

REVALORIZACION DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

Juan B. Zárate del Pino

Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

A. GENERALIDADES

Las investigaciones en el área del Derecho pueden ser jurídico-formales, cuando el objeto de estudio son principalmente las normas del Derecho Positivo que regulan conductas humanas, o pueden ser socio-jurídicas, aquellas que sin eliminar la dimensión normativa pone mayor énfasis en las fuentes económico sociales de las normas y los efectos que estas tienen sobre la realidad social.

Sea cual fuere el carácter de la investigación que se quiera desarrollar, la jurisprudencia constituye una valiosa fuente de información a ser tomada en cuenta en la etapa de la recopilación de datos y el análisis de estos, y esa importancia habría que ser tomada en cuenta en la etapa de la recopilación de datos y análisis de estos, y esa importancia habría que

ser aquilatada desde una doble perspectiva, una en cuanto permite adaptar la ley a la infinita variedad de problemas prácticos que plantea la realidad, y otra por la influencia que ejerce en el perfeccionamiento del Derecho Positivo.

En el primer caso, la legislación no sólo es estática por su naturaleza, sino que además como toda obra humana es imperfecta, presenta vacíos, lagunas, defectos o deficiencias, que son llenados por la jurisprudencia, que es la doctrina que van formando los jueces y tribunales en la aplicación de las normas a los problemas concretos de la realidad. Para el investigador la jurisprudencia debe tener tanta importancia como la ley pues sin ella no puede conocer la auténtica fisonomía del Derecho, que se manifiesta allí en su actuar concreto, como un Derecho vivo en

su aspecto dinámico.

Pero a su vez la jurisprudencia ha influido e influye en la formulación de nuevas normas jurídicas que tienden a perfeccionar las existencias; a guisa de ejemplo citaremos dos casos, uno del Derecho Romano y otro en nuestro Derecho Nacional:

El primero está referido al nacimiento del instituto de la legítima en el Derecho de Sucesiones Romano que inicialmente reconocía en forma amplia la libertad de testar, frente a cuyos excesos en las facultades de disposición los Tribunales llegaron a amparar las demandas de inoficiosidad de testamento llamadas «querella inofficiosi testamenti», partiendo de la premisa de que no podría esta en su sano espíritu aquel que prefería beneficiar a terceros con su herencia, sin dejar parte considerable de sus bienes a sus hijos, de modo que para no invalidar sus disposiciones de última voluntad los que otorgaban testamento empezaron a reservar parte de sus bienes destinado a sus hijos, dando origen así a la legítima o reserva hereditaria, que luego obtuvo consagración legislativa.

En nuestro país es

interesante notar como en el Código Civil de 1936 hubo reticencia a conferir reconocimiento a las uniones concubinarias o a sus efectos legales en el ámbito patrimonial, ante ese vacío y el problema de las reclamaciones de la concubina sobre los bienes adquiridos durante el período de convivencia, los jueces y tribunales empezaron a admitir esas demandas, aplicando los principios generales del Derecho a falta de disposición expresa de la ley, entre ellos el principio por el cual aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a su restitución, aunque las diversas ejecutorias tuvieran criterios dispares respecto a la proporción a ser restituida.

Esa jurisprudencia influyó decisivamente para que la Constitución Política del año 1979-80 primero y el Código Civil de 1984 después, reconozcan a nivel normativo efectos patrimoniales al concubinato; la jurisprudencia se convierte así en un eficaz instrumento para la innovación y el avance del Derecho.

B. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

La jurisprudencia es fuente

de Derecho no solamente para las partes que han sometido su controversia a un órgano jurisdiccional, sino en su sentido mas trascendente, pues llega a servir como un precedente vinculatorio para casos similares que puedan presentarse en el futuro, nos referimos pues por jurisprudencia, al sentido concordante de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales, al modo habitual y uniforme como la administración de justicia aplica e interpreta el Derecho frente a casos similares.

A esa fuente del Derecho acuden no solamente los propios jueces sino también los abogados para sustentar una demanda, preparar una contestación, interponer apelación o expresar agravios; también deben acudir a ella los investigadores en el área del Derecho, buscando en los precedentes judiciales la objetividad jurídica de una corriente de opinión destinada a corroborar o desvirtuar determinadas hipótesis de trabajo.

Los jueces acuden a los precedentes judiciales por diversas razones, entre las que podríamos mencionar: a) para facilitar su tarea, si toman encuentra el criterio de una decisión anterior, pueden formular la suya acomodándose al modelo;

b) los jueces no deben proceder arbitrariamente, deben dar razón de sus actos, están obligados a motivar sus sentencias, para ser comprendidos por los litigantes y sus abogados; c) existiendo pluralidad de instancias por formar parte de un aparato jerarquizado, sus sentencias están sujetas a revisión por los juzgados y tribunales superiores; y d) el anuncio de que el control del despacho judicial podría extenderse a examinar las sentencias no sólo en su aspecto cuantitativo sino también en su grado de acierto, en su aspecto cualitativo.

Respecto al modo como se genera ésta fuente jurisprudencial, debemos señalar que la autoridad de una sentencia originariamente surge de la fuerza de convicción que emana de su parte considerativa, en la que se trasluce los conocimientos, el talento y la habilidad del juez; posteriormente al ser tomado como modelo, se produce una repetición de fallos en una misma dirección que son objeto de acatamiento por la comunidad, llegando a adquirir así una nueva autoridad, el de constituirse una norma o regla de conducta aunque sin enunciado expreso.

Hay pues un proceso que va de la individualización de una

sentencia a su generalidad como fuente; lo resuelto por un juez en un caso concreto, puede servir de fundamento o criterio de objetividad par otro juez que debe fallar otro caso similar, para lo cual la decisión anterior se somete a un proceso de generalización en virtud del cual se prescinde de los datos irrelevantes y se conservan los significativos que se subsumen dentro de un género o categoría dotado de consistencia lógica.

En nuestro país, antes de la promulgación del Código Procesal Civil, la jurisprudencia no tenía fuerza vinculatoria a nivel normativo, aunque de hecho tanto jueces como abogados acudían a ella como apoyo de sus argumentaciones jurídicas, pero al entrar en vigencia el Código Procesal Civil ya se confiere reconocimiento legislativo al efecto vinculatorio de la jurisprudencia, al señalarse que uno de los fines del recurso de casación es el de la unificación de la jurisprudencia por la Corte Suprema de Justicia.

C. FUNCIONES DEL JUEZ EN LA CREACION DEL DERECHO

El tema de la jurisprudencia se encuentra íntimamente relacionado con otro que ha

suscitado debates apasionados, el de si los jueces crean derecho, respecto del cual asumimos una posición intermedia sin suscribir las posiciones extremas. No se puede constreñir al Juez a ser un mero aplicador de la norma, es creador de Derecho pero dentro de ciertos límites, el Juez al aplicar una norma general a un caso concreto desarrolla una labor intelectual de interpretación, hace una apreciación estimativa de valores, ilumina facetas o limitaciones de la norma que antes no habrían sido avizoradas, pero ésta labor creativa no puede llevarla a equipararse con el legislador y atribuirse la facultad de fallar contra legem.

La tesis del dogmatismo francés según la cual la ley es la «única fuente de derecho» y el principio de la limitación de poderes, limitaron al juez a ser un mero aplicador de la norma, por estar reservada la función creadora del Derecho al poder legislativo, tesis que ahora ya se considera un arcaísmo, explicable en el contexto de la post revolución francesa en que hubo una reacción contra los jueces de la nobleza que habían abusado de sus prerrogativas contra la gente común.

Mas, la labor de los jueces y tribunales no se han limitado ni

podía limitarse a una aplicación mecánica de las leyes, sino que dicha labor trasciende a una actividad creativa interpretando las leyes y adaptándolas con flexibilidad a las necesidades sociales cambiantes y a la infinita variedad de los problemas prácticos que plantea la realidad, constituyó así esa actividad creativa, el medio a través del cual los géneros abstractos no especifican en la resolución de casos concretos.

Pero el juez no puede conducirse ad-libitum, a su arbitrio, sino que debe subordinar sus decisiones a la ley que es la fuente obligatoria por excelencia, no se puede fallar contra el texto expreso de la ley, ello implicaría alzarse contra la sociedad y el Estado que son precisamente fuente de su legitimidad, ya que el juez recibe su investidura del Estado según un ordenamiento legal del cual no puede prescindir luego de nombrado.

La jurisprudencia es una fuente importantísima del Derecho, pero subordinada a la ley, la función creadora e integradora del juez debe darse dentro del marco legal, para llenar los casos de vacío, defecto o deficiencia de la ley, como así lo informan los artículos VIII del Título Preliminar del Código Civil

y el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, su función es pues complementaria, aclaratoria y especificatoria de la ley, que por mas perfectas que sea no puede anticipar la diversidad de problemas y matices de la realidad que se resiste siempre a quedar encajada en meras construcciones dogmáticas.

Simultáneamente a la función creadora de Derecho que se reconoce al juez con las limitaciones señaladas, también es perceptible una función formativa que es digna de ser ponderada; mientras la función creadora la desenvuelve frente al Derecho, la función formativa la cumple frente al Foro, de cara a su comunidad, pues no solamente eleva el conocimiento de los Abogados sino que tiene a robustecer la conciencia jurídica de los miembros de su comunidad.

D. LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES Y LA JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA

La jurisprudencia cuando es uniforme y reiterada es fuente obligatoria pero no en forma absoluta, es decir el juez puede apartarse de los precedentes mostrando los errores en su

conceptuación, cuando cambien las valoraciones sociales o cuando varíen las circunstancias sociales de su aplicación, casos en los cuales las sentencias que se aparten del precedente deberán expresar las razones justificativas de ese alejamiento.

La fijeza de la jurisprudencia no puede llevarla a convertirse en inmutable, ya que llegaría a eliminar la función creadora de los jueces y desnaturalizaría su razón de ser que es el de flexibilizar la rigidez de la ley frente a los problemas concretos, cambios jurisprudenciales que deben darse en forma paulatina y en casos justificados acudiendo a la ley que también puede ser invocada para revisar los precedentes.

La obligatoriedad de una jurisprudencia está en razón directa de la jerarquía del Tribunal del que emana, ya que los tribunales superiores no se sienten necesariamente ligados por la jurisprudencia de sus pares o de los jueces inferiores en grado. Dicha obligatoriedad está también en función directa con el tiempo pues respecto a leyes antiguas puede decirse que exista ya auténtica jurisprudencia obligatoria, mientras que respecto de una ley

recientemente promulgada la jurisprudencia recién entrará en un proceso de formación y fijación, por el prestigio de algunos fallos, la adhesión que se les presta en otros posteriores y el orden que lleva consigo su repetición.

Pero no se crea por ello que la jurisprudencia es únicamente la que emana de la Corte Suprema, a la que se refiere la jurisprudencia en un sentido restringido, pues su aceptación es mas amplia y comprende también a las sentencias que emiten otros tribunales comunes y especializados, a las sentencias que emiten los Jueces especializados y los de Paz Letrados en el ámbito de su competencia, e incluso las que emiten ciertos organismos jurisdiccionales del Estado tales como el Tribunal Fiscal o el Tribunal de Aduanas que emiten la llamada jurisprudencia administrativa.

Se admite pues como algo natural y positivo que se puedan producir cambios en la jurisprudencia, lo que es inaceptable es la jurisprudencia contradictoria que implica no sólo diversidad de criterios sino criterios opuestos frente a un hecho similar. En los casos de jurisprudencia contradictoria se quiebra la unidad

del orden jurídico, se atenta contra el valor seguridad y se genera el desconcierto y la desconfianza entre los particulares y sus Abogados, que de pronto ven amparados o negados sus derechos según se invoque ante una u otra Sala del mismo tribunal.

Conviene aclarar empero que para las investigaciones jurídicas, la jurisprudencia constituye valioso elemento de información aunque carezca del carácter de fijeza o se trate de sentencias aisladas de instancias inferiores. Algunos fallos aislados pueden constituir un precedente valiosísimo para visualizar un problema que anteriormente no se tuvo la oportunidad de enfrentar, y que suscite reflexiones para avizorar las posibles soluciones a ese problema.

Fernández Sessarego en su obra «nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas», hace objeto de análisis por ejemplo la sentencia de 26 de Febrero de 1987 expedida por el Juez del Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, amparando una demanda ordinaria de rectificación de partida de nacimiento por cambio de sexo presentada por un demandante que podía cambiar su nombre de pila Moisés por el de Natalie Gisella, el

que se hace objeto de estudio no tanto por su efecto vinculatorio en la solución de otros hechos similares, sino para promover el debate de la problemática del cambio de sexo en el Perú.

E. MECANISMOS PARA UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA

El proceso de fijación de la jurisprudencia es por su propia naturaleza lento y puede genera diversidad interpretativa que es delicado cuando la emiten salas o tribunales de similar jerarquía, creando inestabilidad e inseguridad en las relaciones jurídicas, lo que ha llevado a la necesidad de establecer mecanismos que tiendan a asegurar una deseada uniformidad jurisprudencial, que en nuestro país se da a través del recurso de casación, con la obligatoriedad de los principios contenidos en fallos sobre habeas corpus y amparo, y con los llamados acuerdos plenarios.

Por el artículo 384E del Código Procesal Civil se introduce en nuestra legislación el recurso de Casación, asignándose a la Corte Suprema de Justicia la responsabilidad de unificar la jurisprudencia nacional, franqueando a las partes las

posibilidades de provocar el pronunciamiento del Tribunal Supremo a través del recurso de Casación que puede interponerse - entre otros casos, cuando exista aplicación indebida de la doctrina

jurisprudencial o la inaplicación de la misma, con lo que se tiende a asegurar la prevalencia del derecho objetivo y la jurisprudencia asentada por dicho Tribunal Supremo.