes Superiores del Perú. Una definición más integradora y proactiva nos brinda el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial:

Son foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial. (2019, párr. 1).

²² El artículo 301-A del Código de Procedimiento señala las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, y cuando la Sala Penal resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. Por otro lado, la misma norma instruye cuando las Salas Penales Supremas en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma se convocará a un pleno de los vocales de lo penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria la que adoptará por mayoría absoluta y esta se publicará en el diario oficial y a través del Portal del Poder judicial. Queda claro que la sentencia plenaria tiene efecto vinculante, con el requisito de que la misma sentencia lo exprese, sin perjuicio de que deba motivarse siempre

robo agravado, podemos decir entonces que la naturaleza del asunto –falta de uniformidad en las decisiones judiciales, afectación de la predictibilidad, vulneración del principio de igualdad en el juzgamiento y desorden en el sistema de justicia– fue lo que dio motivo a la reunión de Pleno Jurisdiccional, hoy llamado Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema.

Enfrasquémonos entonces en la naturaleza del asunto que dio origen a la formación de la *doctrina*. En primer lugar, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de la República en su ejecutoria del 17 de febrero del 2005, recaída en el expediente N° 3932-2004, precisa que el delito de robo se consuma con el apoderamiento del objeto mueble, aunque sea por breve lapso, insistiendo en que el delito de robo agravado queda consumado desde el momento en que los agentes delictivos huyen con el botín, ejerciendo actos de disposición, aunque sea por breve tiempo. En segundo lugar, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia señaló en su ejecutoria del 11 de abril del 2005, recaída en el expediente N° 102-2005: que el apoderamiento debe entenderse consumado, no con el solo hecho de aprehender o coger la cosa, ni en el mero hecho de la separación de la posesión material del ofendido, sino con la *illatio*, esto es, cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial, que no efectiva sobre la cosa (...) lo que no sucede cuando se está persiguiendo al agente y se le captura en posesión de la misma. Se aclara en un agregado, que cuando el imputado es sorprendido *in fraganti in situ* y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado o si en el curso de la persecución abandona los efectos, sin haber conseguido su disponibilidad momentánea o fugaz, la cuestión debe ser considerada como tentativa. Como podrá verse el punto de la discusión radica en definir el contenido semántico del concepto *apoderamiento* no como una expresión verbal aislada, sino, en el contexto del tipo penal de robo.

La Sentencia Plenaria de la que nos ocupamos, lo que hoy sería conocido como Pleno Casatorio, ordena las disidencias conceptuales sobre el verbo

apoderar en el contexto del tipo penal de robo, es claro que el propósito es garantizar un trato igualitario a quienes se vean inmersos en este tipo de delitos, lo que a su vez implica, ordenar la diversidad de juicios respecto de una expresión verbal con la consiguiente uniformidad y predictibilidad del sistema de justicia. Para la Corte Suprema la conducta que define el delito de hurto y por extensión el de robo, es la acción de apoderarse, como uno de resultado y no de mera actividad. Ahora bien, la acción de apoderarse, palabras más palabras menos, según esta nueva doctrina, significa desapoderar a la víctima de la cosa con la consiguiente pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera y por contrapartida cuando el agente del delito pone la cosa bajo su poder y consiguientemente tiene la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición (...) cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; solo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito.

El apoderamiento del que estamos hablando según el artículo 188° de nuestro Código Penal vigente, debe ser respecto de un bien mueble ajeno, debe ser ilegítimo y en ella debe mediar violencia contra la persona o amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física. Estos elementos o condiciones no han variado, pese a que el tipo penal ha sufrido modificaciones hasta en 21 ocasiones desde la promulgación del Código Penal de 1991 hasta el año 2013, siendo el periodo 2006-2011 donde se produjo la mayor cantidad de modificaciones.

Pero ¿tiene acaso la expresión verbal *apoderarse*, un doble sentido, o un sentido carente de firmeza o es acaso una expresión que enfrenta varios significados que puede provocar dudas o interpretaciones erróneas? En el lenguaje natural conforme a la Real Academia Española (RAE, 2020), su significado natural es: “*Hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder. Acción y efecto de apoderar o apoderarse*”. En tanto que en el lenguaje jurídico conforme dice la enciclopedia jurídica (OMEBA, 2013), apoderar “*puede aludir al hecho o al acto mediante el cual una persona pone, con título o sin él, una cosa bajo su poder jurídico o, de hecho. En este*

sentido, entre los delitos contra la propiedad, existen algunos que importan el hecho del apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble o inmueble, v. gr., el hurto (...)". Una y otra definición coinciden en que apoderar o apoderamiento significa poner algo bajo su poder, cosa con la que evidentemente está de acuerdo la Sentencia Plenaria; ciertamente, el Pleno Jurisdiccional no encuentra razón para discutir sobre las dimensiones sintácticas o semánticas del sintagma o de los conceptos que integran el tipo penal, pues no lo hacen. El *quid* del asunto se centra en definir los alcances de la expresión "poner bajo su poder ", como significado de la expresión *el que se apodera*. La cuestión es ¿en qué momento o cuándo puede decirse que el sujeto pone la cosa bajo su poder?, uno dice desde que se desapodera a la víctima y otro que eso no es suficiente para predicar que alguien entro en poder del bien, que es necesario que tenga el potencial ejercicio de facultades dominicales. El pleno asumió esta última posición.

La expresión "*poner la cosa bajo su poder*", como significado del verbo apoderar, según el Pleno Jurisdiccional, se produce cuando el agente tiene el potencial ejercicio de facultades domínales, se insiste en precisar el criterio de disponibilidad potencial, efectivo dominio sobre la cosa en los que se incluye la sola posibilidad material de disposición. Por oposición no se alcanza la posibilidad o disponibilidad potencial de ejercer poder sobre la cosa cuando el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ* y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, o, cuando en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, en estas últimas situaciones el delito queda en grado de tentativa. En buen romance, lo que hizo el Pleno Jurisdiccional, es darle contenido semántico a la expresión "*poner la cosa bajo su poder*".

La doctrina legal establecida por el Pleno Jurisdiccional trae consigo una obligación en el sistema de justicia, una para el ejercicio de la pretensión punitiva y otra para el juzgamiento. Para uno, la necesidad de probar que el agente o sujeto imputado de la comisión del delito de robo, además de las otras condiciones o supuestos de hecho previstos en el tipo penal de robo;

que tuvo la cosa bajo su poder, es decir, tuvo el potencial ejercicio de facultades dominicales o por lo menos que tuvo la posibilidad material de disposición, aunque sea momentánea, fugaz o de breve duración, para el otro la obligación de juzgar el hecho conforme a los juicios establecidos en el Pleno Jurisdiccional, elevado a la categoría de doctrina legal, que cabe decirlo, no establece un nuevo criterio –regla–, no modifica la regla existente, no redefine las condiciones o supuestos de hecho normativos del tipo penal; ni establece un nuevo principio jurídico abstracto y general. Lo que hace el Pleno Jurisdiccional es precisar el contenido semántico de la expresión verbal “*apodera*” conforme a su significado natural y jurídico, sin alterar la legalidad del tipo penal. Por lo tanto, quien asuma una posición disidente de la doctrina legal, para nosotras el precedente; primero tendría que demostrar que en sus raíces naturales o tecnificadas el significado asignado al concepto verbal *apodera*, es erróneo, o, no es aceptable su tecnificación jurídica o pragmática, o que el sujeto activo, autor de la plenaria o precedente, no tiene la sabiduría ni las facultades para establecer doctrina, precedente o jurisprudencia; de otro modo la doctrina legal establecida en el Pleno Jurisdiccional, conforme a los criterios establecidos en nuestra vigente legislación adjetiva penal, debe ser de observancia obligatoria, ya que conforme a la doctrina del precedente, acopiada a nuestra investigación, ni siquiera es posible adoptar una posición minimalista o maximalista sobre la doctrina establecida en la sentencia objeto de nuestro estudio, pues como venimos demostrando esta doctrina complementa la legalidad del tipo penal objeto de discusión.

3.4. Análisis de la sentencia -EXP. 0066-2013-0-1505-SP-PE-01

La actividad judicial tiene un significado político y jurídico, allí donde las configuraciones mentales del juez acorde con el cambio legislativo sancionado, viene a realizar el derecho con respeto y acatamiento del ordenamiento jurídico de la nación. Si algún efecto práctico ha de tener la idea de ordenamiento a la que se refieren el artículo 38° de nuestra Constitución, es precisamente la de concebirse el conjunto de principios y reglas de nuestro ordenamiento como integrantes de un sistema coherente,

es decir, con un armónico enlazamiento entre ellas con un único propósito: conseguir la realización de la justicia.

En el sentido, que ahora nos interesa debemos destacar las reglas que presiden nuestro ordenamiento sobre la necesidad de justificar las decisiones contenidas en la sentencia. Desde ya conviene afirmar que el juez ha de tener en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto no como piezas aisladas que puede tenerlas en cuenta de manera fragmentaria, sino como un conjunto de efectiva y directa aplicación, al hacerlo se reafirman los valores de justicia, libertad, igualdad y dignidad.

Lo siguiente es ya una afirmación de Perogrullo: toda decisión judicial debe estar debidamente justificada, la justificación responde al principio y derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el deber de motivar las resoluciones judiciales tiene fundamento constitucional directo contenido en el artículo 139.5 de nuestra Constitución. Este derecho –motivación de las resoluciones judiciales– es entendida por la Corte Internacional de derechos Humanos como el derecho a la debida fundamentación, dice la Corte, citando el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, debe: «permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad»²³, «además, debe mostrar que ha sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidamente garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso».

Conforme a las directivas de la Corte Internacional de derechos Humanos, la debida fundamentación comprende dos planos argumentativos, una referida a los hechos y otra a las normas. El conocimiento de los hechos es una exigencia fundamental para descartar la arbitrariedad, así se toma un

²³ Corte IDH, Caso *Lopez Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1 de septiembre del 2011, párrafo 141.

rumbo de acción porque se tiene certeza de que algo ha ocurrido de tal o cual manera. Una segunda exigencia de la Corte Internacional de derechos Humanos, para que toda decisión judicial sea debida y por tanto se descarte cualquier indicio de arbitrariedad, es que la decisión no provenga del libre albedrío del juez o de argumentos normativos *tout court*; la decisión siempre debe estar sustentada en una proposición o enunciado normativo prescriptivo, debe establecerse una premisa condicional en cuyo término antecedente puedan subsumirse los elementos fácticos del caso vaticinados como de probable ocurrencia y bajo dicha condición imponerse el término consecuente previsto en la proposición.

3.4.1. Los hechos del caso.

En acusación y sentencia se ha llegado a establecer como hechos las siguientes situaciones: el día 13 de mayo de 2012 a horas dos y treinta de la madrugada Javier Martín Gago Mantari –acusado– acompañado de otro sujeto le hizo alto a Juver Uriel Campos Aliaga –agraviado– manifestándole que su moto se había quedado sin gasolina; el agraviado accediendo se estaciona para darle la ayuda, momento en que el otro sujeto le toma del cuello tratando de ahorcarlo, el mismo que tenía un revolver en la mano, mientras que el procesado procedió a rebuscarle los bolsillos sacándole su billetera, quitando su mochila y celular; el agraviado intenta reaccionar pero fue empujado dos veces al barranco, en la segunda le tiran piedra cayéndole en el cuerpo, el procesado coge la moto del agraviado haciendo lo mismo el otro sujeto con su motocicleta dándose a la fuga, el agraviado se apersona al puesto de los ronderos de San Pedro (La Cuchillada) para pedir ayuda, siendo auxiliado; a bordo de dos motocicletas fueron en busca del procesado a quien lo capturan a la altura del Anexo de la Florida, el mismo que se encontraba en posesión de la motocicleta del agraviado mientras que el otro logró darse a la fuga.

- Hechos narrados por la víctima de manera preliminar:

Sin embargo, conforme a los hechos introducidos en el proceso por versión de la víctima, proporcionada el mismo día de los hechos 13

de mayo del 2012, a horas 11:25, se tiene como hechos inmutables: “(...) a unos 800 metros pasando el control observé estacionado la motocicleta antes mencionado a bordo de los dos sujetos en donde el conductor a quien yo si lo conocía de vista, me pidió que pare mi vehículo ya que según refería se le había acabado la gasolina y como yo lo conocía de vista decidí estacionarme, en donde por detrás me coge por el cuello el segundo sujeto sacándome de mi motocicleta, quien intentaba ahorcarme, para luego observar que tenía un revolver en la mano y el otro sujeto a quien lo conozco de vista estaba observando, donde luego aprovecho este para rebuscar mis bolsillos y sacar mi billetera en donde tenía mil trescientos nuevos soles y también me quitaron mi mochila en donde tenía mi uniforme de Senati, así como mi celular para luego empezar a forcejearnos, en donde estos reaccionaron y me empujaron al barranco (...) se dieron a la fuga a bordo de las dos motocicletas, empezando a seguir por detrás a estos, donde logré llegar hasta el control de Pampa Hermosa y pedir ayuda sobre el robo de mi motocicleta, razón por la cual al tomar conocimiento los miembros del CAD abordaron dos motocicletas en compañía de mi persona y nos fuimos a toda marcha para lograr alcanzarlos, en donde a la altura del Anexo La Florida pasando un rompe muelle unos de los sujetos al darse cuenta que le estábamos siguiendo dejó tirado la motocicleta y se dio a la fuga metiéndose entre los matorrales y el segundo sujeto que tenía mi motocicleta es interceptado a unos veinte metros del lugar por los ronderos quienes lograron capturarlo, siendo este quien refirió llamarse Javier Martin Gago Mantari (...).”

3.4.2. Bienes muebles materia de sustracción:

Con la finalidad de analizar los bienes muebles materia de sustracción, debemos considerar que, al ser detenidos primigeniamente por el Comité de Autodefensa y Desarrollo (ronderos de Pampa Hermosa – Satipo) es factible enumerar los documentos elaborados por dichas personas quienes fueron los que detuvieron en

flagrancia al imputado Javier Martín Gago Mantari, con la finalidad de analizar los bienes muebles materia de sustracción, por referencia del propio agraviado:

Del acta de entrega y recepción de vehículo, en el cuerpo de su contenido se describe: En la ciudad de Satipo el día 13 de mayo del 2012 ubicado en el puesto de control del CAD- Pampa Hermosa, la persona de Dámaso Matamoros Paitan a quien se le procede a recepcionar dos vehículos menores; el primero con placa W5-5829 Wanxin color rojo plata- blanco, motor N° WX169FML11A05557 y serie N° LHJYCLLA8BB308587 modelo WX 200GY; el segundo marca Wanxin modelo 125, color rojo con negro, motor N° WX157FMIB9001355 y serie N° LBRSPJ10289001355 sin placa.

Del acta de registro personal, en la ciudad de Satipo el día 13 de mayo del 2012 en una de las oficinas de la SEINCRI, perteneciente a la Comisaría PNP de Satipo, presente ante el instructor el detenido Javier Martin GAGO MANTARI, quien se le procede a realizar el registro personal con el siguiente detalle:

Para armas de fuego y/o municiones: Negativo

Para sustancias toxicas: Negativo

Para Joyas o Alhajas: Negativo

Para moneda nacional o extranjera: Negativo

Para especies y otros: Negativo

Del acta de inspección técnico policial, en la ciudad de Satipo el día 13 de mayo del 2012, presente el instructor, la representante del Ministerio Público Ida Romero Anchiraico y el agraviado Javier Uriel Campos Aliaga con quienes se procede a realizar la presente diligencia conforme al siguiente detalle: ubicados en el sector la cuchillada tramo de la carretera San Pedro – Pampa Hermosa a unos 800 metros del control de ronda campesina de Pampa hermosa se encuentra al lado izquierdo una pendiente del cerro y al lado derecho

una quebrada y/o barranco en donde se observa visibles huellas en el suelo de pisadas y arrastre reciente, indicando el agraviado que fue allí en donde se produjeron los hechos mostrando piedras que se encontraban al costado de la carretera y fueron con esto que le empezaron a lanzar cuando lo habían tirado al barranco; así también se constata que en la parte del barranco a unos diez metros de la carretera se encuentra una parte con hierbas crecidas así como recientes pisadas de persona, en donde el agraviado asevera que lanzando hasta dicho lugar en donde logro agarrarse de los arbustos. Asimismo, se aprecia visibles huellas de pisada de motocicleta; también se logró hallar tirado en el suelo una llave de candado, perteneciente al agraviado, así como una moneda de un nuevo sol.

Con respecto al segundo sujeto que por versión del agraviado intervino en la sustracción, quien no ha podido ser identificado ni por el agraviado ni por los ronderos, quienes testifican que cuando lo trataban de capturar se dio a la fuga, metiéndose entre los matorrales con rumbo desconocido, siendo éste el que estaba a bordo de una de las motocicletas (sujeto desconocido) y que solo capturaron al imputado Javier Martin Gago Mantari. El imputado y condenado no ha identificado a la otra persona, al contrario, niega los hechos.

Como se puede advertir de las actas elaboradas primigeniamente por los ronderos de Pampa Hermosa – Satipo se advierte que no se pudo localizar el celular, la billetera donde contenía mil trescientos soles ni la mochila donde tenía su uniforme de SENATI tal como ellos mismos lo suscriben en el acta sin especificar estos bienes señalados por el agraviado; argumento que se corrobora con el registro personal elaborado por el efectivo policial al momento que hacen entrega los ronderos a la PNP, en la cual se verifica que no hay ningún objeto señalado por el agraviado que registre el detenido; por cuya razón entonces el objeto material del delito es la motocicleta que conducía

el agraviado, por la cual fue condenado el señor Javier Martin Gago Mantari.

3.4.3. Tipificación de la conducta.

El Ministerio Público sustenta su acusación sosteniendo que el acusado ha cometido el delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, previsto en el artículo 188°, tipo base y las circunstancias agravantes de los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 189° del Código Penal, pretensión que fue aceptada por la judicatura sin mayor reparo, sentenciando al acusado por el delito imputado.

3.4.4. Las omisiones de la sentencia.

El objeto de nuestro estudio está referido al plano argumentativo referido a las normas. Está ya anotado que el plano argumentativo en cualquiera de sus dimensiones debe concretarse mediante un proceso de justificación. Conforme a los parámetros normativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de derechos Humanos y a la teoría dominante –teoría estándar de la argumentación jurídica– en nuestro ordenamiento jurídico, el proceso de justificación debe concretarse en el plano interno y externo. La justificación interna de todo proceso argumentativo consiste en identificar la premisa normativa o proposición condicional en la que debe subsumirse los hechos del caso. Para facilitar la comprensión del proceso de justificación, debe identificarse el término antecedente y consecuente de la proposición condicional que siempre está contenido en la premisa normativa, pero no solo eso; la regla del caso debe además contener un proceso de justificación externa, que implica exponer el contenido y alcances de cada uno de los conceptos que conforman el juicio abstracto de punibilidad.

En el caso objeto de nuestro estudio, la sentencia de marras establece como premisa normativa el tipo penal contenido en el artículo 188°, tipo base y las circunstancias agravantes de los incisos

2, 3, 4 y 8 del artículo 189° del Código Penal, pero se omite concretar el juicio de tipicidad. De haberse establecido el juicio de tipicidad, se habría definido en primer término el comportamiento punible del tipo seleccionado. En nuestro caso, sostenemos que si se eligió como tipo penal en el que se subsumen los hechos del caso, el previsto en el artículo 188° y las agravantes de los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 189° del Código Penal, tendría que haberse expuesto el contenido y alcances de los conceptos que integran el término antecedente de la condición, esa labor obligaba a tener en cuenta la doctrina jurisprudencial o legal contenida en el Pleno Jurisdiccional 1-2005/DJ-301-A, pues es en esta en la que se define el contenido semántico de la voz *apodera* y es a partir de ella que se puede efectuar el juicio para establecer si estamos frente a un delito consumado o en grado de tentativa.

Conforme a los hechos del caso, podemos advertir que acontecieron en dos momentos:

1° El día 13 de mayo de 2012 a horas dos y treinta de la madrugada Javier Martín Gago Mantari –acusado– acompañado de otro sujeto le hizo alto a Juver Uriel Campos Aliaga –agraviado– manifestándole que su moto se había quedado sin gasolina; el agraviado accediendo se estaciona para darle la ayuda, momento en que el otro sujeto le toma del cuello, tratando de ahorcarlo, el mismo que tenía un revolver en la mano, mientras que el procesado procedió a rebuscarle los bolsillos, sacándole su billetera, quitando su mochila y celular, el agraviado intenta reaccionar pero fue empujado dos veces al barranco, en la segunda le tiran piedra cayéndole en el cuerpo, el procesado coge la moto del agraviado haciendo lo mismo el otro sujeto con su motocicleta dándose a la fuga a bordo de las dos motocicletas.

2° El agraviado se apersona al puesto de los ronderos de Pampa Hermosa para pedir ayuda, siendo auxiliado, a bordo de dos

motocicletas fueron a toda marcha para lograr alcanzarlos, y capturan al acusado, a la altura del Anexo de la Florida, el mismo que se encontraba en posesión de la motocicleta del agraviado mientras que el otro logró darse a la fuga.

Del análisis del presente caso, se evidencia que el acusado fue perseguido inmediatamente y fue capturado sin interrupción de tiempo con el íntegro de la cosa robada, verificándose que en el presente caso no se aplicó la sentencia plenaria N° 1-2005/DJ-301-A, al concluir los Jueces que el delito de robo agravado se consumó, para lo cual resulta vital la declaración de la víctima, quien señaló que inmediatamente después de haber sido víctima del robo, avisó a los ronderos de Pampa Hermosa, quienes lo auxiliaron y a bordo de sus motocicletas fueron siguiendo a los sujetos; por lo que se puede evidenciar que el agraviado nunca perdió de vista a sus agresores, y es por ello que pudieron ser capturados minutos después de ocurrido el delito, encontrándose al imputado con la motocicleta robada. Por tanto, no se dio acto de disposición de la motocicleta, quedando el delito en grado de tentativa, conforme debió ser valorado aplicando la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A (literal b), por haber recuperado el bien del agraviado, inmediatamente y sin interrupción, después de iniciada la persecución en contra del acusado y luego ser detenido.

Siendo así, de acuerdo con la definición de apoderamiento establecido por la Sentencia Plenaria, el acusado no habría llegado a consumir el robo. Pero el colegiado evidentemente soslayó la definición de apoderamiento establecido por el pleno jurisdiccional y optó por una justificación *tout court*, porque no lo dice, sobre lo que debe entenderse por *apoderamiento*, que, si la habría puesto en la sentencia, habría acogido la realizada por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de la República en su ejecutoria del 17 de febrero del 2005, recaída en el expediente N° 3932-2004. Con lo evidenciado,

se ve que un órgano colegiado de inferior jerarquía a la Corte Suprema, sin decir por qué, omite vincularse a los parámetros normativos establecidos en el precedente, vulnerando el principio de igualdad, uniformidad, predictibilidad y jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto. Es más, niega el orden público que establecen la observancia obligatoria de la doctrina legal o jurisprudencial.

Contrario a ello tenemos la sentencia de casación N° 440-2017-Santa de la Sala Penal Transitoria, con fecha 10 de mayo del 2019, en la que de manera objetiva, la Corte Suprema, aplica adecuadamente la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A, señalando que la consumación en el delito de robo está condicionada a la disponibilidad de la cosa sustraída, y en ese caso, esa disponibilidad no se dio al ser intervenidos los encausados, inmediatamente y sin interrupción, después de iniciada la persecución, recuperándose el objeto del delito. Siendo los hechos juzgados, en la citada casación, similar al caso de estudio de nuestro trabajo de investigación; es por ello que invocamos este antecedente, al considerarlo como un claro ejemplo de la correcta aplicación de la sentencia plenaria.

3.5. Análisis de la sentencia R.N. N° 3580-2013 de la Corte Suprema

La sentencia de la Corte Suprema respondió únicamente a los agravios expresados en el recurso de nulidad, en el que se señaló que la sentencia adolecía de una motivación deficiente, falta de valoración de pruebas (peritaje médico), ausencia de medio comisivo, contradicción de los testigos y solicitó se absuelva a su patrocinado.

3.5.1. Imputación fáctica.

El sujeto desconocido (SD) con el revólver coge del cuello y lo saca de la moto, mientras que Javier Martín Gago Mantari rebusca los bolsillos saca la billetera y quita su mochila y celular, luego este coge la motocicleta del agraviado Juver Uriel Campos Aliaga y el SD con su motocicleta se dan a la fuga. El agraviado Auxiliados por los

ronderos capturan al sujeto, Javier Martín Gago Mantari se encontraba en la posesión de la moto del agraviado, el otro logró darse a la fuga.

3.5.2. Fundamento del Supremo Tribunal.

Si bien es cierto el procesado negó su responsabilidad en los hechos, sin embargo, quedó desvirtuada por la declaración del agraviado que en forma persistente, uniforme y coherente sindicó al procesado, se corroboró ello con las declaraciones brindadas durante todo el proceso tanto a nivel policial y judicial por los testigos, miembros del Comité de autodefensa (ronderos) Dámaso Matamoros Paitan, Miguel Ángel Meza Enrique.

En el fundamento 3.5 la sentencia señala *“que más allá de los cuestionamientos que efectúa la defensa técnica del acusado en el sentido que no se acreditó la preexistencia del celular; sin embargo, esta se tiene por acreditada dada la forma y circunstancias en las que se desarrollaron los hechos, y por tratarse en el caso del celular un bien de escaso valor y de utilización masiva, cuya recuperación se fundamenta en que pudo ser ocultado o que el otro individuo pudo llevárselo.”* Así mismo el fundamento 3.6 señala *“si bien no se ha podido determinar que para cometer el robo se haya hecho uso del arma de fuego alguna u otro tipo de arma, pero sí el agraviado a sostenido uniformemente que fue tomado por la espalda (cogoteo) por el sujeto desconocido”*, para este tribunal presume la existencia del celular y arma.

3.5.3. Sobre la consumación del delito.

Señala que se consumó el delito de robo por la violencia ejercida contra el agraviado.

3.5.4. Respuesta al pedido principal del recurso de nulidad.

Según la sentencia señala que no hay vicio en la sentencia del *A Quo*, por no haber incorporado oficialmente al debate judicial el documento

médico del agraviado, en tanto que es parte del atestado policial. Señala que es un documento oficial, pero que se trata de un instrumento que no tiene carácter predominante respecto del cúmulo de evidencias, gracias a lo sostenido por el agraviado durante todo el proceso. Además, fue encontrado en flagrancia, conforme a la inspección técnico judicial del lugar.

3.6. Apartamiento del precedente obligatorio

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 22° señala de forma expresa:

“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. (...)”

Del presente precepto normativo, tenemos que alude de forma expresa a precedentes de obligatorio cumplimiento establecidos mediante ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales. Sin embargo, de forma diferenciada en el artículo 433° numeral 3 del Código Procesal Penal, señala, por el contrario, a la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por la Sala o Pleno Casatorio, y en ningún extremo de su contenido normativo establece la posibilidad de apartarse de este precedente vinculante. Por lo que claramente podemos advertir que únicamente es posible apartarse de los precedentes de obligatorio cumplimiento, cuando fijan principios jurisprudenciales a través de ejecutorias, entendiendo por ejecutoria la sentencia firme expedida por una de las Salas; y de ninguna forma esta regla de derecho permite a los Jueces

apartarse de la doctrina jurisprudencial vinculante establecido por un pleno casatorio.

Realizando un análisis semiótico de ambos preceptos normativos (artículo 22° Ley Orgánica del poder Judicial y el artículo 433°.3 Código Procesal Penal), podemos afirmar que la doctrina, ha sido definida por el Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares (Marcone Morello, 1995), como un conjunto de opiniones de jurisconsultos, emitidas con la finalidad teórica o con el objeto de facilitar la aplicación del derecho, y asimismo (Ossorio) ha definido la palabra “principio” como normas jurídicas fundamentales que rigen un determinado sistema jurídico en su conjunto, ejemplo: la equidad, igualdad, etc. En consecuencia, el Juez no podría apartarse de una doctrina jurisprudencial establecida por un pleno casatorio, pues el artículo 22° de la Ley Orgánica del poder Judicial no considera de forma expresa a la doctrina jurisprudencial, sino tan solo a los principios jurisprudenciales que son disimiles entre sí; empero, los Jueces si pueden apartarse de los principios jurisprudenciales dictados con ejecutorias supremas, en aplicación de la norma aludida.

3.6.1. Principio de independencia judicial.

Este principio está referido a la independencia del Poder Judicial, entendido no solo desde la parte orgánica, sino también desde la independencia de las decisiones judiciales de los magistrados, porque se considera que es aquí donde realmente se cumple este principio.

Muchos jueces han considerado a los precedente judiciales, como una invasión a su independencia y autonomía judicial; sin embargo, consideramos, que este principio, no es óbice para que los Magistrados en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, apliquen de forma obligatoria la doctrina jurisprudencial, ya que conforme hemos sustentado líneas arriba las sentencia plenarias forman parte de nuestro ordenamiento jurídico peruano, por tanto

deben ser aplicadas de forma obligatoria por todos los Jueces, y es precisamente, en cumplimiento de este principio que corresponde a los Magistrados aplicar un precedente judicial, proporcionando de esta forma a los ciudadanos seguridad jurídica, porque sus casos serán resueltos teniendo como sustento todo lo actuado y probado durante el juicio y que el Juez aplicará de forma idónea la Constitución, la ley y el precedente obligatorio para emitir su decisión, y de esta forma, los justiciables puedan obtener un justicia oportuna a su caso concreto.

Conclusiones

1. Sobre la relevancia del caso. El caso objeto de estudio es relevante porque representa una corriente de opinión de operadores teóricos y prácticos del derecho que niegan el carácter vinculante del precedente, negando implícitamente la sabiduría y jerarquía de sus autores, bajo la creencia de la invasión al principio de independencia judicial.
2. Teóricamente existe una aproximación entre el positivismo y realismo jurídico que aceptan el desarrollo jurisprudencial del derecho llamado precedente.
3. El fundamento del precedente es el propio principio de legalidad.
4. El sistema de precedentes fue introducido en el Código Procesal Penal con un carácter vinculante atenuado, estableciendo desde el principio de legalidad su posibilidad de no tomarla en cuenta.
5. La nueva regulación sobre la obligatoriedad del precedente es fuerte, estableciendo su carácter vinculante a secas.
6. El sistema de precedentes ha sido incorporado en nuestro sistema de justicia con el carácter de doctrina, reconociendo implícitamente el título honorífico de jurisconsulto a los jueces supremos.
7. La sentencia plenaria, establece, no un principio, no un criterio, abstracto y general, tampoco redefinen los supuestos de hecho normativos del delito de robo, ni crean una nueva regla; lo que hizo es asignar un contenido semántico a la expresión verbal apoderar, conforme a sus raíces naturales y tecnificadas, estableciendo el punto a partir del cual el agente tiene el poder sobre la cosa, sin redefinir el tipo penal de robo.
8. No es posible legal ni doctrinariamente, sin desconocer la sabiduría y jerarquía, apartarse del precedente sin afectar el principio de igualdad, orden, uniformidad, predictibilidad del sistema de justicia.
9. Conforme a la doctrina del precedente cabe aplicar la técnica del *distinguishing*; lo que no significa apartarse del precedente, sino distinguir sus condicionales o supuestos de hecho que condicionan el precedente, posiciones minimalistas y maximalistas.

10. En el caso subanálisis, los jueces ignoraron la sentencia plenaria, vulnerando con ello el principio de igualdad en el sistema de justicia, hicieron que su decisión retuerza la predictibilidad, uniformidad, igualdad y orden del sistema de justicia.

Recomendaciones

1. Tiene que incidirse en la formación de los futuros profesionales del derecho y en el sistema de justicia, incorporando en sus mallas curriculares aspectos filosóficos en el estudio del derecho, con incidencia en las teorías que informan y definen nuestro ordenamiento jurídico y el sistema de justicia.
2. Debe exigirse capacitación obligatoria a los Magistrados sobre Semiótica del Derecho para que puedan entender la naturaleza, estructura, funcionamiento y efectos del lenguaje jurídico; aplicar correctamente la ley y los precedentes vinculantes al caso concreto.
3. Sistematizar los precedentes vinculantes judiciales emitidos por la Corte Suprema de Justicia del Perú, a efectos que de manera transparente, ordenada y actualizada se encuentren al alcance de la población y operadores del derecho.
4. Darle mayor importancia al método de estudio de casos, ya que contribuye al menos acá en nuestro país, para que los juristas, abogados, magistrados y estudiantes derecho; puedan darse cuenta de que las palabras importan; que las palabras del derecho son tecnicadas y; darle un contenido semántico propio a la estructura de los enunciados las que pueden ser estudiados desde un punto de vista gramatical.

Referencias Bibliográficas

- (febrero de 2018). Obtenido de Corte Suprema Leyderecho.org Retrieved: <https://leyderecho.org/corte-suprema/>
- Ahumada Ruiz, M. (enero-abril de 2003). Stare decisis y creación judicial de derecho (constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23(67). Recuperado el 01 de 07 de 2020
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta S.A. Recuperado el 02 de Julio de 2020
- Bodenheimer, E. (2007). *Teoría del Derecho, traducción de Vicente Herrero*. México: Fondo de cultura económica. Recuperado el 02 de Julio de 2020
- Botero, D., Giraldo, J., Hoyos, I., Hoyos, G., Laverde, E., Martínez, A., . . . Uprimny, R. (1997). *Hermeneutica Jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Colombia: Ediciones Rosaristas. Recuperado el 02 de Julio de 2020
- Cajas Sarriá, M. (2009). Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales*(20), 277-303. Recuperado el 19 de julio de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932009000100009&lng=es&tlng=es.
- Campos Zamora, F. (mayo-agosto de 2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas*(122). Recuperado el 28 de junio de 2020, de [file:///C:/Users/rical/Downloads/13562-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23105-1-10-20140220%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rical/Downloads/13562-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23105-1-10-20140220%20(1).pdf)
- CASTILLO ALVA, J. L. (2008). *El precedente judicial y el precedente jurisprudencial*. Lima Perú: Ara Editores. Recuperado el 2020 de 09 de 15
- Cavani, R. (14 de julio de 2016). ¿Qué es un "Pleno Casatorio"? (L. L. Noticia, Ed.) Recuperado el 19 de julio de 2020, de ¿Qué es un "Pleno Casatorio?": [https://laley.pe/art/3388/que-es-un-pleno-casatorio#:~:text=%E2%80%9CStare%20decisis%E2%80%9D%20es%20el%20efecto,%E2%80%9CPleno%20casatorio%E2%80%9D%20\(art](https://laley.pe/art/3388/que-es-un-pleno-casatorio#:~:text=%E2%80%9CStare%20decisis%E2%80%9D%20es%20el%20efecto,%E2%80%9CPleno%20casatorio%E2%80%9D%20(art)

- Chavéz Calderón, P. (2015). *Historia de las doctrinas filosóficas* (quinta ed.). México, México: Pearson Educación de México, S.A.de C.V. Recuperado el 23 de junio de 2020
- COUTURE, E. J. (2014). *Vocabulario jurídico, 3ra edición, ampliada y actualizada por Angel Landoni Sosa*. Buenos Aires: Editorial B de F. Recuperado el 2020 de 09 de 15
- Diéz, J. L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales. Practica y Teoría*. Madrid: Trotta. Recuperado el 13 de agosto de 2020
- Fabra, J. -N. (2015). *Filosofía y teoría del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 25 de junio de 2020
- GARCÍA BELAUNDE, D. (2017). EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: EXTENSIÓN Y LÍMITES. *PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL* N° 22, PP. 83-107. Recuperado el 2020 de 09 de 03
- García Belaunde, D. (2017). El precedente Constitucional: extensões y Límites. *Pensamiento Constitucional*, 22, 83-107. Recuperado el 19 de julio de 2020
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Lima: EDDILI.
- Legarre, S., & Rivera, J. (2006). Naturaleza Y Dimensiones Del "Stare decisis". *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124. Recuperado el 10 de agosto de 2020, de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100007>
- Ley N° 30076. (2013). *LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, CÓDIGO PROCESAL PENAL, CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y CREAR REGISTROS Y PROTOCOLOS CON LA FINALIDAD DE COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA*. Lima.
- Ley N° 27472, 2. (2001). *LEY QUE DEROGA LAS MODIFICACIONES DE LOS ARTICULOS 173° Y RESTRINGEN LOS DERECHO PROCESALES EN LOS DELITOS DE CASOS AGRAVADOS*. Lima.
- Marcone Morello, J. (1995). *Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares* (Primera edición ed.). (A. E. Importadores, Ed.) Lima, Perú. Recuperado el 13 de Octubre de 2020
- María Ángeles, V. (s.f.). *Positivista*. (F. Fernández Labastida, & J. Mercado, Edits.) Philosophica: Enciclopedia Filosófica on Line. doi:10.17421/2035_8326_2009_MAV_2-1

- Marías, J. (1980). *Augusto Comte discurso Sobre el Espiritu Positivo*. Alianza editorial.
- Mavila, C. G. (2012). El recurso de casación en el Perú. *Sociedad & derecho*(38). Recuperado el 03 de setiembre de 2020, de file:///C:/Users/rical/Downloads/13107-Texto%20del%20art%C3%ADculo-52192-1-10-20150703.pdf
- Miguel, C. M. (22 de Mayo de 2017). *LAWI Diccionario Social Enciclopedia Juridica Online*. Obtenido de <https://diccionario.leyderecho.org/organo-jurisdiccional/>
- Montoya Vásquez, P. (2019). El Positivismo como problema: autores, contenidos y difusión de una corriente europea. *Intelléctus*, XVIII(2), 1-31. Recuperado el 23 de Junio de 2020, de file:///C:/Users/rical/Downloads/42056-159686-1-PB.pdf
- OMEBA. (2013). *Enciclopedia Juridica Omeba*. Omeba. Recuperado el 2020 de 08 de 20
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales 1° Edición Electronica*. Guatemala: Datascan S.A. Recuperado el 20 de 08 de 20, de https://www.academia.edu/33486702/Diccionario_De_Ciencias_Juridicas_Politicas_Y_Sociales_Manuel_Osorio
- Peña Cabrera Freyre, A. (2018). *Delitos contra el honor conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión*. Lima - Perú: gaceta juridica S.A. Recuperado el 2020 de 09 de 03
- Peña gonzales, o., & otros, y. (2011). *Los precedentes vinculantes de la corte suprema*. Lima Perú: APECC. Recuperado el 2020 de 09 de 02
- Pereira Madeira, D. (2019). *El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo(tesis doctoral)*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Recuperado el 04 de agosto de 2020
- RAE, R. A. (2020). *Diccionario*. España. Recuperado el 2020 de 08 de 20, de <https://dle.rae.es/apoderamiento>
- Reyes Molina , S. (abril-septiembre de 2016). Jerome Frank: Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*(10), 265-293. Recuperado el 28 de junio de 2020

- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Revista sobre enseñanza del derecho*, 199-220.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid (España): Civitas S.A. Recuperado el 25 de junio de 2020
- Rubio, M., & Arce, E. (2019). *Teoría Esencial del Ordenamiento Jurídico Peruano* (Primera edición ed.). Lima, Perú: Pontificia universidad Católica Del Perú - Fondo Editorial. Recuperado el 26 de Junio de 2020
- Sala Penal Permanente R. N. N° 3-2018. (8 de mayo de 2018). Delito contra el patrimonio - robo agravado en grado tentativa. Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- San Martín Castro, C. (2004). *Jurisdicción Constitucional y Justicia Penal: problemas y perspectivas*. Lima Perú: Derecho PUCP. Recuperado el 2020 de 09 de 14
- Schmill, U. (2003). El positivismo jurídico. *Revistas UNAM*, 133-139. Recuperado el 25 de junio de 2020
- SHUTTLEWORTH, M. (2 de Febrero de 2016). *Explorable*. (D. d. Cualitativa, Productor) Obtenido de Explorable: <https://explorable.com/es/disenio-de-la-investigacion-cualitativa>
- Taruffo, M. (diciembre de 2012). Precedente Judicial en los sistemas de Civil Law. *IUS ET VERITAS*, 22(45), 88-95. Recuperado el 15 de agosto de 2020, de <http://revista.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>
- Terragrosa, F. J. (2015). Término crimipedia: lter criminis. *lter criminis*. España: UMH. Obtenido de <http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2016/05/lter-Criminis.pdf>
- Ahumada Ruiz, M. (enero-abril de 2003). Stare decisis y creación judicial de derecho (constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23(67). Recuperado el 01 de 07 de 2020
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta S.A. Recuperado el 02 de Julio de 2020
- Bodenheimer, E. (2007). *Teoría del Derecho, traducción de Vicente Herrero*. México: Fondo de cultura económica. Recuperado el 02 de Julio de 2020

- Botero, D., Giraldo, J., Hoyos, I., Hoyos, G., Laverde, E., Martinez, A., . . . Uprimny, R. (1997). *Hermeneutica Juridica. Homenaje al maestro Dario Echandia*. Colombia: Ediciones Rosaristas. Recuperado el 02 de Julio de 2020
- Cajas Sarriá, M. (2009). Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales*(20), 277-303. Recuperado el 19 de julio de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932009000100009&lng=es&tlng=es.
- Campos Zamora, F. (mayo-agosto de 2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas*(122). Recuperado el 28 de junio de 2020, de [file:///C:/Users/rical/Downloads/13562-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23105-1-10-20140220%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rical/Downloads/13562-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23105-1-10-20140220%20(1).pdf)
- Castillo Alva, J. L. (2008). *El precedente judicial y el precedente jurisprudencial*. Lima Perú: Ara Editores. Recuperado el 2020 de 09 de 15
- Cavani, R. (14 de julio de 2016). ¿Qué es un "Pleno Casatorio? (L. L. Noticia, Ed.) Recuperado el 19 de julio de 2020, de ¿Qué es un "Pleno Casatorio?: [https://laley.pe/art/3388/que-es-un-pleno-casatorio#:~:text=%E2%80%9CStare%20decisis%E2%80%9D%20es%20el%20efecto,%E2%80%9CPleno%20casatorio%E2%80%9D%20\(art](https://laley.pe/art/3388/que-es-un-pleno-casatorio#:~:text=%E2%80%9CStare%20decisis%E2%80%9D%20es%20el%20efecto,%E2%80%9CPleno%20casatorio%E2%80%9D%20(art)
- Chavéz Calderón, P. (2015). *Historia de las doctrinas filosóficas* (quinta ed.). México, México: Pearson Educación de México, S.A.de C.V. Recuperado el 23 de junio de 2020
- COUTURE, E. J. (2014). *Vocabulario juridico, 3ra edición, ampliada y actualizada por Angel Landoni Sosa*. Buenos Aires: Editorial B de F. Recuperado el 2020 de 09 de 15
- Diéz, J. L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales. Practica y Teoría*. Madrid: Trotta. Recuperado el 13 de agosto de 2020
- Fabra, J. -N. (2015). *Filosofía y teoría del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 25 de junio de 2020
- García Belaunde, D. (2017). El precedente Constitucional: exténsiones y Límites. *Pensamiento Constitucional*, 22, 83-107. Recuperado el 19 de julio de 2020
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Lima: EDDILI.

- Legarre, S., & Rivera, J. (2006). Naturaleza Y Dimensiones Del "Stare decisis". *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124. Recuperado el 10 de agosto de 2020, de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100007>
- Ley N° 30076. (2013). *Ley Que Modifica El Código Penal, Código Procesal Penal, Código De Ejecución Penal Y El Código De Los Niños Y Adolescentes Y Crear Registros Y Protocolos Con La Finalidad De Combatir La Inseguridad Ciudadana*. Lima.
- Ley N° 27472, 2. (2001). *Ley Que Deroga Las Modificaciones De Los Articulos 173° Y Restringen Los Derecho Procesales En Los Delitos De Casos Agravados*. Lima.
- María Ángeles, V. (s.f.). *Positivista*. (F. Fernández Labastida, & J. Mercado, Edits.) Philosophica: Enciclopedia Filosófica on Line. doi:10.17421/2035_8326_2009_MAV_2-1
- Marías, J. (1980). *Augusto Comte discurso Sobre el Espiritu Positivo*. Alianza editorial.
- Montoya Vásquez, P. (2019). El Positivismo como problema: autores, contenidos y difusión de una corriente europea. *Intelléctus*, XVIII(2), 1-31. Recuperado el 23 de Junio de 2020, de file:///C:/Users/rical/Downloads/42056-159686-1-PB.pdf
- OMEBA. (2013). *Enciclopedia Juridica Omeba*. Omeba. Recuperado el 2020 de 08 de 20
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales 1° Edición Electronica*. Guatemala: Datascan S.A. Recuperado el 20 de 08 de 20, de https://www.academia.edu/33486702/DICCIONARIO_DE_CIENCIAS_JURIDICAS_POLITICAS_Y_SOCIALES_Manuel_Osorio
- Pereira Madeira, D. (2019). *El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo(tesis doctoral)*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Recuperado el 04 de agosto de 2020
- RAE, R. A. (2020). *Diccionario*. España. Recuperado el 2020 de 08 de 20, de <https://dle.rae.es/apoderamiento>

- Reyes Molina , S. (abril-septiembre de 2016). Jerome Frank: Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*(10), 265-293. Recuperado el 28 de junio de 2020
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Revista sobre enseñanza del derecho*, 199-220.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid (España): Civitas S.A. Recuperado el 25 de junio de 2020
- Rubio, M., & Arce, E. (2019). *Teoría Esencial del Ordenamiento Jurídico Peruano* (Primera edición ed.). Lima, Perú: Pontificia universidad Católica Del Perú - Fondo Editorial. Recuperado el 26 de Junio de 2020
- Sala Penal Permanente R. N. N° 3-2018. (8 de mayo de 2018). Delito contra el patrimonio - robo agravado en grado tentativa. Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- San Martín Castro, C. (2004). *Jurisdicción Constitucional y Justicia Penal: problemas y perspectivas*. Lima Perú: Derecho PUCP. Recuperado el 2020 de 09 de 14
- Schmill, U. (2003). El positivismo jurídico. *Revistas UNAM*, 133-139. Recuperado el 25 de junio de 2020
- SHUTTLEWORTH, M. (2 de Febrero de 2016). *Explorable*. (D. d. Cualitativa, Productor) Obtenido de Explorable: <https://explorable.com/es/disenio-de-la-investigacion-cualitativa>
- Taruffo, M. (diciembre de 2012). Precedente Judicial en los sistemas de Civil Law. *IUS ET VERITAS*, 22(45), 88-95. Recuperado el 15 de agosto de 2020, de <http://revista.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>
- Terragrosa, F. J. (2015). Término crimipedia: Iter criminis. *Iter criminis*. España: UMH. Obtenido de <http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2016/05/Iter-Criminis.pdf>

Anexos

Anexo A. Matriz de Consistencia

TÍTULO: “LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL JUZGAMIENTO DE UN HECHO PUNIBLE”			
PROBLEMA	OBJETIVOS	JUSTIFICACIÓN	METODOLOGÍA
<p>GENERAL ¿Por qué en el presente caso (Exp. 00362-2012-0-1508-JM-PE-02), no se aplicó los parámetros normativos contenidos en una sentencia plenaria con carácter de precedente vinculante? ¿es razonable ignorarlos? ¿cuándo decisivamente, sentado con prudencia las reglas del precedente como instrumento de control e incluso de autocontrol del propio principio de legalidad, reducen la posibilidad de adoptar decisiones arbitrarias y augurar un porvenir brillante en las decisiones judiciales?</p>	<p>GENERAL Analizar los fundamentos doctrinales y jurídicos que permiten sostener el carácter vinculante y obligatorio, de los precedentes vinculantes para las instancias inferiores de la Corte Suprema e incluso para las propias Salas de las Corte Suprema.</p>	<p>El caso en estudio justifica la presente investigación por la utilidad de la plasmación de las respuestas propuestas sobre la obligatoriedad de los parámetros normativos contenidos en las sentencias plenarios –precedentes–, su explicación teórica y práctica, su generalización para otros supuestos, a la par de estimular la uniformidad en la interpretación normativa y generar seguridad jurídica, en la persuasión de no ver revocada una decisión judicial</p>	<p>TIPO: Estudio de caso NIVEL: explicativo no experimental DISEÑO: transversal CATEGORÍAS: - POBLACIÓN No se contempla. MUESTRA No se contempla. TÉCNICA E INSTRUMENTO Revisión documental y ficha de revisión documental ANÁLISIS DE DATOS Análisis de contenido.</p>
<p>¿Existen fundamentos doctrinales y jurídicos que permiten sostener el carácter vinculante y obligatorio, derivado del principio de legalidad, de los precedentes vinculantes?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECIFICOS Analizar si es razonable ignorar o inaplicar los parámetros normativos contenidos en un precedente vinculante al momento de establecer la premisa normativa, en el proceso de justificación interna de una sentencia</p>		