



Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Procesal y Administración de Justicia

**El conflicto de fuentes del derecho en el sistema jurídico procesal nacional
a la luz de los precedentes vinculantes establecidos por el
IX Pleno Casatorio Civil**

Tesis presentada por:

Salas Chalco, Manuel Jesus

ORCID: 0009-0008-2186-9916

Para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Procesal y Administración de Justicia

Asesor:

Dr. Polanco Gutierrez, Carlos Enrique

ORCID: 0000-0001-5023-3708

Arequipa - Perú

2026

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 13 de Abril del 2026

Dictamen: 001609-C-EPG-2026

Visto el borrador del expediente 001609, presentado por:

2019002272 - SALAS CHALCO MANUEL JESUS

Titulado:

**EL CONFLICTO DE FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL NACIONAL A
LA LUZ DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES ESTABLECIDOS POR EL IX PLENO CASATORIO
CIVIL**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**46193554 - PARADA GONZALES JOSE LUIS
DICTAMINADOR**



**29590431 - ALMENARA SANDOVAL JORGE LUIS
DICTAMINADOR**



**29259022 - RUBIO ZEVALLOS RUFO ISAAC
DICTAMINADOR**



El conflicto de fuentes del derecho en el sistema jurídico procesal nacional a la luz de los precedentes vinculantes establecidos por el IX Pleno Casatorio Civil

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.ulasalle.edu.pe Fuente de Internet	7%
2	belisario2o.blogspot.com Fuente de Internet	1%
3	vsip.info Fuente de Internet	1%
4	www.enfoquederecho.com Fuente de Internet	1%

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Apagado

DEDICATORIA

La presente tesis, mi primera de postgrado, la dedico en primer lugar, a Dios, sin Él que estoy convencido, ninguna cosa podría suceder, a mi familia, como primer motor e impulso de mi vida, y especialmente a mi esposa Claudia, por ser el más importante motivo e inspiración que tengo para trazarme y cumplir todos los objetivos que mi mente sea capaz de soñar, y con quien siento que juntos, nada nos podrá nunca parar.

Asimismo, dedico esta presente investigación, a todos aquellos operadores jurídicos que se han dejado deslumbrar y seducir por el mito del legislador, y aquellos tantos otros que lo han hecho por el del juzgador, y han quitado de su juicio crítico de apreciación jurídica la verdadera naturaleza del proceso, y el contenido de sus fuentes creadoras.



AGRADECIMIENTOS

Agradezco:

- ✓ A Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, por permitirme cada día disfrutar de todas las bendiciones con las que ha llenado y llena mi vida diariamente.
- ✓ A mi esposa Claudia, porque en todo momento, me apoyó en cada paso que di para poder elaborar la presente investigación, y que en cada paso que doy, que damos, y en cada sueño, meta y proyecto que me propongo, está siempre para mí, por eso, desde cada esfuerzo para cursar la maestría, cada aliento y palabra de apoyo y de amor, por cada desvelada, por todo eso y más gracias mi amor, este trabajo también es tuyo.
- ✓ A mis padres y hermana, a los cuales le deberé eternamente toda mi formación, no solo como abogado, sino como persona, y con los cuales sé que antes de escoger que tipo de abogado quiero ser, tengo que pensar en qué tipo de persona elijo convertirme cada día.
- ✓ A la maestría de Derecho Procesal y Administración de Justicia, a la Escuela de Postgrado y a toda la Universidad Católica de Santa María, por haberme permitido reencaminar mi pasión por lo que más me gusta de la carrera, por haberme permitido aprender de magníficos docentes, por conocer a valiosísimas personas, y por haberme regalado la principal gran pasión de mi vida, mi esposa Claudia.

EPÍGRAFE

No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del derecho.

Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces.

Francesco Carnelutti



La presente cita, será entendida a cabalidad a la finalización de la lectura de la presente investigación, cuya conclusión final, a consideración personal del autor de esta tesis, pero también con la rigurosidad objetiva de una investigación, permitirá desentrañar lo que verdaderamente quiso, o debió querer haber dicho, el maestro Carnelutti cuando nos regaló la célebre cita.

RESUMEN

La presente investigación analiza el posible conflicto entre fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico procesal peruano, particularmente en relación con la aplicación de precedentes vinculantes emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de los cuales se establecen criterios jurisprudenciales con efectos normativos en materia procesal que difieran, e incluso contravengan, normas procesales ya establecida por la ley positiva, lo que genera incertidumbre en los operadores jurídicos respecto de cuál norma debe prevalecer en su aplicación al caso concreto, dado que teóricamente ambas se encontrarían vigentes al momento de presentarse su aplicación en un caso concreto. En este contexto, la investigación toma como eje central, los precedentes procesales establecidos por el IX Pleno Casatorio Civil –Casación N° 4442-2015, Moquegua–, respecto del cual un sector de la doctrina sostiene con argumentos relevantes, y no con poco fundamento, que se han establecido criterios vinculantes en materia procesal sobre la nulidad del acto jurídico, introduciendo disposiciones que en ciertos aspectos resultan disímiles, o incluso contradictorias, con respecto al Código Procesal Civil vigente. Así en esta investigación se pretende delimitar y clasificar los tipos de conflictos jurídicos relevantes en el sistema jurídico procesal nacional, ya sean estos de normas, principios o fuentes, para que, mediante una metodología dogmática-jurídica, se establezca un marco teórico que permita interpretar esta posible colisión de fuentes desde una perspectiva constitucional y legal, analizando para ello, la introducción del uso de precedentes jurisprudenciales con efectos normativos en nuestro ordenamiento procesal civil, de corte y tradición jurídica del denominado sistema Civil Law, y su colocación en la teoría de fuentes del derecho adjetivo, así como, los eventuales conflictos que pueda suscitar con otras fuentes; analizándose además los posibles mecanismos de solución a este eventual conflicto, tanto desde la perspectiva de los diferentes operadores jurídicos, pero particularmente la de los magistrados judiciales, en la resolución de casos concretos. Se concluye que, aunque el sistema procesal peruano ha incorporado elementos ajenos al modelo clásico de Civil Law, su sistema de fuentes jurídicas mantiene como fuente de producción normativa a la ley, y en el caso de que por precedentes jurisprudenciales se establezcan normas que la contravengan, debe considerarse para su solución, no a un conflicto de fuentes, sino uno de normas introducidas por las mismas, aplicándose criterios como la aplicación de principios de jerarquía, especialidad y tiempo para su solución, garantizando con ello la seguridad jurídica y el equilibrio de poderes del Estado.

Palabras Clave: Fuentes del derecho, proceso civil peruano, Noveno Pleno Casatorio Civil.

ABSTRACT

This research analyzes the potential conflict among sources of law within the Peruvian procedural legal system, particularly in relation to the application of binding precedents issued by the Supreme Court of Justice of the Republic. Through such precedents, jurisprudential criteria with normative effects in procedural matters are established, which may differ from or even contradict procedural rules already set forth in statutory law. This situation generates uncertainty among legal practitioners regarding which rule should prevail in its application to a specific case, given that, theoretically, both remain in force at the time of their application. Within this framework, the study focuses on the procedural precedents established by the IX Civil Cassation Plenary (Cassation No. 4442-2015, Moquegua). A sector of legal doctrine has argued, with substantial grounds, that binding criteria have been introduced in procedural matters concerning the nullity of legal acts, incorporating provisions that in certain respects differ from, or even contradict, the current Civil Procedure Code. Accordingly, this research seeks to delimit and classify the relevant types of legal conflicts within the national procedural system—whether conflicts of rules, principles, or sources—in order to establish, through a dogmatic-legal methodology, a theoretical framework that allows for the interpretation of this potential collision of sources from both constitutional and legal perspectives. To this end, the study examines the introduction of jurisprudential precedents with normative effects in a civil procedural system rooted in the Civil Law tradition, as well as their placement within the theory of sources of procedural law and the potential conflicts they may generate with other sources. It also analyzes possible mechanisms for resolving such conflicts, from the perspective of various legal actors, particularly judges, in the adjudication of specific cases. The research concludes that, although the Peruvian procedural system has incorporated elements foreign to the classical Civil Law model, its system of legal sources continues to recognize statutory law as the primary source of normative production. Therefore, when jurisprudential precedents establish rules that contradict statutory provisions, the issue should not be understood as a conflict of sources, but rather as a conflict of norms introduced by those sources. In such cases, resolution should rely on principles such as hierarchy, specialty, and temporality, thereby ensuring legal certainty and maintaining the balance of powers within the State.

Key words: Sources of law, Peruvian civil procedure, Ninth Civil Plenary Ruling

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

EPÍGRAFE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO..... 5

1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL NACIONAL 7

1.1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LOS PRINCIPALES SISTEMAS JURÍDICOS EN EL MUNDO 8

1.1.1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CIVIL LAW 11

1.1.2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL COMMON LAW 62

1.1.3. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LAS OTRAS FAMILIAS DE SISTEMAS JURÍDICOS EN EL MUNDO..... 122

1.2. LAS FUENTES DEL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL CIVIL NACIONAL..... 159

1.2.1. EL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL CIVIL NACIONAL..... 165

1.2.2. LAS FUENTES DEL PROCESO CIVIL NACIONAL..... 184

1.2.3. LAS FUENTES MATERIALES DEL PROCESO CIVIL NACIONAL 207

1.3. EL CONFLICTO ENTRE FUENTES DEL DERECHO PROCESAL NACIONAL..... 231

1.3.1. LOS TIPOS DE CONFLICTOS..... 236

1.3.2. LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS..... 266

2. EL NOVENO PLENO CASATORIO CIVIL	269
2.1. EL CONTENIDO SUSTANTIVO.....	271
2.1.1. LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO	273
2.1.2. LOS PRECEDENTES VINCULANTES SUSTANTIVOS	276
2.2. EL CONTENIDO PROCESAL.....	277
2.2.1. LOS PRECEDENTES VINCULANTES PROCESALES	279
2.2.2. LAS NORMAS PROCESALES INTRODUCIDAS POR EL PLENO.....	284
2.2.3. LAS NORMAS PROCESALES DISÍMILES A LAS DEL ORDENAMIENTO POSITIVO VIGENTE ESTABLECIDAS EN EL PLENO	286
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	290
1. METODOLOGÍA, TÉCNICA E INSTRUMENTOS.....	291
2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.....	294
3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	295
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	298
CONCLUSIONES	317
RECOMENDACIONES	319
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	320
ANEXOS	357


INTRODUCCIÓN

La teoría de las fuentes del derecho en el sistema procesal peruano, a partir de su tradición jurídica como un sistema de Civil Law; establece, a la ley, como su principal fuente de producción normativa, lo que, por lo menos de manera liminar, garantiza en los operadores jurídicos, su prevalencia frente a otras fuentes, como la costumbre, la doctrina e inclusive la jurisprudencia, propiciando un ambiente caracterizado por la coherencia y previsibilidad jurisdiccional frente a casos concretos, a partir de un espíritu normativo ajeno a la propia resolución judicial, sino derivada de la labor de producción de un poder del Estado encargado constitucionalmente de ello, y derivado de la misma voluntad popular. Sin embargo, en nuestro contexto contemporáneo, se han evidenciado en la práctica forense, tensiones importantes con dicha definición derivadas del creciente protagonismo de la jurisprudencia, especialmente la proveniente de los precedentes vinculantes emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República, ya que muchos de los mismos, asumen un rol normativo que supera su tradicional función interpretativa, y más bien contienen la emisión y creación de nuevas disposiciones normativas que difieren de las ya establecidas por ley, generando una incertidumbre en los operadores jurídicos, particularmente en el proceso civil, frente a posibles conflictos jurídicos entre la aplicación de las fuentes del derecho derivadas. Así, para un sector importante de los operadores jurídicos esta problemática se ve materializada por ejemplo, en los precedentes procesales del IX Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4442-2015, Moquegua), donde los mismos consideran que, la Corte Suprema estableció criterios sobre la pretensión procesal de la nulidad del acto jurídico y su tratamiento procesal, que en algunos casos resultan disímiles o contrarios a los ya establecidos en el Código Procesal Civil vigente, generando interrogantes sobre el alcance normativo de estos precedentes y el papel que deben desempeñar los operadores jurídicos, frente a un ordenamiento que ya contiene normas positivas que aparentemente colisionarían con estos, provocando incertidumbre jurídica para su aplicación en casos concretos. En ese contexto, la presente investigación tiene por finalidad determinar la naturaleza del conflicto entre fuentes del derecho procesal nacional generado en virtud de dicho rol de producción normativa del precedente vinculante, tomando como objeto de estudio concreto, al IX Pleno Casatorio Civil, analizándolo a partir de un enfoque crítico sustentado en el marco constitucional y legal vigente que regula las fuentes formales del derecho procesal, así como de los tipos de conflictos jurídicos y de sus eventuales mecanismos de solución.

Para dicha labor, en esta investigación se propone un marco teórico que desarrolle la teoría de fuentes del derecho en nuestro ordenamiento jurídico procesal, analizando doctrinalmente el contexto del precedente vinculante en nuestro sistema adjetivo, y su aplicación en el proceso civil, así como los fundamentos de la señalada facción de operadores jurídicos que consideran al Noveno Pleno Casatorio Civil como un ejemplo de este conflicto de fuentes. Ello con la finalidad de determinar cómo deben actuar los operadores jurídicos de un sistema procesal que históricamente reservaba la producción normativa para la fuente específica de la ley escrita, y que ve ahora enfrentada a la misma con otra fuente, como lo es la jurisprudencia que, superando la función interpretativa de esta primera, y amparada en el margen de discrecionalidad de los tribunales de justicia en la resolución de conflictos e incertidumbres jurídicas; en los denominados por Robert Alexy como “casos difíciles” (Alexy, 2004), no solo han desarrollado criterios de orientación interpretativa sobre vacíos, lagunas o ambigüedades de la norma positiva, e inclusive sobre los conflictos que puedan surgir entre estas, sino que a través de los denominados “precedentes vinculantes”, han generado efectos de creación normativa, es decir, una producción normativa proveniente directamente del Poder Judicial, que resulte contraria, o por lo menos, diferente, a la ya establecida previamente en el ordenamiento positivo que pese a estos pronunciamientos, mantiene su vigencia, sin modificación o derogación alguna. Para ello, la problemática planteada en la presente investigación responde a las dos posiciones doctrinales en los operadores jurídicos provenientes de dicha situación, en tanto existen algunos que consideran que el derecho procesal nacional ya no constituye en puridad un sistema de Civil Law que mantenga como única fuente productora de disposiciones normativas a la ley escrita, sino que al ser un sistema mixto reconoce otras fuentes de tal naturaleza como la jurisprudencia y los precedentes, tal como un sistema de Common Law: mientras que, por otro lado, los operadores jurídicos más garantistas, rechazan dicha mutación del sistema, y reconocen que si bien es cierto este ha evolucionado a partir de la incorporación de elementos de otros sistemas como el Common Law y otros, no ha cedido la función productora de normativa a otras fuentes diferentes de la ley positiva, y que por tanto, toda disposición en contrario emanada de otra fuente, queda relegada a un conflicto de normas que por el principio de jerarquía normativa, van a ser supeditados a la ley escrita. Ahora, en cuanto al objeto de estudio la problemática de la investigación se enriquece al existir también dos facciones de pensamiento jurídico frente al IX Pleno Casatorio Civil, por un lado, los que consideran que introduce nuevas disposiciones normativas, y por otro quienes consideran más bien que, solo interpreta las normas ya existentes y las delimitan.

Asimismo, el objeto central de estudio de la presente investigación también se enfoca específicamente en la interpretación de este aparente y eventual conflicto de fuentes, y específicamente en un proceso concreto de nuestro ordenamiento adjetivo: el proceso civil, en el cual prima, como uno de sus principios naturales, la socialización de las partes, es decir que, los justiciables (demandante-demandado) se presenten ante un tercero imparcial (juez) a fin de obtener tutela jurisdiccional efectiva, por medio, ya sea del derecho de acción, como el de contradicción, sin condición de desigualdad primigenia alguna, que por tanto no exige una actuación judicial diferenciada, por pertenecer al ámbito privado de sus intereses. Es por ello que, la presente investigación aterriza el análisis concreto de dicha problemática, en el estudio de los precedentes establecidos por el IX Pleno Casatorio Civil, que versa esencialmente sobre la nulidad expresa y de oficio del acto jurídico en un proceso de otorgamiento de escritura pública, y respecto al cual, a pesar, de haber transcurrido más de una década desde su publicación, sigue vigente la misma discusión no solo en los ámbitos académicos de estudio del mismo, sino en su propia aplicación práctica. Es en tal sentido, que la presente investigación, que es de corte dogmática y teórico-crítica, encontrará su fundamento investigativo en el campo propio de la ciencia jurídica nacional, al revisar la aparente y eventual colisión entre dos fuentes del derecho adjetivo nacional, como resultan la jurisprudencia (precedentes), y la propia norma (ley positiva); a través de la recopilación, relevamiento y análisis del propio ordenamiento desde su creación normativa, su desarrollo motivacional (fuentes y corrientes doctrinarias para su incorporación en nuestro ordenamiento), y su ejecución evidenciada en los citados precedentes del IX Pleno Casatorio Civil, a la luz de la doctrina desarrollada en tal contexto. Así la presente tesis, tendrá como propósito primero determinar la existencia de un conflicto en la aplicación de fuentes del derecho en un caso en concreto, desentrañando la verdadera naturaleza del ordenamiento adjetivo nacional, frente al cuestionamiento de la posibilidad de los operadores jurídicos de aplicar precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento que establezcan una regulación contraria, a la establecida por las normas positivas vigentes. Asimismo, la presente investigación, procurará también, determinar además de la naturaleza de los precedentes vinculantes en el ordenamiento civil nacional, las facultades y limitaciones legislativas de los jueces de la Corte Suprema, la certeza jurídica de la aplicación de las figuras procesales vigentes y la aplicación o inaplicación de los precedentes vinculantes contrarios al ordenamiento positivo; todo ello, a la luz del análisis concreto de los precedentes asentados en el IX Pleno Casatorio Civil, a partir del análisis del conflicto de fuentes del derecho en nuestro sistema jurídico procesal.

Ahora, tanto la problemática antes expuesta como los propios fines de la presente investigación, encuentra una justificación válida de estudio y adquieren mayor relevancia como campo de investigación, desde una óptica tripartita (académica, jurídica y social). Ello, toda vez que, desde una perspectiva académica, puede afirmarse que el problema planteado es relevante porque existe una necesidad académica de investigar la verdadera naturaleza que cumplen los precedentes vinculantes en el sistema jurídico procesal nacional, así como la determinación de la jerarquía que cumplen las fuentes del derecho en nuestro ordenamiento, y los conflictos que puedan suscitarse entre las mismas. Asimismo, el tema tratado tiene una innegable relevancia jurídica puesto que pretenderá, quizás de manera algo ambiciosa para un estudio de sustentación de una maestría procesal, determinar la verdadera naturaleza que presenta una fuente del derecho nacional, como es la jurisprudencia a través de su expresión por medio de los Precedentes Vinculantes, y del mismo modo, su jerarquía entre las demás fuentes del derecho nacional, y la eventual confrontación que pueda existir o darse entre las mismas en casos concretos. De igual manera, presenta esta investigación también una relevación jurídica especial, al tratar un caso concreto de la judicatura nacional que ha sido e inclusive sigue siendo objeto de muchos cuestionamientos por parte de los operadores jurídicos nacionales, efectuando una apreciación crítica constructiva de su contenido, y las eventuales y posibles incongruencias que presenta con el ordenamiento nacional vigente y su aplicación práctica. Finalmente, la presente investigación realizada resulta también relevante a nivel social, toda vez que solo a través de la determinación de la existencia y verdadera naturaleza de los fundamentos por los que se genera el conflicto y consecuente incertidumbre jurídica en la aplicación de normas procesales introducidas al ordenamiento, por medio de precedentes vinculantes (jurisprudencia), que resultan disímiles, e incluso, contrarias al ordenamiento procesal positivo vigente (leyes escritas); podrá generarse una respuesta académica y práctica y un grado de certidumbre y seguridad jurídica, en la aplicación de nuestras fuentes del derecho adjetivo nacional por parte de los operadores jurídicos peruanos. Por lo tanto, a través de esta investigación académica, el lector podrá reconocer elementos válidos que le permitan generar un juicio de valor relacionado, en primer lugar, a la determinación y jerarquización de fuentes del derecho en nuestro sistema procesal civil nacional actual; asimismo, a las herramientas que le permitan la solución antes eventuales conflictos que podrían surgir en la colisión de dichas fuentes, y si un ejemplo de ello se encuentra o no en los precedentes vinculantes del IX Pleno Casatorio Civil, y que podrían o deberían efectuar los operadores jurídicos nacionales en casos concretos para su aplicación.



**CAPÍTULO I:
MARCO TEÓRICO**

La presente investigación pretende no limitarse a un estudio de una exégesis normativa; sino que, al reconocer la existencia de un problema real, exige la construcción de un andamiaje conceptual estructurado y sustentado que permita diagnosticar y proponer soluciones a las problemáticas académicas y reales planteadas, a partir de definiciones, interpretaciones, desarrollos, conceptos, teorías, debates, publicaciones, ideologías, otras investigaciones, y demás que permitan estructurar la tesis, no como una mera recopilación de pensamientos ajenos y de desarrollos conceptuales, sino como una base orgánica que permita formar un pensamiento crítico propio en el lector y una posición relacionada al tema. Así, por medio del presente capítulo, se establecen las coordenadas teóricas esenciales para comprender el fenómeno de la incertidumbre jurídica en el Perú, desencadenado por la eventual y posible colisión de la ley positiva y el precedente jurisprudencial vinculante, a partir del análisis y desarrollo teórico conceptual y doctrinario de conceptos propios que requieren ser abordados, tales como aquellos que provengan del análisis de las fuentes del derecho en el sistema procesal civil nacional y en los principales sistemas jurídicos en el mundo, la existencia de los conflictos jurídicos en los ordenamientos procesales y sus eventuales alternativas de solución para los operadores jurídicos, la evolución histórica del derecho procesal civil nacional y su contenido y alcance actuales, para finalmente arribar en definiciones teóricas del IX Pleno Casatorio Civil, efectuando un breve repaso sobre su contenido sustantivo y el tratamiento de la nulidad del acto y negocio jurídico, pero especialmente haciendo énfasis en su contenido procesal y sus precedentes vinculantes, desarrollando las posiciones ideológicas y conceptuales de las facciones de los operadores jurídicos que consideran que dichos precedentes introducen normas procesales disímiles a las del ordenamiento positivo vigente; así como de aquellos que consideran que más bien, solo las interpretan y complementan para su aplicación sin que ello implique necesariamente una modificación normativa, ni una nueva regulación al respecto. Ello de manera tal que permitan al lector, encontrar la fundamentación conceptual suficiente para transitar al siguiente capítulo de la presente tesis, en la cual se aborden ya en base a los conceptos jurídicos desarrollados en el presente, un análisis y discusión válida de la problemática expuesta, a partir del aporte analítico del autor, logrando un salto de lo general a lo específico, a partir de los pilares del desarrollo del marco teórico y cómo se aplican al IX Pleno Casatorio Civil, ante la eventual generación de una nueva fuente de derecho procesal cuasi normativa en sus precedentes vinculantes cuya obligatoriedad crea la incertidumbre que los operadores jurídicos están obligados a superar, y que por medio de la presente investigación pretende generarse un pequeño aporte que coadyuve en tal labor.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL NACIONAL

En base al propósito señalado, el primer punto de aproximación que aborda la presente investigación hacia la contextualización teórica del tema de tesis, corresponde al análisis del concepto de “fuente del derecho”, especialmente a partir de su relación con el sistema jurídico procesal civil nacional. Para ello, en este primer título del capítulo del marco teórico, se abordará la conceptualización y definición de tal figura por medio de una aproximación gradual, desde su introducción, a partir del concepto general de fuentes del derecho que generalmente es adoptado –de ser posible con concesos, o por lo menos, puntos coincidentes– en los sistemas jurídicos mundiales, especialmente desde el desarrollo que realizan en particular los principales, y mayormente conocidos, sistemas legales alrededor del mundo. Punto en el que resulta oportuno contextualizar en el lector, que el desarrollo del contenido conceptual de fuentes del derecho que se tratarán en el presente apartado de la investigación, si bien iniciará desde un análisis general de los principales sistemas jurídicos, sin discriminación alguna, en su desarrollo y herencia histórico-sustantiva de la disciplina del conocimiento jurídico, con la expresión procesal de la misma, en sus sistemas jurídicos adjetivos más formales, y en específico, los judiciales; tendrán sin embargo, un aterrizaje conceptual con mayor grado de profundidad en el segundo de estos mencionados conceptos, es decir, desde el concepto de fuentes del derecho en los sistemas procesales mundiales. Ahora bien, además concentrar el mayor de los esfuerzos en desarrollar el aspecto y perspectiva procesal de las fuentes del derecho en los sistemas jurídico mundiales a partir de un desarrollo conceptual y doctrinario; se realizará también, desde una subdivisión especial, que se encuentra referida únicamente al derecho entre sujetos particulares o también denominados privados, es decir, desde el desarrollo de nuestro derecho civil contemporáneo. Finalmente, posterior a dicho desarrollo se culminará el presente título con el desarrollo conceptual específico del sistema jurídico procesal civil nacional y sus fuentes, ya sean formales, materiales o de distinta naturaleza, para finalmente concluir con el desarrollo de los conflictos que puedan existir entre estas fuentes, desde su explicación por tipología, así como inclusive las soluciones que se plantea antes estas, la principal doctrina y jurisprudencia nacional, y hasta comparada con los principales ordenamientos con similar tradición histórico-jurídica, especialmente, latinoamericana, y particularmente peruana.

1.1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LOS PRINCIPALES SISTEMAS JURÍDICOS EN EL MUNDO

El presente capítulo, para tratar sobre las fuentes del derecho en el mundo, no se partirá de la distinción que existe entre los diferentes y diversos sistemas jurídicos –a quienes se dedicará también con posterioridad un desarrollo exhaustivo– sino más bien, de las semejanzas existentes entre los mismos. Así, corresponde hablar del origen del derecho mismo, para entender que independientemente del sistema jurídico del cual se hable, todos persiguen un objetivo común, que, en palabras sencillas, y no tan precisas, corresponde al ordenamiento social en la regulación de las conductas de los ciudadanos organizados política, pero, sobre todo, jurídicamente dentro de un mismo territorio, y con los demás componentes de un Estado. Así, para hablar de un sistema como el que sigue nuestro derecho nacional, muy pocos juristas pretenderán discutir que el derecho remonta sus orígenes más formales a la Grecia Antigua, bajo el uso de la retórica, que sirvió de inspiración al Derecho Romano clásico, del cual se edificó todo el desarrollo que llevó a la concepción actual; sin embargo, no es este, el origen real más acertado respecto al campo de las ciencias jurídicas. En líneas generales –aunque no sería responsable señalarlo como exacto– el derecho remonta su origen, a antecedentes más remotos del señalado, casi a un origen tan primitivo como el propio origen de las sociedades humanas. En tal sentido, para algunos autores, sus antecedentes necesariamente deben remontar a los primeros intentos por conducir las sociedades agrícolas de la humanidad antigua hacia un objetivo común, garantizándole la paz social y algún tipo de orden productivo; por lo que podría concluirse, que según esta afirmación, el derecho habría surgido de la mano de las primeras formas primitivas de Estado, en el sentido, de que al existir en estos, un elemento político (poder), que debía ser delegado a ciertos individuos, como autoridades, y otros –independiente del origen de este “poder”, ya sea divino, natural, social, monárquico– resultó también necesaria la regulación del mismo, ya sea desde alcances de su sucesión, formas, métodos, y algún contenido adicional, que también sufrió una evolución desde su origen hasta la actualidad, y desde la vaguedad de la oralidad hasta la formalidad de la escritura y codificación. Dicha evolución, siguió el mismo paso del desarrollo de la complejidad de las sociedades mismas, toda vez que, mientras más compleja se hacía la vida en

sociedad, por su extensión, desarrollo intelectual, cultural, tecnológico, social y de otras índoles, cayó en la necesidad de también complejizar el desarrollo del derecho para seguirle el ritmo. En este punto, podemos hacer referencia a los más remotos antecedentes históricos de alguna noción concreta de derecho positivo, como regulación jurídica estructurada, tales como los textos mesopotámicos del código de Urukagina (2380 a. C.) –que regía en la antigua ciudad sumeria de Uruk–, el código de Ur-Nammu (2050 a. C.) –decretado por el rey de la ciudad-estado de Ur–, el célebre código de Hammurabi (1790 a. C.) –dictado por el antiguo Rey babilonio, en el que se establecían las medidas a tomar como castigo ante violaciones, muertes o actitudes desleales–, el código Qin (elaborado en la Dinastía Qin 221-206 a. C.) –que sirvió de sostén del derecho aplicado al Imperio chino unificado–, hasta las normas no codificadas provenientes del antiguo Egipto, o de los pueblos judíos antiguos (presentes en la Biblia), los códigos comerciales fenicios, la Ley de las XII Tablas, la compilación jurídica de Justiniano en el siglo VI d. C. (el Corpus Iuris Civilis), por mencionar las más reconocidas por la comunidad jurídica (Sanmartín, 1999); sin embargo, no es objeto de la presente investigación efectuar una recopilación de normas antiquísimas, sino lo es, más bien, entranar sobre las fuentes que originaron el citado derecho, advirtiéndose de las señaladas, una fuente común: la norma positiva o también denominada en su generalidad, como “ley”; sin embargo, esta no es la única fuente que reconocen los ordenamientos jurídicos de las cuales proviene su origen y desarrollo, por lo que, sobre estos, también es que merecerá pronunciamiento, y de manera diferenciada, el presente apartado en este subcapítulo (p. 42). Así, otra de las fuentes que resulta de especial consideración, no solo para este trabajo investigativo, sino también para entender la naturaleza y el origen de los sistemas jurídicos y del derecho en sí, como expresión global; es la costumbre, pues de esta emana gran parte de la propia norma escrita, como por ejemplo, el antes referido cuerpo normativo del derecho romano del Corpus Iuris Civilis, en el que se consideraban como fuentes no sólo a la costumbre (“consuetudine”, en latín), sino también a otras, como las decisiones del Senado Romano, los pronunciamientos de los magistrados romanos, los plebiscitos y también las opiniones de los jurisconsultos (las “Iura”); y posteriormente, devenida la República en Imperio (en el 27 a. C.), se consideró además como fuente a las “constituciones imperiales”, emanadas directamente del

propio emperador (Kunkel, 1966). Y se cita este ejemplo, porque fue de tal consideración el desarrollo de este sistema jurídico primigenio en general, pero también a partir de su consideración de fuentes del derecho, que hasta en la actualidad tiene una importancia grande en el derecho en el mundo en general, pero especialmente en el mundo occidental, y se encuentra presente en gran parte de los sistemas jurídicos actuales de muchas naciones, como la mayoría de las predominantes en Latinoamérica, y particularmente también en nuestro sistema jurídico procesal nacional. La influencia del Derecho Romano como sistema jurídico de fuentes del derecho presente en Latinoamérica, se explica a partir de que, la mayoría de los códigos legales europeos actuales, pero también los antecesores a estos, tienen un antecedente histórico en las bases del derecho romano, especialmente los códigos italianos, españoles, portugueses, alemanes, entre otros (Stein P. G., 2001); por lo que, a través de la conquista y el colonialismo de América Latina, efectuado por las potencias europeas – especialmente de los países ya señalados– permitió que esta tradición jurídico-histórica llegue hasta nuestro ordenamiento regional internacional (derecho latinoamericano), y también en particular, nacional (derecho peruano). Sin embargo, para temas didácticos, y de mejor explicación y diferenciación en el presente trabajo de investigación, es que se efectuará el desarrollo de cada sistema jurídico en el mundo, o por lo menos, de los principales y más trascendentes. Así, un concepto previo que debemos repasar para efectuar una clasificación debida para tratar el presente apartado en la tesis, es definir ¿qué entendemos por un sistema jurídico? Esta respuesta puede ser respondida a partir de lo desarrollado por los redactores Julián Pérez Porto y Ana Gardey (2014), quien explica este concepto como el conjunto de normas, instituciones y agentes que rigen en un determinado territorio y momento, organizados por el Estado con la finalidad de favorecer la convivencia y de fijar pautas para la regulación de la conducta de las personas (Pérez Porto & Gardey, 2014). A lo que complementa Nuria Gonzáles Martin (2000), al señalar que los sistemas jurídicos integran las diversas fuentes jurídicas, como las leyes, las costumbres, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina, que rigen en los diversos países del mundo, los que, a su vez, tienen su propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar el Derecho, sus fuentes y componentes significativos en su creación, interpretación y aplicación (Gonzáles Martin, 2000). Dicha definición se complementa con lo señalado por

Tamayo y Sallmorán & Raz (1986), quienes consideran que el sistema jurídico supone el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, que rigen en los diversos países del mundo, y los mecanismos de creación, modificación, interpretación y aplicación; y que además ya efectúa una clasificación de los mismos en las siguientes grandes familias (Tamayo y Sallmorán & Raz, 1986): i) La familia del Derecho Continental o neorromanista (Civil Law); ii) La familia del Derecho anglosajón (Common Law); y iii) Los sistemas de Derecho religioso o ideológico (como el Socialista). Asimismo, si bien el sistema jurídico de cada país puede ser clasificado en alguna de las anteriores familias, puede presentar variaciones dentro de ellas o bien integrar instituciones o elementos de otros sistemas; pues existen numerosos países que presentan un sistema jurídico mixto, por lo que se considerará a este como otra gran familia independiente.

1.1.1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CIVIL LAW

El primero de los sistemas jurídicos que se desarrolla en la presente investigación, tanto por ser aquel al que pertenece históricamente nuestro sistema jurídico nacional, y además porque posiblemente sea hasta la actualidad el que cuenta con mayor presencia en la gran parte del mundo es el sistema jurídico del Civil Law; por lo que, este apartado de la investigación reviste una especial y también evidente importancia en el trabajo elaborado, dado que a partir del análisis de fuentes sobre nuestro propio sistema jurídico normativo, puede estructurarse una base comparativa respecto a los otros sistemas jurídicos diferentes. Ahora, como se señaló precedentemente, este sistema jurídico, también denominado derecho romano germánico grecolatino, Derecho Continental, sistema romano francés o sistema romano germano francés; adquiere dichas denominaciones en virtud de que deriva de aquel que se aplicaba en Europa continental, y cuyas raíces comunes se encuentran en el derecho romano, germano y canónico, y que tiene como base de construcción como sistema al pensamiento de la Ilustración, y que al ser esta corriente predominante en la región Europea, es que, por tal razón que fue y es empleado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos

colonizados por estos a lo largo de su historia, como Latinoamérica, y concretamente el Perú (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018).

El origen histórico de la denominación del sistema jurídico continental, debe tenerse presente que este proviene de la separación geográfica entre las Islas británicas, de donde proviene el derecho anglosajón, así como del resto del continente europeo (central y occidental); y son precisamente dichos estados (denominados anglosajones o habla inglesa) quienes le dan la denominación de Civil Law al citado sistema jurídico (David & Jauffret-Spino, 2010). Este sistema jurídico suele tener como principal característica a que su principal fuente es la ley (como norma escrita), y pese a que se reconocen otras fuentes para el mismo, la señalada fuente resulta anterior a las otras como especialmente la jurisprudencia; lo que explica adicionalmente porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados, y que también son denominados códigos (Grossi, 2003). Es decir que este sistema de derecho continental se basa, sobre todo, en la normativa emanada por los Poderes Legislativo y Ejecutivo en los que se estructuran sus sistemas de gobierno y Estado; dado que de estos órganos emanan normas dotadas de una legitimidad democrática que son interpretadas y aplicadas por otro de sus poderes estatales que reconocen estas formas de administración política, el que corresponde al Poder Judicial. Para este sistema, la norma jurídica, que es genérica, surge de la ley y es aplicada caso por caso por los tribunales, quienes le dan vida al aplicarla, pero no tienen un rol creador de la norma, sino un rol interpretativo; de lo que se advierte entonces que, la jurisprudencia para este sistema, se limita al ámbito de interpretación de la normativa vigente, lo que puede entenderse en el extremo en el que las sentencias solo obligan a los tribunales inferiores a aplicar la norma según esa interpretación, como idea básica de la construcción del sistema. Sin embargo, de todos modos, el precedente jurisprudencial (como composición de la jurisprudencia) ha ido adquiriendo con el paso del tiempo y el propio desarrollo del derecho aplicado a las realidades de su ámbito de competencia, como la de nuestro ordenamiento jurídico, una especial importancia, en especial ante la necesidad creciente de otorgar predictibilidad a los procesos judiciales; lo que se advierte con mayor

notoriedad en cuanto, en ciertos ámbitos, como en los procesos constitucionales, laborales o contenciosos-administrativos, el precedente puede incluso resultar obligatorio, como fuente creadora en respeto de los derechos de los justiciables, en cuanto al rol tutelar y tuitivo de los juzgadores. Por ejemplo, en el caso del derecho laboral nacional, la institución del “despido fraudulento”, que no ha sido establecido mediante una ley positiva, sino por haberse desarrollado en la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC (caso denominado Llanos Huasco), lo que para los operadores jurídicos más garantistas vulnera la naturaleza del sistema jurídico, especialmente si se tratase del mismo modo las instituciones del derecho civil. Ello dado que el derecho civil en el sistema jurídico del Civil Law, según José De Eizaguirre Bermejo (2012), se caracteriza porque el juez resuelve con arreglo a la ley escrita, precisamente en contraposición al precedente judicial que guía al denominado Common Law o Derecho anglosajón; dado que la fuente escrita permite una aplicación del Derecho más sencilla y racional; lo que confiere a los ordenamientos de este sistema un grado de certeza y seguridad jurídicas mucho más elevado que el propio del sistema angloamericano, dado que operar con precedentes, presenta mayor dificultad en cuanto a la predicción de la solución del caso para los operadores jurídicos, requiriendo un número ilimitado de «legal opinions»; a lo que, en respuesta el Civil Law permite orientar la aplicación del Derecho a través de la aplicación de la ley, y de ser el caso, de proponer modificaciones de la herramienta legal, sin crearla directamente. Este autor señala que la concepción de esta diferencia tiene su reflejo en la esfera de la enseñanza del Derecho, en cuanto, en la literatura se ha generado problemas con la confusión de la interpretación y la dogmática («qué es el Derecho»), con la política jurídica («qué debería ser el Derecho»); sin distinguir la interpretación de lege lata y la propuesta de lege ferenda (De Eizaguirre Bermejo, 2012). Ahora, para interpretar lo que señaló el autor antes citado, debemos detenernos brevemente sobre los latinismos referidos hacia la parte final del párrafo precedente. Así, cuando se hizo referencia a «Lege lata» debe entenderse que este responde a lo que dispone la “ley vigente”; mientras que por «Lege ferenda» este término es

usado para indicar "cosas a legislar en el futuro" (Rodríguez & Galetta de Rodríguez, 2008); complementando ello, precisar que el segundo concepto se emplea cuando existe la necesidad de contar con una nueva legislación sobre una materia determinada (De Prada Rodríguez y otros, 2011); por lo que, las fuentes de estos sistemas se basan en la aplicación de la ley y del precedente como figura central de sus ordenamientos, para regular situaciones posibles o ya existentes, respectivamente. En ese entendido, en cuanto a las fuentes del sistema Civil Law, para el autor antes citado (De Eizaguirre Bermejo), la incorporación de la influencia del Derecho Anglosajón o Common Law, en los ordenamientos bajo el sistema Civil Law, como el derecho español (sistema jurídico al que se refiere concretamente dicho autor), pero también a nuestro ordenamiento nacional —como heredero del mismo— en cuanto en la denominada academia, literatura o doctrina, se genera una confusión en la labor judicial, respecto a que los doctrinarios, que en muchos casos, también ocupan el rol de jueces de los tribunales, pretenden aplicar el concepto de «Lege ferenda», y no de «Lege lata», y en virtud de ello, en la resolución de casos concretos, no solo se limitan a aplicar la ley existente, sino a considerar que existen cosas por legislar, y así generan una labor creadora de la norma, y por medio del precedente establecido en la jurisprudencia, disponen la regulación nueva de conductas procesales, y en base a esa “nueva norma”, recién efectúan la resolución de los casos judiciales a su conocimiento. Problema que trasciende, cuando esta creación normativa se hace por medio de un tribunal superior y se establece como precedente de obligatorio cumplimiento para los órganos judiciales inferiores, quienes deben de optar entre aplicar la norma creada judicialmente, o la ley ya existente, es decir, entre la «Lege ferenda», y la «Lege lata», trasladando la discusión del ámbito académico a los tribunales de justicia reales. Sin embargo, regresando al contenido central del presente subtítulo, debemos considerar que las fuentes del Civil Law, en los sistemas modernos, si bien presentan aspectos de otros sistemas, mantienen su esencia en razón al origen histórico-geográfico de este sistema jurídico, que, como se anticipó, se encuentra presente en los países que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o

portugueses, incluyendo varios de Centroamérica y especialmente de Sudamérica, pero también en la mayoría de Europa Central, Oriental y Asia del Este, y que tienen como característica común, que su origen en el derecho romano, para el cual este sistema jurídico se basa en leyes codificadas. Dado que el citado sistema se estructura sobre la norma jurídica positiva, debe hacerse presente que, una característica común que también se presenta en los ordenamientos que siguen el mismo es que, generalmente, tiene en su ordenamiento a una constitución escrita, así como códigos de ley específicos (por ejemplo, en el nuestro caso, dos tipologías de códigos: una sustantiva y una procesal) y que conjuntamente consagran derechos y responsabilidades básicas, así como normas procesales que permiten ejercitarlos. Es decir que, para este sistema jurídico, solamente las promulgaciones legislativas son consideradas con fuerza de ley, y las otras disposiciones normativas presentan una distinta categoría jerárquica en base a la cual también debe considerarse su fuente generadora o creadora de derecho; dado que la ley no es la única fuente de derecho, sino que, se reconocen otras denominadas “fuentes secundarias” o a mi consideración personal, mejor llamadas “fuentes interpretativas”, que permiten aplicar el derecho creado por su fuente formal creadora: la norma escrita. Por ejemplo, en el caso de algunos sistemas, como en el Derecho Alemán, las publicaciones de catedráticos del derecho tienen una influencia significativa en las cortes, quienes establecerán precedentes interpretativos considerando esta doctrina producida en academia. De ahí que podría afirmarse con no menor convicción que un sistema de derecho civil resulta en la práctica más preceptivo que un sistema de derecho anglosajón, aunque en contraposición, la otra corriente señalará su falta de dinamismo y vigencia inmediata. Sin embargo, pese a lo señalado, las fuentes del sistema del derecho continental, trascienden a la norma escrita, dado que también el propio sistema reconoce la existencia de otros orígenes que lo conforman y desarrollan. Y para determinar cuáles son estas otras fuentes, una didáctica forma de identificarlas, parte desde la propia definición de fuente que ha sido desarrollado, ya no de modo general para el derecho, sino específicamente para este sistema. Así tenemos que, concretamente respecto a ello, se han pronunciado múltiples

doctrinarios, como Marcial Rubio Correa (2011), quien las equipara a un procedimiento a través del cual, válidamente, las normas jurídicas adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado (Rubio Correa, 2011, pág. 111); por lo que, en esta definición, se considera como fuente también a aquella que resulta obligatoria a ser impuesta a las personas (como por ejemplo las decisiones judiciales). A lo que complementa Aníbal Torres Vásquez (2019) que, a partir de una definición ilustrativa, la palabra fuente en el derecho nacional es empleada de forma metafórica para indicar el principio, fundamento u origen de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en determinada sociedad y época, con lo que se amplía la definición inicial referida (Torres Vásquez, 2019, pág. 415). Por otro lado, el profesor colombiano Gregorio Rojas González (2018), aduce como fuentes del derecho (concretamente del sistema jurídico del Civil Law) al conjunto de mandatos que prohíben, permiten y regulan, los comportamientos humanos hacia los fines de la sociedad (Rojas-González, 2018). Sin embargo, una definición histórica, la señala otro autor, Enrique Ghersi (2003), quien señala que, para hacer referencia a la propia denominación de fuentes en nuestro sistema jurídico, debe considerarse que la creación de su denominación se le atribuye al jurista alemán Friedrich Karl von Savigny, pues que, en 1844, a través de un célebre discurso pronunciado ante el Colegio de Abogados de Prusia, planteó la metáfora de las fuentes del derecho como un legajo de cumplimiento obligatorio de normas en una sociedad. Por lo que, basándose en esta aseveración, Ghersi concluye a modo de crítica que no existe una teoría general de las fuentes del derecho en el sistema jurídico del Civil Law, por lo que, en ese sentido también resultan igual de numerosas en la doctrina las clasificaciones de las fuentes (Ghersi-Silva, 2003). Sin embargo, a fin de no complejizar más su estudio, una clasificación general es la recogida por el doctrinario Riccardo Guastini (1999), quien reconoce resumidamente la existencia de las siguientes fuentes para este sistema jurídico: i) La ley (como primera fuente creadora del derecho), y otras con una función diferente como:

ii) La jurisprudencia, iii) La doctrina, iv) El acto jurídico, v) Los principios generales del derecho, y vi) La costumbre. Las cuales se consignan en este orden, debido a la jerarquización de su importancia en el sistema (Guastini, 1999). Ahora, resaltando el orden de importancia antes referido, corresponde referirnos a la segunda de las fuentes: la jurisprudencia, la cual, en el Civil Law, por lo menos, para el doctrinario Pablo Ruiz-Tagle (1990) responde la pregunta de cómo han de aplicar el derecho los jueces; entendiéndose entonces a esta fuente como una interpretación legislativa, para lo que considera que la regla de derecho se desprende del estatuto legislativo y el espíritu del mismo para luego aplicarse al caso concreto, es decir reconoce que la labor creadora es de la ley (Ruiz-Tagle Vial, 1990). A lo que complementa, Richard Cappalli (1992) que, en base a esa interpretación judicial, en el Civil Law se decide cada caso nuevamente, sin o con poca preocupación por las resoluciones judiciales recaídas en casos semejantes del pasado (Cappalli, 1992). Ello, como lo señalan William Landes y Richard Posner (1976), en clara contraposición con los sistemas de la tradición del Common Law, dado que en esta última más bien, una primera decisión proporciona una razón para decidir un caso similar subsecuente de la misma forma, y una serie de precedentes relacionados pueden cristalizar una regla que tiene casi la misma fuerza que una regla estatutaria; y no resulta necesaria la norma positivizada para fundamentarla (Landes & Posner, 1976). En ese sentido, para Eduardo Íñiguez (2016) en el sistema jurídico del Civil Law las decisiones judiciales precedentes tendrían poca o nula importancia, pues la función del juez es decidir, en cada caso en concreto, como debe interpretarse la ley, no siendo relevante como fue resuelta una situación similar en el pasado; mientras que en el otro extremo, en el sistema jurídico del Common Law los casos precedentes son de suma importancia, pues estos proporcionan al juez las razones para decidir cada nuevo caso similar, llegando a crear una regla jurídica que, como tal, es de observancia obligatoria (Íñiguez, 2016). No obstante, reconoce que en los ordenamientos del sistema jurídico del Civil Law actuales, la diferencia conceptual señalada, por lo menos en la práctica suele no ser tan rígida o estricta, dado que, por lo menos en el sistema jurídico del Civil Law, los

precedentes judiciales no han tenido desde el inicio la misma connotación a la que tienen actualmente, dado que, han ido adquiriendo con el tiempo una mayor relevancia, e incluso (y esto último como opinión personal) diferente a la con que inicialmente habría sido concebida esta fuente. Ello concuerda con lo señalado por Jeffrey Parker (2009), quien siguiendo a John Henry Merryman, señala que en la actualidad no puede diferenciarse estas tradiciones por el empleo de decisiones judiciales anteriores, pues tanto en el Common Law (donde la aplicación del derecho se funda en el uso de precedentes), como en el Civil Law (donde también existe un uso de casos previos para asistir en la toma de la decisión judicial); se emplean las antes referidas (Parker, 2009). Sin embargo, a fin de responder el cuestionamiento de si la jurisprudencia ya ocupa un rol diferente en el concepto de fuentes formales en el sistema jurídico del Civil Law, debemos detenernos previamente en una precisión como la que efectuó el célebre procesalista Michelle Taruffo (2010) quien tajantemente ha señalado que “(...) entre precedente y jurisprudencia existe una neta distinción (...)”, dado que, antes que nada, existe una distinción de carácter, por así decirlo, cuantitativo, en cuanto, cuando se habla de precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que, cuando se habla de jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos (Taruffo M. , 2010). En ese sentido, se podría aseverar como acertada la posición del autor en cuanto la cantidad condiciona la calidad, y que establece una diferencia cualitativa entre estos conceptos, dado que el precedente provee una regla susceptible de ser universalizada que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. En esa misma línea de ideas, para el antes mencionado doctrinario, el empleo de la jurisprudencia tiene características bastante diversas, dado que el problema –una posición concordante con la de la tesis de este autor– parte desde la propia consideración del concepto de la misma, en cuanto para, los más tradicionalistas puede responder a las máximas de interpretación

elaboradas por las salas de las Cortes Supremas o de Casación en nuestro sistema, para otros más contemporáneos, puede abarcar aún un mayor alcance, como lo es una labor creativa de los órganos judiciales frente a vacíos legales o deficiencias en las disposiciones normativas ya existentes en el ordenamiento (debiendo precisar que el desarrollo sucinto de esta diferenciación de conceptos parte desde una posición personal y no del doctrinario antes señalado). A pesar de ello, algo que sí señala el profesor Taruffo es que, en cuanto a la primera definición del término (la definición clásica, por darle una denominación), es que, las máximas a las que se hizo referencia tienen como característica más importante que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases cuyo objeto son reglas jurídicas, y que, por regla general, los textos que la constituyen no incluyen los hechos que han sido objeto de decisión, de modo que la aplicación de la regla formulada en una decisión precedente no se funda sobre la analogía de los hechos, más sí sobre la subsunción del caso sucesivo en una regla general (Taruffo M. , *Sui confini: Scritti sulla giustizia civile*, 2002). Ahora, otra subcategorización que parte solo desde esta concepción, es que por lo menos existen dos posibilidades en cuanto a estas máximas establecidas por las decisiones judiciales, en cuanto a que las mismas resulten de obligatorio cumplimiento por efecto vinculante, en los siguientes supuestos: i) en cuanto deriven del conjunto de muchas otras decisiones similares para orientar su aplicación en el mismo sentido; y ii) que más bien, resulte suficiente que una sola decisión judicial sea susceptible de generar vinculatoriedad en los casos subsecuentes, tomándose en consideración no exclusivamente la máxima generada en ese caso sino los hechos del mismo para evaluar la presencia o no de analogía entre los casos. A partir de esta clasificación, podemos diferenciar los conceptos de los que se hablaban párrafos arriba, toda vez que la doctrina considera a la primera de estas posibilidades como “jurisprudencia” (propia y dicha), mientras que a la segunda posibilidad como la figura del “precedente”. Por lo expuesto, como fuente formal del Civil Law, debemos considerar que esta considera, por lo menos normativamente en nuestro ordenamiento concreto, establecida así por medio del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la “jurisprudencia” y no en

concreto al “precedente”, ya que denomina al primer concepto como “doctrina jurisprudencial” al hablar del rol de las decisiones judiciales como fuente jurídica concreta de nuestro sistema de derecho vigente. Así, podría señalarse que, en base a lo expuesto por los antes citados autores, en el Civil Law, a priori, las decisiones emanadas de un caso en particular no tienen fuerza vinculante, aun así hayan sido emitidas por las Cortes de más alto rango y jerarquía en el sistema, dado que si bien estas decisiones suelen tener un efecto persuasivo sobre los jueces de menores instancias para resolver en el sentido ya establecido por las primeras; sin embargo, no resultan per sé, vinculantes, sino únicamente referenciales, siendo posible por tanto para los jueces desentenderse de los criterios que siguen las Cortes Supremas, aun así sean generalizados, cumpliéndose la característica cuantitativa tratada por Taruffo. Y ello se da especialmente porque lo relevante para emplear las decisiones judiciales previas como fuente del derecho, no lo son la similitud con los hechos entre un caso u otro (como podría tratarse de analogías u homologías), sino más bien, las máximas que se desprenden de los casos previos que se citan (hablamos ahora de la característica cualitativa de Taruffo). Ahora, la antes citada “doctrina jurisprudencial” que también suele ser conocida por la doctrina como “jurisprudencia constante”, requiere más bien adoptar las decisiones pasadas en consideración sólo si hay suficiente uniformidad en la jurisprudencia anterior con el caso con el que se va a aplicar, tal como lo señalan Vincy Fon y Francesco Parisi (2006): “ninguna decisión singular vincula a las Cortes y ninguna relevancia es dada para un caso separado”. Sin perjuicio de lo señalado, si bien la uniformidad parecería ser el criterio empleado para definir una decisión judicial como fuente del derecho, en cuanto se entienda a esta como jurisprudencia, sin embargo no podría concluirse que en todo sistema de tradición del Civil Law no existan los precedentes (por lo menos en los términos postulados por Taruffo) –es decir, decisiones únicas que sirvan de fuente para el empleo del derecho– dado que tampoco se desconoce este término en este sistema jurídico, y no solo ello, sino también su existencia y aplicación, como, por ejemplo, los plenos casatorios de la Corte Suprema del Poder Judicial o la jurisprudencia de

observancia obligatoria emitida por el Tribunal Constitucional, siendo estos solo los dos casos excepcionales (Fon & Parisi, 2006).

En base a ello, no se puede afirmar entonces que en los sistemas del Civil Law no existen los precedentes vinculantes, como fuente del derecho, sino únicamente la jurisprudencia. Pero lo que sí se puede afirmar es que, por lo menos desde su concepción tradicional, en estos sistemas la constante será la existencia de jurisprudencia con un rol por el cual las decisiones judiciales de la “jurisprudencia constante o vinculante”, es una posibilidad como fuente del derecho, sin embargo esta deberá ser estudiada para entender su naturaleza en estos sistemas particulares, para con ello poder entender la función que desempeña en el sistema jurídico como tal, y así entender también, mejor esos mismos sistemas jurídicos. Regresando al pensamiento del doctrinario Michelle Taruffo (2010), una forma de entender también las fuentes del sistema Civil Law, es a través del análisis comparado con el sistema del Common Law, el mismo que, dentro de la considerable evolución que ha tenido, tiene un proceso que esencialmente se estructura en una fase preliminar donde las partes, bajo supervisión activa del juez, clarifican por sí mismas, los términos del conflicto, intercambian pruebas mediante el discovery, y suelen resolver el caso sin llegar a juicio; siendo esta una fase escrita, extensa y no concentrada. El juicio, como tal es raro y solo se celebra si la controversia persiste. Ahora, otro elemento tradicional que debe resaltarse en este análisis comparativo en el sistema del Common Law, es el jurado civil, el mismo que ha perdido relevancia, ya que en países como Inglaterra ya no existe, y en otros como Estados Unidos es minoritario solo en algunos Estados; y aunque persiste por razones constitucionales y culturales (como el potencial de obtener grandes indemnizaciones), no es ya un componente esencial del proceso civil estadounidense actual (Taruffo M. , 2010).

Ahora, en contraste con el sistema anglosajón, el Civil Law nunca ha tenido un modelo procesal unitario; dado que históricamente, en Europa continental hubo gran diversidad normativa; y aunque en el siglo XIX hubo una cierta convergencia por influencia del modelo francés, esta se diluyó con la irrupción del modelo germánico (especialmente el austríaco) y con las reformas posteriores. Hacia los siglos XX y XXI, las diferencias

entre los sistemas se han intensificado, siendo tres modelos los principales: el francés, el germano-austríaco y el español, seguido en América Latina; y además de ellos, han ido surgiendo sistemas jurídicos mixtos, como el japonés, que combina elementos del Civil Law y del Common Law. Sin embargo, en el Civil Law, también se advierte un crecimiento de la influencia de prácticas angloamericanas, como la class action (demanda colectiva) o el cross-examination (contrainterrogatorio), generando que no exista en la actualidad un modelo homogéneo de su proceso civil. Lo mismo que sucede, en el Common Law, en el que se ha idealizado el proceso adversarial similar al del Civil Law; generándose por tanto sistemas mutuamente influenciados entre sí (David & Jauffret-Spinozi, 2010). Entonces, es innegable que existen diferencias entre los sistemas de Common Law y Civil Law, que cuestionan la validez de la distinción tradicional entre ellos, ya que los cambios normativos y prácticos han alterado profundamente ambos modelos. Hoy en día, los sistemas procesales se transforman mediante influencias cruzadas, surgiendo nuevas tendencias que escapan a las categorías clásicas, lo que tiene una principal influencia en las fuentes de estos sistemas, los que, al resultar ya una amalgama entre diferentes influencias, también debe reconocer la existencia de múltiples fuentes, tanto originarias como adquiridas. Esta interrelación actual entre los modelos de los sistemas jurídicos mencionados se destaca por una creciente interferencia horizontal entre sistemas jurídicos a nivel mundial, dado que los países adoptan elementos útiles de otros modelos, tal y como se da en los países que siguen al Civil Law, como el nuestro, los que han adoptado instituciones del Common Law (como el jurado penal, y los ya mencionados cross-examination, class action, etc.); o países de Common Law, como Inglaterra, que ha adoptado un código procesal inspirado en modelos europeos de Civil Law. Dándose esta interferencia sin que los sistemas se apeguen estrictamente a sus tradiciones, pero sin perder la esencia de sus ordenamientos; lo que revela una tendencia hacia la hibridación de sistemas, según la apertura cultural del legislador: los más "abiertos" o "reformadores" eligen ideas de distintas tradiciones;

en cambio los más "cerrados" o "conservadores" se limitan a lo tradicional de sus sistemas.

En ese sentido, concretamente en cuanto al sistema jurídico del Civil Law, un fenómeno clave que permitió esta transformación o hibridación con sistemas jurídicos externos, especialmente con el Common Law fue el impacto de la globalización, específicamente el aumento de litigios transnacionales, en los cuales las relaciones comerciales y financieras globales han incrementado las disputas entre partes de diferentes países y sistemas, lo que obliga a pensar la justicia civil más allá del ámbito estatal, y la uniformización cultural jurídica en la que se difunden valores comunes como los derechos humanos, el proceso justo y las garantías constitucionales, y que a su vez diluye las fronteras entre las culturas jurídicas. Esta situación nos obliga a reconocer que, la justicia civil ya no puede ser entendida según modelos rígidos y nacionales, dado que, en un mundo globalizado, como el actual, y culturalmente interconectado, el sistema jurídico debe volverse más flexible, dinámico y abierto, debiendo la cultura jurídica integrarse en esta red global de ideas para mantenerse relevante y eficaz para poder determinar su aplicación y extensión. Sin embargo, pese a ello, la determinación de fuentes del derecho, continúa siendo, por lo menos a entender del autor de esta investigación, un área gris sobre la cual aún menos existe consenso, dado que esta discusión trasciende la dicotomía básica de "reformadores" y "conservadores", o de "flexibilizadores" y "rígidos", o de "abiertos" y "cerrados", dado que, si bien el sistema jurídico recoge elementos de sistemas externos, las fuentes de su origen, continúan marcando una clara diferenciación con los otros, dado que, la fuente del ordenamiento trasciende a la interconectividad de los sistemas jurídicos, y a mi entender, no permite migrar una fuente de un ordenamiento externo a un sistema jurídico, por más "flexible", "reformador" o "abierto" que se reconozca en la práctica, dado que, ello significaría desconocer su propia naturaleza. Para finalizar, no debe dejarse de mencionar en este apartado inicial que, este pensamiento es precisamente el que desarrolló Michele Taruffo (2002), el mismo que incluso reconoce un problema en esta amalgamación, dado que señala que, en las últimas décadas, los modelos tradicionales que diferenciaban los

sistemas de Common Law y Civil Law han entrado en crisis. Para ello señala que las transformaciones en curso han fragmentado estos esquemas y han dado paso a un fenómeno de recomposición de los sistemas jurídicos, mediante la interacción entre circulación de modelos y trasplantes institucionales. Y que, como resultado, los modelos clásicos ya no son útiles para describir la realidad jurídica actual; y, sin embargo, todavía es posible utilizar modelos procesales como herramientas teóricas, siempre y cuando se adapten a esta nueva realidad (Taruffo M. , 2002). En ese contexto, en la presente investigación, se propone seguir los tres tipos de modelos a los que hace referencia el antes citado autor para poder ejemplificar la problemática evidenciada del relevamiento doctrinal. Así, en primer lugar, se hablará de: i) modelos estructurales, los cuales, valga la redundancia, están basados en la estructura del proceso, y no en características geográficas o nacionales, reconociendo para su identificación cuatro elementos clave: a) garantías fundamentales (como la imparcialidad del juez y el derecho a ser oído), b) la des formalización y simplificación del proceso, c) el rol activo del juez en la gestión del proceso; y, d) el Procedimiento en dos fases: preparación y decisión. Asimismo, ii) modelos funcionales, los que enfocan el proceso como instrumento para alcanzar la justicia, destacando la efectividad de la tutela judicial (acceso, medidas cautelares, ejecución), la rapidez en la resolución de conflictos y la adecuación del procedimiento a las necesidades del caso. Y iii) modelos supranacionales que en esencia trascienden las fronteras nacionales y se dividen en modelos para controversias transnacionales (Principles and Rules of Transnational Civil Procedure), y modelos orientados a la armonización del proceso civil en regiones específicas (Proyecto Storme en Europa, Código Modelo latinoamericano). Estos nuevos modelos permiten un análisis más útil y actualizado de los sistemas procesales contemporáneos y futuros, sin negar las diferencias históricas entre los sistemas del Common Law y Civil Law, pero reconociendo la superación de sus clásicos esquemas tradicionales (Taruffo M. , 2006). Finalmente, con el mismo propósito de entender mejor las fuentes de estos sistemas jurídicos y particularmente las del Civil Law, que nos ocupa este sub capítulo, debe analizarse también el sistema tradicional del que se

origina el mismo, valga decir, abordar el análisis también desde las fuentes históricas de los ordenamientos que sirvieron de base para estructurarse.

1.1.1.1. LAS FUENTES EN EL DERECHO ROMANO

Ahora, en esta investigación se ha visto por conveniente, y considero que no podría darse de otro modo, iniciar el análisis del denominado sistema tradicional del que se origina el Civil Law, a partir de su origen histórico más trascendente y evidente: el Derecho Romano. Así, para iniciar con el presente subcapítulo, debemos partir de señalar que el estudio del Derecho Romano es fundamental para comprender uno de los sistemas jurídicos más influyentes de la historia jurídica en el mundo, pero en particular, el estudio de sus fuentes del derecho, resulta indiscutible para poder analizar cómo se formó, evolucionó y aplicó, especialmente para los sistemas jurídicos del Civil Law, pero inclusive para los otros sistemas jurídicos en el mundo, como el sistema anglosajón del Common Law, y tantos otros. Para tales efectos, debemos hacer la precisión que, en cuanto este subcapítulo se refiere, por "fuente del derecho" debemos entender a los orígenes formales de las normas jurídicas, es decir, a los mecanismos, autoridades, tradiciones, costumbres, religión, entre otros, a través de los cuales se creaba, interpretaba y transmitía el derecho, y que, particularmente en Roma, variaron a lo largo del tiempo, reflejando los profundos cambios políticos, sociales y culturales que vivió la civilización romana desde su época de Monarquía hasta el Imperio. Ahora, no resulta exclusivo solo de la civilización romana, sino que, desde tiempos antiguos, incluso más antiguos que la propia Roma, todos los pueblos han seguido reglas de conducta que facilitan la convivencia, agrupadas básicamente en reglas de religión, moral y derecho, estableciendo lo permitido y prohibido, basado en el respeto mutuo para la vida en sociedad.

Así, la estructura de todo sistema jurídico, ya sea histórico, o inclusive actual, tiene una historia particular, influenciada por factores específicos como cultura, geografía y política.

En ese contexto, se podría afirmar que el Derecho Romano es producto de la evolución histórica del pueblo romano y sigue siendo un modelo legal y político que comprende el conjunto de normas vigentes desde la fundación de Roma (753 a.C.) hasta la caída del Imperio de Occidente (476 d.C.) y, en Oriente, hasta la muerte de Justiniano (565 d.C.). Ahora, particularmente, considero que este sistema jurídico es el más completo creado por la humanidad, por lo que, su análisis corresponderá abordarse a partir de su evolución histórica, para lo cual, emplearemos una subdivisión de estudio: En primer lugar, el estudio su historia externa (organización política y orígenes histórico-sociales) – dentro de los cuales se encuentran las fuentes del derecho de este sistema jurídico– ; y, en segundo lugar, el estudio de su historia interna (contenido de normas y procedimientos específicos heredados). Ahora bien, iniciando a partir del primer eje de estudio propuesto para el análisis de este sistema jurídico, para el cual se abordará la historia externa (organización política y orígenes histórico-sociales) del Derecho Romano, debemos comenzar definiéndolo como concepto. En tal sentido, Gumersindo Padilla Sahagún (2008), señala por ejemplo que este sistema “Es el ordenamiento jurídico que rigió al pueblo romano desde la fundación de la ciudad en 753 a. de J.C. hasta la caída del Imperio de Occidente en 476 d. de J.C. y en el Imperio de Oriente (En 395 d. de J.C. el Emperador Teodosio divide el Imperio entre sus dos hijos: Arcadio, a quien correspondió el Oriente y Honorio quien gobernó el Occidente); hasta la época del Emperador Justiniano, quien reinó del 527 al 565” (Padilla Sahagún G. , 2004). Otros autores, como Guillermo Floris Margadant S. (1998) lo han conceptualizado como “El derecho reconocido por las autoridades romanas hasta 476 d. de J.C. y, desde la división del imperio, el reconocido por las

autoridades bizantinas –estrictamente hablando, hasta 1453– en el interior de su territorio” (Margadant S., 1998).

Ahora, la presente investigación coincide con la afirmación señalada por Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González (2008), cuando hacen referencia que para el análisis de la historia del Derecho Romano no es posible separar el aspecto jurídico de las demás manifestaciones culturales, artísticas, políticas y sociales de la historia de Roma, ya que debe considerarse el tipo de institución política que rigiera al pueblo romano en cada etapa de su evolución histórica; y en cuya división corresponde considerar principalmente tres periodos diferenciados: el periodo monárquico, el republicano y el imperial, haciendo referencia que, durante este último periodo, tuvieron lugar grandes cambios en las instituciones, por lo que esta época puede subdividirse a su vez en dos: Principado o Diarquía; e Imperio Absoluto o Dominato (Morineau Iduarte & Iglesias González, 2008). Y es a partir de dicha división que también corresponde, a mi consideración personal, y así se hace en la presente investigación, el análisis de las fuentes del Derecho Romano, es decir, a partir del análisis del propio desarrollo histórico de la civilización romana, pudiendo de ese modo, considerar las fuentes del derecho romano primitivo (como fuentes no escritas), y posteriormente, a partir de un desarrollo más complejo, como el correspondiente a la época republicana e imperial (las fuentes escritas del derecho romano). Así, en primer lugar, es innegable reconocer a la costumbre, como la fuente principal del Derecho Romano no escrito. Esto se debe a que, en la sociedad romana, las prácticas repetidas y arraigadas en el tiempo conformaban el derecho aplicado, dado que estas costumbres eran aceptadas voluntariamente por la comunidad. Por esta razón, todos los miembros estaban obligados a respetarlas, aunque no estuvieran recogidas en textos legales. Hasta la época del emperador Constantino, la costumbre tenía fuerza vinculante, imponiendo la obligatoriedad de cumplir las normas derivadas de ella. Además,

una constitución promulgada durante su reinado estableció que la costumbre podía ser aplicada siempre que el derecho escrito no ofreciera una solución específica a un problema jurídico.

En cuanto a las fuentes del Derecho Romano escrito, estas incluyen las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, los edictos de los magistrados y las opiniones de los juristas (prudentes). Según el jurista Pomponio, en Roma existían diversas fuentes formales: el derecho legítimo o ley; el derecho civil, que no estaba codificado, pero consistía en la interpretación de los expertos; los plebiscitos, aprobados sin la intervención de los patricios; los edictos de los magistrados, que dieron origen al derecho honorario; los senadoconsultos, dictados por el Senado; y la constitución imperial, que reflejaba las órdenes del príncipe. Referido al derecho romano privado, las fuentes se clasifican en tres grandes grupos: a) Reales, que comprenden todos los factores políticos, sociales, económicos o religiosos que motivaron la creación de normas, como por ejemplo la limitación en la cantidad de esclavos que un testador podía dejar, establecida para no superar un número máximo. b) Formales, que son los mecanismos o procedimientos mediante los cuales se elaboraban las disposiciones jurídicas, tales como la jurisprudencia, la costumbre, las leyes aprobadas en los comicios, los plebiscitos, los senadoconsultos, entre otros. Y c) Históricas, que consisten en los documentos y textos jurídicos y literarios que han perdurado a través del tiempo, principalmente obras como las Instituciones de Gayo y el Digesto de Justiniano.

Ahora, a partir de esa división tripartita, se debe considerar que las fuentes del Derecho Romano también se desarrollan por cada uno de los diferentes periodos histórico-políticos y las distintas fases de evolución del derecho privado. El primero, llamado sistema de acciones de la ley –legis acciones–, probablemente se inició durante la Monarquía, pero no quedó consagrado definitivamente sino hasta la República, por la Ley de las XII Tablas. El segundo sistema de procedimiento –creado por el

pretor peregrino— fue el formulario, que coexistió por algún tiempo con el de acciones de la ley. Al principio sólo lo usaron los extranjeros; más tarde, también los ciudadanos, y finalmente sustituyó al sistema de acciones de la ley. Aunque nace desde la época republicana, cobró más importancia en el Principado y corresponde al derecho clásico. Estos dos primeros sistemas consagraron la división del proceso en las dos fases mencionadas y a ambos se les conoce con el nombre genérico de *ordo iudiciorum privatorum* (ordenación de los juicios privados). El último sistema fue el del procedimiento extraordinario o *extraordinaria cognitio*, donde el proceso era monofásico y la misma persona conocía la acción y todo el procedimiento hasta llegar a la sentencia. El sistema extraordinario corresponde al Imperio Absoluto y a la fase del derecho posclásico; y su nombre de extraordinario se debe a que en un principio se aplicó de forma excepcional, cuando el procedimiento formulario era todavía el sistema preponderante para Roma. También se le llamó *extra ordinem* (fuera del orden), por no seguir la tradicional división de las dos fases previas de sistemas anteriores (Morineau Iduarte & Iglesias González, 2008). En esta división podemos advertir desde ya que, la fuente primigenia del Derecho Romano formal, al ser un sistema jurídico que se desarrolló sobre una base de una civilización ilustrada con un idioma propio desarrollado y una escritura determinada, es que, correspondió siempre a la Ley, la que innegablemente no desconocía fuentes diversas como la costumbre y su fuerza vinculante, por lo menos en un periodo clásico de este sistema, o las propias decisiones de los pretores o jurisconsultos (a suerte inicial de jurisprudencia), como manifestaciones de las fuentes no escritas de este sistema; lo que no significaba de modo alguno que la principal fuente productora continuaba siendo la ley, la que inclusive, inicialmente no requería encontrarse escrita (positivada) dado que era de conocimiento de todos los ciudadanos romanos, ni mucho menos

codificada como ordenamiento, pero que continuaba en términos concretos siendo la ley la principal fuente de este sistema jurídico. A partir de ello, es que se advierte una influencia duradera de este sistema jurídico y su desarrollo de fuentes del derecho sobre los sistemas jurídicos modernos, los que, al haber heredado y adaptado dichas fuentes a sus principios y estructuras, especialmente en los sistemas de tradición civilista, mantienen desde su historia a la ley como su fuente principal. Sin perjuicio de ello, por ejemplo, la costumbre, tal cual era concebida en el Derecho Romano, sigue siendo una fuente formal reconocida en muchos ordenamientos actuales, y regula situaciones no previstas expresamente por la ley positiva, manteniendo una función complementaria y adaptativa a la norma (Zimmermann, 1996). Asimismo, la jurisprudencia, como fuente formal en el Derecho Romano, anticipó el papel que los tribunales tienen en la interpretación y aplicación del derecho, especialmente en sistemas del Common Law, pero también en sistemas civilistas que reconocen el valor interpretativo de las decisiones judiciales, y que es cada vez es más frecuente (Bogdan, 2007). Inclusive la codificación de normas, reflejada en documentos históricos como las Instituciones de Gayo y el Digesto de Justiniano, sentó las bases para la estructuración sistemática del derecho, que es la característica fundamental de los códigos modernos, y que tiene su origen en este sistema. Además, esta distinción de fuentes del Derecho Romano permite entender la dinámica y evolución del derecho, mostrando factores sociales, políticos y económicos que motivan la creación normativa, y cómo el derecho se transmite y conserva en el tiempo (Kaser, 1971). En suma, las fuentes del derecho Romano han permitido que los sistemas jurídicos actuales, posean una sólida teoría heredada del mismo, y aunque, como se indicó, estas han sido adaptadas a los contextos propios y actuales de los sistemas modernos, su estudio permite interpretar el derecho procesal vigente con una perspectiva histórica y crítica, evitando una aplicación rígida o aislada de las

normas, y permitiendo a los operadores jurídicos, efectuar un ejercicio de interpretación coherente y fundamentada de normas. Es más, a consideración personal, de lo desarrollado podría postularse como afirmación que, en virtud de las fuentes del Derecho Romano y su influencia en los sistemas jurídicos modernos, por más extraño que pueda sonar, sigue siendo el mismo un derecho aún vigente. Y ello adquiere especialmente mayor fundamento porque en la actualidad existen algunos países denominados “neo romanistas”, donde la influencia del Derecho Romano sigue siendo notable al punto de considerarse como un legado directo del mismo vigente. Dos ejemplos puntuales de dicha situación nos los presenta Omar Belisario (2015) quien describe que, por un lado al Derecho de Escocia, nación cuyo cuerpo normativo comenzó a introducirse en la Edad Media, inicialmente a través del Derecho Canónico y posteriormente mediante el propio Derecho Romano; y aunque se unificó políticamente con Inglaterra en 1707, logró mantener su sistema jurídico autónomo con clara influencia Romana; no obstante, últimamente el modelo jurídico anglosajón ha ejercido una influencia creciente en su derecho interno. El segundo ejemplo presentado es el de Sudáfrica, cuyo sistema legal fue moldeado desde la época de su colonización por Países Bajos, con una fuerte influencia del Derecho Romano, y a lo largo de todo este tiempo, su herencia jurídica se ha mantenido como un componente fundamental de su derecho contemporáneo vigente (Belisario, 2015). Ahora, valga resaltar que también existen otros sistemas jurídicos que pese a no ser considerados “neo romanistas”, ni pertenecer de manera estricta a la tradición romanista continental del Civil Law, conservan elementos sustanciales del Derecho Romano, tanto en su derecho sustantivo como procesal; respecto a los cuales el mismo autor nos presenta como ejemplos al del Estado de Luisiana (EE. UU.), que heredó el derecho civil francés y español, conservando muchas instituciones romanistas en su Civil Code. Otro ejemplo es Quebec (Canadá), donde el Código

Civil tiene raíces en el derecho francés y, por ende, en el Derecho Romano. Asimismo, Puerto Rico, cuyo ordenamiento jurídico se basa en el modelo civilista español, con fuerte influencia del Derecho Romano en materia civil y procesal (Belisario, 2015). Estos casos reflejan cómo, a pesar de los cambios sociales y políticos, el Derecho Romano ha perdurado como estructura lógica y conceptual en diversos sistemas, influyendo en la interpretación de contratos, propiedad, obligaciones, familia y otras áreas del derecho. Sin perjuicio de la clasificación señalada, debemos también considerar la propia división de fuentes formales del Derecho Romano, que se hizo en la misma época de su desarrollo, en el cual, valga hacer la aclaración que el Derecho como expresión era considerado por los romanos en su relación Estado Romano con sus ciudadanos, y de otro lado, de manera diferenciada, consideraban al Derecho Privado, al que desde ya denominaban Derecho Civil. Así, el jurisconsulto Gayo, señala que las fuentes formales del Derecho Romano (entendida como la primera expresión) fueron seis: Las Leyes, Los Plebiscitos, Los Senadoconsultos, Las Constituciones Imperiales, Los Edictos y Las Respuestas de Los Prudentes (Samper Polo, 2000). Sin embargo, es importante considerar que en estas fuentes se omite a la costumbre porque aquella se identificaba con el derecho civil. No obstante, para efectos de la presente investigación, considerando al sistema jurídico romano de manera global, podemos concluir afirmativamente que, las fuentes de este sistema eran siete y no seis como lo esbozó Gayo en su tan traducida obra de Instituciones Jurídicas antes referenciada. Ahora, en cuanto a las leyes, en la época de la república y a inicios del principado, las leyes en Roma eran consideradas fundamentalmente populares, en razón a que el pueblo las creaba directamente votándolas en las asambleas, a propuesta del cónsul, pretor o dictador. Podemos a partir de ello desarrollar, para efectos prácticos de esta investigación, los dos más claros ejemplos de esta fuente del derecho: la “Ley de las XII Tablas” y

la “Ley de Citas”. Ahora, para hablar de la primera de las señaladas –la Ley de las XII Tablas–, debemos considerar a esta como una codificación de normas cuya finalidad era regir de manera general para todos los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos. Dicha norma codificada fue aprobada inicialmente por los comicios, y como se consideraba incompleta después fue añadida con otras dos tablas reglamentarias, adquiriendo su forma definitiva. Así, su contenido quedó distribuido de la siguiente manera: Las Tablas I y II trataban sobre la organización y el procedimiento judicial; la Tabla III acerca de los deudores insolventes; la Tabla IV, sobre la patria potestad; la Tabla V, sobre la tutela y la curatela; la Tabla VI, sobre la propiedad; la Tabla VII, acerca de las servidumbres; la Tabla VIII, sobre el derecho penal; la Tabla IX, sobre el derecho público y las relaciones con enemigos; la Tabla X, sobre el derecho sagrado; y las Tablas XI y XII, como complemento de las previas (D’Ors, 2016). Por su parte, la “Ley de Citas” era una norma que regulaba la recitación de las obras de los juristas romanos ante los tribunales, es decir, establecía qué juristas podían ser invocados y los criterios para la decisión del juez cuando éstos habían expresado opiniones diversas. Esta ley era propiamente una constitución imperial, redactada en Rávena por el emperador de occidente Valentiniano III y dirigida al Senado de Roma (Churruga & Mentxaka, 2015). En tal sentido, esta norma contenía la expresión “de citas” porque hacía referencia sólo a la parte en que ésta se refiere a la cita de las obras de los juristas romanos, puesto que su texto original era más extenso y podría referirse a otras materias, como derecho sucesorio y donaciones. Así, esta norma, establecía que sólo podían citarse las obras de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Si sus opiniones eran distintas, prevalecía la mayoritaria. En cambio, si no existía mayoría en un sentido o había empate, prevalecía la opinión de Papiniano. En caso que este último no se hubiera manifestado al respecto, el juez quedaba libre de elegir entre las opiniones presentadas. Respecto a otros

juristas de relieve como son Escévola, Sabiniano o Juliano, quedaron desautorizados dado que no fue posible determinar la antigüedad de sus obras; siendo una suerte jurisprudencial (Churruca & Mentxaka, 2015). Respecto a la segunda fuente del derecho romano: los plebiscitos, de los escritos de Gayo, se infiere que el Plebiscito era una decisión tomada por la plebe solo para asuntos de su incumbencia. No es un acto del Estado ni de todo el pueblo, sino de una parte del mismo: los Plebeyos. Fueron inicialmente decisiones tomadas por la plebe, que adquirieron mayor relieve progresivamente. En el 465 a.C. el dictador Quinto Hortensio hizo votar por los Comicios Centuriados la ley que obligaba a todos los ciudadanos a acatar los plebiscitos, y aunque no se precisaba el asentimiento del Senado, este era igual solicitado (D'Ors, 2016). Respecto a la fuente del senadoconsulto, Juan Iglesias (2010) señala que debe considerarse que hacia el final de la República, el Senado empezó a dictar normas para reglamentar diversas situaciones, sobre todo de carácter administrativo; siendo estas normas lo que se conoce como esta fuente del derecho, y que surgió esencialmente dado que el pueblo romano se hizo tan numeroso que se dificultó reunirlo en masa para votar las leyes como en la fuente previa, por lo que se vio conveniente consultar al Senado en lugar del pueblo (Iglesias, 2010). En cuanto a la fuente del derecho romano referida a las constituciones imperiales (también denominada *constitutio principis*), Álvaro D'Ors (2016) es quien también señala que, de manera genérica, se llamó así a los actos del príncipe, pero solo en el caso de que adquirieran carácter normativo y eficacia general de una manera consuetudinaria, siendo estos actos más políticos que jurídicos, tales como el prestigio y la supremacía que asumía el príncipe en la vida pública. Por lo que, para la decadencia del Imperio, las constituciones imperiales se constituyeron casi en la única fuente de derecho; así Gayo enseña que las constituciones imperiales hacían las veces de leyes en tal contexto; e incluso Ulpiano hace

saber que lo que el príncipe decía tenía fuerza de ley. Ahora, estas constituciones podían ser emitidas por el emperador a través de:

- i) Edicto, del latín edictum;
- ii) Mandato, del latín mandatum;
- iii) Decreto, del latín decretum; y
- iv) Rescripto, del latín rescriptum principis (D’Ors, 2016).

Otra fuente del Derecho Romano es la de los edictos de los magistrados, respecto a la cual Antonio Fernández de Buján (2016) señala que se trataba de avisos y comunicaciones de carácter oral, y aunque luego éste era transcrito en tinta, y después se fijaban en el foro donde pudiesen ser fácilmente leído y conocido, tenían un origen inminentemente oral. Los mismos eran publicados por los magistrados republicanos, es especial los pretores, ediles, curules, gobernadores o presidentes de provincias, a fin de hacer conocer por todas las formas como administrarían durante su mandato los asuntos de su competencia. Su labor era administrar justicia; esto es, los pretores y ediles en la ciudad de Roma, y los gobernadores de provincias; a través de lo denominado derecho honorario –ius honorarium– (Fernandez de Buján, 2016). Finalmente, en cuanto a la última de las fuentes del derecho para Gayo (haciendo la salvedad que dicho autor no consideró a la costumbre dentro de las mismas, tal como se señaló), debemos desarrollar a una de las fuentes más sofisticadas y relevantes en la etapa final en el Derecho Romano, la misma que corresponde a “las Respuestas de Los Prudentes”, o en su latín original “responsa prudentium”, es decir, las opiniones de los juristas o prudentes. Estas fuentes, según Álvaro D’Ors (2016) constituían respuestas jurídicas a conflictos concretos, emitidas inicialmente en el marco de la actividad de los pretores. Según la tradición relatada por Tito Livio, el conocimiento jurídico estuvo por largo tiempo restringido al Colegio de Pontífices, quienes monopolizaban la interpretación del derecho, fijaban los dies fasti (días aptos para administrar justicia) y determinaban las fórmulas procesales que los ciudadanos debían seguir, configurando un derecho esencialmente esotérico y reservado. Sin embargo, con la

consolidación del poder imperial bajo Augusto, se institucionalizó la figura del *ius respondendi ex auctoritate principis*, que facultaba a ciertos juristas para emitir opiniones jurídicas con respaldo oficial del emperador. Así, se estableció una distinción entre los juristas a quienes el Príncipe había concedido el *ius respondendi* (autoridad pública para emitir respuestas) y aquellos cuya labor interpretativa se restringía al plano meramente doctrinal y privado. A medida que el Derecho Romano evolucionaba, las respuestas de los prudentes (*responsa prudentium*) comenzaron a aplicarse por analogía a casos similares, consolidando su valor normativo. Finalmente, durante el reinado del emperador Adriano (siglo II d. C.), se formalizó su fuerza obligatoria: mediante un *rescripto*, se ordenó a los jueces que fallaran conforme a las opiniones de los juristas, siempre que estas fueran unánimes (*consensus prudentium*); lo que marcó una transición esencial hacia un derecho más sistemático y racionalizado, anticipando la función de la jurisprudencia en el Civil Law, al constituirse en una fuente auxiliar pero profundamente influyente, basada en el saber técnico-jurídico y la interpretación autorizada (D'Ors, 2016). Ya a modo de finalización del presente apartado, corresponde hacer referencia al segundo eje de estudio señalado en la parte introductoria, referido al estudio de la historia interna del Derecho Romano (es decir, el contenido de normas y procedimientos específicos heredados). Así, podemos considerar que, si bien desde la época de Augusto ya existían medidas que condenaban la justicia por propia mano en la civilización romana; es más adelante, recién con Marco Aurelio, se establecieron aspectos más formales y procedimientos específicos. Así se establecieron situaciones concretas, como el comportamiento de los litigantes frente al tribunal, los pasos que deben seguirse para lograr una sentencia, la organización judicial, y muchas otras instituciones que hoy conocemos como derecho procesal; sin embargo, esta rama del derecho se denominó en Roma “Derecho de las acciones”, y así

la llamó Gayo en la última parte de sus Instituciones; dado que los términos de proceso y procedimiento que dieron lugar al calificativo de “procesal”, son posteriores. Así, los romanos utilizaron la palabra acción para hacer referencia tanto a la disciplina que nos ocupa como al “derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno”, según definición de Celso (D. 44, 7, 51), y también la usaban para señalar a la pretensión del litigante que iniciaba el proceso o juicio, llamado en latín iudicium. el Derecho romano procesal “civil” que reglamentó esta materia casi en su totalidad, salvo en lo tocante a los crímenes o delitos de derecho público, para los que existía un procedimiento penal distinto. El derecho procesal fue de especial interés para los romanos, quienes, con su pragmatismo característico, consideraban que mientras hubiera acción había derecho. Es importante recordar que el antes denominado “derecho honorario” (ius honorarium) se originó precisamente en el ámbito procesal, cuando el pretor peregrino se vio impelido a conocer de las controversias que se presentaban entre extranjeros, o entre éstos y los ciudadanos. Fueron tales normas procedimentales las que dieron lugar a esa rama tan importante del sistema jurídico de Roma (Morineau Iduarte & Iglesias González, 2008). Por lo que podemos concluir válidamente que, respecto a lo señalado, también en su expresión adjetiva para este sistema jurídico, la ley resultaba su principal fuente del derecho. A modo de conclusión, se puede afirmar que el estudio de fuentes del derecho romano, tiene una relevancia muy importante en el derecho actual, dado que, como lo explica Alfredo Islas Colín (2008) al ser sus fuentes del derecho aquellas reglas que originan sus normas jurídicas, el Derecho Romano sigue siendo un instrumento pedagógico valioso hoy (Islas Colín, 2008). Y ello, a partir de que los juristas clásicos romanos crearon instituciones jurídicas que, en nuestro ordenamiento procesal particular, y en los demás que sigan la misma tradición jurídica, continúan encontrándose presentes, y que, por tanto, viven a través de los mismos.

1.1.1.2. LAS FUENTES EN EL DERECHO GERMÁNICO

Otro sistema jurídico de obligatoria revisión para determinar, por lo menos desde su concepción histórica, las fuentes del derecho en el Civil Law, resulta evidente a partir de otra de las denominaciones que se emplea para este sistema: Derecho Romano-Germánico; es por lo que, en este sub capítulo se abordará el estudio de las fuentes del Derecho Germánico. Ahora, para iniciar con su análisis, debemos partir de definir lo que, para efectos de esta investigación denominaremos “Derecho Germánico”; así, partiremos desde la definición de Heinrich E. Brunner (2023) el mismo que, refiere que debe entenderse este sistema jurídico como el ordenamiento normativo propio de las tribus germánicas y que se desarrolló en un contexto histórico caracterizado por la ausencia de estructuras estatales centralizadas, la prevalencia de sociedades tribales y clánicas y su carácter consuetudinario (Brunner, 2023). Es a partir de esta definición que podemos comenzar diferenciado a este sistema jurídico del Derecho Romano desarrollado en el subcapítulo precedente, dado que el mencionado, como se refirió se encontraba basado en la codificación y la administración estatal, mientras que el Derecho Germánico surge principalmente de la costumbre y de prácticas sociales internas; por lo que, corresponde analizarse sus fuentes del derecho, a partir del estudio del conjunto de orígenes y fundamentos por los cuales se establecieron las normas jurídicas de los pueblos y tribus germánicas, y de manera posterior, también como influyeron en la evolución del derecho europeo y en la configuración de los sistemas jurídicos, en particular, del Civil Law. Ahora, este sistema jurídico correspondía concretamente al empleado por los pueblos germánicos, especialmente ubicados en el norte de Europa, a los que los romanos denominaban "bárbaros", y que para autores como Gabriela Hernández (2020), su sistema normativo evolucionó especialmente a partir de su interacción

con la civilización romana, lo que le otorgó una importancia histórica clave en la formación del derecho europeo posterior (Hernández, 2020). Por lo que, a partir de dicha interacción, puede señalarse también que el estudio del Derecho Germánico, desde una perspectiva jurídica comparada, representa una herramienta útil para contrastar las formas jurídicas de la antigüedad, en especial frente al ya mencionado sistema jurídico de mayor influencia para el Civil Law, dado que, del contraste de un sistema jurídico positivo como el romano, con uno de naturaleza consuetudinaria y oral, sustentada en los usos del pueblo y no en textos codificados como el Germánico, se puede delimitar la influencia de las fuentes de estos sistemas, que dieron finalmente como resultado nuestro actual Civil Law. En base a lo señalado, podemos también definir este sistema jurídico de manera preliminar, para dar un contexto de lo que se abordará con mayor detalle en este subcapítulo que, como lo menciona Silvia Pascual López (2006), se regía por principios como el mantenimiento de la paz colectiva, entendida como valor central de todo su ordenamiento, y no tanto en la justicia en términos abstractos; de manera tal que, cualquier ruptura de la armonía social era considerada una transgresión legal para el sistema (Pascual López, 2006). De otro lado, como se anticipó, la costumbre constituye la fuente primaria y más antigua del derecho germánico, tal y como lo sostiene Miguel González Pérez (2015), quien indica que esta constituye el reflejo de la voluntad colectiva, expresada en comportamientos reiterados que son aceptados y respetados como normas de convivencia social (González Pérez, 2015). Y ello resulta lógico, a partir del entendimiento de las propias sociedades germánicas, donde Heinrich Brunner (2023) señala que la escritura era escasa y la tradición oral era predominante, por lo que la costumbre funcionaba como el mecanismo fundamental para la regulación social y la resolución de conflictos; dado que su fuerza vinculante emanaba del consenso comunitario y de la repetición constante de

conductas aceptadas (Brunner, 2023). Ahora, para el derecho germánico, aunque las costumbres abarcaban diversos ámbitos de la vida social de los ciudadanos, tales como la estructura familiar, las relaciones de propiedad, los delitos, las penas y las obligaciones contractuales; y su carácter no escrito facilitaba la adaptación a nuevas realidades, sin embargo, también generaba un cierto grado de incertidumbre debido a la falta de uniformidad y formalidad; lo que conllevó a algunos pueblos germánicos a plasmar sus normas en textos escritos conocidos como “leges”; las que supusieron un avance significativo, al preservar y ordenar las normas consuetudinarias. Al respecto, José Martínez López (2018), señaló que las leyes germánicas representan un intento por formalizar un derecho tradicional, adaptándolo a los procesos de consolidación política y social de los reinos germánicos, y que entre las codificaciones más relevantes destacan: i) Lex Salica de los francos: un compendio legal que regula desde derechos sucesorios hasta delitos y castigos; ii) Lex Visigothorum o Fuero Juzgo: que recoge el derecho visigodo con fuerte influencia romana; y iii) Lex Burgundionum: legislación del reino de Borgoña con características propias. Este autor resalta, además, que estas leyes escritas no abandonaron totalmente la costumbre, sino que la complementaron, por medio de reglas claras para su aplicación, a fin de limitar arbitrariedades (Martínez López, 2018). No obstante, este indicio del desarrollo normativo positivado en el Derecho Germánico, aunque aun así sea, relegado a la complementariedad de la costumbre, significa desde ya, el reconocimiento de la ley como fuente del derecho para este sistema jurídico predecesor. Sin embargo, pese a dicha positivación normativa, una característica del Derecho Germánico era la ausencia de una autoridad legislativa centralizada, por lo que, la interpretación y aplicación de las normas dependían en gran medida de los jueces y ancianos tribales, los que no solo resolvían conflictos, sino que también creaban precedentes que, aunque no sistematizados como en el

derecho romano, influían en la evolución normativa. Tal como lo explica Antonio Fernández Ruiz (2020), quien señala que el juez germánico actuaba como un intérprete de la costumbre y las leyes, adaptándolas a cada caso particular y concreto, legitimando su función como fuente dinámica, contribuyendo a la consolidación de, aunque primitivo, un derecho viviente, flexible y pragmático (Fernández Ruiz, 2020). De otro lado, este derecho si bien primitivo, no fue un sistema homogéneo, sino que presentaba notables variaciones entre tribus y regiones; dado que cada grupo tenía sus propias normas y costumbres que regulaban aspectos específicos de la vida social y familiar; dicha pluralidad normativa propició una descentralización del poder político y la fuerte identidad tribal, condicionando la forma en que el derecho se aplicaba y evolucionaba. Por ejemplo, las normas sobre el matrimonio, la herencia y la propiedad podían diferir notablemente entre francos, visigodos o sajones, como expresiones del Derecho Germánico. Para Harold J. Berman (1983), el derecho germánico ejerció una influencia duradera en la evolución del derecho europeo, dado que, junto con el romano y el canónico, es considerado una de las tres grandes raíces del Derecho Occidental. Por ejemplo, las instituciones jurídicas de la mancomunidad y la comunidad de bienes tienen su origen en la tradición germánica, ello, en contraposición con la concepción individualista de la propiedad que caracterizaba al Derecho Romano o también era referenciaba por el Derecho Canónico (Berman, 1983). Posteriormente, en una etapa histórica más avanzada, a partir del contacto que tuvo este sistema jurídico particular con el Imperio Romano, pero especialmente con la expansión del cristianismo, el Derecho Germánico comenzó a incorporar otros elementos externos, manifestándose tal influencia en la adopción de principios, procedimientos y conceptos jurídicos que lo enriquecieron, especialmente en áreas tales como el derecho civil y procesal.

Es importante mencionar además que, como lo señaló Francisco Tomás y Valiente (2004) un importante ámbito sobre el cual se desarrolló el Derecho Germánico fue el derecho penal, cuyo elemento más característico fue el uso de las ordalías –también llamadas "juicios de Dios"– como medio probatorio, las que consistían en someter al acusado –o incluso a un representante– a pruebas físicas extremas, como sostener objetos al rojo vivo, sumergirse en agua hirviendo o permanecer bajo el agua durante un periodo prolongado, y la resistencia a estas pruebas se interpretaba como una señal divina de inocencia (Tomás y Valiente, 2004). Sin embargo, lo señalado respecto al empleo de las ordalías cambió con la relación que tuvo el Derecho Germánico con la Iglesia Católica y el derecho canónico, dado que por medio de este se introdujo normas morales y jurídicas que impactaron sobre las costumbres y las leyes germánicas, promoviendo un mayor orden y una ética cristiana en la vida jurídica. Con lo que se acredita que este sistema jurídico siempre tuvo un fuerte carácter religioso, dado que consideraba que las leyes emanaban de las asambleas tribales, en las que se invocaba la voluntad divina, considerando a los humanos como ejecutores de mandatos sobrenaturales. De otro lado, Heinrich Brunner (2023) señaló que, la familia o Sippe era la base de la organización social y jurídica del Derecho Germánico, y cada unidad familiar estaba representada en las asambleas, reflejando un equilibrio entre lo colectivo y lo individual. Asimismo, se mostraba un alto grado de formalismo, dado que la ausencia de codificación requería que los actos legales se realizaran públicamente mediante rituales y protocolos; por ejemplo, el ingreso de un recién nacido a la comunidad requería un acto ceremonial de presentación pública antes de cumplir nueve lunas de nacido, legitimado por testigos. Para este derecho, también existía una concepción particular sobre la mayoría de edad, la cual no se determinaba por años sino por la capacidad de portar armas, acreditada mediante demostraciones con arco y flecha. Sin

embargo, se debe señalar que se trataba de un sistema discriminatorio, ya que las mujeres no tenían una capacidad jurídica plena (Brunner, 2023). Sin embargo, pese a su simplicidad, el Derecho Germánico dejó una huella profunda en la evolución del derecho europeo, especialmente durante la Edad Media; muchos de sus principios fueron absorbidos por el sistema feudal y más adelante por algunos ordenamientos jurídicos modernos. Como lo señala Luz García Martínez (2019), la convergencia entre el derecho germánico, romano y canónico sentó las bases para la formación del derecho medieval europeo, configurando un sistema más plural y complejo (García Martínez, 2019). A modo de ejemplo de esta influencia, la costumbre como fuente de derecho, vigente aún hoy en varios sistemas como el Common Law, tiene precedentes en el derecho germánico. Asimismo, figuras jurídicas como la mancomunidad, aún presentes en el derecho anglosajón del Common Law y en las comunidades españolas, así como la comunidad de bienes, que actúa como una forma de cuasicontrato. Igualmente, el derecho familiar y sucesorio encuentra en este derecho antecedentes como la transmisión hereditaria sin testamento y la clara distinción entre delitos de índole privada y pública. Incluso también las antes denominadas ordalías, encuentran equivalencias modernas – aunque más racionalizadas– en instrumentos tales como los detectores de mentiras o los peritajes psicológicos y forenses. José Antonio Escudero (2003), señala además que en el análisis del Derecho Germánico no se puede pasar por alto al Derecho Visigodo que se desarrolló entre el asentamiento visigodo en las Galias hacia el año 418 y la invasión musulmana en 711, y que constituye una manifestación particular del derecho germánico, caracterizada por su naturaleza consuetudinaria y oral (Escudero, 2003). Y es en este en el que precisamente se estructura uno de los pilares fundamentales de la ya denominada estructura familiar centrada en la Sippe, la cual es definida por Rogelio Pérez-Bustamante (1994) como la unidad de descendencia masculina

que ejercía funciones de protección penal colectiva a través de mecanismos como la faida (venganza de sangre) y el wergeld (compensación económica). Dicho autor señala que, precisamente estos elementos muestran una transición del castigo corporal de las ordalías hacia las formas de reparación pecuniaria (Pérez-Bustamante, 1994). El antes referido José Antonio Escudero (2003) también señala que dentro de esta estructura también existía la fraternidad artificial, mediante la cual individuos externos podían integrarse en una Sippe a través de rituales simbólicos de hermandad; y que el mundium –potestad del jefe familiar– reforzaba su autoridad en el grupo (Escudero, 2003). A ello complementa Pérez-Bustamante (1994) que la estructura social del derecho visigodo distinguía entre nobles, hombres libres, semilibres y siervos; y que la nobleza visigoda surgió de la fusión entre la aristocracia romana y los séquitos germánicos (comitatus), aunque parte de la legislación tenía un carácter anti aristocrático (Pérez-Bustamante, 1994). Escudero (2003) indica que los hombres libres se dividían en subgrupos (privates, curiales, possessores e iuniores), con distintos grados de dependencia económica, estando en el extremo inferior los siervos, cuya condición jurídica variaba según su función y pertenencia, y que podían en ciertos casos, adquirir derechos similares a hombres libres (Escudero, 2003). Sin perjuicio de lo señalado, el derecho visigodo adquiere una especial relevancia para el estudio de fuentes del Derecho Germánico, en cuanto del mismo, se destaca la influencia en el Código de Eurico (compiló costumbres germánicas influenciadas por el Derecho romano), el Breviario de Alarico (recogía normas del Derecho romano aplicables a las poblaciones romanas del reino visigodo), y el Edicto de Teodorico (disposiciones romanas postclásicas). Para Pérez-Bustamante (1994) existe un debate doctrinal sobre el carácter personal o territorial de estas leyes; así describe el autor a la teoría tradicional que sostiene que se aplicaban según la etnia o tribu, mientras que la teoría territorialista, iniciada por García

Gallo en 1941, defiende su aplicación generalizada sobre toda la población existente en el reino, sin distinción por etnia o tribu de manera diferenciada (Pérez-Bustamante, 1994). José Antonio Escudero (2003), postula además la existencia de otra norma codificada en este sistema (el Código de Leovigildo), que se encuentra ahora perdido, pero que intentó unificar el Derecho germánico y romano; y cuya obra culminó en el Liber Iudiciorum o la Lex Visigothorum, promulgadas por Recesvinto y modificado por Ervigio. Esta compilación legal tenía aspiraciones de vigencia general, superando la división étnica previa y consolidando el derecho visigodo como un sistema jurídico coherente, con fuerte influencia romana, pero adaptándose a una realidad visigoda germánica de la época (Escudero, 2003). Gloria García Moran (2005) señala que la vigencia del Derecho visigodo se redujo al Reino de Asturias con la invasión musulmana en 711, desde donde influiría decisivamente en el desarrollo del Derecho medieval español, permaneciendo el Liber Iudiciorum como una fuente jurídica relevante en este sistema jurídico, y extendiéndose su influencia incluso más allá del ámbito jurídico, incidiendo en otros aspectos (sociales, culturales y religiosos). Señala dicha autora que el estudio del derecho germánico reviste una importancia fundamental para el derecho comparado, al constituir la base estructural del sistema jurídico predominante en Europa continental y en sí, en gran parte del mundo (García Moran, 2005). Por tanto, a modo de conclusión de este subsistema corresponde resaltar que el aporte jurídico plasmado por el derecho visigodo en el Derecho Germánico, que a su vez sirvió de insumo para el desarrollo de las fuentes del derecho del Civil Law, es que se encontró caracterizado por la legitimación de la venganza, el castigo público de los delitos contra lo sagrado, y la existencia de penas económicas como el wergeld (pagado al Estado o jefes) y el fredus (pagado a la víctima o sus allegados), lo que revelaba ya una incipiente diferenciación entre Derecho público y privado, y un desarrollo del derecho penal, asimismo,

en la estructura social de este sistema jurídico, originalmente todos los miembros del grupo gozaban de una igualdad jurídica; sin embargo, con el paso del tiempo surgieron jerarquías políticas y sociales, que acompañaron a una progresiva institucionalización del derecho. Ahora, en cuanto al derecho germánico como tal, se puede deducir de los fundamentos anteriores que, tanto por la influencia visigoda, como por su demás desarrollo, tenía un carácter más rudimentario que el Derecho Romano, y era propio de sociedades seminómadas con una concepción limitada de la propiedad, pero que, a medida que los pueblos germánicos se asentaron en territorios del antiguo Imperio romano adoptaron sus formas de vida, por lo que fue gradualmente cediendo espacio frente al modelo jurídico romano; el que junto al Derecho canónico, constituyen las tres grandes fuentes del Derecho Occidental, consolidándose su legado en dicha fusión durante la Edad Media, dando forma a muchas de las instituciones y conceptos jurídicos que subsisten hasta el día de hoy (Hernández, 2020). Esta influencia se trasladó tal cual, a nuestro sistema jurídico, dado que, al ser en su momento una colonia española, tanto el derecho europeo continental, como particularmente el derecho español como expresión de este último, fueron una fuente histórica principal del mismo. Al respecto, en una publicación que forma parte del proyecto “La memoria del jurista español: génesis y desarrollo de las disciplinas jurídicas”, donde se trata la obra del jurista Eduardo de Hinojosa (2019), se trata el elemento germánico en el derecho español medieval, donde se señala que, diversos estudiosos del derecho han coincidido en destacar la presencia significativa de instituciones germánicas en las fuentes jurídicas hispánicas posteriores a la invasión árabe, particularmente en los reinos cristianos que surgieron en el norte de la península. Esta realidad ha sido interpretada como una manifestación del derecho visigodo consuetudinario, que persistió de forma paralela –y en ocasiones en oposición– al contenido más romanista de la Lex

Visigothorum o Liber Iudiciorum. Pese a los esfuerzos de la monarquía visigoda y de la Iglesia por erradicar costumbres germánicas contrarias al cristianismo –como las antes referidas, venganza de sangre, la prenda extrajudicial o la justicia ejercida fuera del control del rey–, muchas de estas prácticas continuaron vigentes. Algunas disposiciones del Código visigodo nunca llegaron a aplicarse efectivamente, aunque desde el siglo IX en adelante, las costumbres jurídicas de origen germánico reaparecieron, sobre todo en los ámbitos del derecho penal y del procesal (Hinojosa, 2019). Y esto se explica, en parte, por el colapso del poder central tras la invasión musulmana, que como se señaló, favoreció la revalorización de los usos locales entre las comunidades cristianas independientes; generando un contexto en el que, el antiguo derecho consuetudinario germánico no solo sobrevivió, sino que fue reafirmado en numerosos fueros locales y territoriales, convirtiéndose en base del derecho vigente hasta entrado el siglo XIV. Es más, para Oskar von Bülow (2017) en los reinos de León, Castilla y Portugal, herederos más directos de la tradición visigoda, se mantuvieron instituciones de raíz germánica, como la responsabilidad colectiva, la entrega de la dote del marido, la sociedad de gananciales, y diversas formas de justicia popular. Aunque en Aragón y Navarra también pervivieron elementos visigodos, fue en Cataluña donde más temprano se afianzó la recepción del derecho romano y canónico, especialmente desde principios del siglo XIII, manteniendo, sin embargo, las ramas del derecho privado, penal y procesal influencias visigodas. En León y Castilla, la recepción plena del derecho romano no se logró hasta la segunda mitad del siglo XIV con la generalización del uso de las Siete Partidas; en Aragón, la penetración fue más parcial y tardía, mientras que en Navarra se mantuvo una notable independencia jurídica respecto a las influencias externas durante toda la Edad Media (Von Bülow, 2017). Por su parte, para Eduardo de Hinojosa y Naveros (2019) las fuentes del Derecho Germánico, por lo menos en el derecho

español, pueden dividirse en los siguiente dos grandes grupos: 1) Redacciones de derecho local, cuyas versiones más antiguas datan del siglo X; y 2) Redacciones de derecho territorial, como el Fuero de León, los Usatici Barchinonae, el Fuero de Aragón, el Fuero de Navarra y el Fuero Viejo de Castilla (siglo XIII). Siendo estas, recopilaciones que, en su mayoría, se fundamentaban en el derecho consuetudinario vigente, al que otorgaban forma escrita sin introducir novedades jurídicas sustanciales; recurriéndose en los casos en que los fueros no regulaban alguna materia, tanto al Liber Iudiciorum como al derecho consuetudinario no codificado (Hinojosa, 2019). Para Ángel J. Gómez Montoro y Fernando Simón Yarza (2016), a partir del siglo XII, los fueros comenzaron a desarrollarse más extensamente, abarcando de forma más sistemática el derecho civil, derecho penal, derecho procesal y derecho público; y a pesar de las diferencias regionales, muchos de estos textos comparten un núcleo jurídico común que se remonta a la época visigoda anterior a la invasión musulmana, y que fue transmitido a través de generaciones en los núcleos de resistencia cristiana y, en menor medida, entre los visigodos sometidos a dominio islámico (Gómez Montoro & Simón Yarza, 2016). Sin embargo, los mismos autores mencionan que, además de los mencionados fueros, otras fuentes del derecho, como los diplomas reales y los monumentos literarios (particularmente en la época castellana) ofrecen valiosa información sobre la pervivencia del derecho germánico, toda vez que estos testimonios completan el panorama del derecho medieval hispano, mostrando cómo el elemento germánico, lejos de desaparecer, constituyó un pilar esencial del derecho consuetudinario medieval, que influyó poderosamente hasta la consolidación del sistema jurídico unificado en Castilla, y que es una base primordial de los sistemas jurídicos del Civil Law actual y vigente (ídem). También para Edgardo Muñoz (2018), el sistema jurídico romano-germánico, ampliamente difundido en Europa continental y en América Latina, encuentra sus raíces en

una compleja síntesis entre el Derecho Romano clásico y las estructuras jurídicas de origen germánico desarrolladas posterior al colapso del citado Imperio Romano de Occidente (Muñoz, 2018). Y aunque el modelo romano-germánico contemporáneo se caracteriza por el predominio de la ley escrita como fuente principal del Derecho, resulta crucial comprender que esta configuración fue el producto de un proceso histórico de fusión entre la tradición normativa romana y los elementos consuetudinarios señalados aportados por los pueblos germánicos, especialmente, como señala James Goldshmidt (1989) en la costumbre (normas transmitidas oralmente) como fuente del derecho, enraizadas en los usos del clan o de la tribu. Esta naturaleza consuetudinaria del Derecho germánico representa una de sus principales características: la ley no era escrita ni universal, sino variable según los pueblos, y legitimada por la aceptación colectiva. No será sino a partir del contacto con la civilización romana que algunos de estos pueblos comenzarán a recopilar por escrito sus usos y costumbres, como ocurrió con los referidos Código de Eurico o el Edicto de Teodorico (Goldschmidt, 1989). Para Diego López (2020), con el tiempo, la influencia del Derecho romano, sobre todo a través del proceso de romanización jurídica y cristianización de los reinos germánicos, llevó a una progresiva transformación del Derecho germánico, que comenzó a incorporar elementos más abstractos, sistemáticos y escritos; sin embargo, la costumbre y la oralidad siguieron siendo determinantes durante siglos, especialmente en el ámbito procesal, donde el formalismo ritual y la apelación a lo divino (ordalías) reflejaban una concepción muy distinta a la tradición jurídica romana, más racionalista y secular (López Medina, 2020). Julio Tavárez (1974) señala que históricamente, la evolución de esta familia jurídica se divide en cinco períodos fundamentales: el derecho arcaico, el republicano, el clásico, el postclásico y el justiniano, siendo cada uno de estos periodos un reflejo progresivo de racionalización y sistematización del

derecho, culminando con la codificación justiniana en el siglo VI d.C. (Tavárez, 1974). Por su parte René David (2007) adiciona que esta herencia jurídica fue redescubierta posteriormente en las universidades italianas, como la de Bolonia, a partir del siglo XI, generando lo que se conoció luego como *Ius Commune* (David, 2007). Mientras tanto, para René Tobal (2009) la estructura del sistema romano-germánico se consolidó en la Edad Media bajo el Sacro Imperio Romano Germánico, caracterizado por una distribución de poder entre el emperador y los Estados imperiales, sin una centralización jurídica absoluta, fortaleciéndose con la codificación legal, especialmente del siglo XIX, lo que permitió una expansión global de ese sistema hacia América Latina (Tobal R. , 2009). Respecto a las fuentes del derecho, una herencia de este sistema a la familia del Civil Law se caracteriza por otorgar primacía a la ley escrita, especialmente tras la codificación. Sin embargo, para Henri Capitant, (1977) la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho también tienen un rol significativo (Capitant, 1977). Es por ello que para Zárate Martínez Ríos (2003), en este sistema, el derecho no se agota en la ley, pues se reconoce que la justicia y la equidad también deben ser consideradas mediante la interpretación judicial y la influencia doctrinal (Martínez Ríos, 2003). Ello en contraste con el sistema del Common Law, en el que la jurisprudencia constituye la fuente principal, la familia romano-germánica mantiene una estructura jerárquica en la que el juez interpreta, pero no crea derecho con fuerza vinculante general. (Tobal V. , 2001). En síntesis, el Derecho Germánico ha sido fuente directa o indirecta de otros sistemas jurídicos y sigue siendo un modelo de referencia en el estudio comparado del Derecho, siendo su desarrollo clave para consolidar la racionalización jurídica moderna y su influencia trasciende fronteras gracias a la codificación y a su aceptación en contextos coloniales y poscoloniales. Dado que, al haber el Derecho Germánico cimentado un sistema jurídico que se basa en

costumbres orales transmitidas de generación en generación, ha permitido que, tras su citado contacto con la cultura romana, permitiera el inicio de la codificación, consolidando su importancia en la influencia en otros sistemas jurídicos, tal como el nuestro. Ahora, ya hablando de un sistema romano-germánico moderno, la ley escrita ha pasado a ocupar el lugar central en su sistema de fuente, debiendo entender la misma como toda norma jurídica formalmente promulgada, contenida en cuerpos normativos como constituciones, códigos y leyes especiales. Esta fuente de derecho se consolidó con el movimiento codificador del siglo XIX, especialmente en Francia y Alemania, herederos del racionalismo ilustrado, pero también de la estructura jurídica desarrollada a lo largo de la Edad Media, en la cual el derecho germánico dejó la impronta duradera antes señalada. No obstante, otras fuentes como la jurisprudencia y la doctrina también juegan un papel importante, aunque generalmente de carácter supletorio o interpretativo. La jurisprudencia –esto es, los fallos emitidos por los tribunales– no constituía una fuente formal en el derecho germánico original, dado que las decisiones se resolvían en asambleas populares más que en tribunales jerárquicos. Pero con el paso del tiempo, y especialmente con la evolución institucional en los Estados modernos, ha adquirido un lugar relevante como guía para la aplicación uniforme del Derecho. Por su parte, la doctrina jurídica –entendida como el conjunto de opiniones de los tratadistas y juristas– ha tenido un papel fluctuante. En la tradición germánica primitiva, el conocimiento del Derecho estaba ligado al saber ritual y comunitario, y no al académico.

En conclusión, las fuentes del Derecho Germánico revelan un sistema jurídico en constante evolución, donde la costumbre, la codificación escrita, la interpretación judicial, la pluralidad normativa y las influencias externas confluyeron para formar una tradición jurídica adaptativa; y si bien este sistema surgió de las prácticas de los pueblos germánicos, sentó las bases para el desarrollo del derecho en Europa, mostrando la importancia de la

tradición y la flexibilidad frente a la rigidez normativa; y el estudio de estas fuentes no solo aporta comprensión histórica sino también una reflexión sobre la diversidad y dinámica del derecho en sociedades en transición. Por tanto, sin las fuentes del derecho germánico, el derecho romano no habría tenido el contenido con el cual evolucionó en el Civil Law.

1.1.1.3. LAS FUENTES EN EL DERECHO GRECOLATINO

Ahora, sin perjuicio del análisis doctrinal y el relevamiento conceptual de los sistemas jurídicos del Derecho Romano y el Derecho Germánico, como principales fuentes históricas y orígenes del Derecho Continental o Civil Law, en la forma ya desarrollada en los subcapítulos precedentes, esta investigación encontró como hallazgo, por lo menos como uno personal, que estos sistemas jurídicos no fueron los únicos que conllevaron a la consolidación, e incluso creación del Civil Law, sino que, existieron otras formas de administración de justicia que también, aunque, en menor medida, le sirvieron de insumo. Así, uno de estos sistemas corresponde al derecho grecolatino, cuyo estudio, especialmente de sus fuentes del derecho resulta indispensable para comprender las raíces históricas y filosóficas del sistema jurídico actual del Civil Law, como el pensamiento jurídico griego. Es más, podría incluso anticiparse que este sistema jurídico primitivo, parte de las nociones fundamentales de ley, costumbre, jurisprudencia y autoridad normativa surgidas en las civilizaciones grecolatinas y que marcaron el inicio de la sistematización del derecho, sentando las bases del positivismo jurídico y de la actual noción de la jerarquía normativa. Es por ello que, en este subcapítulo se analiza cómo el derecho grecolatino introdujo conceptos como nomos (ley) y logos (razón), influenciando la idea de justicia como producto del orden racional y del consenso social, y que posteriormente, fue acogida por el ya desarrollado Derecho Romano, quien las perfeccionó y

consolidó en un sistema de fuentes del derecho claramente estructurado –incluyendo las ya citadas ley, edicto, senadoconsulto, jurisprudencia y constituciones imperiales– y que posteriormente serviría de modelo para los códigos modernos. No obstante, esta evolución normativa no estuvo exenta de tensiones y conflictos entre distintas fuentes del derecho, lo que permite establecer un paralelismo histórico con los problemas actuales del sistema jurídico del Civil Law, y particularmente del peruano, en concreto en lo que concierne a la incertidumbre jurídica provocada por la coexistencia y, a veces, la colisión entre las normas de diferente origen y jerarquía. Asimismo, el estudio que se desarrolla a partir de este sub sistema jurídico, permite también comprender como este, sirvió de insumo al desarrollo del Derecho Romano como fuente histórica principal del Civil Law, en la misma proporción en que Grecia lo hizo para Roma. Es en base a tal razón que, con este análisis, se ofrece una aproximación crítica al origen y evolución de las fuentes del derecho en el ámbito grecolatino, como fundamento indispensable para entender el conflicto de fuentes en el sistema jurídico nacional peruano y sus repercusiones en la seguridad y certeza del derecho en general como sistema Civil Law. Así, para este análisis, corresponde iniciar citando al historiador del derecho y jurista alemán Hans Julius Wolf (1976), el mismo que señaló que si bien resulta cierto que el antiguo Derecho Griego ha tenido muy poca influencia en los sistemas jurídicos actuales, dado que incluso el derecho civil de Grecia se basaba hasta hace pocas décadas en los llamados Basílicos –una paráfrasis de la compilación del derecho romano hecha por Justiniano, y actualmente ajustada al modelo del Código Civil Alemán–; sin embargo, existen algunas pocas instituciones sueltas del antiguo Derecho Griego que han llegado a los sistemas jurídicos modernos, especialmente al Civil Law, el que a partir de ello adquiere precisamente otra de sus denominaciones, la de Derecho Romano Germánico Grecolatino. Así, para el antes citado autor

es esencial partir del supuesto de que los griegos desarrollaron conceptos jurídicos propios, los cuales deben ser identificados y no sobreimpuestos a través de categorías foráneas, como el derecho romano y otros; dado que, al tener ausencia de literatura técnica, sus fuentes materiales incluyen básicamente la poesía épica (como la de Homero, Hesíodo, etc.), la retórica del siglo IV a. C., algunas inscripciones legales, y los contratos y documentos en papiros helenísticos en Egipto; y pese a estas expresiones, no existió como tal una literatura técnica jurídica sistemática, dado que los griegos carecían de juristas profesionales que ordenaran o sistematizaran este derecho como tal (Wolff, 1976). Michael Gagarin (2005), sostiene que las fuentes jurídicas griegas no se escribieron para formar un sistema, sino respondieron a finalidad social y forense concreta (Gagarin, 2005). Es por tal razón que durante los siglos XIX y XX, investigadores intentaron analizar el Derecho Griego usando categorías pandectistas –categorías establecidas por juristas alemanes de principios del siglo XIX que conciben el Derecho Romano como modelo de lo que llamaban *Konstruktionsjurisprudenz* (jurisprudencia conceptual) codificada en las *Pandectas* de Justiniano– a partir del propio Derecho Romano, lo que distorsionó la comprensión de las instituciones griegas, dado que, no permitía ello su análisis diferenciado. Por esta razón, H.J. Wolff (1976) advierte que tales categorías eran anacrónicas y ajenas a su mentalidad jurídica; en cuanto, a diferencia del Derecho Romano –que desarrolló una tradición dogmática rica en fuentes y clasificaciones jurídicas–, el Derecho Griego antiguo se caracteriza por la ausencia de juristas profesionales, escuelas jurídicas o codificaciones sistemáticas; singularidad que no implica que fuera un derecho menos elaborado, sino que se manifestó en formas distintas, muchas veces imbricadas en la práctica social, la oratoria judicial, la poesía y los documentos notariales; como expresiones comunes y reiteradas del arte y de las ciencias sociales y naturales, desarrollados por la cultura y civilización griega.

Es por tal razón que, comprender el Derecho Griego exige abandonar los esquemas heredados del Derecho Romano y acercarse a él desde su contexto cultural, político y lingüístico propio, reconstruyendo sus instituciones desde las fuentes materiales disponibles. Ahora, Wolf (1976) también señala que, en el mundo griego, las fuentes del derecho no se encuentran sistematizadas, sino dispersas en la ya mencionada poesía épica, donde ya se encuentran referencias a prácticas jurídicas y principios de justicia, las inscripciones legales en piedra o bronce, que contienen normas públicas y privadas (por ejemplo, leyes de Gortina en Creta), los discursos forenses de los logógrafos áticos (como Lisias, Demóstenes), que reflejan el funcionamiento práctico del derecho en los tribunales, y los papiros egipcios helenísticos, donde se documentan contratos, testamentos y mecanismos avanzados como la cesión de acciones; y que sin embargo, estas fuentes no estaban articuladas en una jerarquía normativa como la que existe en los sistemas jurídicos modernos (Wolff, 1976). Por tanto, la multiplicidad y convivencia de fuentes generaba un orden jurídico funcional, pero diverso y contextual, sujeto a interpretaciones múltiples según la polis o la situación, por lo que se podría afirmar entonces que el desarrollo del Derecho en la antigua Grecia no consistió en la elaboración de sistemas jurídicos codificados o dogmáticamente estructurados, como ocurriría más tarde en el Derecho Romano, y como también ya se identificó en subcapítulos precedentes, sino en la consolidación de criterios de análisis jurídico que, desde la vida política de la polis, influirían posteriormente en la jurisprudencia imperial romana y, a través de la misma, en todo el legado jurídico occidental (Wolff, 1976). Este autor considera también que, la falta de codificación o sistematización, no impidió, sin embargo, que el derecho griego resolviera conflictos mediante criterios funcionales, como la tradición, el consenso ciudadano, o la autoridad de la ley inscrita públicamente. Y es esta característica la que precisamente permitió la existencia de

zonas de ambigüedad jurídica, especialmente en casos donde coexistían normas escritas, prácticas sociales y argumentos retóricos contrapuestos; siendo este un fenómeno que tiene paralelos directos con el conflicto de fuentes en el sistema jurídico nacional, donde la coexistencia de normas constitucionales, leyes ordinarias, decretos legislativos y supremos, y especialmente jurisprudencia vinculante, costumbre jurídica y principios generales del derecho; puede dar lugar a incertidumbre normativa cuando no se establece claramente la prelación entre ellas, o cuando los operadores jurídicos acuden a diversas fuentes para sustentar interpretaciones contradictorias; lo que revela que, como sucedía con el Derecho Grecolatino, incluso sin un sistema jerarquizado de fuentes, es posible construir soluciones jurídicas válidas si se reconoce la diversidad de sus orígenes y se aplica una lógica interpretativa coherente. En nuestro contexto actual, donde el conflicto de fuentes se manifiesta en la superposición normativa y la dispersión legislativa, esta lección histórica resulta fundamental para construir criterios que fortalezcan la seguridad jurídica y la coherencia del sistema. Ahora, el Derecho Germánico, como lo señaló Eva Cantarella (2002) este se desarrolló en el territorio ubicado en la península balcánica y rodeada por el mar Egeo, en el cual la civilización griega se constituyó a partir de diversas culturas antiguas como la minoica, micénica y doria, y que se extendió también a numerosas islas que enriquecieron su actividad comercial y cultural (Cantarella, 2002); y fue esta diversidad la que contribuyó a forjar un pensamiento jurídico vinculado estrechamente con su visión de lo humano, la comunidad y el orden social; y a partir de estas fuentes fundamentar su desarrollo. Para Michael Gagarin (2005), estas fuentes tuvieron una fuerte influencia en el resto de disciplinas desarrolladas en la antigua Grecia, en una época prerrománica, tales como, la filosofía, la retórica, el humanismo, e inclusive otras más distantes, como la alquimia e incluso el arte; donde se veían reflejados elementos comunes como las virtudes que

cultivaban los filósofos antiguos; siendo uno de estas precisamente la justicia como virtud fundacional, cuya exaltación está presente desde los poemas de Hesíodo, en especial en “Los trabajos y los días”, a través de la introducción de dos nociones clave: i) témis, como la ley como mandato divino y orden legítimo) y ii) diké, como la justicia entendida como lo debido a cada uno (Gagarin, 2005). Gerhard Thür (2019) señala que el tránsito del derecho como expresión de autoridad (témis) hacia una concepción de justicia distributiva (diké), luego recogido por Aristóteles en su principio de “dar a cada uno lo suyo” (Ética a Nicómaco); culminaría con el tiempo en el concepto más abstracto de diakaiosyne, entendido no solo como justicia, sino como virtud ciudadana moral integrada a la formación del individuo (areté) y a la ley escrita como instrumento de objetivación de lo justo; dejando el derecho de ser una herramienta organizativa para ser parte del ideal educativo griego, tal como lo sugeriría Píndaro –al afirmar que la ley es el verdadero rey– o inclusive también Heráclito, al sostener que: “el pueblo debe luchar por su ley tanto como por sus murallas” (Thür, 2019, pág. 267). Sin embargo, para Eva Cantarella (2002) la relación entre Derecho y filosofía en el Derecho Germánico fue compleja; dado que, por ejemplo, Platón, en su etapa temprana (en su obra “La República”), privilegió la figura del rey-filósofo por sobre la ley escrita, considerando que la justicia auténtica debía residir en el sabio gobernante; mientras que, en su obra Leyes, reconoce la necesidad de codificación, elevando una función moral; mientras que Aristóteles, por su parte (en su obra Política), criticó esta visión, afirmando que el mejor gobernante debía someterse a la ley, pues “la ley es razón sin pasión” (Cantarella, 2002). Este diálogo establecido por dicha autora revela que, en Grecia, el derecho no era concebido como un sistema normativo autónomo, sino más bien, como una construcción ética y política vinculada al ideal del ciudadano virtuoso, donde el ethos (formación del carácter) pesaba más que el logos (argumento racional); pudiendo

concluirse que, en la antigua Grecia, el Derecho era un camino hacia la virtud cívica y no un fin en sí mismo (Cantarella, 2002). Y un ejemplo paradigmático de esta concepción, nos lo presenta Pedro Bonfante (1996) quien señala que puede observarse que, en la legislación de Licurgo en Esparta, el Derecho no consistía en leyes escritas detalladas, sino en normas consuetudinarias no codificadas (nomoi), con fuerte contenido educativo y comunitario, como virtud cívica (Bonfante, 1996). Entonces, Eva Cantarella (2002) explica que la prioridad no era la justicia individual sino más bien lo era el orden de la comunidad, expresado en reglas estrictas que regulaban incluso la vida adulta de los ciudadanos; tal y como lo expresa una fuente espartana citada por Tucídides, “ninguno era libre ni podía vivir como quería. Todos eran conscientes de que no se pertenecían a sí mismos, sino a la patria”. Pese a ello, para la citada autora, en la Grecia antigua no existía un sistema jurídico uniforme como tal; dado que cada polis tenía su legislación autónoma (denominada *αὐτάρκεια*), lo cual configuraba un marco regional dotado de normas propias, aunque basado en principios comunes (Cantarella, 2002). John McKesson Camp (2000) presenta un ejemplo paradigmático de lo señalado, el cual es el Código de Gortina (Creta), el corpus legal arcaico más completo que ha llegado a la fecha, inscrito en el bouleuterion de Gortina hacia el siglo V a.C. Este código, escrito en dialecto dórico y usando escritura boustrophedón, involucra más de 600 versos y regula temas como derecho familiar, propiedad, comercio, matrimonio, esclavitud e hijos. Aunque la gran mayoría de las leyes griegas no fueron codificadas, la influencia de Gortina se extendió: sus disposiciones fueron imitadas por otras polis y la tradición legal cretense llegó hasta los papiros egipcios y, posteriormente, al derecho romano en el este del Imperio (Camp, 2000). Asimismo, no hay que perder en mente que, dentro del Derecho Greco latino, a su vez coexistían algunos sub sistemas que presentaban entre sí, ciertas diferencias contrastantes.

Como ejemplo de ello, el ya citado Gerhard Thür (2019) señala que, el modelo espartano contrastaba con el ateniense, que era más abierto al debate público y a la igualdad jurídica formal, mostrando así dos enfoques distintos del Derecho: uno como justicia distributiva, y otro como orden social riguroso. Sin embargo, ambas visiones coexistieron y ofrecieron respuestas distintas a los desafíos del momento, generando aportes a la construcción posterior de la teoría jurídica romana, así como al derecho occidental moderno (Thür, 2019). Así, señala Panayotis J. Zepos (1962) que, en el derecho ateniense pese a no existir colecciones sistemáticas como en Gortina, se conservan referencias normativas en discursos judiciales y tratados filosóficos (Platón, *Leyes*; Aristóteles, *Política*), así como en el Papiro de Oxirrinco sobre la Constitución ateniense; en el cual, la codificación parcial, puede estandarizar procedimientos puede mejorar la justicia, pero también puede generar rigidez o abuso si las normas no se equilibran con valores comunitarios. Por ejemplo, en el caso de Dracon fue el primer legislador que codificó leyes en Atenas (circa 621-620 a.C.), publicadas en axones (tablas de madera) y luego en estelas, distinguiendo entre homicidio intencional e involuntario, aunque sus penas eran extremadamente severas. En cambio, Solón (594-593 a.C.) reformó el sistema, abolió las deudas y la esclavitud por deuda, y permitió que ciudadanos pobres participasen en jurados, estructurando un sistema más equilibrado y también participativo (Zepos, 1962). A lo que complementa Michael Gagarin (2005) cuando señala que, la justicia ateniense se administraba mediante tribunales populares compuestos por jurados (*dikastai*) sorteados de entre al menos 6,000 ciudadanos mayores de 30 años, con cantidades que oscilaban entre 201 y más de 1,000 jurados según la gravedad del caso, pagados desde la época de Pericles, resolvían tanto causas públicas como privadas, priorizando el juicio por la comunidad antes que la aplicación jerarquizada de normas. En este contexto, la oratoria forense era esencial

(Gagarin, 2005). Así, sostiene también dicho autor que, los discursos jurídicos áticos eran “luchas retóricas” más que aplicación mecánica de la ley escrita, con logógrafos (como Demóstenes) desempeñando una función cercana a la de los abogados modernos (ídem). En relación a ello, Antonio Carlos Wolkmer (2018), indicó que, el sincretismo de fuentes locales en Gortina, con influencias recíprocas y convergencia en contextos como el egipcio y el romano, sugiere la posibilidad de integrar normas diversas en un sistema coherente, evitando que la multiplicidad se convierta en vacío normativo. Por lo que, se puede concluir que, la pluralidad normativa griega –con coexistencia de leyes locales, tradición oral, discursos y codificaciones parciales– es un antecedente de los sistemas contemporáneos donde múltiples fuentes pueden interactuar o entrar en conflicto entre sí (Wolkmer, 2018). De otro lado, Pedro Bonfante (1996) explica que Esparta, con la Gran Rhetra atribuida a Licurgo (700 a. C.), representó un modelo autoritario, militarista y comunitario: Monarquía dual, Gerusia (consejo de ancianos), Apella (asamblea) y éforos. Normas consuetudinarias (nomoi), pocas escritas, priorizaban la educación y disciplina ciudadana sobre la reflexión jurídica individual; radicando el énfasis de este sistema jurídico en la formación de individuos para el bien colectivo, bajo un marco legal inquebrantable (Bonfante, 1996). Cantarella (2002) indica que la península balcánica y el mar Egeo fomentaron una sociedad marítima y comercial expuesta a múltiples influencias culturales. El redescubrimiento de los poemas homéricos durante el Renacimiento valorizó la reflexión griega sobre el derecho, sintetizada en el pensamiento clásico de Sócrates, Platón y Aristóteles (Cantarella, 2002). Así, podríamos concluir al igual que Juan Pablo Pampillo Baliño (2014), que el derecho griego se definió entonces por 5 rasgos distintivos: a) Su carácter innovador, al establecer una idea conceptual del derecho por primera vez; b) Su expresión simbólica y abstracta, lo que lo vinculó a la filosofía; c) El inicio de la secularización,

desvinculando progresivamente lo jurídico de lo divino; d) Su inserción en una visión del hombre y el cosmos, donde la ley refleja un orden universal; y e) Su orientación hacia las polis, entendida como microcosmos regulado por clanes, consejos y basileus, con un derecho propio (Pampillo Baliño, 2014). Entonces, el Derecho griego no legó códigos ni estructuras cerradas, sino una forma de pensar el Derecho como realización del ideal humano y comunitario. Su valor para el jurista contemporáneo no reside en su contenido normativo, sino en su capacidad para iluminar la función de las fuentes como expresiones de cultura, moral y política. Recuperar esta mirada histórica es clave para abordar las fuentes de nuestro sistema jurídico, no desde una técnica normativa, sino desde una perspectiva integradora, crítica y humanista. El legado del sistema jurídico griego fundamenta la ciencia política y jurídica occidental. Por tanto, la historia del derecho griego permite identificar un fenómeno que resuena con las tensiones del derecho contemporáneo: la pluralidad de fuentes sin una jerarquía rígida. En Grecia coexistían entonces la costumbre, ley escrita, la ética social y la filosofía política. Ello, es relevante, en cuanto en parangón, Carlos Fernández Sessarego (2003) reconoce que, del mismo modo, en el Perú actual conviven múltiples fuentes – constitucionales, legislativas, jurisprudenciales, doctrinales y consuetudinarias– que pueden entrar en conflicto si no se definen criterios claros de validez, prelación o integración (Fernández Sessarego, 2003). La experiencia griega demuestra que una pluralidad normativa no necesariamente conduce al caos si se sustenta en un marco axiológico y educativo común. En cambio, la desconexión entre normas, instituciones y valores, como a veces ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, puede agravar la incertidumbre jurídica y afectar tanto la coherencia normativa como la confianza ciudadana en el sistema de justicia. Con este sistema jurídico se completa, por lo menos, para los efectos perseguidos en la presente investigación, los antecedentes

históricos principales del Civil Law, el mismo que a modo de conclusión se conforma por el Derecho Romano Germánico Grecolatino; y que, si bien tuvo influencia también del derecho canónico, este se desarrollará más adelante.

1.1.2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL COMMON LAW

Una vez desarrolladas las fuentes del derecho de los sistemas jurídicos que sirvieron de base para el desarrollo histórico que permitió consolidar el actual sistema jurídico del Civil Law; corresponde ahora también en la presente investigación efectuar un análisis comparativo de las fuentes del derecho en el sistema Common Law, ya que ello resulta esencial también para comprender los desafíos que enfrenta la determinación de fuentes de derecho en el ordenamiento jurídico peruano en el contexto de una creciente interacción con normas y principios propios de otros sistemas jurídicos externos, como las antes citadas tradiciones jurídicas como para del insumo para su construcción actual y vigente. Ello especialmente, en cuanto, en un escenario globalizado y de constantes reformas normativas, el derecho nacional se ve cada vez más influenciado por mecanismos y estructuras normativas provenientes de modelos extranjeros que cuentan con tradiciones con fundamentos conceptuales y jerárquicos diversos, y muchas veces, sustancialmente diferentes del nuestro. Como ejemplo de lo señalado, se puede advertir de nuestro actual ordenamiento jurídico, que pese a mantener una clara raíz predominantemente del sistema jurídico del Civil Law, ha venido incorporado progresivamente, elementos de otros sistemas jurídicos, como puntualmente del Common Law o derecho anglosajón, en particular a través de ramas como el derecho internacional, el arbitraje, la inversión extranjera y los tratados multilaterales. Y esta convivencia normativa plantea interrogantes respecto a la aplicación jerárquica, la interpretación y la coherencia del derecho nacional; de modo que, comprender cómo se configuran y operan las fuentes del derecho en el Common Law permite establecer una base teórica sólida para identificar los puntos de fricción que pueden surgir en nuestro sistema jurídico cuando se superponen o contraponen normas provenientes de distintas tradiciones.

Así, en este capítulo se aborda el origen, la evolución y las principales características de las fuentes del derecho en el Common Law, con un énfasis central en el papel determinante que ocupa el precedente judicial o la jurisprudencia como fuente del derecho vinculante. Asimismo, en su relación con la legislación, a fin de contrastar este modelo con el sistema de fuentes vigente en el Perú y facilitar una comprensión integral del fenómeno de conflicto de fuentes en nuestro entorno jurídico, a partir del análisis también de este sistema externo. Con lo señalado, se pretende dejar en claro que, si bien es cierto, la presente investigación no se centra en concreto en analizar los distintos sistemas jurídicos en el mundo, si pretende abordarse su estudio de manera transversal, a fin de poder en base a un marco conceptual completo, analizar las fuentes del derecho adjetivo nacional y su posible o eventual colisión. Así, en primer lugar, debemos comenzar el análisis abordado en el presente subcapítulo señalando que, como resulta casi una obviedad, el sistema jurídico del Common Law o derecho anglosajón, como lo señaló John Henry Merryman (2018) surgió en Inglaterra, y lo hizo tras la conquista normanda de 1066, como un esfuerzo por unificar las prácticas jurídicas dispersas que coexistían en los distintos feudos existentes en dichas zonas, y especialmente a través de los tribunales reales, se fue consolidando un cuerpo normativo común –de ahí su nombre– basado no en leyes escritas, sino en las decisiones judiciales adoptadas en casos concretos, las que fueron adquiriendo autoridad conforme se repetían y eran aceptadas por los jueces, sentando las bases del principio del stare decisis, es decir, la obligación de seguir precedentes de decisiones previas (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018). Ahora, para René David (2010), este modelo marcó históricamente una ruptura significativa con las tradiciones codificadas del Civil Law predominante en la mayor parte de Europa, dado que en el Common Law, la jurisprudencia no solo interpreta la ley, sino que constituye en sí misma una fuente primaria del derecho, como fuente creadora del mismo, a lo que se sumaron, los statutes (leyes aprobadas por el Parlamento) y las normas de equidad desarrolladas por la Chancery Court, que buscaban corregir las rigideces del derecho común. El resultado fue un sistema flexible,

evolutivo y basado en la experiencia práctica de los tribunales, en el que el derecho se construye caso por caso (David & Jauffret-Spinosi, 2010).

Konrad Zweigert (1998), explica que entre los rasgos más relevantes del Common Law se encuentra la ausencia, en algunos casos, de una constitución escrita o de un cuerpo normativo codificado de manera exhaustiva, y que, en su lugar, las fuentes primarias del derecho son las propias decisiones judiciales, especialmente aquellas emitidas por los tribunales superiores, las cuales tienen carácter vinculante bajo el principio del *stare decisis* las mismas que únicamente pueden ser revertidas por el mismo tribunal que las emitió o en su defecto por medio de una ley aprobada por el legislador (Zweigert & Kötz, 1998).

Hugh Collins (2008), explica que otro aspecto distintivo del Common Law es la amplia libertad contractual, dado que, a diferencia del Civil Law, donde muchas disposiciones están implícitas por la ley en los contratos, en el derecho anglosajón, los contratos rara vez contienen cláusulas implícitas, salvo en casos puntuales, como aquellos destinados por ejemplo a la protección de consumidores, como excepción a la regla general (Collins, 2008). Para Frederick Schauer (1989), la escasez de previsiones legales implícitas señalada por el anterior autor, obliga a las partes a establecer de manera específica, expresa y detallada, todos los términos que regulan su relación contractual, lo cual suele traducirse en contratos más extensos que los que se elaborarían en sistemas propios del Civil Law (Schauer, 1989). Adicionalmente, Allan C. Hutchinson (2012) nos explica como otra característica resaltante del Common Law, correspondiente a una menor preceptividad normativa, en el sentido en que, se asume que todo lo que no está expresamente prohibido por la ley está permitido; lógica que implica que, en ciertos casos, los gobiernos deban intervenir mediante legislación específica para salvaguardar derechos fundamentales o intereses colectivos, como la prohibición de que los proveedores de servicios públicos interrumpan el suministro del servicio a usuarios morosos, siempre y cuando se trate de uno esencial (Hutchinson, 2012). Ahora, al igual que la metodología empleada en el estudio del Civil Law, en esta investigación se pretenderá desarrollar las fuentes de este sistema jurídico a partir de varias perspectivas, siendo una de las principales su

desarrollo histórico evolutivo en el tiempo. Así, John Baker (1979) explica la historia del Common Law, a partir de la propia historia del Derecho Inglés del cual surge, y para el cual, corresponde resaltar el año de 1178, en el que sucede un acontecimiento importante, cuando Enrique II estableció una curia regis permanente con cinco jueces, por medio de lo cual normalizó la administración de justicia delegada ordinaria y reservó solo los asuntos más complejos para el monarca (Baker, 1979). Frederic William Maitland (2016), señaló que, este sistema fue evolucionando a partir de diferentes acontecimientos histórico-políticos, como, cuando, entre 1199 y 1216, el rey Juan I (King John), por la pérdida de Normandía, provocó un mayor enfoque en los asuntos internos ingleses a favor del sistema de apelaciones coram rege (Maitland, 2016). Por su parte Ugo Mattei (1992), explica que, durante el periodo señalado anteriormente (1199-1216), el Tribunal de justicia (Common Bench) empezó a ocuparse de las causas comunes (common pleas), es decir, de los litigios civiles entre particulares (Mattei, 1992). Es una parte importante en este proceso evolutivo del sistema, el proceso de colonización, dado que, como expone Roscoe Pound (1966), es recién posteriormente, con la colonización, que el Common Law se trasladó a Norteamérica, en cuyas colonias se carecía de jueces profesionales y cultura jurídica consolidada, por lo que al principio predominaron los mandatos legislativos imperiales y, posteriormente, los trabajos doctrinarios (Pound, 1966). En ese mismo sentido se manifiesta Mortimer Sellers (2008), quien insiste en que, si bien este sistema jurídico nació en Inglaterra, tuvo un fuerte desarrollo desde haberse implantado durante la colonización inglesa en Norteamérica, a partir del siglo XVII (Sellers, 2008). Hein Kötz (1998), señaló que, a partir de ese momento, este sistema jurídico se extendió desde Virginia a Massachusetts y Pensilvania, donde anteriormente las disputas se resolvían incluso por autoridades religiosas, basándose en la Biblia, y que ello fue reemplazado y adaptado a la realidad del sistema del Common Law en E.E.U.U. (Zweigert & Kötz, 1998). Ugo Mattei (1992), en la misma línea de lo señalado, refiere que recién a partir de la independencia norteamericana, y la creación de sus convenciones constitucionales, como la Constitución Política de los Estados Unidos de América de 1787

(ratificada en 1789), redactada en Filadelfia, y en base a la cual, en ese mismo año se publicó el primer law report en Connecticut, por parte de Ephraim Kirby, editor de Litchfield y estudiante de Yale; que se desarrolló un concepto innovador de dicho sistema jurídico: el “case law” (Mattei, 1992). Ahora, el case law estadounidense, como lo señala Rodolfo Sacco (1989), incluye distintas categorías, siendo estas: a) Pure decisional case law, y que se encuentra basada únicamente en precedentes sin referencia a legislación, también llamada judicially-created doctrine; b) Case law based on constitutional provisions, y que se encuentran derivados de disposiciones constitucionales; y finalmente c) Case law based on statutory provisions, fundados en las leyes o regulaciones específicas de orden infra constitucional (Sacco, 1989). Para Adam Rigoni (2014), en general, las cortes americanas por el principio del case law utilizan el razonamiento analógico, buscando similitudes entre source y target para aplicar precedentes (Rigoni, 2014); lo que adiciona a la concepción del desarrollo del Common Law. Las Cortes Americanas, según Thomas Lee (1999), comprenden en su sistema judicial federal un total de 94 tribunales de distrito, 13 circuitos de apelación y una Corte Suprema (Lee, 1999), lo que permiten la aplicación de este concepto jurídico a lo largo de todo el país. También corresponde definir el sistema jurídico del Common Law, a partir de entender su sistema de administración de justicia en su expresión estructural orgánica; dado que, de la diferencia de la aplicación del sistema en los tribunales de justicia se podrá entender de mejor manera a las fuentes de derecho de este sistema en comparación con el Civil Law.

Así, Douglas Smith (1996), expone que, en el Common law, tanto la VI como la VII Enmienda de la Constitución de EE.UU. garantizan el derecho al juicio por jurado: la primera para procesos penales, y la segunda para juicios civiles. El jurado está compuesto por doce miembros en tribunales federales y por lo menos seis en los estatales, siendo su participación obligatoria mediante el llamado jury duty. En primera instancia, los jurados determinan los hechos, guiados por las instrucciones sobre la ley y la prueba que les proporciona el juez. Este último dirige el proceso, decide las sanciones, y otorga el parole (libertad condicional) y la fianza (bond) (Smith D. , 1996). Beverly Petersen (1984), adiciona que los

miembros del jurado se seleccionan de registros como licencias de conducir o documentos de identidad para asegurar su imparcialidad. Luego, mediante el proceso denominado voir dire, tanto la defensa como la fiscalía pueden recusar a ciertos jurados para formar el panel definitivo de seis o doce personas, dependiendo del tipo de tribunal (Petersen, 1984). Murray Bowes (1972) complementa que, los únicos requisitos para ser jurado son edad legal, residencia en la jurisdicción y ciudadanía estadounidense, y su participación, más allá de ejercer control democrático, ayuda a que el sistema proteja minorías étnicas (Bowes, 1972). Camille Jauffret-Spinosi (1998), explica además que, el sistema estadounidense, concretamente en el proceso penal, ofrece figuras como: i) Parole, por la que el juez concede libertad condicional, revisable tras un cierto período; y ii) Plea bargaining, que es una negociación entre defensa y fiscalía donde el acusado se declara culpable de un delito menor a cambio de una pena más baja. René David (1998), ejemplifica ello, señalando que, un acusado podría declararse culpable de homicidio en primer grado para recibir una condena por homicidio en segundo grado; donde el juez determina la pena, que suele ser acumulativa. En este sistema, y puntalmente en Estados Unidos, tanto abogados como jueces desempeñan sus funciones bajo la autoridad de las cortes del estado donde ejercen, y los que trabajan como profesores de derecho o asesores in-house no están bajo supervisión judicial, pero son sí, parte del colegio de abogados estatal (Bar Association) (David & Jauffret-Spinosi, 1998). En relación a ello, y solo como un comentario adicional, Thomas Lee (1999), señala que en Estados Unidos, la colegiatura habilita a los abogados para ejercer legalmente solo en ese estado; mientras que para la jurisdicción federal; se solicitan requisitos comunes tales como: 1) Título de licenciatura (college, cuatro años); 2) Estudios de Derecho (Juris Doctor - J.D.) por tres años en una Law School, con criterios de admisión basados en Grade Point Average - GPA y exámenes estandarizados como Scholastic Aptitude Test - SAT y Law School Admission Test - LSAT (con un promedio superior a 3.5); y 3) Aprobación del examen estatal de colegiatura –el Bar exam– que tiene dos partes: preguntas de opción múltiple (idénticas en todos los estados) y un segundo día con preguntas escritas específicas de cada estado

y una prueba uniforme federal. El rendimiento en esta prueba determina la calidad de las facultades de Derecho. Posteriormente, el título de J.D. permite seguir estudios de posgrado como el Legum Magister - LL.M. (1 año a tiempo completo o 2 a tiempo parcial) o el máximo grado académico estadounidense: Doctor of Juridical Science (clasificación - tres a cinco años); y el acceso a cargos públicos –como el de juez– suele estar reservado a quienes acreditan altos méritos académicos, similar a Francia, Italia o Alemania (Lee, 1999). Ahora, regresando al desarrollo del sistema jurídico del Common Law, se hace presente que se desarrolló todo este sistema de administración de justicia de uno de los países donde más perfeccionamiento tuvo, como lo es Estados Unidos, en cuanto, a consideración personal resulta necesario para entender precisamente sus fuentes del derecho, dado que, como se anticipó, y se desarrolla más adelante, se compone por la jurisprudencia que emana de estos. En base a lo señalado, y abordando concretamente el desarrollo de las fuentes del derecho de este sistema jurídico, debemos partir del concepto general que el elemento más distintivo del Common Law es el uso de la jurisprudencia, la que para René David (2007) precisamente se constituye como la fuente principal de su derecho; dado que, en este sistema, la interpretación judicial se convierte en un precedente vinculante (binding), cuando la corte tenga el estatus adecuado (David, 2007). Precisa Alfredo Bullard (2002) que, para este sistema jurídico, las cortes inferiores están obligadas a seguir fallos de instancias superiores (ratio decidendi), mientras que los obiter dicta tienen un carácter persuasivo (Bullard, 2002). Sin embargo, el mismo René David (2007) adiciona que, cuando los hechos de un caso difieren sustancialmente de un precedente, la corte puede rechazarlo (David, 2007). Y en respuesta a ello, es también Alfredo Bullard (2002) quien agrega que, además, un precedente puede ser invalidado por otros superiores o por legislación nueva; sin embargo, solo se revierte cuando directamente afecta a las partes implicadas en este (Bullard, 2002). Sin embargo, habiéndose precisado de manera introductoria la fuente principal de este ordenamiento jurídico, corresponde también abordar el análisis de sus fuentes del derecho, respecto al estudio del origen histórico de las mismas. Para Teresa Alvim (2010) el origen de fuentes del Common

Law deriva del derecho consuetudinario, ya que sus normas históricas se basan en costumbres locales respaldadas por precedentes (Alvim, 2010). Y aunque no existen códigos, sí se ha desarrollado un derecho escrito paralelo al no escrito. René David (2007) citó a Holmes, quien textualmente indicó, respecto a este sistema: “El derecho no ha sido gobernado por la lógica, más bien por la experiencia” (David, 2007).

Es por tal razón que, Mortimer Sellers (2008) señala que la figura central de todo el ordenamiento en el Common Law, resulta ser el Poder Judicial, y concretamente el juez –como su operador y representante por excelencia– quien debe aplicar el derecho, y a partir de ello, crear precedentes basados en las costumbres o incluso introducir nuevas regulaciones sin una base previa; lo que proporciona una gran agilidad al sistema, lo que además, contrasta con el sistema del Civil Law, donde la creación normativa se sujeta al legislador o mediante delegación al ejecutivo, con un proceso político más prolongado (Sellers, 2008). Sin embargo, Teresa Alvim (2010) explica que, el precedente judicial en el sistema jurídico del Common Law, debe de cumplir con ciertas condiciones que han sido desarrolladas a partir de su propio desarrollo, siendo condiciones esenciales, principalmente, la predictibilidad jurisprudencial, y por medio de esta, la estabilidad, la uniformidad y la solidez de sus decisiones a fin de que sean aplicables en todo el sistema (Alvim, 2010). En ese mismo sentido, Frederick Schauer (2011) adiciona que, el juez debe seguir criterios idénticos a los de decisiones anteriores para que sean considerados como precedentes en su propia fundamentación, lo que realiza en base a dos dimensiones: i) Por un lado, una dimensión vertical, entendida como aquella obligación de acatar las decisiones de instancias superiores (cortes de apelación y Corte Suprema); y ii) por otro lado, una dimensión horizontal, entendida como la obligación de cumplir decisiones propias anteriores de la misma corte; es decir, el antes citado principio *stare decisis* (Schauer, 2011). Este principio, para Thomas Lee (1999), surgió en el siglo XVIII como una política inteligente del Gobierno Americano, que buscaba preservar la legitimidad judicial y asegurar que las cortes actúen conforme a la *rule of law* (reglas de la ley), y no a la política (Lee, 1999).

Para Aarón Oyarce-Yuzzelli (2019), este principio promueve la economía judicial, la equidad, la predictibilidad y sirve como control frente a decisiones arbitrarias; advirtiéndose un claro ejemplo del mismo, en el caso *Obergefell vs. Hodges* del año 2015, en el que la Corte Suprema de EE.UU., basándose en la Decimocuarta Enmienda, estableció el matrimonio igualitario (same-sex marriage) en todo el país, sin la necesidad de emitirse una disposición normativa legislativa; y al ser dicha sentencia de obligatorio cumplimiento (erga omnes), ningún tribunal estatal puede contradecir a la misma (Oyarce-Yuzzelli, 2019). Vittorio Scialoja (1879), expone otra de las características que sustentan el desarrollo de esta fuente del derecho, la misma que se denomina “equidad” (o equity en su idioma original), y que actúa como complemento cuando el derecho positivo resulta insuficiente o rígidamente injusto. En otras palabras, los jueces “equitativos” podrán considerar factores específicos del caso y permitir soluciones más justas, conforme a criterio moral y social (Scialoja, 1879). Alessandro Raselli (1927), asemeja esta facultad discrecional del juez, a la del poder legislativo (Raselli, 1927); aunque, como lo precisa Geoffrey Chevalier-Cheshire (1998) opera in personam, afectando a las personas, y no a bienes; por ejemplo, en Inglaterra, trusts para tutores menores (Chevalier-Cheshire, 1998). Fernando Della-Rocca (1957), señala que este principio resulta una herencia de la propia tradición pre latina, concretamente griega, dado que ya en ese entonces, según Aristóteles “cuando la ley habla en sentido general, pero se refiere a factores particulares, lo que el mismo legislador hubiese dicho si hubiese estado presente, y lo hubiese prescrito de esa manera en sentido particular” (Della-Rocca, 1957). Con ello, podemos tentar como definición propia de esta característica que, por equidad en el Common Law, se debe entender que, en las resoluciones judiciales se debe considerar un criterio moral y social al momento de aplicar los precedentes judiciales y el propio derecho positivo a casos concretos, ello a fin de permitir soluciones más justas, eficaces y eficientes. Esta característica, para Aarón Oyarce-Yuzzelli (2019), se aplica también en nuestro sistema jurídico nacional, especialmente en la resolución de conflictos de comunidades indígenas y campesinas, a las que se les reconoce constitucionalmente su derecho a

regirse por sus propias costumbres, como parte del derecho consuetudinario (Oyarce-Yuzzelli, 2019). Habiéndose expuesto estas características (el *stare decisis* y la *equity*), se puede tener ya un concepto claro de la administración de justicia en el sistema del Common Law, y en base a ello, también tener presente el contenido y aplicación de la fuente del precedente judicial. Ahora, según Toni Jaeger-Fine (1999), además del ya mencionado precedente (derivado del fallo judicial, que puede ser vinculante u *obiter persuasivo*, y en base al cual, las cortes tienen la facultad de anular sus propios precedentes); otras de las principales de este sistema jurídico son: a) la legislación, que es aprobada por el congreso federal y estatales, bicamerales, y en base a al cual, los jueces, al interpretarla, deben atender la intención del legislador; b) la normatividad administrativa, que es emitida por agencias creadas por ley, con funciones ejecutivas y jurisdiccionales; c) las agencias ejecutivas, que son dependientes del presidente (ministerios de su gabinete); d) las agencias independientes, y que son autónomas de los poderes gubernamentales; y finalmente e) la doctrina, que, entendida como opiniones jurídicas expresadas en sentencias; que influye en el razonamiento legal (Jaeger-Fine, 1999). Pese a todas estas otras fuentes, Rupert Cross y James William Harris (1991), enfatizan que, el Common Law, se caracteriza por la centralidad de la jurisprudencia como fuente de derecho, en contraposición al sistema Civil Law, donde la ley ocupa un lugar predominante; por lo que, podríamos reducir las fuentes del derecho en este modelo jurídico al precedente judicial, la legislación, la costumbre, la doctrina, así como la razón (Cross & Harris, 1991). Ahora, corresponde entonces, efectuar un breve desarrollo de estas fuentes, pero desde la óptica del sistema del Common Law, a fin de poder contrastar su contenido con las nuestras. Así, en primer lugar, respecto a la principal fuente de este sistema jurídico (el precedente), se puede señalar que, como refiere Camille Jauffret-Spinosi (2010), esta fuente, también denominada en este sistema jurídico como “*case law*”, constituye la piedra angular de este; y a diferencia de los sistemas jurídicos codificados, el derecho anglosajón se ha desarrollado históricamente mediante la resolución de casos concretos, presentando sus antecedentes más remotos al siglo XIII en el que ya se documentaban

decisiones judiciales en los conocidos yearbooks (alrededor del año 1260), los cuales después evolucionaron hacia los law reports, fuentes oficiales donde se recopilan fallos más relevantes (David & Jauffret-Spinosi, 2010). Rupert Cross (1991) señala que los precedentes vinculantes en este sistema, no solo interpretan el derecho vigente, sino que, en muchos casos, lo crean (Cross & Harris, 1991). Adicionalmente James Holland (2019), precisa que el precedente se compone de dos partes: la ratio decidendi, que es la justificación jurídica esencial de la decisión y que tiene carácter vinculante, y el obiter dictum, que son opiniones accesorias o reflexiones del juez que no poseen fuerza obligatoria, pero pueden tener valor persuasivo (Holland & Webb, 2019). A consideración personal, este sistema funciona dado a la organización estructural de administración de justicia que presentan los países que los siguen, y que, si bien ya fue anticipado previamente, nos lo precisa David Kelly (2020), quien indica que los tribunales están organizados jerárquicamente determinando el valor vinculante de los precedentes. Por ejemplo, las decisiones de la Cámara de los Lores (actual Corte Suprema) vinculan a todo el resto de los tribunales inferiores. Asimismo, la Corte de Apelación se vincula a sí misma y a tribunales subordinados, mientras que tribunales de menor jerarquía, como los county courts o los magistrates' courts, no generan precedentes vinculantes (Kelly, 2020). Si bien lo expuesto hasta la fecha corresponde la norma general en cuanto a las características de los precedentes vinculantes como principal fuente del derecho del Common Law, John Henry Merryman (2018) señala que existen excepciones al principio de stare decisis, tales como el mecanismo de distinguishing, que permite al juez no aplicar un precedente cuando logra demostrar que el caso presente es sustancialmente diferente al anterior. Asimismo, tras la reforma de 1966, la entonces Cámara de los Lores pudo apartarse de sus propios precedentes mediante el mecanismo de overruling, permitiendo así la evolución de este derecho a través de un cambio jurisprudencial (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018). A mayor detalle, Pérez-Perdomo (2018) precisa que el distinguishing es el mecanismo que permite a un juez de un tribunal inferior o igual no aplicar un precedente vinculante establecido por uno superior (o por sí mismo) cuando el juez actual

demuestra que los hechos materiales (material facts) del caso que tiene ante sí son sustancialmente diferentes de los hechos del caso que originó el precedente (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018). De otro lado, en cuanto al overruling, Camille Jauffret-Spinosi (2010), señala que es el mecanismo mediante el cual un tribunal superior (o el mismo tribunal en una composición posterior) anula o en todo caso revoca un precedente que ha sido establecido previamente. Este mecanismo implica que la regla de derecho contenida en el precedente anterior deja de ser derecho válido para casos futuros o próximos (David & Jauffret-Spinosi, 2010). En el caso peruano, tenemos un ejemplo concreto de la incorporación de este último mecanismo propio del Common Law (overruling) a nuestro propio ordenamiento, a través del artículo 400° del Código Procesal Civil, que permite a los magistrados supremos civiles a través de un pleno, emitir una sentencia que constituya o varíe algún precedente judicial. Ahora, en cuanto a las otras fuentes de este sistema tenemos que, Brian Thompson (2021), señaló que, la ley, en el Common Law, al igual que en nuestro propio sistema, emana del Parlamento, que es el órgano soberano del sistema; sin embargo, en este la función judicial sigue siendo determinante, ya que toda norma requiere de una interpretación judicial para que se integre al ordenamiento como parte del derecho aplicable (Thompson y otros, 2021). Y si bien para este sistema jurídico, esta positivación de la norma, también encuentra su máxima expresión en el cuerpo constitucional federal, como en el caso de Estados Unidos, Albert Venn Dicey (1915) señala que, en ausencia de una constitución codificada, el sistema anglosajón se sustenta en otros documentos históricos tales como por ejemplo, en Inglaterra la Magna Carta (1215), la Petition of Right (1628) y el Bill of Rights (1689), los que son considerados pilares fundamentales de su orden constitucional no escrito (Dicey, 1915). Sin perjuicio de ello, si bien la ley es una fuente importante en el Common Law, como se anticipó previamente, a este derecho le antecede el derecho consuetudinario, cuya principal fuente es la costumbre, la que, para Sir William Blackstone (1979), debía de cumplir con ciertos requisitos, tales como antigüedad, aceptación general, razonabilidad, consistencia con otras normas y obligatoriedad; por lo que, en este sistema esta fuente

también tuvo un rol central, especialmente en las primeras etapas de su desarrollo, dado que, con el ascenso del precedente judicial, su función ha devenido en subordinada especialmente en la creación del derecho, salvo en algunos ámbitos específicos sin precedentes claros (Blackstone, 1979). De otro lado, James Holland y Julian Webb (2019) coinciden en señalar que, en este sistema jurídico, la razón también es una fuente del derecho, la misma que debe ser entendida como la aplicación de principios generales y de la lógica jurídica, pero opera como una fuente subsidiaria destinada a cubrir lagunas legales. Se recurre a ella especialmente en casos inéditos, donde no existe legislación aplicable ni precedente judicial. Su función es garantizar una solución justa y coherente con el sistema normativo (Holland & Webb, 2019).

A lo señalado, adiciona David Kelly (2020) que, la doctrina, debe ser entendida como las opiniones y estudios de juristas especializados, y que tiene un carácter no vinculante pero persuasivo; siendo utilizada tanto por las partes como por los jueces como herramienta argumentativa y de orientación en la interpretación del derecho. Aunque no constituye fuente formal, su influencia doctrinaria es notoria en el desarrollo jurisprudencial (Kelly, 2020). Por lo que, en base a lo señalado por los autores antes citados podemos concluir de su estudio que, las fuentes principales del Common Law, son en primer lugar el precedente judicial (o jurisprudencia), seguido de la ley, la costumbre, la razón y la doctrina, en el orden señalado, debido a su importancia, y considerando especialmente su rol creador de derecho. Así podríamos concluir la definición conceptual de este sistema jurídico a partir de lo desarrollado por Harold J. Berman (1983) quien señala que, el Common Law configura un sistema jurídico altamente dinámico, donde la jurisprudencia cumple un papel central como fuente del derecho, y donde la flexibilidad normativa requiere de una constante adaptación legislativa frente a los desafíos sociales y económicos contemporáneos (Berman, 1983), a lo que complementa Ugo Mattei (1992) que, el mismo tiene como característica determinante que, el juez tiene la capacidad de crear derecho mediante sus fallos judiciales (Mattei, 1992).

Ahora, para finalizar sobre este capítulo introductorio de este sistema, y previo a fundamentar, tal y como se realizó con el Civil Law, el análisis del sistema también a partir de sus principales tradiciones histórico jurídicas del que se desarrolló y surgió –que en el presente caso corresponden al Derecho Inglés y el Derecho Norteamericano– (a mayor detalle de lo ya desarrollado), corresponde también hacer una referencia, y precisamente para cumplir el propósito de la presente investigación, a cómo las fuentes del derecho de este sistema jurídico han venido influyendo en el sistema jurídico del Civil Law, y puntualmente en el ordenamiento jurídico procesal nacional, especialmente hoy en día. Un doctrinario que efectúa un interesante análisis jurídico del contraste e influencia mutua de ambos sistemas es Michele Taruffo (2022) quien, a diversos artículos, pero particularmente en la mención de su obra a través de la cual aborda la temática del proceso civil de "Civil Law" a "Common Law", en cuanto habló de los poderes del juez y la justicia civil, señala que, actualmente vivimos una época marcada por una atracción casi irresistible por “lo inglés” o lo angloamericano; la cual se explica a partir de que la lengua inglesa se ha convertido en la lengua franca de la comunicación universal, el vehículo de la ciencia y los convenios internacionales. En ese contexto, el Derecho inglés o el derecho redactado en inglés suele considerarse como un modelo a seguir, una referencia “franca”. Hasta el ejercicio de la abogacía se adapta a un bufete multidisciplinar de corte angloamericano. Incluso el lenguaje jurídico muestra indicios de servilismo hacia “lo inglés”: desaparece el adjetivo “jurídico” y surge el uso sistemático de “legal”, cuyo significado en el derecho continental es más restringido. Así, la proliferación de cursos de “legal English” empobrece el rico patrimonio idiomático de nuestra tradición jurídica Civil Law (Taruffo y otros, 2022). Este fenómeno se evidencia, según Carlos Melón Infante (1955), en su traducción del BGB alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) que corresponde al Código Civil de Alemania dentro del Tratado de Derecho Civil Alemán (de los autores Enneccerus, Kipp & Wolf), donde advierte la sustitución sistemática del lenguaje jurídico anclado en la tradición continental por formas anglo-normandas tradicionales en Alemania (Melón Infante, 1955).

Es más, inclusive para Ralf Rogowski (1996), este fenómeno se ve reflejado inclusive desde el uso creciente de expresiones como “asesoramiento legal” en lugar de “asesoramiento jurídico” o las referencias reiteradas al “case law”, o “overruling”, en las sentencias judiciales emitidas en sistemas de Civil Law, lo que muestra hasta qué punto ha permeado el modelo anglosajón en los sistemas civiles continentales, que inclusive hacen pensar en algún momento que no tiene sentido distinguir el ordenamiento civil del patrón anglosajón. Es más, resalta este autor, inclusive la propia denominación “Civil Law” surge justamente en contraposición al sistema jurídico angloamericano (“Common Law”) (Rogowski, 1996). Similar observación a la realizada por Konrad Zweigert (1998), quien señala que, si bien el sistema de derecho civil continental agrupa sistemas como el español dentro del denominado “círculo jurídico románico”, el propio término de “Civil Law” con el que se conoce este sistema, es un concepto originado en la propia escuela inglesa, con el propósito de designar la cultura jurídica de Europa continental frente a la suya (Zweigert & Kötz, 1998). En este sentido, Eugen Bucher (2004) subraya que esta distinción de denominaciones también abarca a Latinoamérica, asociada a la misma tradición continental (Bucher, 2004), en la que, también se ha venido adoptando la denominación de “Civil Law”, en reemplazo del antes denominado sistema romano germánico con el que se definía nuestro derecho; a suerte de querer, como lo refería en esencia Taruffo “anglosajonizarnos”, mellando nuestra propia tradición jurídica diferenciada; resultando esto también un fenómeno contrapuesto al del sistema de la vereda de al frente, en el que, como indica Reinhard Zimmermann (2000), los juristas ingleses sienten un orgullo por la independencia nacional de su Common Law, entendida como una conquista cultural propia de su sistema jurídico (Zimmermann, 2000). Lo que se ejemplifica a partir de la resistencia del sistema anglosajón a la incorporación de conceptos exógenos de otros sistemas, y particularmente del Civil Law continental y latinoamericano, tal como lo resalta Hein Kötz (1998) respecto a la desconfianza profunda del pensamiento jurídico inglés hacia las generalizaciones teóricas y el énfasis en la iteración sentencia tras sentencia (Zweigert & Kötz, 1998,

pág. 69). O como lo refiere Wolfgang Fikentscher (1975) cuando destaca esta resistencia inglesa a las generalizaciones (Fikentscher, 1975, pág. 6). Asimismo, Dieter Blumenwitz (2003) subraya las divergencias metodológicas en la determinación de la norma aplicable (Rechtsfindung) entre ambas culturas jurídicas (Blumenwitz, 2003), lo que, permite concluir que el contraste con el Common Law otorga significado al concepto de Civil Law, lo que hace imprescindible la referencia a dicho sistema para comprender su propia tradición jurídica; aunque sin dejar de reconocer que pese a su resistencia también el Common Law incorpora al Civil Law actual. En el caso concreto del ordenamiento procesal nacional, se puede señalar que esta interacción con el sistema del Common Law, se ve reflejada a partir de la incorporación de diversas instituciones introducidas progresivamente –como el precedente vinculante, la oralidad procesal, o la figura del juicio por jurado en el plano teórico– que han generado más de un debate académico y una integración real al modelo jurídico nacional contemporáneo. Ahora, para finalizar con este análisis comparativo, corresponde también reconocer que, quizás la primera influencia del sistema jurídico del Common Law hacia el sistema de derecho civil continental (Civil Law), se vio reflejado a partir del razonamiento judicial, para lo cual, Mauro Cappelletti (1989), señala que, en el Common Law, al ser un sistema jurídico más dinámico, donde al ser su principal fuente el precedente y la jurisprudencia, el rol de la interpretación y criterio judicial han venido al desarrollo de nuevas formas de pensamiento y razonamiento judicial plasmado en sus decisiones, ha permitido que en sistemas jurídicos Civil Law, los jueces pretendan imitar tal desarrollo (Cappelletti, 1989). Sin embargo, puede concluirse ciertamente y sin temor a equivocarse, que pese todas estas incorporaciones, en cuanto a fuentes del derecho se trata, las que provienen del sistema Common Law, como los precedentes judiciales, con su carácter obligatorio (stare decisis) y su aplicación flexible por parte de tribunales superiores, y en mucho mayor medida los restatements, law reviews, hornbooks, enciclopedias legales, tratados, American Law Reports, entre otros, no han logrado consolidar una influencia transformadora en la práctica jurídica nacional, contrastando más bien con

los enfoques de la jurisprudencia nacional, que se basa en sentencias de carácter interpretativo, pero no necesariamente vinculantes salvo en casos excepcionales (plenos casatorios, precedentes constitucionales vinculantes), ya que los propios principios del Common Law de los que provienen estas fuentes, como la costumbre, la equidad judicial o la doctrina del caso, no encuentran equivalentes funcionales en el mismo, cuyo desarrollo histórico más bien responde a las codificaciones racionalistas de inspiración francesa, alemana, italiana y española; que mantienen su predominancia. Así, podríamos concluir que, si bien el Common Law, se ha transformado en un sistema jurídico plural, transnacional y dinámico, con un patrimonio compartido de varias naciones que reconocen en sus fundamentos una herencia común basada en la jurisprudencia, la razón y la experiencia –provenientes precisamente de sus antecedentes históricos que se desarrollan a continuación–, continúa desde su concepción y desarrollo de fuentes del derecho siendo sustancialmente distante de las que corresponden al sistema jurídico continental del Civil Law, y en particular de las correspondiente al ordenamiento nacional.

1.1.2.1. LAS FUENTES EN EL DERECHO INGLES

Ahora, como se mencionó en el capítulo previo, el principal origen histórico del derecho anglosajón o Common Law, es, sin lugar a dudas, el derecho inglés o británico, por lo que, en el presente subcapítulo se analizará este sistema jurídico, y especialmente con mayor exhaustividad, sus fuentes de derecho, con especial énfasis en la doctrina y la razón como sus fundamentos esenciales; ya que, continuando el desarrollo antes esbozado, a diferencia de los sistemas de derecho escrito de tradición romano-germánica (como el Civil Law), el derecho inglés se caracteriza por su naturaleza jurisprudencial y su dinámica evolutiva basada en el precedente judicial y la interpretación razonada basada en la equidad; por lo que corresponde tener un desarrollo conceptual en el presente marco

teórico de manera diferenciada, pretendiéndose abordar la función de la razón como motor de desarrollo normativo, y el papel que desempeñan la costumbre, la ley, la doctrina y la técnica de las distinciones en la configuración del ordenamiento jurídico inglés; a través de una visión integral que permita proporcionar al lector los elementos conceptuales para comprender la singularidad del derecho inglés y sus métodos de producción jurídica, como elementos indispensables para el análisis comparado y para la apreciación crítica de sus fundamentos. Ahora, como concepto general histórico, el derecho inglés, como lo señalan algunos doctrinarios como John Baker (1979) surge a partir de dos ramas históricas desarrolladas en la denominada Edad Media: por un lado, las Cortes de Westminster (Common Law) y por otro, la Corte de la Chancillería (Equity), particularmente después de la Conquista normanda de 1066 (Baker, 1979). Para Frederick Levi Attenborough (1922), antes de este acontecimiento, el derecho anglosajón se sustentaba principalmente en costumbres locales aplicadas por tribunales regionales como los de condado (shire) o centena (hundred), y codificadas en textos como el Código de Æthelberht (ca. 602) – traducido al español como “Ley de Ethelberto”– y otras, como las leyes de Alfredo el Grande (Attenborough, 1922). Raoul Van Caenegem (1988) explica que, con la llegada de los normandos, Guillermo el Conquistador instauró un sistema feudal centralizado y reorganizó la justicia a través de cortes instaladas en su dominio, integrando elementos de las costumbres normandas y germánicas, pero a pesar de esto, permitió que persistieran muchos usos locales heredados. La verdadera transformación ocurrió en el reinado de Enrique II (1154–1189), quien desarrolló un sistema judicial unitario, con justicias itinerantes que lograron homogeneizar la aplicación del derecho por todo el reino, por medio del uso de writs y el juicio por jurado (Assize of Clarendon), con procedimientos judiciales más uniformes (Van Caenegem, 1988).

El mismo Frederick Levi Attenborough (1922), señala que paralelamente a lo antes señalado, en la Inglaterra medieval se gestaron tratados fundamentales como el *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* (o “Glanvill”, ca. 1187-1189) y la obra de Bracton, que sistematizaron las reglas de los tribunales reales, convirtiéndose en los primeros textos de autoridad formal en todo el reino de Inglaterra en el Common Law (Attenborough, 1922). A lo que adiciona John Baker (1979) al señalar que, ya a fines del siglo XIII, recién bajo el reinado de Eduardo I, las cortes reales consolidaron su preeminencia y se desarrolló con mayor sistematicidad el cuerpo de precedentes judiciales; basados en las reglas comunes establecidas para todo su sistema de administración de justicia, por lo que, inclusive el propio término de Common Law se refiere precisamente a estas reglas comunes aplicadas por las cortes reales en todo el territorio, con autoridad vinculante (Baker, 1979).

Ahora, ya desde un análisis más histórico que jurídico, podríamos señalar entonces que, tal como lo refiere William Searle Holdsworth (1932), el derecho inglés actual proviene directamente del sistema medieval inglés, principalmente modelado durante la Alta Edad Media por los tribunales reales instaurados por Enrique II, y consolidado por los principales tratadistas de este sistema, tales como Glanvill, Bracton y Blackstone (Holdsworth, 1932). Por lo que, para René David y Camille Jauffret-Spinozi (2010), aunque el Common Law actual se consolidó en las colonias británicas, como Estados Unidos, este sistema jurídico se desarrolló de manera autónoma, su madre original sin lugar a dudas fue y es Inglaterra, y su estructura esencial —precedente vinculante, jurado, derecho no codificado— permanece intacta en todos los sistemas que adoptaron esta tradición (David & Jauffret-Spinozi, 2010).

Ahora, el Common Law inglés actual se desarrolla a partir de cambios jurídicos sustanciales operados en la Inglaterra medieval, para lo cual John Hudson (2016) señala que, durante el

reinado de Enrique II (1154-1189) se sentaron las bases de un sistema judicial nacional que sustituía las múltiples costumbres locales por un conjunto normativo uniforme, administrado por cortes reales itinerantes. Hudson afirma que: “Es durante este periodo cuando por primera vez se reconoce la existencia de un common law inglés, aplicable de forma efectiva en todo el reino”. Este proceso de unificación introdujo a los writs y el jury trial, elementos que permitieron institucionalizar una justicia accesible y homogénea. Por lo que, en cuanto a este autor, podríamos concluir que, el mismo subraya que el Common Law inglés fue una creación consciente del poder real, es decir que, las cortes móviles, los writs y los juicios por jurado (o también denominados como jury trial, tal como se refirió), fueron herramientas de consolidación estatal para el desarrollo de este sistema jurídico medieval, fuente del actual Common Law (Hudson, 2016, pág. 215). Por su parte, en su obra clásica, los autores de Pollock y Maitland (2010) argumentan que el Common Law inglés no fue creado ex nihilo, sino que emergió de la integración de costumbres locales en el marco de la justicia real itinerante. Según afirmaron: “Durante el periodo angevino, las costumbres de los shires se incorporaron al *juridicum regis*, lo que llevó a un nuevo corpus común de reglas judicialmente conocidas en todo el reino” (Pollock & Maitland, 2010, pág. 79). Esta fusión no eliminó la pluralidad local, pero sí la convirtió en una base para un sistema legal común. Por lo que estos autores enfatizan la integración frágil pero efectiva entre costumbres locales y las reglas reales, que fue núcleo del nacimiento del derecho común. Ahora, Paul Brand (2012) sostiene que las obras de Glanvill y Bracton –como el *Tractatus* y *De Legibus et Consuetudinibus* respectivamente– no fueron meros reflejos del derecho real, sino instrumentos de sistematización que consolidaron la tradición jurídica surgida durante el reinado de Enrique II. Así señala: “Glanvill representa la primera visión clara del emergente Common Law, mientras que a partir de 1194 las cortes reales ya

aplican dicho derecho de esta forma sistemática” (Brand, 2012, pág. 220). Entonces este autor recalca el rol de los tratadistas iniciales en ofrecer un discurso jurídico coherente, capaz de sistematizar el derecho real y facilitar su expansión y comprensión. Estas obras orientaron la práctica judicial y crearon precedentes documentales que fortalecieron la autoridad del corpus jurisprudencial. En su conjunto, la doctrina histórica demuestra que el Common Law no se “originó” en un único acto, ni fue una creación puramente aristocrática o feudal; sino más bien, fue el resultado de centralización judicial por parte de Enrique II; adaptación y unificación de costumbres regionales; y producción intelectual a través de los primeros tratados jurídicos; siendo este un proceso que dio lugar al sistema jurídico inglés, caracterizado por un marco legal común, precedentes vinculantes y una base institucional que, siglos después, continúa siendo la esencia del Common Law en Inglaterra, e inclusive fuera de ella, en los sistemas heredados de la misma. Sin embargo, John Henry Merryman (2018) señala que, contrario a lo que se podría creer, a pesar de su origen medieval, este sistema no es jurisprudencial únicamente por su antigüedad, sino más bien por su estructura, la que se vio desarrollada sin la influencia de universidades ni doctrina, y sin una codificación legislativa general, y que ha conservado su estructura original, la que se basa en la jurisprudencia (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018).

Ahora, en cuanto a las fuentes del Derecho Inglés, debe considerarse a la jurisprudencia, denominada “case law”; a la ley (statute) que tuvo un papel secundario –limitado a complementar o corregir la jurisprudencia; y a otras fuentes, como la costumbre y la razón. También es necesario señalar que, René David (2007) reconoce que, el rol de la ley como fuente del Derecho Inglés, ha venido cambiando hacia la Inglaterra contemporánea, en la que la ley y la legislación delegada (delegated o subordinate legislation) desempeñan un rol similar al de los demás sistemas europeos con una tradición jurídica diferente. No obstante, históricamente, su

función se ha adaptado a una estructura que rechaza identificarse con modalidades codificadas continentales; por lo que, frente a la jurisprudencia y la ley, otras fuentes tienen un papel secundario, aunque no por eso menos relevante (David, 2007).

Para otros autores, como María Ángeles Orts Llopis (2001) la principal fuente del derecho inglés es el Common Law (a lo que denomina la misma como Derecho judicial o simplemente jurisprudencia), señalando para ello que esta la fuente primigenia y más influyente del derecho inglés, y de la cual se hereda que el Common Law actual, y que se basa en los precedentes judiciales, es decir, en las decisiones emitidas por los tribunales que sirven como guía para casos futuros en otros tribunales; distinguiéndose este sistema por ser una "ley común" para todo el país, en contraste con leyes locales o específicas, y se desarrolla a partir de las sentencias de los jueces en tribunales ordinarios (Orts Llopis, 2001).

Ahora, para John Harriss Langbein (2009), la tradición de esta fuente se basa en la doctrina del precedente judicial (*stare decisis*), que obliga a los tribunales a respetar las decisiones anteriores para mantener la coherencia y estabilidad del sistema jurídico que se caracteriza por su desarrollo histórico a través de la práctica judicial más que por la codificación legislativa, y que le otorga una gran flexibilidad para adaptarse a nuevas circunstancias. Además, convive con la legislación parlamentaria, que puede complementar o modificar las normas jurisprudenciales. Considerando a la equidad, como fuente complementaria, lo que le permite corregir rigideces para asegurar la justicia en casos concretos; conformando esta combinación de fuentes un sistema dinámico y complejo que ha influido en numerosos ordenamientos, especialmente los de la Commonwealth británica (Langbein y otros, 2009).

Ahora, para Consuelo Sirvent Gutiérrez (2020), aunque históricamente la función legislativa fue secundaria en Inglaterra, la ley escrita emanada del Parlamento (los denominados

Acts of Parliament) constituyen también una fuente formal y vinculante del derecho inglés, dado que estas leyes o estatutos (denominados Statute Law) complementan y, en ocasiones, inclusive modifican o derogan normas del Common Law (Sirvent Gutiérrez, 2020). Por lo tanto, se podría concluir de ello que, la coexistencia entre el derecho legislado y el derecho jurisprudencial es una característica esencial del sistema británico, incluso más presente que el propio derecho anglosajón contemporáneo presente por ejemplo en EE.UU.

Para Francisco Godoy Tena (2019), también la Equity es una fuente complementaria que surgió para mitigar la rigidez del sistema, permitiendo a los tribunales ingleses aplicar principios de justicia en casos donde la ley estricta resultaba insuficiente o injusta, en base a deberes que buscan un equilibrio justo en la resolución de los conflictos (Godoy Tena, 2019).

Y es el mismo Sir William Blackstone (1979) quien señala que, los usos y las costumbres generales y particulares del reino, reconocidas y aplicadas por los tribunales, también forman parte del derecho inglés, y cuando son aceptadas y aplicadas consistentemente, adquieren fuerza normativa y son consideradas fuentes de su derecho (Blackstone, 1979).

Tal como sucede con el Common Law, también en particular en el Derecho Inglés, uno de los elementos fundamentales para comprender sus fuentes es su estructura judicial. Martin Partington (2013) adiciona que la organización judicial inglesa ha sido compleja históricamente, caracterizada por persistir tras diversas reformas orientadas a racionalizar y modernizarla, incidiendo directamente en la producción y jerarquía de fuentes normativas, especialmente en relación con el ya citado precedente judicial vinculante (Partington, 2013).

En este contexto, Hein Kötz (1998) aporta que, en el Derecho Inglés, es clave distinguir entre la denominada alta justicia – integrada por las cortes superiores– y la baja justicia, conformada por jurisdicciones inferiores y órganos cuasi judiciales; dado que,

las decisiones emitidas por las cortes superiores tienen fuerza vinculante (binding precedent) y constituye por sí misma, una fuente formal del derecho. En cambio, en el caso de las resoluciones de los tribunales inferiores, si bien resuelven la mayoría de litigios cotidianos, no generan precedentes obligatorios y su valor se limita solo al caso concreto (Zweigert & Kötz, 1998). Complementando este análisis del sistema judicial británico, a fin de comprender las fuentes del Derecho Inglés, David Kelly (2020) complementa señalando que, históricamente, este sistema judicial estaba compuesto por múltiples cortes con competencias diferenciadas, como el King's Bench, el Common Pleas, el Exchequer y la Corte de la Chancería, además de tribunales especializados en materias como divorcio y testamentos, superando recién esta fragmentación mediante las Judicature Acts de 1873 y 1875, que consolidaron las antes citadas jurisdicciones puntualmente en la Supreme Court of Judicature, que a su vez se encontraba integrada la High Court of Justice, así como por la Court of Appeal (Kelly, 2020). Harry Woolf (1996) complementa que, posteriores reformas legales, como la Administration of Justice Act (1970), la Courts Act (1971) y la Courts and Legal Services Act (1990), junto con el informe de Lord Woolf y la implementación de la Access to Justice Act (1999), promovieron una modernización progresiva del sistema jurídico, particularmente en los procedimientos civiles, mediante la adopción de las Civil Procedure Rules (Woolf, 1996).

De otro lado, David Kelly (2020), señala que la High Court of Justice se organiza en: i) la Queen's Bench Division: Que ve contratos, responsabilidad civil (torts), derecho administrativo (Administrative Court) y sub jurisdicciones como Commercial y Admiralty Courts; ii) la Chancery Division: Asuntos vinculados a herencias, trusts, insolvencias, sociedades y propiedad intelectual, en cortes como la Companies Court, Bankruptcy

Court y Patent Court.; y iii) Family Division: Que ve menores, divorcio y adopción (Kelly, 2020).

Según “Judicial Office International Team (2020), dicha corte cuenta con alrededor de 107 jueces (puisne judges) y se dirige por autoridades como Lord Chief Justice, Vice Chancellor e inclusive President of the Family Division (The Judicial Office International Team, 2020).

Asimismo, Martin Partington (2013) agregó que, la Crown Court, establecida en 1971, tiene competencia para conocer delitos graves (indictable offences) y delitos de vía doble (either way offences); y que puede ser presidida por jueces de la High Court, jueces de circuito o recorders, y en ciertos casos se recurre a un jurado popular (Partington, 2013).

Por su parte, la Court of Appeal, según Konrad Zweigert y Hein Kötz (1998), actúa como tribunal de segunda instancia en materia civil y penal, y está conformada por hasta 35 Lords Justices of Appeal, encontrándose bajo la dirección del Master of the Rolls en lo civil y del Lord Chief Justice en lo penal; adoptándose sus decisiones por mayoría, e inclusive en los casos penales, rara vez se emiten votos disidentes (Zweigert & Kötz, 1998).

Según Colin Turpin y Adam Tomkins (2011), hasta la reforma constitucional de 2009, la instancia jurisdiccional más elevada en el Reino Unido estaba representada por el Appellate Committee de la House of Lords. Este órgano conocía, de forma excepcional y previa autorización, los recursos contra decisiones de la Court of Appeal; señala que, estaba compuesto por hasta doce Lords of Appeal in Ordinary (incluido el Lord Canciller), aunque usualmente las audiencias se celebraban con cinco jueces, ampliándose a siete en casos de mayor trascendencia. Las decisiones eran adoptadas por mayoría, sin revisar el fondo del asunto, a diferencia del modelo de casación francés (Turpin & Tomkins, 2011). Para David Kelly (2020), lo señalado significa que, junto a la House of Lords, el Judicial Committee del Privy Council también cumplía funciones como instancia suprema en

materia civil para ciertos territorios británicos de ultramar y naciones de la Commonwealth –como Nueva Zelanda, Jamaica o Gibraltar– que aún reconocen su jurisdicción; y si bien sus decisiones se emiten formalmente como algunas opiniones dirigidas a la Corona Inglesa, y en la práctica, su autoridad en materia de Common Law es equivalente a la reconocida de la House of Lords, y sus sentencias son incluidas en los mismos repertorios jurisprudenciales u otros equivalentes que se estimen (Kelly, 2020). Con las reformas constitucionales y el avance del proceso de descentralización, el Comité Judicial del Privy Council ha adquirido una función que trasciende su rol tradicional como tribunal de apelaciones para territorios de ultramar; la que se encuentra referida a que, en determinadas circunstancias, este órgano cuenta con jurisdicción constitucional, y resuelve controversias sobre competencias de las instituciones estatales (Turpin & Tomkins, 2011). Para David Kelly (2020) los altos funcionarios jurídicos como el Lord Advocate en Escocia, el Advocate General o el Attorney General del Reino Unido pueden acudir al Comité Judicial para determinar si una disposición legislativa se encuentra dentro de sus competencias devolutivas, situando al Comité Judicial en una posición similar a una corte constitucional, aunque en el Reino Unido no exista una corte de este tipo de forma orgánica (Kelly, 2020). Fuera de las cortes superiores, Martin Partington (2013) señala que, este sistema jurídico cuenta con una amplia gama de tribunales inferiores que, aunque no generan precedentes, cumplen un rol central en la aplicación práctica del derecho y en la resolución de la mayoría de controversias jurídicas (Partington, 2013). Así se tienen, según el reporte del Equipo Internacional de la Oficina Judicial (2020):

- i) Que en el ámbito civil las County Courts manejan una gran variedad de casos, originalmente limitados por cuantía, y posteriormente flexibilizados para conocer divorcios por mutuo acuerdo, y se integran por jueces de circuito (circuit judges) y de distrito (district judges), seleccionados entre profesionales

jurídicos. Por su parte, los reclamos de menor cuantía (menos de £5,000), utilizan el procedimiento de small claims, en el que el caso es gestionado por un registrar, y que permite una resolución más ágil y económica. ii) En materia penal, las Magistrates' Courts se encargan de delitos menores (summary offences) y son presididas mayoritariamente por magistrados legos (justices of the peace), quienes actúan colegiadamente, apoyados por un secretario jurídico. iii) En áreas urbanas como Londres, existen magistrados profesionales o district judges, que ejercen a tiempo completo y son nombrados por la Corona, con competencia preliminar sobre delitos más graves (either-way offences e indictable offences), decidiendo si el caso debe ser remitido a la Crown Court, y aunque su capacidad sancionadora es limitada – no pueden imponer penas superiores a seis meses de prisión–, resuelven sin jurado y de forma expedita. Además, las Magistrates' Courts conocen asuntos civiles, como autorizaciones para venta de alcohol, familia (custodia, manutención, adopción), y ejecución de créditos públicos. Las resoluciones de las County Courts pueden ser apeladas ante la Court of Appeal. En el caso de las Magistrates' Courts, las apelaciones pueden elevarse a la Crown Court o, en ciertos supuestos, también a la Queen's Bench Division actuando como Divisional Court, con un panel compuesto por tres jueces (The Judicial Office International Team, 2020). Respecto al ámbito administrativo, Colin Turpin (2011), señala que el sistema jurídico del Reino Unido cuenta con numerosos tribunales especializados, comisiones y boards, los que ejercen funciones cuasi judiciales en áreas clave como transporte, propiedad intelectual, impuestos, vivienda, educación y protección social; y que conocen además un volumen de casos que supera incluso al de los tribunales civiles ordinarios (Turpin & Tomkins, 2011). Para Kötz (1998), estos tribunales administrativos actúan como instancia previa obligatoria antes de acceder a la High Court; y su estructura varía, ya que algunos están subordinados jerárquicamente al Ejecutivo, y otros operan

con total independencia, como los tribunales laborales o de arrendamientos (landlord and tenant tribunals). Y aunque no conforman una jurisdicción administrativa formal como en el modelo francés, todos están sujetos al control judicial de la High Court, asegurando el respeto de la legalidad (Zweigert & Kötz, 1998). Además de lo señalado, Harry Woolf (1996) cita al Council on Tribunals, creado tras el Informe Franks (1957), que supervisa los órganos de administración de justicia para garantizar su imparcialidad, transparencia y rendición de cuentas; señalando que desde 1981, la Crown Office List en la Queen's Bench Division registró los casos administrativos más relevantes, hasta que en el 2000 se estableció la Administrative Court que aplica principios de revisión judicial como legalidad, razonabilidad y debido proceso, y en años recientes ha incorporado estándares europeos como el principio de proporcionalidad (Woolf, 1996). A lo referido, Konrad Zweigert (1998) aporta señalando que, la promulgación de la Human Rights Act en el año de 1998 reforzó la tendencia de la aplicación de los principios de revisión judicial al permitir la anulación de actos administrativos contrarios a la Convención Europea de Derechos Humanos, fortaleciendo el papel fiscalizador del poder judicial inglés, cuyo sistema jurídico se distingue de sus contrapartes continentales por el papel preeminente del Poder Judicial, especialmente de cortes superiores, como fuente de derecho. A diferencia del modelo romano-germánico, donde la ley codificada es fuente principal, en Inglaterra la jurisprudencia –derivada del sistema de Common Law y de la Equity– ha venido ocupando históricamente un lugar central (Zweigert & Kötz, 1998). Adam Tomkins (2011) señala que, desde sus orígenes, el poder judicial inglés ha sido concebido no solo como un aplicador de la ley, sino como un garante de las libertades públicas y un contrapeso al poder legislativo y ejecutivo, con funciones que adquieren un carácter casi constitucional en el contexto del sistema jurídico británico; con lo que se refuerza la idea de que

las decisiones judiciales, especialmente las de las cortes superiores, constituyen una fuente viva y dinámica de su sistema de derecho (Turpin & Tomkins, 2011). David Kelly (2020) señala que, las High Court of Justice y la Crown Court ejercen una jurisdicción plena, lo que les permite atraer casos desde instancias inferiores o derivarlos según criterios de conveniencia jurisdiccional, encontrándose bajo la supervisión de la Court of Appeal y, en última instancia, de la Supreme Court (antes House of Lords) (Kelly, 2020). A lo que complementa René David (2010) señalando que, además, las Cortes superiores inglesas tienen herramientas de coerción tales como el contempt of court, por el que se les permite imponer arrestos o sanciones a quien interfiera con el funcionamiento judicial o incluso la ejecución de decisiones –incluyendo mandatos contra funcionarios públicos– algo que no ocurre en otros sistemas como el francés (David & Jauffret-Spinosi, 2010). Para William Searle Holdsworth (1922), un rasgo distintivo del sistema judicial inglés ha sido su histórica concentración geográfica y profesional, especialmente en sus cortes superiores; ya que, a principios del siglo XIX, solo eran 15 jueces que integraban las cortes en Westminster, cifra que apenas ascendía a 29 hacia 1900, y al residir todos en Londres, obligaba que algunos jueces, como los del King's Bench, tuvieran que periódicamente desplazarse a otras provincias a fin de garantizar el acceso a la justicia (Holdsworth, 1922). Merryman (2018) explica que, una situación similar ocurría con los barristers, que eran abogados con derecho de audiencia ante cortes superiores, que también estaban centralizados en Londres y necesariamente afiliados a una de las Inns of Court: ya sea Gray's Inn, Inner Temple, Lincoln's Inn o Middle Temple, etc. (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018). No obstante, según el Equipo Internacional de la Oficina Judicial Inglesa (2020), este modelo se ha ido descentralizando gradualmente, ya que el número de jueces se ha incrementado, y la High Court of Justice tiene ahora facultades para sesionar fuera de Londres; y por su parte, la

Crown Court, actúa de forma permanente en las principales ciudades de Inglaterra. Aunque la admisión a la profesión de barrister aún requiere afiliación a una Inn of Court en Londres, cada vez existen más barristers locales, quienes mantienen vínculos ocasionales con la capital, pero ejercen regularmente en circuitos regionales. Así, la independencia funcional del poder judicial inglés se refleja también en su capacidad de crear y reformar sus propias reglas procedimentales, a través de órganos como el Civil Procedure Rules Committee, conformado por jueces y juristas (The Judicial Office International Team, 2020). En cuanto al derecho penal, Mik Redmayne (2005) señala que, a diferencia de los sistemas jurídicos latinoamericanos, el sistema inglés careció históricamente de un Ministerio Público que asumiera la representación de la sociedad en estos procesos; por lo que, durante siglos, la acusación era una función privada, ejercida por ciudadanos o agentes de policía, quienes intervenían como partes interesadas en los mismos (Ashworth & Redmayne, 2005). Sin embargo, es el mismo René David (2010) quien explica que este panorama referido de ausencia de Ministerio Público comenzó a cambiar en Inglaterra en 1879 con la creación del Director of Public Prosecutions (DPP), aunque aún con competencia limitada, y que recién en 1985, con la fundación del Crown Prosecution Service (CPS), se estableció un verdadero órgano público encargado de la acción penal, bajo la dirección del citado DPP. Así, el CPS revisa los informes policiales y evalúa si existen pruebas suficientes y si el interés público justifica el proceso penal; sin embargo, no tiene iniciativa procesal propia, ya que depende de la presentación previa del caso por la policía (David & Jauffret-Spinosi, 2010). De otro lado, Colin Turpin (2011) señala que, otra singularidad del modelo británico es la ausencia histórica de un Ministerio de Justicia con competencias concentradas, como ocurre en los sistemas romano-germánicos; y en su lugar, las funciones relativas a la administración de justicia han estado tradicionalmente divididas entre el Lord

Chancellor's Department (actual Ministry of Justice) y el Home Office, similar en funciones al Ministerio del Interior; por lo que la distribución de responsabilidades refleja una profunda desconfianza institucional hacia la centralización del poder judicial en el Ejecutivo, reafirmando la autonomía de las instituciones judiciales británicas entre sí (Turpin & Tomkins, 2011). Sin perjuicio de ello, Konrad Zweigert (1998) insiste que, uno de los elementos que define al sistema jurídico británico –que lo distingue fundamentalmente del sistema continental de tradición romanista– es el papel de la jurisprudencia como fuente principal del derecho; ya que, a diferencia del modelo codificado, donde la ley ocupa una posición preeminente y la jurisprudencia desempeña un rol subordinado, en Inglaterra el derecho se construye, en buena medida, a través de la actividad judicial constante y firme (Zweigert & Kötz, 1998).

Por lo que, para Adam Tomkins (2011), el precedente judicial, en este contexto, no es una simple orientación interpretativa, sino una fuente normativa vinculante (binding authority), para lo cual explica que las decisiones pasadas delimitan el contenido del derecho aplicable, especialmente en aquellos casos donde no existe legislación escrita o donde esta requiere una necesaria interpretación judicial para darle vida y vigencia a estas propias disposiciones. De modo tal que, esta fuente del derecho se convierte en un instrumento de creación jurídica, sobre todo cuando emana de las cortes superiores como la ya antes citada Supreme Court; lo que se efectúa por medio del consolidado principio del stare decisis, por medio del cual, también en el Derecho Inglés se impone que los jueces tienen obligación de seguir los precedentes establecidos por tribunales de igual o superior jerarquía; lo que no solo constituye el núcleo de su sistema jurisprudencial, sino que también garantiza consistencia, previsibilidad y seguridad jurídica en la aplicación del derecho (Turpin & Tomkins, 2011).

Peter Stein (1997), hace una precisión respecto a este principio en el Derecho Inglés, dado que señala que, el mismo comenzó a consolidarse tanto doctrinal, como prácticamente recién a partir del siglo XIX, remontándose sus bases históricas a las decisiones de las cortes reales desde el período medieval; lo que permitió que esta evolución histórica, se formalice plenamente al precedente como fuente de derecho vinculante, especialmente tras la aprobación de los Judicature Acts de 1873 y 1875, que unificaron las antiguas jurisdicciones comunes y de la Equity, y favorecieron la sistematización jurisprudencial mediante algunos repertorios organizados y de fácil consulta en todo el territorio de Inglaterra (Stein P. , 1997).

Para Konrad Zweigert y Hein Kötz (Zweigert & Kötz, 1998), es precisamente a partir de dicha consolidación del precedente vinculante como fuente del derecho formal del sistema jurídico inglés que los jueces debieron aplicar las reglas creadas por sus predecesores, salvo en casos de evidente distinción fáctica (distinguishing) o circunstancias excepcionales que justifiquen una revisión o abandono del precedente (overruling); siendo este un fenómeno histórico-paralelo al movimiento codificador del siglo XIX de Europa continental, lo que contribuyó a la conformación de un sistema judicial diferenciado, estructurado y uniforme, en el cual las decisiones previas adquieren fuerza normativa vinculante, particularmente en aquellas emitidas por las instancias superiores (Zweigert & Kötz, 1998).

Es en virtud de dicho fundamento que, Rupert Cross (1991) considera que, una de las expresiones más características del Common Law inglés es la doctrina del precedente obligatorio (binding precedent), basada en una jerarquía judicial definida, que determina su obligatoriedad y alcance dentro de su orden jurisdiccional y legal (Cross & Harris, 1991).

En relación a ello, David Kelly (2020) señala que, tradicionalmente, la doctrina del precedente se resume en tres proposiciones fundamentales: 1) Las decisiones de la Supreme

Court (obligatorias para todos los tribunales inferiores, y también para la propia Corte, salvo en circunstancias excepcionales); 2) Las sentencias de la Court of Appeal (vinculan tanto a las jurisdicciones inferiores como a la propia Corte en casos futuros); y 3) Las decisiones individuales de un juez de la High Court of Justice (obligatorias para tribunales de menor jerarquía, y si bien no vinculan a otras divisiones de la misma Corte ni a la Crown Court, poseen fuerte valor persuasivo). Para este autor, en virtud de dicha doctrina, los tribunales inferiores deben acatar de manera estricta las decisiones de las instancias superiores; en virtud de lo cual, la Supreme Court ha rechazado en múltiples ocasiones que estos tribunales puedan apartarse del precedente alegando defectos técnicos o errores manifiestos, especialmente cuando invocan una decisión adoptada per incuriam; esto es, sin tener en cuenta disposiciones normativas o precedentes relevantes (Kelly, 2020).

En este contexto, Robert Summers (1997) agrega que, el carácter vinculante del precedente se restringe principalmente a las decisiones de las cortes superiores, y que más bien, las decisiones emitidas por tribunales inferiores o entes cuasi judiciales pueden poseer relevancia doctrinal o valor persuasivo, pero no tienen fuerza obligatoria dentro del sistema. Por lo que, la aplicación del precedente debe entenderse en relación con el estilo particular de las sentencias judiciales en el sistema anglosajón, el cual se distingue de los modelos codificados; mientras que en estos últimos las resoluciones judiciales suelen adoptar una estructura cerrada, con motivaciones breves y claramente delimitadas, en el Common Law las decisiones judiciales son discursivas y abiertas (MacCormick & Summers, 1997).

Explica en ese sentido Arthur Goodhart (1930) que, las sentencias inglesas no se limitan al dispositivo resolutivo (por ejemplo, “se absuelve al demandado” o “el contrato queda anulado”), sino que desarrollan una exposición argumentativa extensa, que incluye la narración detallada de los hechos, la identificación del derecho

aplicable, y el razonamiento jurídico completo; lo que permite no solo resolver el caso particular, sino también establecer reglas generales aplicables a futuros casos similares. Para ello, dicho autor señala que, dentro de este estilo discursivo se distinguen dos partes fundamentales: i) La ratio decidendi, es decir, el razonamiento jurídico esencial que justifica el fallo, y que valga resaltar constituye la parte vinculante del precedente fundamento de este sistema jurídico; y ii) Las obiter dicta, que son comentarios o reflexiones complementarias que no son esenciales para la decisión final, pero que pueden ejercer influencia persuasiva en futuras sentencias. Lo que genera un reto interpretativo relevante, consistente en la necesidad de identificar con precisión la ratio decidendi del caso, y cuál es su alcance como precedente obligatorio. Esta indeterminación es parte inherente del modelo jurisprudencial inglés, y ha sido ampliamente debatida tanto por la doctrina como por la práctica judicial. Es este mismo autor quien explica que, sin embargo, respecto al precedente judicial en el Common Law inglés, debe considerarse su composición a partir de dos conceptos: 1) La distinción especial ya efectuada entre la Ratio decidendi y el obiter dictum; y 2) el Distinguishing: técnica de diferenciación fáctica, a partir del cual, el análisis del precedente judicial exige diferenciar la ratio decidendi, que constituye el fundamento jurídico central y vinculante de los fallos, de los obiter dicta, con valor persuasivo, pero no obligatorio (Goodhart, 1930).

Rupert Cross (1991) adiciona que, la ratio decidendi extrae la regla normativa, por lo que puede invocarse como fuente obligatoria; mientras que, los obiter dicta reflejan afirmaciones no necesarias para el fallo, pero que, por su elaboración argumentativa, así como el prestigio del tribunal, pueden influir en las eventuales futuras resoluciones (Cross & Harris, 1991).

De otro lado, Neil MacCormick (1997) señala que el distinguishing, permite a los jueces apartarse de un precedente vinculante si los hechos del caso actual difieren materialmente de

aquellos que fundaron la ratio decidendi; lo que en contraste con los sistemas codificados, donde los jueces aplican normas generales, en el Common Law inglés se exige identificar con precisión los material facts relevantes; dado que si estos no coinciden, se puede legítimamente dejar de aplicar un precedente sin infringir la doctrina del stare decisis. Así, el distinguishing, basado en los principios de este sistema legal, equilibra la coherencia jurídica con la adaptación del derecho a nuevas realidades (MacCormick & Summers, 1997).

James William Harris (1991), expone un ejemplo paradigmático de la aplicación de esta figura jurídica en el sistema judicial inglés, el referido al caso *Wilkinson v. Downton* (1897), en el que ilustran los desafíos para identificar la ratio decidendi. En este fallo, se determinó responsabilidad civil por la acción voluntaria y prevista del demandado, quien anunciara falsamente un accidente grave que provocó daño físico a la víctima. La pregunta es si la ratio abarca todo acto voluntario que cause daño, o únicamente la comunicación falsa con resultados físicos manifiestos. La tensión entre una ratio amplia y una más restringida exige una interpretación técnica por parte de los tribunales superiores (Cross & Harris, 1991).

René David (2010), efectúa una precisión interesante relacionado a la aplicación del precedente judicial obligatorio en el Common Law inglés, y su integración en el ámbito de la Equity. Al respecto señala que, esta última operaba como un sistema discrecional dirigido por la conciencia del Canciller, lo que dificultaba aplicar el stare decisis; y que, sin embargo, con su sistematización y consolidación como cuerpo jurídico autónomo, el precedente se ha convertido en elemento obligatorio igualmente en materias equitativas, e, incluso en casos que implican discreción judicial (injunctions, specific performance, rescisión), su ejercicio está regulado por un cuerpo consolidado de jurisprudencia (David & Jauffret-Spinosi, 2010). Para David Kelly (2020), la doctrina del precedente también influye en la interpretación de la ley escrita

(statute law), aunque con matices. Las sentencias interpretativas pueden modificar el alcance original de las normas. Un ejemplo claro es la Human Rights Act 1998, que obliga a los jueces a interpretar las leyes conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos; lo que implica obviar precedentes anteriores incompatibles con la Convención. De este modo, el stare decisis se relativiza frente a obligaciones derivadas de estándares supranacionales. Asimismo, aunque la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es vinculante, debe ser “tenida en cuenta”, lo que abre espacio para que las cortes británicas modifiquen o abandonen precedentes del Common Law que entren en conflicto con los valores de derechos humanos internacionales aplicables (Kelly, 2020). Es el mismo Kelly, quien hace referencia que, históricamente, el acceso a los precedentes judiciales en Inglaterra estuvo limitado por una escasa publicación de sentencias, lo que restringía el conocimiento generalizado del derecho jurisprudencial. Esta limitación obstaculizaba la aplicación uniforme del principio de stare decisis, al dejar a jueces y abogados sin información clara sobre decisiones previas pertinentes. Sin embargo, Tom Cornford (2008), considera que ha existido una transformación profunda con la expansión de las tecnologías digitales que ha favorecido la difusión sistemática de las resoluciones judiciales, especialmente las provenientes de las Cortes Superiores, a través de portales oficiales como el de BAILII (British and Irish Legal Information Institute) que permiten el acceso gratuito a decisiones completas, fortaleciendo la transparencia y la previsibilidad del sistema; lo que ha contribuido significativamente a reforzar la coherencia y estabilidad del derecho jurisprudencial como eje central de este sistema (Cornford, 2008). Sin perjuicio de todo lo señalado, es necesario considerar que adicionalmente a la jurisprudencia y el precedente judicial vinculante que componen la principal fuente del derecho inglés, existen otras fuentes del mismo que también deben ser analizadas en la tesis. Así, en relación a lo antes

mencionado, Konrad Zweigert y Hein Kötz, (1998) señalan que la ley también es una de las fuentes formales fundamentales del ordenamiento jurídico británico, dentro de las cuales están comprendidas tanto el statute o Act of Parliament (leyes en sentido estricto), como el conjunto de normas delegadas o subordinadas (delegated legislation), dictadas para desarrollar o implementar las primeras (Zweigert & Kötz, 1998). Sin embargo, Vernon Bogdanor (2009) diferencia esta fuente en el sistema jurídico inglés de la correspondiente a los sistemas de derecho codificado, como el francés o el alemán, dado que el Reino Unido carece de una constitución escrita única, ya que, la Constitución británica está formado por un conjunto heterogéneo de normas legislativas, jurisprudenciales y consuetudinarias que, en conjunto, regulan el ejercicio del poder público, protegen los derechos fundamentales y definen los principios estructurales del sistema (Bogdanor, 2009). Y es en este contexto que, precisamente Peter Leyland (2016) considera que, el parlamento británico ha sido considerado tradicionalmente jurídicamente soberano, sin límites sustanciales al contenido de las normas que puede aprobar, salvo aquellos derivados de convenciones constitucionales o de la presión política y social. Igualmente, este sistema no cuenta con un tribunal constitucional autónomo, y el control de constitucionalidad recae de forma difusa en las cortes ordinarias, particularmente en la Supreme Court (Leyland, 2016). Por lo que se puede afirmar entonces de forma conclusiva que, en cuanto a la consideración de la ley como fuente del derecho inglés, corresponde también evaluarse de donde proviene.

A lo señalado, complementa Peter Stein (1997) cuando afirma que, desde una perspectiva doctrinal clásica, la ley escrita ha sido concebida como fuente secundaria frente al desarrollo jurisprudencial del Common Law Inglés, dado que señala una vez más que, la verdadera fuente normativa radica en las decisiones de los jueces, y no en los textos legales en abstracto; por lo que, el statute law cumple más bien una función complementaria,

correctiva o excepcional frente al marco normativo forjado por la experiencia judicial (Stein P. , 1997).

Es por ello que, esta visión explica James William Harris (1991), tiene implicancias directas en la forma en que las leyes son interpretadas y aplicadas, dado que, tradicionalmente, la interpretación legal en el sistema inglés ha seguido un enfoque literal y restrictivo, en aplicación del principio *exceptio est strictissimae interpretationis*, lo que obliga a una extrema precisión legislativa, y en la cual, la ley escrita no adquiere eficacia normativa plena por el solo hecho de su promulgación, sino que requiere para tales efectos, de una consolidación jurisprudencial; es decir, en otras palabras, una disposición legal en el derecho inglés se vuelve jurídicamente significativa solo cuando ha sido aplicada por los tribunales y ha generado los precedentes que definen su contenido vinculante (Cross & Harris, 1991).

Hugh Tomlinson (2009) se manifiesta en el mismo sentido, cuando señala que, en el contexto inglés, la norma válida no es simplemente la que ha sido aprobada por el Parlamento, sino la que ha sido concretada judicialmente en precedentes interpretativos; por lo que, no se discute la validez abstracta de una ley, sino más bien, su aplicación jurisprudencial efectiva. Sin embargo, este enfoque ha sido gradualmente matizado en décadas posteriores, en particular con los instrumentos de rango cuasi constitucional, como la Human Rights Act, por medio de la cual se ha obligado a los jueces a reinterpretar normas legales previas a la luz de los principios consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR), incluso modificando o desplazando precedentes anteriores (Clayton & Tomlinson, 2009). Vernon Bogdanor (2009), explica, sin embargo, que la posición de la ley como fuente del derecho inglés, ha venido variando a lo largo del siglo XX, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, en el que se experimentó un notable incremento en la actividad legislativa, alterando el tradicional predominio de

la jurisprudencia; y asumiendo el Estado un papel más intervencionista mediante leyes que transformaron sectores como seguridad social, urbanismo, economía, transporte, salud y educación. Consignando este autor como ejemplo que, en 1965, la aprobación del Law Commissions Act constituyó un hito, dado que se crearon dos comisiones –una para Inglaterra y Gales y otra para Escocia– encargadas de revisar sistemáticamente el derecho, con el propósito de proponer reformas legislativas que mejoraran en especial la coherencia, claridad y accesibilidad normativa (Bogdanor, 2009).

Robert Hazell (2011), aporta a dicha concepción evolutiva de la ley como fuente del derecho inglés, en cuanto refiere que, posteriormente, con leyes como la Human Rights Act 1998, las leyes de descentralización (devolution acts) para Escocia, Gales e Irlanda del Norte, y la incorporación de normativa europea antes del Brexit, añadieron una dimensión cuasi constitucional al corpus legislativo británico; y a finales del primer mandato de Tony Blair, John Bell observó la emergencia de un cuerpo legislativo de tal repercusión constitucional que cuestionaba la idea de una sola Constitución exclusivamente no escrita (Hazell, 2011).

Ello, a partir de la perspectiva de Peter Leyland (2016), matiza al principio de soberanía parlamentaria, como piedra angular del constitucionalismo británico, dado que estas normas internacionales, como la Human Rights Act no le permiten derogar leyes incompatibles, pero habilita a los tribunales a emitir declaraciones de incompatibilidad, incentivando su reforma a través de mecanismos ejecutivos (remedial orders) conjuntos (Leyland, 2016).

Asimismo, Vernon Bogdanor (2009) agrega que, durante la pertenencia a la Unión Europea, la supremacía del derecho comunitario inglés permitió incluso a sus tribunales nacionales inaplicar leyes internas contrarias a normas europeas con obligatoriedad (Bogdanor, 2009).

Sin embargo, pese a este proceso evolutivo de otras fuentes, como la ley, David Kelly (2020) insiste en que, frente a la codificación basada en grandes principios, el derecho inglés continúa en esencia, siendo casuístico y detallado, con un estilo legislativo más literal, que refleja una aversión a la abstracción, y que mantiene el fundamento histórico de sus tribunales para el empleo de tres métodos principales de interpretación: a) Literal Rule: aplica el sentido gramatical y ordinario del texto; b) Golden Rule: permite desviarse de la interpretación literal cuando esta genere contradicciones o resultados absurdos; y finalmente c) Mischief Rule: que busca el propósito de la norma y combate el mal (mischief) que la ley pretendía corregir, atendiendo a un contexto histórico y legislativo (Kelly, 2020).

A lo que complementa Peter Leyland (2016), cuando consigna como ejemplo de esta resistencia a sus raíces y naturaleza jurisprudencia del derecho inglés, pero también como un desafío a su carácter tradicional, en el caso *Pepper v. Hart* (1993), donde la Corte Suprema autorizó, con condiciones, el uso de materiales legislativos –como los debates parlamentarios– para clarificar el propósito del legislador, rompiendo con la noción previa de que dichos discursos eran inadmisibles en interpretación judicial (Leyland, 2016).

En este contexto, la inspiración nacional en sistemas de Civil Law de la doctrina del precedente vinculante, permite advertir un conflicto potencial entre la fuerza normativa de la ley y el rol creativo del juez, especialmente en materias donde el precedente judicial puede contradecir o reinterpretar disposiciones legales expresas, y tener un claro rol productor.

De otro lado, Stroud Francis Charles Milsom (2003) señala que, además de la jurisprudencia y la ley, el derecho inglés reconoce la costumbre (custom) como una fuente formal, aunque en la actualidad ocupa un lugar residual y subordinado. Para este autor, a diferencia de los sistemas consuetudinarios en sentido estricto, donde la costumbre constituye la base normativa, el Common

Law inglés se desarrolló como un sistema jurisprudencial, racional y progresivamente centralizado en los tribunales reales y en su casuística (Milsom, 2003).

Para Camille Jauffret-Spinosi (2010), a propósito del pensamiento de René David, considera que, la idea de una “costumbre general inmemorial del Reino”, invocada como origen del Common Law inglés, constituye en gran medida una ficción jurídica, ya que, aunque ciertas costumbres locales pudieron influir indirectamente, su incorporación se dio mediante procesos de selección y reinterpretación por los jueces, y no por reconocimiento directo como fuente autónoma. Así, no constituye un pilar fundamental de este sistema jurídico, a pesar de que subsiste en algunas otras formas específicas (David & Jauffret-Spinosi, 2010).

A propósito de ello, Harold J. Berman (1983) señala que, en el derecho vigente, la costumbre solo puede adquirir valor jurídico vinculante si cumple criterios estrictos de prueba, siendo especialmente exigente el requisito de antigüedad inmemorial (anterior al año 1189), establecido por una norma medieval aun formalmente en vigor. Aunque los tribunales no exigen evidencia documental de tal antigüedad, esta sigue siendo una ficción legal funcional, destinada a restringir el reconocimiento de otras normas consuetudinarias (Berman, 1983).

Regresando al pensamiento de Milsom, (2003), por contraste entonces las costumbres comerciales (mercantile customs), derivadas de usos reiterados entre comerciantes, han sido más fácilmente admitidas por los tribunales; ya que estas prácticas, sobre todo en materia contractual, fueron incorporadas al Common Law como normas de obligado cumplimiento, siempre que cumplieran con los requisitos de notoriedad, antigüedad y razonabilidad; siendo con el tiempo, muchas de estas costumbres codificadas por leyes o ratificadas por la jurisprudencia, lo que les hizo perder su naturaleza de consuetudinarias (Milsom, 2003).

Para Pierre Legrand (1996), este fenómeno refleja un rasgo distintivo del sistema inglés: una costumbre deja de ser tal cuando es recogida por una sentencia o ley, convirtiéndose en una norma de carácter jurisprudencial o legislativo, sujeta entonces a las reglas del sistema de precedentes y aunque su papel en el ámbito normativo es reducido, la costumbre conserva importancia en el derecho constitucional británico, especialmente a través de las constitutional conventions, como prácticas no codificadas seguidas por los actores institucionales –tales como el Parlamento, la Corona y el gabinete– que, sin ser legalmente exigibles, son fundamentales para el funcionamiento político del Estado (Legrand, 1996).

Por ejemplo, Albert Venn Dicey (1915) coincide con el pensamiento puntual de como la costumbre conserva importancia en el derecho constitucional británico por medio de las constitutional conventions o convenciones constitucionales, para lo cual explica que, aunque el monarca posee formalmente la prerrogativa de negar el Royal Assent (Asentimiento Real por el cual aprueba un proyecto de ley que ha sido adoptado por ambas Cámaras del Parlamento, convirtiéndolo oficialmente en una Ley del Parlamento o Act of Parliament), existe una convención sólida según la cual ese consentimiento siempre se otorga tras la aprobación parlamentaria. Asimismo, en la práctica, el rey designa como primer ministro a quien cuenta con la mayoría parlamentaria, conforme a otra convención. El incumplimiento de estas prácticas no genera sanción jurídica, pero tendría consecuencias políticas severas. Las convenciones no constituyen derecho positivo, pero son esenciales para preservar la estabilidad constitucional y evitar el ejercicio arbitrario del poder político (Dicey, 1915).

Sin embargo, Oliver Wendell Holmes (2005) presenta una visión más crítica cuando señala que, al margen del derecho formal, en toda sociedad existen normas sociales no codificadas que regulan la interacción diaria, basadas en la cortesía, la tradición o el uso

cultural, que no son derecho en sentido estricto, ya que carecen de sanción judicial y no se espera su aplicación por parte de los tribunales; pero que igual constituyen un componente cultural importante del entorno jurídico, ya que ayudan a moldear la forma en que los operadores jurídicos perciben, interpretan y aplican las normas jurídicas, resultando su estudio relevante, aunque no formen parte del sistema formal de fuentes del derecho inglés (Holmes, 2005).

Neil MacCormick (1979), considera, un poco en el mismo sentido que el autor precedente, que el sistema jurídico inglés se caracteriza por una estructura abierta, en la que el desarrollo del derecho se produce fundamentalmente a través de la jurisprudencia, y no tanto de otras fuentes directamente. Sin embargo, reconoce que esta no opera de manera mecánica ni exclusivamente inductiva, ya que su verdadera fuerza reside en la razón judicial, es decir, la capacidad reflexiva de los jueces para construir soluciones coherentes, ajustadas al caso y congruentes con el sistema, ya que, desde su origen, el Common Law inglés se presentó como un derecho racional, aunque ello estuviese históricamente encubierto por la ficción de una costumbre general inmemorial, que moldeó el sistema por una actividad argumentativa progresiva, más que por alguna simple conservación de tradiciones (MacCormick, 1979).

Así, aparece en este análisis de fuentes de este sistema jurídico, una interesante aproximación a lo que muchos autores consideran una fuente por sí misma, aunque tantos otros lo presentan más bien como una característica histórico-evolutiva de otra fuente del derecho inglés como lo es la jurisprudencia, y estamos hablando de la razón jurídica o judicial en concreto.

Al respecto, René David (2007) señala que, a diferencia de los sistemas codificados –donde la razón se canaliza mediante normas generales previamente establecidas–, el derecho inglés asume las lagunas como parte del sistema, y confía en la razón judicial especializada como motor del desarrollo normativo, a

través de la técnica del *distinguishing* que permite adaptar el precedente a nuevas circunstancias, refinar sus límites o incluso apartarse de él sin contradecir el principio del *stare decisis*. De esta manera, este sistema configura un orden jurídico dinámico, cuyo crecimiento se sustenta en el uso activo de la razón por parte de los jueces, en diálogo con los hechos y principios relevantes del caso concreto (David, 2007).

Sin embargo, para Jules Coleman (2020), aunque el Common Law inglés no se estructura en torno a principios abstractos codificados –como ocurre en los sistemas continentales–, ello no implica que carezca de principios jurídicos; más bien, por el contrario, en su evolución más reciente, el sistema inglés ha dado mayor visibilidad a principios que, sin necesidad de tener un reconocimiento legislativo expreso, actúan como expresiones sistemáticas de la racionalidad jurídica subyacente. Estos principios, identificados por la doctrina o articulados a partir de la jurisprudencia, sirven como criterios normativos orientadores que permiten integrar coherencia en la interpretación judicial. En muchos casos, son los fundamentos axiológicos del derecho jurisprudencial, y operan como guía en ausencia de precedentes vinculantes directos o de legislación específica (Coleman, 2020). Por su parte, John Henry Merryman (2018) considera que, los principios jurídicos del sistema de derecho inglés que sirven como los citados criterios normativos orientadores como fundamento de la razón en la construcción de las fuentes del derecho, especialmente, de la jurisprudencia, incluyen la equidad procesal (*procedural fairness*), el debido proceso, el deber de buena fe, o la proporcionalidad, todos los cuales son reconocidos por los tribunales como estándares racionales y justiciables, incluso sin codificación expresa. Para ello, este autor explica que, en los casos en los que no existe un precedente obligatorio, una norma legislativa clara, o en todo caso una costumbre aplicable, los jueces del Common Law acuden a la razón como fuente subsidiaria y constructiva. Esta razón, sin embargo, no es una

apelación subjetiva o moral, sino una razón jurídica institucionalizada: el producto de la deliberación judicial experta, basada en la lógica, la analogía, la experiencia previa y la coherencia de todo el sistema de justicia (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018).

Finalmente, si bien ningún autor se animó a señalarlo de manera expresa, considero personalmente que no puede enervarse la mención de una última fuente del derecho inglés, la que corresponde a la doctrina, en base a la cual, los diversos autores sirven de inspiración y base en la práctica judicial inglesa, guiada por la razón y plasmada en la jurisprudencia.

Así, Sir Edward Coke lo expresó con claridad, cuando señaló que “La razón es el alma del derecho”; y en base a lo cual fundamentó que la tarea del juez, en este sentido, es identificar las reglas implícitas o los principios latentes que puedan ser extraídos racionalmente del cuerpo del derecho existente, construyendo soluciones que respeten el equilibrio entre seguridad jurídica y justicia material; pudiendo influir en este proceso, fuentes no vinculantes, como los obiter dicta, la doctrina académica o el análisis comparado, que enriquecen el razonamiento judicial y permiten formular nuevas normas coherentes con el sistema. De este modo, la razón judicial se configura como una fuente estructural del Common Law, no codificada ni formal, pero central en su funcionamiento (Coke, 1628).

Así, a modo de conclusión de este subcapítulo, puede afirmarse entonces que, el sistema jurídico inglés, base histórica principal del sistema jurídico del Common Law, se caracteriza por una estructura de fuentes del derecho profundamente distinta a la que predomina en los sistemas de tradición romana; ya que, mientras en estos últimos la ley escrita ocupa el lugar central, en el common law inglés la jurisprudencia –entendida como conjunto de precedentes judiciales obligatorios– constituye la fuente normativa primaria y estructurante del ordenamiento; lo que, a lo largo de su evolución histórica, ha sido consolidado a través de

un sistema basado en el principio del stare decisis, que garantiza la estabilidad, coherencia y previsibilidad de las decisiones judiciales, y que se apoya en el mecanismo de identificación de la ratio decidendi como núcleo obligatorio del precedente, aunque posteriormente se vio flexibilizado mediante técnicas como el distinguishing, que permiten adaptar el derecho a nuevas circunstancias sin comprometer su consistencia. Asimismo, por su parte la ley (statute law), aunque en el pasado fue concebida como fuente secundaria y correctiva, ha adquirido en la modernidad un rol mucho más protagónico, haciendo que la producción legislativa crezca en volumen, complejidad e impacto estructural, incorporando elementos de constitucionalización sin llegar a configurar una constitución escrita en sentido estricto. Por su parte, la costumbre si ha sido relegada a un papel residual, aunque subsiste en formas específicas como las costumbres locales, mercantiles o las convenciones constitucionales, que siguen influyendo indirectamente en la dinámica institucional británica. Finalmente, la doctrina y la razón judicial cumplen funciones complementarias pero fundamentales. No se consideran fuentes formales del derecho, pero sí herramientas argumentativas que orientan la evolución del sistema, operando como principios transversales que permiten al juez actuar creativamente frente a lagunas normativas, guiado por la coherencia sistémica y los valores jurídicos reconocidos; lo que, en su conjunto, permite al derecho inglés ser un modelo jurídico abierto, pragmático y evolutivo vigente.

1.1.2.2. LAS FUENTES EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Si bien se desarrolló en el subcapítulo precedente que el derecho inglés o británico se constituyó como el principal origen histórico del sistema jurídico del Common Law, también se hizo énfasis que este sistema en la actualidad ha sido el resultado de una suerte de evolución histórica que supera dicho origen. En dicha

evolución, tuvo especialmente un rol protagónico el derecho norteamericano, ya que el mismo introdujo conceptos propios de aplicación que terminaron de perfilar el actual sistema jurídico anglosajón, especialmente para efectos de análisis de sus fuentes del derecho en contraposición a la de nuestro sistema.

En tal sentido, la comprensión de las fuentes del Derecho Norteamericano resulta de vital importancia para el estudio de la presente investigación, en cuanto el análisis de estas fuentes del derecho no solo va a ayudar en la comprensión de un sistema normativo distinto, sino que también va a permitir identificar soluciones institucionales y doctrinarias que pueden enriquecer el tratamiento de los conflictos de fuentes en el Perú contemporáneo, en el que, como también se ha venido anticipando, cada vez existe mayor influencia del mismo.

Así, por medio de este subcapítulo se busca, en primer lugar, exponer las fuentes principales del derecho estadounidense y su jerarquía, como lo son la Constitución federal, los estatutos legislativos, la jurisprudencia, las constituciones estatales, los reglamentos administrativos y la doctrina; y asimismo, analizar los conflictos o tensiones normativas internas, como los existentes entre la legislación federal y la legislación estatal o entre jurisprudencia y derecho positivo (leyes, constitución, etc.), especialmente con la reglamentación administrativa; y finalmente se extraerán elementos comparativos que permitan repensar los desafíos del sistema jurídico peruano en torno a la jerarquización y articulación de sus propias fuentes del derecho, y concretamente frente al conflicto de fuentes descrito al problema de la hipótesis del presente trabajo de investigación (Jurisprudencia frente al Derecho Positivo).

Así, también forma parte del análisis que se efectúa a este subsistema jurídico, el estudio de las estructuras normativas norteamericanas, influidas en un el federalismo político y la primacía de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho; para a partir de esta configuración jurídica analizar cómo un

sistema jurídico operante en una de las realidades más importantes a nivel mundial, resuelve las tensiones entre distintas fuentes normativas; encontrando en el derecho norteamericano no solo un modelo alternativo de organización jurídica, sino que también un claro ejemplo de la importancia de integrar elementos formales y sustantivos en la comprensión de las fuentes del derecho, un desafío que el ordenamiento peruano enfrenta de forma cada vez más urgente, precisamente por su propia influencia.

Ahora, para iniciar con este análisis, debemos considerar a priori que, desde su concepción orgánica, autores como Erwin Chemerinsky, (2019) señalan que este sistema se caracteriza por su estructura federal, pero también por la compleja interacción entre los distintos niveles normativos que comprenden básicamente a la Constitución federal, las constituciones estatales, los estatutos legislativos, la jurisprudencia o los reglamentos administrativos; y que en su sistema de administración de justicia se otorga un papel central a los precedentes judiciales vinculantes bajo el principio de *stare decisis*, lo que garantiza coherencia y estabilidad en el desarrollo de su propio sistema jurídico (Chemerinsky, 2019).

En ese sentido, para John R. Vile, (2021), el federalismo estadounidense genera una doble jerarquía normativa: por un lado, la supremacía de la Constitución federal conforme al artículo VI de dicha norma suprema; y por otro, la coexistencia de legislaciones federales, así como estatales, cuyas tensiones se resuelven mediante la *Supremacy Clause* (Vile, 2021).

Ahora, para poder entender esta concepción de estructura jerárquica a la que hace referencia el autor precedente, corresponde efectuar un breve, pero concreto repaso sobre algunos conceptos previos que, en contexto, permiten la comprensión de las normas estadounidenses señaladas a la luz de un análisis de fuentes del derecho, que es objeto de esta investigación. Así, el principal autor de referencia, Hans Kelsen

(1949), explica que todo sistema jurídico comprende normas jerarquizadas, en la que cada una encuentra su validez en otra superior, hasta llegar a una norma fundamental presupuesta (Grundnorm); y en la cual, la Constitución ocupa el vértice del sistema, y todas las demás fuentes deben derivar su validez de ella (Kelsen, 1949). En el caso estadounidense, este principio se manifiesta en la citada Supremacy Clause, que consagra la superioridad del derecho federal sobre el estatal.

Sin embargo, como advierte H.L.A. Hart (1961), los sistemas jurídicos modernos no pueden comprenderse únicamente como conjuntos de normas jerárquicamente dispuestas. Hart introduce la noción de “reglas secundarias”, entre ellas la regla de reconocimiento, mediante la cual una comunidad jurídica identifica cuáles normas deben ser consideradas válidas (Hart, 1961). En el caso de Estados Unidos, esta regla de reconocimiento incluye no solo la Constitución y los estatutos, sino también la jurisprudencia, entendida esta como los precedentes judiciales obligatorios (binding precedent), elemento del Common Law en el que otorga un lugar central a las decisiones judiciales como una fuente de su derecho.

Además, el debate entre positivismo y teorías interpretativas del derecho, como la de Ronald Dworkin (1989), cobra especial importancia en este sistema, en cuanto para este el derecho no solo consiste en reglas, sino también en principios jurídicos que deben guiar la interpretación judicial, incluso cuando no estén explícitamente codificados (Dworkin, 1989).

Ahora, con ese contexto conceptual, corresponde entonces, efectuar el desarrollo propio del sistema jurídico norteamericano (debiendo entenderse por esta expresión al estadounidense), primero de manera general, posteriormente estructural y finalmente respecto a sus fuentes.

Así, este estudio parte desde la óptica histórico-jurídica de este sistema, el mismo que, como lo señala uno de sus principales estudiosos, Lawrence M. Friedman (2005), tiene sus raíces en el

periodo colonial inglés, cuando las trece colonias aplicaban el Common Law británico, aunque con acceso limitado a los precedentes debido al contexto local; y que conllevó a que en respuesta, legislaran según sus propias necesidades y estatutos – ya fueran colonias reales, administradas por compañías o entidades autónomas–, generando un marco jurídico híbrido que combinaba normas locales y elementos del derecho inglés (Friedman, 2005).

En esa misma línea, Grant Gilmore (2014), señala que, tras su independencia en 1776 y la posterior ratificación de su Constitución federal en 1788, Estados Unidos consolidó un sistema jurídico propio, distanciándose de Inglaterra. Aun así, la jurisprudencia inglesa –especialmente la obra de William Blackstone– volvió a adquirir influencia en el siglo XIX, gracias a juristas como James Kent y Joseph Story y a la publicación de los Commentaries on the Laws of England en 1803; siendo esta recepción decisiva para incorporar los conceptos fundamentales del derecho privado en sus códigos estatales (Gilmore, 2014).

A ello, Lawrence M. Friedman (2005) subraya que, a partir de la Guerra Civil (1861–1865), el sistema jurídico estadounidense comenzó a divergir significativamente del británico. Así, Estados Unidos desarrolló un Common Law autónomo, que adapta y supera los precedentes ingleses, y funciona bajo un régimen federal que combina un sistema jurídico nacional con cincuenta ordenamientos estatales, y en el cual, la Constitución federal y los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes estatales, teniendo el poder judicial federal competencia para casos derivados tanto del law como de la equity, reflejando la herencia dual del sistema inglés, pero permitiendo que los tribunales estadounidenses se refieran muy rara vez al derecho inglés; apoyándose mayormente en su lugar, en el derecho nacional y en las resoluciones propias de su sistema jurídico federal (Friedman, 2005).

René David (2010) agrega que, en el sistema norteamericano el principio del stare decisis también obliga a tribunales inferiores a acatar los precedentes de tribunales superiores, aunque en este con cierta flexibilidad; y a diferencia del sistema británico –donde los altos tribunales están vinculados a sus propias decisiones anteriores–, en Estados Unidos existe la posibilidad de modificarlos, siempre que se fundamente la decisión en argumentos sólidos y coherentes que permitan sustentar la citada variación (David & Jauffret-Spinosi, 2010).

Sin embargo, persiste Lawrence Friedman (2005) que, este sistema jurídico al combinar el ordenamiento federal con los ordenamientos estatales, genera la proliferación de decisiones en distintas jurisdicciones y por tanto, contradicciones normativas, lo que incentivó la creación de los Restatements of the Law por parte del American Law Institute: a suerte de compilaciones influyentes que buscan unificar reglas y principios de distintas ramas del derecho estadounidense, aunque las mismas no resulten por sí obligatorias (Friedman, 2005).

Para entender este sistema jurídico, debemos contextualizar, a modo de anticipo que, en cuanto a la organización estructural de su sistema de administración de justicia, como lo señala Gilmore (2014), la Corte Suprema de los Estados Unidos, establecida por la Ley Judicial de 1789 y operativa desde 1790, corresponde al tribunal federal de mayor jerarquía, y se encontró originalmente conformada por seis jueces, consolidándose su composición en nueve miembros tras la Ley de 1869, siendo su competencia la de casos con diplomáticos o estados como partes y, mayoritariamente, revisiones de fallos constitucionales y legales, reafirmando su rol determinante en la interpretación de su sistema jurídico (Gilmore, 2014).

Ahora, retomando el punto anterior, Friedman (2005) explica que este sistema jurídico se caracteriza por su complejidad y su estructura federal, y se rige por su Constitución Federal, como norma suprema que establece la organización del poder, las

competencias de los distintos niveles de gobierno y los derechos fundamentales, y a partir de la cual se despliega un entramado normativo que combina leyes federales, estatales y locales, sustentado en una tradición de Common Law heredada del Derecho inglés; y que como tal se nutre de cuatro grandes fuentes: la Constitución, la legislación (federal y estatal), los reglamentos administrativos, y la jurisprudencia (case law); siendo esta última uno de los pilares del sistema norteamericano, especialmente por el principio del stare decisis, según el cual los precedentes judiciales deben ser respetados por los tribunales inferiores, salvo que una instancia superior los revoque o se emita nueva legislación aplicable (Friedman, 2005).

Ahora, para René David y Camille Jauffret-Spinozi (2010) la dualidad señalada entre el Derecho federal y el Derecho estatal es una de las características distintivas del modelo estadounidense; dado que, mientras el primero se deriva de competencias expresamente conferidas al Congreso por la Constitución (como defensa, comercio interestatal o tratados internacionales), los estados conservan un poder legislativo amplio y residual, en virtud del cual, cada estado posee su propia constitución, legislatura y sistema judicial, lo que genera una significativa diversidad normativa entre ellos, pese a los esfuerzos por uniformizarlos, a través del Uniform Commercial Code y el Model Penal Code, que si bien no son vinculantes, han venido siendo adoptados por la mayoría de los estados (David & Jauffret-Spinozi, 2010).

La división de fuentes del derecho de este subsistema jurídico señalada anteriormente, es también empleada por parte de George P. Fletcher (2005), quien señala que en los Estados Unidos de Norteamérica, el derecho se deriva de cuatro fuentes del derecho principales: i) la Constitución, como norma jurídica superior; ii) la Legislación, que incluye leyes federales (aprobadas por el Congreso) y leyes estatales (por cada uno de los 50 estados); iii) los reglamentos administrativos, emitidos por agencias

dotadas de autoridad legislativa delegada (Chevron deference); iv) jurisprudencia (case law), descendiente directa del common law inglés y base fundamental de todo el sistema (Fletcher & Sheppard, 2005).

Para Patrick Glenn (2014) la Constitución establece que, en caso de incompatibilidad, las leyes y reglamentos inconstitucionales no deben aplicarse, aunque no se deroguen automáticamente; dado que Estados Unidos opera bajo un régimen federal, en el cual el derecho federal cubre áreas como comercio interestatal, defensa, patentes y tratados internacionales, mientras que el derecho estatal abarca competencias residuales no vedadas a los estados, cada uno con su propia constitución y legislación (Glenn, 2014).

Friedman (2005), sin embargo, considera que, proyectos como el Uniform Commercial Code y el Model Penal Code buscan cierta homogeneización estatal frente a ello (Friedman, 2005).

Un ejemplo de esta dualidad de normas federales y estatales, nos los presentan autores como René David (2007) o el propio Lawrence M. Friedman (2005), por ejemplo este último cuando señala que, en el ámbito penal, aunque la mayor parte de los delitos se procesan a nivel estatal, existe también un Derecho penal federal que sanciona aquellas conductas que afectan competencias específicas del gobierno federal, como la evasión de impuestos o delitos interestatales; mientras que otros supuestos de regulación, como por ejemplo la pena de muerte, se encuentra regulada de manera diferente en ciertos estados, en los que se permite, mientras que en otros se encuentra prohibida, reflejando una marcada descentralización legislativa en materia punitiva, que genera la dualidad (Friedman, 2005).

Situación similar ocurre, para Grant Gilmore (2014), tanto el derecho procesal penal como el derecho procesal civil, dado que, aunque ambos han evolucionado a partir de normas federales estandarizadas, cada estado conserva competencias para adoptar procedimientos particulares; como por ejemplo en lo penal,

destaca la importancia de principios como el habeas corpus, el derecho al debido proceso y la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente; mientras que en lo civil, se privilegia un proceso adversarial, con amplias facultades para las partes en la etapa de descubrimiento probatorio y un énfasis en la oralidad y el jurado; sin embargo, cuentan con regulaciones estatales específicas (Gilmore, 2014). Lawrence M. Friedman (2005) señala que similar situación ocurre en el derecho sustantivo, y no solo en el procesal, ya que, por ejemplo, en materia civil, el derecho estadounidense regula tanto las obligaciones contractuales como la responsabilidad extracontractual. La codificación de la compraventa mediante el Uniform Commercial Code ha permitido cierta homogeneización, pero en otros ámbitos persisten divergencias sustantivas entre estados. En el terreno de la responsabilidad, el sistema ha dado lugar a desarrollos innovadores, como la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, nacida del caso *Greenman v. Yuba Power Products* (1963), que inspiró otras legislaciones (Friedman, 2005).

Así, Daniel E. Hall (2021) señala por ejemplo que, la legislación federal, codificada en el *United States Code*, coexiste con leyes estatales, las cuales conservan autonomía en asuntos no reservados a la federación (Hall D. E., 2021). Similar situación a que nos presenta Brittany Pemberton y Daniel Pope (2024), cuando refieren que el derecho administrativo ha experimentado importantes transformaciones, ya que tradicionalmente, las agencias ejecutivas gozaban de un margen de interpretación bajo la doctrina del *Chevron deference*, establecida en el caso *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984). Sin embargo, la reciente decisión de la Corte Suprema en el caso *Loper Bright Enterprises vs. Raimondo* (2024) ha revocado dicho principio, limitando el margen de acción normativa de las agencias y reforzando el citado control judicial (Pemberton & Pope, 2024).

Como se mencionó, el derecho estatal contempla la mayoría de delitos, mientras el federal regula conductas específicas de jurisdicción nacional, con diferencias en aspectos como la pena capital y las categorías de delitos (felony, misdemeanor) (Fletcher & Sheppard, 2005).

Ahora, tal y como se mencionó, existe una diferencia marcada en la regulación a nivel estatal, con la regulación a nivel federal en este sistema, lo que se evidencia de manera más clara cuando, claramente el nivel federal sigue la influencia del Common Law en su regulación, y aunque también constituye la base del Derecho en la mayoría de los estados, existen importantes excepciones, tal como lo menciona el ya citado Lawrence M. Friedman (2005) quien pone como ejemplo al estado de Luisiana, influido por el legado jurídico francés y español, y aplica principios del Derecho continental, particularmente en materia civil. Igualmente, menciona este autor que, Puerto Rico, territorio no incorporado de USA, se rige mayoritariamente por un sistema jurídico de base romano-germánica. Además, estados del suroeste como California, Texas o Nuevo México han heredado instituciones del Derecho español, como el régimen de comunidad de bienes y normas sobre derechos de agua, lo que evidencia la flexibilidad y pluralismo del sistema jurídico estadounidense, capaz de integrar diversas tradiciones normativas dentro de un marco constitucional común (Friedman, 2005).

René David (2010), que también hace un interesante análisis de este sistema jurídico, desde una versión comparada con los otros grandes sistemas jurídicos contemporáneos, señala que, si bien el derecho norteamericano pertenece a la tradición del Common Law, heredada del derecho inglés, presenta ciertas matices singulares, especialmente por su sistema federal; el mismo que no solo se encuentra en su sistema jurídico, sino también en su organización política, en cuanto los cincuenta estados que conforman dicho país mantienen sistemas propios –con sus respectivas constituciones, legislaciones y jurisdicciones–, a la

vez que rige un Estado federal supranacional que posee una constitución, un Congreso y tribunales con competencia revisora sobre los fallos estatales. Para este autor, esta dualidad jurisdiccional da lugar a conflictos de competencia entre tribunales federales y estatales; siendo esta la razón por la que, el sistema jurídico de los Estados Unidos constituye un complejo entramado normativo en el que confluyen la tradición anglosajona del Common Law con principios del constitucionalismo moderno basado principalmente en sistemas de tradición del Civil Law. Este autor considera que, es precisamente la estructura federalista del sistema norteamericano la que permite una convivencia entre el derecho federal y estatal, generando una notable diversidad jurídica dentro del mismo país, tanto en la forma como en el contenido de sus normas, pero especialmente en la forma de su administración de su justicia, dado que, pese a que se presentan matices generales para todo el ordenamiento, como la supremacía de la Constitución y la doctrina del stare decisis –y que en conjunto aseguran la coherencia y estabilidad del ordenamiento–, es el papel de la Corte Suprema, el que garantiza el respeto a los derechos fundamentales y a los límites del poder legislativo, a través de una doctrina y jurisprudencia propias y diferenciadas del derecho inglés, adaptadas a las realidades sociales, políticas y económicas de este país (David & Jauffret-Spinozi, 2010).

Por su parte, Patrick Glenn (2014) explica que, esta coexistencia entre regulaciones no se ha dado de manera uniforme en todas las ramas del derecho, dado que, por ejemplo, en materia contractual, es el Uniform Commercial Code el que ha logrado dicha armonización, dado que, pese a diferencias estatales, existen conceptos generales como el de responsabilidad extracontractual caracterizado por la responsabilidad objetiva por productos defectuosos (*Greenman v. Yuba Power Products*, 1963) así como por otros (Glenn, 2014).

Grant Gilmore (2014) señala además que, el derecho estadounidense es dinámico, plural y adaptable, por haber sido pionero en diversas áreas del derecho contemporáneo, como la responsabilidad objetiva, el debido proceso penal y la estandarización de normas mediante cuerpos como el Uniform Commercial Code y los Restatements of the Law, representando una de las expresiones más influyentes del modelo de Common Law global (Gilmore, 2014).

En esa línea de ideas, Juan Morales Godo (1995) considera que, en este sistema jurídico, la fuente principal no es la costumbre ni la legislación –pese a su vasta producción legislativa tanto a nivel federal como estatal–; sino que lo es la jurisprudencia, es decir, los precedentes judiciales (case law) decididos por tribunales superiores (Morales Godo, 1995).

En similar, Paul A. Freund (1957), citando a Alexis de Tocqueville, señala que los asuntos fundamentales de la vida pública estadounidense terminan siendo decididos por los jueces; y que ello es confirmado por su historia judicial, dado que casos trascendentales como *Griswold v. Connecticut* (1965), que reconoció un derecho a la privacidad conyugal, o *Roe v. Wade* (1973), que extendió ese derecho a la autonomía reproductiva, muestran cómo se configuran derechos fundamentales a través del precedente (Freund, 1957, pág. 75).

Esta labor específica encargada al precedente en este sistema en definitiva influye en su composición de fuentes productoras del derecho, ya que exige un rol diferenciado a los operadores de su administración de justicia a diferencia de otros sistemas, especialmente en la figura del juez, a quien, como se ha señalado, se le otorga un papel activo en la creación del derecho, y que se limita únicamente por la Constitución y por los precedentes existentes.

Así, como advierte John Dawson (1965), aunque el juez tiene la posibilidad de apartarse de un precedente, solo puede hacerlo mediante una motivación sólida y coherente, generando así un

nuevo precedente que contribuirá al desarrollo evolutivo del derecho (Dawson, 1965).

Este mecanismo, para Erwin Chemerinsky (2019) genera una garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales que podría darse en un sistema con tal libertad, dado que, la motivación no solo fundamenta el fallo, sino que sirve como referencia para futuras decisiones; permitiendo a este sistema estructurarse caso por caso, y construir sus principios y reglas jurídicas a través del razonamiento judicial y los precedentes (Chemerinsky, 2019).

En ese mismo sentido, André y Suzanne Tunc (1957) coinciden en reconocer en el Common Law americano, a la costumbre y legislación como fuentes supeditadas a los precedentes judiciales, razón por la cual, lo definen como un derecho “esencialmente judicial”, en el cual únicamente, por lo menos a nivel federal, se prioriza a la Constitución (Tunc & Tunc, 1957). Este pensamiento conlleva a suponer que, para estos autores, existe una diferencia entre la jerarquía normativa de constitución y ley, en la cual, el precedente, intermedia, siendo superior jerárquicamente, como fuente, a la ley, pero supeditándose solo a la Constitución.

Sin embargo, esta posición jerárquica permite a los jueces gozar de amplias facultades interpretativas, las que según Dawson (1965), se encuentran limitadas en la motivación de sus decisiones en el marco de los precedentes previos; ya que solo justificando y argumentando adecuadamente puede apartarse de ellos, y así crear nuevos (Dawson, 1965).

El límite motivacional de las decisiones señalado por el autor antes mencionado, también es abordado a su manera por parte de Lawrence M. Friedman (2005), quien señala que, si los precedentes provienen de tribunales superiores vinculan a los inferiores dentro de la misma jurisdicción, por ejemplo, un tribunal de apelación estatal vincula a todos los tribunales estatales inferiores; y que sin embargo, en materia estatal, los tribunales federales pueden estar obligados a seguir estas

decisiones, salvo que sean contrarias al mismo derecho federal. Por lo que, los precedentes persuasivos incluyen decisiones de igual jerarquía o de otras jurisdicciones, como, por ejemplo, un tribunal de circuito federal puede inspirarse en decisiones de otros circuitos, aunque no estar obligado a seguirlas (Friedman, 2005). George P. Fletcher y Steve Sheppard (2005) precisan que, si un tribunal supremo (ya sea estatal o federal) modifica un precedente, esa variación solo rige para el caso en curso y para futuros litigios, sin afectar los casos ya resueltos (*res judicata*); por lo que, las decisiones de la Corte Suprema se recopilan oficialmente en *United States Reports*, y las posteriores a 1887 también aparecen en el *National Reporter System*; siendo otras publicaciones importantes los *American Law Reports (A.L.R.)*, que ofrecen análisis doctrinales como fuente suplementaria; estos repertorios facilitan el acceso temático a la jurisprudencia, mientras que los citators (como *Shepard's*) permiten verificar si un precedente sigue vigente o ha sido modificado o derogado (Fletcher & Sheppard, 2005).

Si bien en la doctrina estadounidense, se distingue entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, en el mismo sentido en el que se desarrolló en el subcapítulo del Derecho Inglés, sin embargo, Grant Gilmore (2014) precisa que en el sistema estadounidense las observaciones no vinculantes, ejercen influencia argumentativa en los demás tribunales (Gilmore, 2014).

Ahora, Steve Sheppard (2005) agrega a este dinamismo que, en el sistema norteamericano, la ausencia de precedentes, legislación aplicable o cuando la normativa es insuficiente, el juez se encuentra facultado a fundamentar una decisión en su razonamiento jurídico, expandiendo así el *Common Law*; por medio del *case by case* –o “derecho de decisiones”– que complementa la vía legislativa permitiendo buscar justicia (Fletcher & Sheppard, 2005).

Estos autores denominan como “fuentes complementarias” al derecho escrito y a la regulación administrativa, siendo la primera

de estas, el derecho positivo escrito (Statutory law), aprobada a niveles federal, estatal y municipal, promulgada por mayorías legislativas y sujeta a sanción ejecutiva; y al segundo como derecho reglamentario (Administrative law), que son normas creadas por agencias administrativas –como la Comisión Federal de Comercio– con base en facultades delegadas por el legislativo; lo que con los precedentes permiten formar un sistema híbrido en constante evolución (Fletcher & Sheppard, 2005).

De otro lado, Patrick Glenn (2014), señala que los tratados internacionales también son fuentes del derecho con rango equivalente al de las leyes federales, si están debidamente ratificados por el Senado en una mayoría de dos tercios, y que no requieren legislación adicional para su aplicación, salvo cuando la constitución federal así lo exija (Glenn, 2014).

A nivel Estatal, según Steve Sheppard (2005) existen otras constituciones diferentes a la federal que actúan como norma suprema dentro de su jurisdicción y que incluyen sus propias cartas de derechos; y su adopción y reforma no requiere intervención del gobierno federal; y las enmiendas estatales y la legislación conforman un sistema normativo dinámico en los estados, regulado por congresos y autoridades ejecutivas (Fletcher & Sheppard, 2005).

Ya a modo de finalización, el antes varias veces referenciado Lawrence M. Friedman (2005), considera que, como se ha venido señalado el precedente judicial al ser la principal fuente de este sistema, permite también su propio desarrollo y evolución, especialmente a partir de su carácter dinámico y adaptable a realidades convergentes con nuevas conductas sociales. Así, señala que esta evolución, se ve presente por ejemplo en la expansión de derechos fundamentales por medio de las decisiones judiciales efectuadas a partir de casos concretos, como el caso de *Griswold vs. Connecticut* (1965), en el que la Corte Suprema invalidó una ley que prohibía el uso de anticonceptivos por parte de parejas casadas, reconociendo un derecho constitucional a la

privacidad conyugal. La mayoría sostuvo que ese derecho “es más antiguo que la Carta de Derechos” y forma parte de la zona de intimidad protegida por la Constitución. Este precedente fue decisivo para desarrollar derechos similares, como el de las personas solteras (*Eisenstadt v. Baird*, 1972), y sirvió de cimiento para *Roe vs. Wade* (1973), que reconoció la libertad de decisión reproductiva. Asimismo, tenemos el caso de *Lawrence vs. Texas* (2003), en el que la Corte Suprema anuló una ley que criminalizaba las relaciones sexuales entre adultos consensuales del mismo sexo, calificando el fallo anterior (*Bowers v. Hardwick*) como una errónea concepción de la libertad personal. El tribunal consideró que el derecho a la intimidad es parte del Due Process Clause de la enmienda 14^a. Este caso reafirma cómo, más allá de límites jerárquicos, el sistema norteamericano permite corregir precedentes mediante justificación argumentada, adaptando el derecho a los cambios sociales actuales. Lo que demuestra que, por medio de estos fallos el sistema estadounidense utiliza el *stare decisis* para evolucionar normativamente, en cuanto el juez construye derecho a través de decisiones individuales, creando precedentes vinculantes., y que en casos como en *Griswold* y *Lawrence* son ejemplos paradigmáticos de expansión de derechos por vía judicial. A pesar de la existencia de legislación, en materias como la privacidad, la trayectoria judicial sigue desempeñando un papel central (Friedman, 2005).

1.1.3. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LAS OTRAS FAMILIAS DE SISTEMAS JURÍDICOS EN EL MUNDO

Si bien en los subcapítulos precedentes se ha desarrollado un marco teórico de las fuentes del derecho que conforman la principal herencia histórica de nuestro sistema jurídico nacional y de la tradición continental europea en general a la que pertenecemos; considero que, el aporte al conocimiento que podría efectuar la presente investigación, no se debe limitar

únicamente a ellos, en cuanto nuestro sistema jurídico procesal nacional, como se ha venido señalando ya en los subcapítulos previos, tiene una serie de influencias adicionales. Por lo que, a través de este subcapítulo, se aborda el estudio doctrinario y conceptual de las fuentes del derecho que superan el análisis de los sistemas jurídicos de tradición del Civil y Common Law, y se extiende a las “otras” diversas familias de sistemas jurídicos existentes en el mundo, y que, para efectos prácticos, han sido subdivididos en el presente trabajo de investigación en dos grandes grupos, empleando para ello, criterios sobre los que se considera, presentan una vital influencia en nuestro sistema jurídico, por lo menos desde una concepción histórica e ideológica, como lo son los elementos de la política y la religión. Por ello, en tal sentido, estos “otros” sistemas jurídicos analizados, se encuentran en dos grandes sistemas de derecho, como lo son el Derecho Político y el Derecho Religioso, haciendo presente, que, en el primero se analiza, como el pensamiento político ha influido en el derecho, teniendo como más grande campo de influencia el pensamiento Socialista, y para el segundo de los señalados, el desarrollo del Derecho Canónico y del Derecho Islámico. De este modo, se analizan las particularidades singulares que presentan, y la influencia directa o indirecta que podrían haber insumido en las fuentes de nuestro derecho adjetivo. Efectuándose el estudio en cuanto a la jerarquía, naturaleza y función de las fuentes de cada uno de estos derechos, dado que, comprender estas diferencias resulta fundamental para un enfoque integral y comparativo del fenómeno jurídico procesal, así como para el análisis crítico de los conflictos y convergencias entre sistemas en un mundo globalizado. Así, este análisis se propone, “obiter dicta” –parafraseando el derecho anglosajón– dado que, si bien no forman parte central del análisis de fuentes de nuestro derecho procesal per sé, estas otras familias jurídicas, contienen fundamentos filosóficos, normativos, históricos y prácticos, que permiten entender como de manera global se administra justicia, aportando una visión comparativa que permita valorar la diversidad y riqueza en un contexto cada vez más interconectado, y del cual nuestro ordenamiento no constituye ninguna excepción; por lo que, se pretenderá analizar si los mismos nos aportaron alguna posible influencia.

1.1.3.1. LAS FUENTES EN EL DERECHO POLÍTICO

Ahora, en virtud de lo señalado, corresponde dar inicio al análisis de las fuentes del derecho de estos “otros” sistemas jurídicos referidos en la parte introductoria de este subcapítulo, por uno de los principales sistemas de derecho en el mundo que presenta más diferencias con el espíritu de los sistemas ya mencionados del Civil Law, y Common Law, pero que, pese a ello, se ha abierto camino para encontrarse presente como una fuente de inspiración para los poderes de los estados en el mundo, especialmente, en algunos sistemas jurídico procesales regionales (como el caso de Latinoamérica e inclusive Europa Oriental), y que, si bien, se harán referencias y amagos de otros pensamientos políticos como el Capitalismo, el Liberalismo, y otros, el análisis central, se enfocará en el Derecho Socialista, y no solo por su influencia histórica en una parte considerable del mundo durante el siglo XX, sino también por la manera en que reconfigura la noción clásica de las fuentes del derecho, subordinándolas a una visión política y económica determinada por el papel dirigente del Estado, a diferencia de los otros pensamientos políticos, cuya influencia en el campo del derecho es más limitada o discreta, y que si bien, sirven de influencia para establecer nuevas regulaciones y ordenamiento jurídicos, estos por sí mismos, no resultan un enfoque directo de la voluntad política plasmada como pensamiento e ideología, sino que le permiten al campo del derecho cierta independencia, con la cual, y sin ánimo de parecer muy Kelseniano, permiten estructurar una teoría de fuentes del derecho bajo una teoría más purista y libre de entrometimientos exógenos, lo que no sucede con el Derecho Socialista, donde esta línea delimitante entre política y derecho, se ve muy difuminada, por lo menos en la práctica; y que, conforme a nuestra actual realidad nacional y política, resulta relevante considerar.

Ahora, debemos comenzar señalando que, como concepto previo, la definición doctrinaria de "Derecho Político" entendido como

un sistema jurídico independiente es más común en la doctrina francesa y alemana; ya que en el ámbito anglosajón del Common Law, este derecho se subsume en otras ramas de derecho no independientes al concepto de sistema jurídico como tal, como lo son el Derecho Constitucional o la propia Teoría Política Jurídica. Así, podemos partir de la definición efectuada por Georges Burdeau (1985), quien señala que debemos entender por Derecho Político al conjunto de reglas jurídicas que regulan el fenómeno del poder en una sociedad organizada. Para dicho autor, este sistema jurídico no solo abarca las normas que rigen la adquisición, el ejercicio y la transmisión del poder, sino que también se fundamenta en la legitimación de la autoridad frente a los gobernados, constituyendo así, la infraestructura legal de toda una organización estatal (Burdeau, 1985).

De otro lado, Georg Jellinek (2000) postula una conceptualización desde la perspectiva de la tradición jurídico germánica, para lo cual señala que, el Derecho Político se debe entender como el Derecho Público que rige la existencia, los fines y las funciones del Estado, y que se enfoca en las relaciones jurídicas de supra y subordinación entre el Estado y los individuos, y entre los órganos del Estado, estableciendo el marco normativo de la estructura política y la soberanía, siendo la norma constitucional su cúspide reguladora (Jellinek, 2000).

De estos dos conceptos podemos advertir liminarmente que, si bien existe una definición conceptual propia de este sistema, sin embargo, en algunos conceptos de su desarrollo existe una superposición con otros de sistemas jurídicos diferentes que regulan a este sistema, pero como parte de su propio ordenamiento, a través de ramas específicas de este tipo de derecho, como lo son el derecho electoral, el derecho legislativo, el derecho político, entre otros. Por esta razón, para clasificar los sistemas jurídicos basados en su estructura política, económica, o ideológica, es decir, para definir las clases o tipos de sistemas de Derecho Político, debe recurrirse al análisis de la teoría política,

teoría del Estado en el derecho comparado, a partir de las propias familias legales ya existentes y su base ideológica.

Así, para John Merryman (2018) el Civil Law se encuentra inherentemente asociado al liberalismo y capitalismo modernos, ya que, se fundamenta en la codificación napoleónica, que consagró la propiedad privada, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, como los elementos esenciales económico capitalistas (Merryman & Pérez-Perdomo, 2018).

En similar posición, Immanuel Wallerstein (2005), argumenta que en los estados modernos los ordenamientos legales políticos son fundamentalmente estructuras del sistema capitalista global, ya que para este autor, la mayoría de los derechos nacionales, ya sean liberales o, históricamente, socialistas, responden a la lógica de la acumulación de capital y la distribución de poder entre el centro y la periferia del sistema-mundo (Wallerstein, 2005).

Ahora, sin embargo, en esta investigación, se consideró al Derecho Político, como un sistema jurídico independiente a partir de lo señalado por René David (2010), quien como ya se había señalado previamente en este trabajo, clasifica los sistemas jurídicos en el mundo en familias que reflejan modelos políticos y económicos, tales como la familia Romano-Germánica (es decir el Civil Law), la que asocia al liberalismo económico y político clásico y la codificación; la familia anglosajona (es decir el Common Law), al considerar que comparte principios liberales y capitalistas, desarrollados a través del precedente; y finalmente a la familia de Derecho Socialista, basada en la ideología marxista-leninista, donde la ley sirve para transformar la sociedad hacia el comunismo, relegando los derechos privados a favor del interés colectivo y la propiedad estatal (David & Jauffret-Spinosi, 2010).

Si bien el enfoque se encuentra referido al desarrollo del Derecho Socialista; sin embargo, a modo de no dejar sin análisis los otros derechos derivados de pensamientos políticos, corresponde hacer un breve repaso a estos. Así, si bien el desarrollo conceptual no

es exacto, podemos extraer de ciertos autores que desarrollan el análisis político de sus ideologías y pensamientos. Max Weber (1922) sostiene así que el derecho capitalista es aquel sistema jurídico que garantiza la previsibilidad y la racionalidad formal necesarias para el funcionamiento del mercado, en base a la existencia de un derecho que asegure la propiedad privada y la autonomía contractual, y cuya racionalidad formal permita la existencia del sistema capitalista con su expectativa de lucro y seguridad de transacciones (Weber, 1922).

De otro lado, basado en la filosofía de John Rawls (1995), podríamos definir al derecho liberal como aquel sistema jurídico que se centra en la primacía de las libertades básicas y en la igualdad de oportunidades; es decir, aquel que garantiza la supremacía de los derechos individuales frente al Estado, limitando la intervención gubernamental a lo estrictamente necesario para preservar la libertad y asegurar un marco de justicia, basado por la neutralidad de la ley y la protección del individuo frente a algunas decisiones colectivas (Rawls, 1995).

Ahora bien, con estas definiciones, corresponde ahora sí, abordar de lleno el desarrollo del sistema jurídico político que sí tiene en sus bases conceptuales un marco doctrinal propio, y que se diferencia de otros sistemas jurídicos en el mundo, como lo es el Derecho Socialista.

Así, Thomas H. Reynolds (1992), señala que este derecho se desarrolló intensamente desde la Revolución Rusa de 1917 y se consolidó en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), así como en otras repúblicas socialistas, configurándose teóricamente como una variante del derecho del Civil Law, pero con profundas modificaciones ideológicas que lo orientaron a servir como instrumento central de planificación estatal (Reynolds, 1992).

Para Camille Jauffret-Spinosi (2010) en este sistema, la ley se erige como la fuente principal del derecho, pero no por su fundamentación en el consenso ciudadano, sino porque expresa

directamente la voluntad política de los dirigentes de los Partidos Políticos, y especialmente los de turno en el Gobierno político (David & Jauffret-Spinosi, 2010). Mientras que, según René David (2007), las fuentes en el derecho soviético contemplaban una jerarquía funcional donde la infraestructura económica y la dictadura del proletariado se consideran la base material que condiciona la legislación y la estructura del poder estatal; y donde la ley (en sentido lato sensu) ocupa el primer lugar en la jerarquía de fuentes normativas, pero entendida como el vehículo más directo de control social y transformación revolucionaria, y no meramente como una norma general abstracta, como podría tratarse en otros sistemas jurídicos como el de Civil Law (David, Tratado de Derecho Comparado, 2007).

Así, señala Julio Fernández Bulté (2005) que, en contraste con las doctrinas del sistema continental, en el derecho socialista la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina no se reconocen como fuentes autónomas con eficacia normativa, dado que, cumplen funciones subsidiarias o ilustrativas dentro de un esquema en el que el partido político ejerce una influencia directa sobre la interpretación y aplicación del derecho (Fernández Bulté, 2005). Y en esa línea de pensamiento, Evgeni B. Pashukanis (1976) postuló que el derecho es una categoría funcional de la sociedad burguesa y que tiende a desaparecer progresivamente con la transición al comunismo, al quedar abolida la sociedad mercantil (Pashukanis, 1976).

A lo que, Pēteris Ivánovich Stučka (1974), por su parte, agrega defendiendo la idea de la “legalidad socialista”, en la cual el derecho permanece como un instrumento del Estado, aunque orientado a una transformación real social política en la población (Stučka, 1974).

Los autores antes referidos coinciden en señalar que la estructura de las fuentes jurídicas en el Derecho Socialista, se basa en primer lugar, en una infraestructura económica y en un partido político, como base material y normativa primaria que orienta el derecho;

y que si bien es cierto la Ley constituye su fuente principal, no lo hace desde su propia naturaleza, sino más bien entendida como actos normativos estatales derivados de una expresión directa del poder político; relegando a la jurisprudencia y la costumbre, a la categoría de fuentes subsidiarias o funcionales que no cuentan con una eficacia normativa autónoma propia; a lo que podríamos adicionar que incluso las directivas de los partidos políticos (especialmente el de turno), cumplen el rol de guía interpretativa y prioritaria sobre los tribunales de justicia, por lo que, la doctrina de algún modo sería también una fuente de este sistema jurídico, aunque no con un rol diferenciado, sino con uno derivado de la misma expresión política.

De otro lado, como lo señaló Alejandro González Monzón (2021), este modelo jurídico, surgido a partir de la Revolución Rusa de 1917, rompe con la tradición liberal-burguesa del derecho preexistente a la fecha en el mundo, y propone una concepción instrumental del ordenamiento jurídico, en la que el derecho no es tanto un conjunto de normas emanadas de la voluntad general, sino más bien un medio al servicio de la construcción del socialismo y del mantenimiento del poder político. Por ello, resulta particularmente útil examinar cómo se estructuran las fuentes del derecho en este sistema, cuál es el rol de la ley, el lugar de la costumbre, la jurisprudencia, y, sobre todo, el papel del partido político como factor generador de directrices normativas y jurídicas (González Monzón, 2021).

Según Eric Hobsbawm (1996), este sistema jurídico se desarrolló en el periodo en el que él mismo denominó “siglo corto”, que transcurrió entre 1914 y 1991 (Hobsbawm, 1996).

Pese a esta denominación, el periodo donde se desarrolló este sistema jurídico, para Hugo Fazio Vengoa (2009) debería ser recordado más bien como el “siglo del comunismo” debido al protagonismo global del citado régimen soviético socialista (Fazio Vengoa, 2009, pág. 9).

Así, dentro de este sistema jurídico, corresponde abordar una subespecie, y posiblemente la principal, de todo su ordenamiento, la misma que corresponde al Derecho Soviético.

Para Harold J. Berman (1948), este derecho asumió características propias; debido a que, si bien en forma y fondo era “socialista”, mantenía rasgos formales heredados del pasado legal ruso y de ciertas prácticas del Derecho occidental de la época (Berman, 1948).

Sin embargo, respecto a esta subespecie del derecho socialista, Hugo Fazio Vengoa (2009), nos efectúa desde ya una advertencia respecto a la interpretación del aporte doctrinal que pueden tener las obras que lo desarrollen como tal, ya que, señala que gran parte de la producción académica anterior a 1991 presenta sesgos marcados, ya sean favorables o adversos al régimen, generando una falta de rigor científico por la influencia de prejuicios culturales de carácter político e ideológico, y no jurídicos como tal (Fazio Vengoa, 2009).

Sin embargo, René David (2010) señala, pese a la dificultad de fuentes doctrinales, a este sistema jurídico lo debemos entender desde el análisis de las tensiones entre la doctrina marxista (que postulaba la extinción del Derecho como ciencia) y la realidad de un Estado regulador que necesitaba normas para permanecer (David & Jauffret-Spinozi, 2010).

Y es esta perspectiva que nos presenta el autor antes mencionado, que se encontró en la investigación ese segundo impulso para inmiscuirnos un poco más en el desarrollo de este sistema, especialmente, porque esta tensión es la que se advierte de muchas realidades estatales en la actualidad, en la cual numerosos países se han organizado bajo los principios del socialismo, como corriente derivada del comunismo, pero basada en la teoría marxista.

Ahora, para entender este sistema jurídico, y con las disculpas del maestro Kelsen, corresponde no solo realizar un análisis purista, sino principalmente, uno ideológico político, para lo cual

debemos considerar que, aunque existen variaciones dentro del socialismo, todas se remiten al fundamento común desarrollado por Karl Marx y Friedrich Engels (1848); especialmente a sus ideas expuestas en el Manifiesto del Partido Comunista, las que constituyen también la base teórica de este Sistema Jurídico; y que se encuentran sustentados ideológicamente en una lucha de clases entre opresores y oprimidos, por un lado la burguesía, propietaria de los medios de producción y centralizadora de la riqueza y del poder político; y del otro, el proletariado, compuesto por los trabajadores desposeídos que venden su fuerza de trabajo a cambio de subsistencia, y en el cual, el capital no es una fuerza individual, sino social, debiendo procurarse una propiedad social (Marx & Engels, 1848).

Para Richard Gillespie (1991), Lenin contribuyó a esta visión jurídica al afirmar que la democracia solo es posible mediante la “dictadura del proletariado”, en tanto se centraliza el control político bajo el partido comunista (Gillespie & Santos Fontenla, 1991).

Así, un sistema jurídico basado en dicha estructura ideológica y política, requiere de una construcción de fuentes por las cuales el poder político, que es el que va a permitir la imposición de las medidas sociales en las que se basa la citada ideología política se transmita a las normas y el derecho de forma que se permita la regulación de las conductas sociales.

Al respecto, René David (2007), sostiene que un sistema de derecho no puede ser examinado como una acumulación de reglas sin relación entre sí o sin otra relación que la yuxtaposición; dado que se integra por una serie de principios cuyo conocimiento es indispensable para comprenderlo, es decir, para descubrir el verdadero contenido del marco normativo que lo constituye y así captar las relaciones que existen entre las mismas (David, 2007). En cuanto al Derecho Socialista, las fuentes del derecho, pueden ser analizadas desde la perspectiva soviética, según Nuria Gonzáles Martin (2000) en cuatro etapas: i) Derecho Ruso

Antiguo (989-1237 d.C.) que corresponde con la época de la Rusia de Kiev; ii) Dominación de los Mongoles (1237-1497 d. C.); iii) Obra legislativa del zar Alexis II (1649-1653 d. C.); y iv) Compilación del zar Nicolás I (1832 d. C.); en las que sin embargo, señala la autora existió una escasa evolución del marco normativo ruso y un retraso considerable con respecto al resto del mundo, dado que, apenas había una recopilación de derecho consuetudinario, la Russkaya Pravda, derecho laico a través de los Nomocánones que posteriormente cambian de nomenclatura al constituirse como código general mongol, la Kormtchaya, y de ahí al Código de 1649 y el Código de 1832, en donde se seguía utilizando el derecho escrito destinado a las clases más privilegiadas y el derecho consuetudinario para la clase campesina, e incluso sentenciando sobre normas que no existían o que ya estaban derogadas, abusando, una vez más, de la ignorancia del pueblo y la prepotencia de la clase privilegiada, pese a lo cual la ley destacaba como fuente principal (González Martín, 2000). Es lógica la conclusión sobre fuente principal a la que llegó la autora antes señalada, dado que, el Derecho Soviético en particular, pero también el Derecho Socialista en general, eran por sí, un sistema de derecho positivo, lo que aunado al hecho de que, la única forma de trasladar los mandatos políticos ideologizados a la población y el orden social, era la ley. A lo que coincide Consuelo Sirvent Gutiérrez (2020), quien además de señalar como principal fuente de este sistema a la legislación, y dentro de esta específicamente a la Constitución de la URSS; ha reconocido también como fuentes a la costumbre, los principios generales del derecho y a la jurisprudencia (Sirvent Gutiérrez, 2020, págs. 278-280). Nuria González Martín (2000) también en el mismo sentido, ha reconocido a las fuentes antes señaladas, pero adicionalmente postula como fuente de su derecho a lo que ha denominado la “dictadura del proletariado”, como expresión de voluntad de los trabajadores fundada sobre los principios del socialismo y la colectivización de los medios de producción. A

ello agrega que, las disposiciones generales, votadas por el Soviet supremo son las que constituyen las únicas leyes en el sentido estricto de la palabra, todo ello agregado a la circunstancia de que no existe la división de poderes de Montesquieu (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y sí una unidad de poderes reunidos por la “dictadura del proletariado”, quedando claramente comprobado que difícilmente otro tipo de leyes, por ejemplo las emitidas a través del gobierno, pueden tener un lugar en el derecho soviético, de modo que, el papel de la costumbre y a la equidad es restringido. En lo que se refiere a la jurisprudencia, éstas son publicadas excepcionalmente y cuando presentan una dificultad se acude a una ordenanza o directiva que indica a los jueces cómo debe ser interpretado en el futuro el texto legal, el juez interpreta, a veces con el apoyo mencionado, la ley; pero no crea derecho; de esta manera la voluntad de los dirigentes siempre se verá proyectado a través, de una ley, ordenanza o directiva emitida por el Soviet supremo (González Martín, 2000). Es necesario agregar que la citada autora menciona además que, las sentencias de los tribunales soviéticos no estaban redactadas bajo la forma de considerandos, hay un esfuerzo por su brevedad y siempre, dado que el juez no es independiente, todo le era revisado desde el gobierno. El juez no podía negarse a juzgar bajo pretexto de silencio, insuficiencia y oscuridad de la ley; el juez, en caso de silencio de la ley, era llamado a juzgar de acuerdo con su sentimiento socialista de la justicia, tomando en consideración la política del gobierno y el interés del proletariado. Para este efecto, se servía de diferentes documentos tales como el programa del partido comunista, los escritos de los ya mencionados Marx y Engels, así como Lenin, Stalin, entre los más destacados jefes del gobierno bolchevique (Ídem). Por lo tanto, podríamos concluir que el sistema jurídico socialista, se encuentra caracterizado por tener como fuente principal de su derecho a la ley, entendida esta como un instrumento técnico capaz de impulsar cambios rápidos e instaurar la economía planificada; y es a esta fuente que se

suman, aunque no con la misma importancia, ni jerarquía, ni mucho menos peso jurídico, la jurisprudencia, a través de resoluciones judiciales sistematizadas desde cortes supremas como guía jurídica para interpretar a la ley; asimismo la doctrina, fundamentada en la filosofía marxista-leninista, que ejerce autoridad incuestionable en la enseñanza y práctica del Derecho; y finalmente la costumbre, generalmente desplazada por el proyecto ideológico y la transformación jurídica socialista como ideal del sistema. La teoría del derecho en general, pero también en particular la del derecho procesal, en la tradición socialista soviética se caracterizó por un control absoluto del discurso jurídico por parte del aparato ideológico del Estado, lo cual se tradujo en una alteración sustancial de la noción de fuentes del derecho. Como sostiene Alejandro González Monzón (2021), el pensamiento jurídico soviético no partía de una reflexión crítica sobre los principios del derecho ni sobre su función limitadora del poder, sino que más bien se construía a partir de una visión doctrinaria que subordinaba el derecho a los fines políticos del partido socialista. Y es esta subordinación la que tuvo como consecuencia directa la eliminación del pluralismo jurídico, negando la posibilidad de que existieran fuentes no estatales – como las mencionadas costumbre, jurisprudencia o doctrina autónoma– que pudieran limitar, matizar o reinterpretar el contenido normativo de las leyes. Ello, a diferencia de las tradiciones jurídicas occidentales, donde los principios como la equidad, la proporcionalidad o la legalidad sirven como guías interpretativas o incluso correctivas del texto normativo, en el derecho soviético dichos principios fueron absorbidos por el contenido ideológico del Estado Socialista, a partir del desarrollo del pensamiento político socialista de los partidos que se encontraban en el Gobierno de turno. Uno de los aspectos más llamativos para el citado autor, es cómo el principio de legalidad fue reconfigurado ideológicamente, dado que ya no significaba el sometimiento del poder al derecho, sino la obediencia del derecho

a los fines del poder revolucionario. Esto explica que los tribunales carecieran de autonomía real y que la jurisprudencia no solo no tuviera valor vinculante, sino que cualquier forma de creación judicial del derecho era vista como desviación ideológica. La fuente del derecho por excelencia era la ley, entendida como manifestación directa del poder político, mientras que los principios y valores jurídicos tradicionales eran reinterpretados de acuerdo a la doctrina oficial del socialismo científico. Este fenómeno de ideologización no solo afectó a la teoría del derecho, sino también a la práctica judicial. Los jueces no eran intérpretes autónomos del derecho, sino ejecutores de una voluntad política previamente definida. Esta realidad refuerza la lectura de que, en los sistemas socialistas, la jurisprudencia no podía ser considerada fuente del derecho, ya que carecía tanto de autonomía como de capacidad creadora (González Monzón, 2021). Ahora, regresando sobre el punto anterior, en el sistema jurídico socialista clásico –como el de la mencionada Unión Soviética–, la jurisprudencia y los precedentes judiciales no se conciben como fuentes del derecho con eficacia normativa autónoma, sino como instrumentos funcionales subordinados al partido y al legislado (González Monzón, 2021). En esencia, bajo el derecho socialista, la jurisprudencia no es una fuente de creación normativa, sino un instrumento auxiliar, asimismo, no existe publicación ni sistematización oficial de precedentes como en sistemas de Common Law; y la interpretación judicial está sujeta a la doctrina oficial del partido. Este modelo tenía por fundamentos teóricos las tesis de Evgeni B. Pashukanis (1976), quien sostuvo que el derecho proletario tiende a desaparecer conforme se supera la forma jurídica burguesa y la sociedad de intercambio de mercancías. La jurisprudencia, vista como forma jurídica, no podría subsistir con autonomía en un sistema socialista en transición hacia el comunismo (Pashukanis, 1976). Por su parte, Pēteris Ivánovich Stučka (1974) y otros teóricos desarrollaron la idea de la "legalidad socialista", donde el derecho

mantiene su función como instrumento estatal orientado a metas sociales, pero estrictamente bajo la dirección del partido. Esto implicaba que los tribunales no podían generar ni normas, ni precedentes vinculantes, solo interpretaciones al servicio del diseño político-administrativo del Estado (Stučka, 1974).

Para Santiago González-Varas (2021), una de las características más destacadas del sistema jurídico socialista, especialmente en su vertiente soviética, fue la ideologización de los principios jurídicos, fenómeno que afectó directamente la configuración y jerarquía de sus fuentes del derecho. En este contexto, los principios no se desarrollaban desde una perspectiva valorativa autónoma ni como resultado de la evolución jurisprudencial, sino que estaban subordinados a los fines políticos del Estado-partido y a la interpretación oficial del marxismo-leninismo. Este autor señala que la dogmática jurídica en el derecho soviético no solo estuvo impregnada de una visión política instrumental del derecho, sino que también eliminó toda posibilidad de pluralismo jurídico, suprimiendo el debate sobre la validez de los principios por fuera del marco ideológico estatal. Así, principios como la igualdad, la legalidad o la justicia eran redefinidos bajo un prisma ideológico, según los intereses del poder estatal, y no desde una racionalidad jurídica autónoma (González-Varas, 2021).

Más allá de la URSS, Pinghua Sun (2014) señala que existen otros sistemas socialistas, tales como el chino, que se consideran una adaptación, pero a través de una versión adaptada en la cual la legislación estatal sigue siendo central, aunque con una tendencia creciente a incorporar mecanismos consultivos y un activismo legislativo diferenciado (Sun, 2014).

Por lo tanto, de lo desarrollado en este subcapítulo se logra comprender como todo derecho político, pero en particular el Derecho Socialista, se insumen en una fuente principal como lo es la norma, pero la misma proviene de la voluntad política de los partidos y el gobierno.

1.1.3.2. LAS FUENTES EN EL DERECHO RELIGIOSO

Por lo menos en teoría, y hasta se podría decir que, aspirando a fines kelsenianos, el derecho en nuestro sistema jurídico nacional no debería verse influido, conforme su tradición histórica, por factores exógenos, como la política, las ideologías filosóficas o inclusive la religión. Sin embargo, esa “teoría”, como también se ha ido exponiendo hasta este punto en el presente trabajo de investigación, es superada ampliamente por la realidad de su estructuración, sus fundamentos y sobre todo su funcionamiento, por lo que, la concepción de fuentes en el derecho religioso resulta también un importante hito sobre el cual desarrollar este marco teórico; para lo cual debemos considerar precisamente que, en el marco del estudio comparativo que se pretende efectuar de las fuentes del derecho en diversos sistemas jurídicos del mundo, resulta imprescindible considerar también los sistemas de derecho religioso, donde el fundamento normativo se enraíza en convicciones trascendentes especialmente divinas, y no exclusivamente en una autoridad estatal o en el propio pueblo, a diferencia de las citadas, pudiendo a partir de este enfoque, contrastar cómo esas fuentes se relacionan, reconociendo así, su dimensión simbólica y normativa.

Es por la razón señalada en el párrafo precedente que, en este apartado, se exploraran las principales fuentes del derecho en algunas de las principales tradiciones jurídico religiosas –como particularmente el Islam, el Judaísmo y el Derecho Canónico Cristiano, con especial énfasis en la iglesia católica– observando tanto sus textos fundamentales como los métodos interpretativos, a fin de que a través de un rigor académico se permita con posterioridad reconocer la posibilidad de encontrar influencia o no de estos sistemas jurídicos en nuestro ordenamiento procesal nacional, y la construcción de sus fuentes y los conflictos entre estas.

Para ello, en este análisis que se efectuará de las fuentes del derecho religioso se podrá advertir que adquiere una especial relevancia su carácter mixto, ya que, a diferencia de otros sistemas jurídicos, trasciende a lo normativo, y se desarrolla también a partir de lo moral y lo teológico. Como muestra de ello es que, a diferencia del derecho estatal, cuya validez emana de órganos legislativos reconocidos, el derecho religioso encuentra su fundamento en la revelación divina, la tradición sagrada y la autoridad espiritual de cada confesión. Estas fuentes, aunque diversas entre sí según la religión de que se trate –como la Torá en el judaísmo, el Corán y la Sunna en el islam, o la Biblia y el Magisterio en el cristianismo–, tienen en común el reconocimiento de una autoridad superior, considerada trascendente, que legitima las normas jurídicas y morales de la comunidad de creyentes.

En ese sentido, podemos comenzar señalando que el derecho religioso, en términos generales se refiere al conjunto de normas jurídicas que tienen como fundamento principios, preceptos o valores derivados de una religión particular (Bobbio, 1992). Y a diferencia de otros sistemas jurídicos cuyo origen se encuentra básicamente en la voluntad política, en la legislación positiva, en el poder emanado de la voluntad de los pueblos, el derecho religioso basa su legitimidad en textos sagrados y en tradiciones religiosas que han sido interpretadas y aplicadas por autoridades eclesiásticas o religiosas (Radbruch, 2007). Dichos textos sagrados y tradiciones religiosas por lo general tienen un contenido ético y moral. Sin embargo, no podemos minimizar el derecho religioso a la sola regulación de aspectos litúrgicos y éticos, dado que también configura sus propias instituciones jurídicas, como el matrimonio, el derecho sucesorio o las obligaciones comunitarias (Edge & Harvey, 2000); por lo que, al determinar sus fuentes jurídicas podrá comprenderse no solo la base normativa de estas tradiciones, sino también la influencia

que han ejercido históricamente en la configuración del derecho positivo particularmente en nuestro sistema procesal nacional.

Aún sin abordar de manera específica alguno de los principales sistemas jurídicos religiosos antes mencionados, podemos resaltar preliminarmente que las fuentes del derecho religioso si bien en lo específico pueden variar según la tradición religiosa de que se trate, sin embargo, en términos generales pueden clasificarse en fuentes escritas y no escritas (Sandberg, 2014). Y de estas, las fuentes escritas incluyen los textos sagrados, como la Biblia en el cristianismo, el Corán en el islam o la Torá en el judaísmo, que contienen normas, mandamientos y principios éticos considerados revelados por la divinidad (An-NaÀim, 2008). Mientras que, por otro lado, las fuentes no escritas comprenden las interpretaciones, costumbres, decretos eclesiásticos, jurisprudencia religiosa y otros elementos que permiten adaptar y aplicar las normas religiosas a contextos históricos y sociales concretos (De Sousa Santos, 2009). Este tipo de fuentes reflejan la dinámica interna de cada religión y su capacidad para interpretar la voluntad divina en distintos tiempos y lugares (Smith W. C., 1991).

Así, en los sistemas de derecho religioso, las escrituras sagradas constituyen la base normativa por excelencia; por ejemplo, en el islam, el Corán ocupa el lugar más alto en la jerarquía normativa, considerado palabra divina revelada. De forma similar, en el judaísmo, lo hace la Torá (incluyendo códigos como el Covenant Code) y el Talmud se consideran fuentes primarias de normas morales y legales. En el Derecho Canónico de la Iglesia Católica, los decretales papales, concilios eclesiásticos y cánones actúan como textos fundantes que estructuran la fuente normativa cristiana (Flatto & Porat, 2022).

Sin embargo, pese a ello, también en el derecho religioso, una característica común es que en los textos sagrados nunca se cubren todas las situaciones contemporáneas existentes, por lo que surge la necesidad de que emerjan instrumentos

hermenéuticos y dinámicos diferentes a los mismos; por ejemplo, en el Islam, surge el Hadiz (tradiciones del profeta Mahoma) lo que no solo complementa el Corán, sino que forma junto con él, el núcleo vinculante de la Sharía (Derecho islámico); además, se reconocen otras fuentes secundarias, como el consenso (ijmāʿ) y la analogía (qiyās), que permiten adaptaciones a casos nuevos; y cuyo papel es especialmente teorizado los juristas islámicos (Mayer, 2013). En ese mismo sentido, en el judaísmo, los responsa rabínicos y la halakhá (sistema legal oral codificado) también constituyen mecanismos de interpretación aplicable a casos concretos, en adición a los textos sagrados de la Torá (Scholem & Hellner-Eshed, 2007). Y, asimismo, en el Derecho Canónico, se valora en gran medida la jurisprudencia eclesiástica y las interpretaciones de tribunales eclesiásticos como la Rota Romana o la Signatura Apostólica (Flaiani, 2016).

De otro lado, en estos sistemas religiosos, la costumbre (urf) y las prácticas comunitarias estables adquieren también una fuerza normativa cuando resultan concordantes o derivadas de las normas religiosas. En ese sentido, en el islam, por ejemplo, algunas escuelas jurídicas (como la hanafí) reconocen la costumbre local como fuente supletoria siempre que no contradiga la Sharía. Y del mismo modo en sistemas judeo-cristianos, las prácticas de comunidad también pueden legitimar interpretaciones adaptadas al contexto local, aunque siempre subordinadas a los textos sagrados y la autoridad doctrinal (Doe, 2018).

En cuanto a las fuentes propiamente dichas del derecho religioso, debemos considerar la concepción desarrollada por Bernard Weiss (2006), quien hace un desarrollo comparativo del Derecho Islámico, con los otros sistemas jurídico religiosos, y en la que señala que, estas son los fundamentos a partir de los cuales se derivan las normas, principios y preceptos que rigen una determinada religión de modo general (Weiss, 2006).

Ahora, como ya se señaló también anteriormente, el derecho religioso se basa en una fuente primaria, denominada: textos sagrados, los que, según el mismo autor deben ser entendidos como escritos considerados divinamente inspirados o revelados y que constituyen su fuente primaria (ídem). Así, a parte de la Biblia para el cristianismo, el Corán y la Sunna para el islam, y la Torá y el Talmud para el judaísmo, que ya fueron mencionados; existen otros como el caso del hinduismo con las Vedas, los Upanishads y el Manusmriti (Davis, 2010); o con el budismo, con el Tripitaka y la Mahāyāna (French & Nathan, 2014); las cuales ya no son analizadas, en tanto se alejan del propósito propio de la investigación. En cuanto a las otras fuentes del derecho religioso, aún de manera general y sin ingresar de manera detallada a cada sistema jurídico, se podría señalar que, constituye una fuente secundaria en estos sistemas jurídicos a la tradición o la costumbre religiosa, la que, según la doctrina mayormente aceptada, debe ser entendida como las prácticas y/o enseñanzas que, aunque no estén escritas en los textos sagrados, se consideran parte del legado de la religión y se transmiten de generación en generación (Broyde, 2012). Así, por ejemplo, en el caso del islam, estas fuentes incluirían a la Sunna y los hadices (Zakariyah, 2012); mientras que, en el judaísmo, la Halakhá, derivada de la interpretación rabínica de la Torá (Statman, 2010); y finalmente en el caso del cristianismo, algunas tradiciones o costumbres aceptadas de la Iglesia, especialmente la Iglesia Católica, como el caso del Magisterio (Peters, 1992).

En cuanto al derecho que emana directamente de las autoridades religiosas, y que deberá entenderse como la aplicación e interpretación oficial por parte de autoridades reconocidas autorizada para las iglesias o congregaciones de las fuentes antes mencionadas, es decir, tanto de los textos sagrados, como de las costumbres y la tradición, corresponde a los ulemas (fuqahā') en el caso de los juristas islámicos; los rabinos y tribunales rabínicos,

en el caso del judaísmo; y el Papa y el Magisterio de la Iglesia en el cristianismo católico (Doe, 2018).

Según Vishnevsky (2017), entre sistemas como el Derecho Canónico y la Halakha judía existe un paradigma compartido denominado “autoridad-instructivo”, donde la primacía de la autoridad religiosa se combina con mecanismos instructivos de interpretación y adaptación (Vishnevsky, 2017). Las diferencias aparentes entre tradiciones responden más a factores socio-políticos y culturales que a desigualdades en la lógica religiosa interna. Podría señalarse también que dichas autoridades también poseen un rol importante en cuanto a fuentes del derecho, por ejemplo, en el caso del clero, los rabinos, los ulemas o los consejos religiosos, los que a través de sus decisiones generan un cuerpo de doctrina o jurisprudencia religiosa que actúa como fuente normativa dentro de esa comunidad (Weber, 1922). Así, las fuentes del derecho religioso no solo se limitan a textos originales, sino que incluyen una compleja red de tradiciones interpretativas, así como prácticas normativas (Stirk, 2009).

Asimismo, debe señalarse, y ya un poco a modo conclusivo en el presente subcapítulo de la presente investigación que, en todas las religiones mencionadas, se considera que la fuente principal de su derecho, corresponde a que el mismo, ya sea contenido en los textos sagrados o en las costumbres, tradiciones e inclusive las decisiones de las autoridades, derivarse de la revelación directa de Dios, ya sea a profetas, líderes religiosos, mesías, entre otros representantes de sus iglesias; por lo que en definitiva se podría considerar que esta sería la fuente primigenia de su derecho, más allá de la propia “palabra divina o santa”.

También se debe resaltar que existe en la teología (estudio religioso, que incluye el sistema de derecho religioso), múltiple doctrina, por medio de la cual intelectuales o académicos, a través de una elaboración teórica y sistemática del contenido de la fe y sus implicaciones normativas desarrollan aspectos concretos del derecho religioso, lo que, aunque no tiene el debido peso

reconocido en este sistema jurídico, también vamos a considerarlo para efectos de la presente investigación, como una fuente última de estos sistemas jurídicos, dado que a partir de esto, se estructura la conceptualización y desarrollo posterior de las instituciones y figuras jurídicas desarrollados en estos sistemas jurídico religiosos, y de la cual se ha insumido el principal desarrollo del presente subcapítulo en la investigación a realizarse, y que también en la práctica forense de los fueron religiosos, se emplea para definir al derecho como sistema, y no como acto de fe o creencia. Dentro de este desarrollo doctrinario de los sistemas jurídico religiosos, resulta necesario resaltar a autores como Miguel Rodríguez Blanco (2018), quien analiza la interacción entre el derecho civil y la religión, así como las fuentes del derecho eclesiástico en un Estado aconfesional (Rodríguez Blanco, 2018). Asimismo, el autor Marco Antonio Huaco Palomino (2005), quien analiza el marco normativo peruano en relación con la libertad religiosa, destacando las fuentes normativas del derecho religioso desde una perspectiva constitucional y jurídica (Huaco Palomino, 2005). Por su parte Mariano Álvarez Gómez y María del Carmen Paredes Martín (2013), exploran la relación entre derecho, historia y religión a través del pensamiento de Hegel, lo que resulta útil para comprender el fundamento filosófico del derecho religioso en la tradición occidental (Álvarez Gómez & Paredes Martín, 2013). Asimismo, Melchor Cano (2006), en su obra clásica *De locis theologicis* de teología sistemática que clasifica las fuentes de la doctrina cristiana, incluyendo la Escritura, la tradición y el magisterio; lo que resulta muy relevante para comprender la base teológica del derecho en la Iglesia Católica (Cano, 2006). Así como, Jacob Neusner (2000), quien desarrolla las fuentes en las normas religiosas judías y sus fundamentos textuales (Neusner, 2000). Así también Wael B. Hallaq (2009), de manera clara y erudita sobre la evolución del derecho islámico, sus fuentes (Corán, Sunna, ijma, qiyas), y su desarrollo histórico (Hallaq,

2009). Timur Kuran (2003), compara las trayectorias históricas del derecho islámico y europeo, explicando las razones estructurales detrás de sus divergencias (Kuran, 2003). Y Susana Mosquera (2018), detalla que las fuentes del derecho eclesiástico desde una perspectiva jurídica y constitucional peruana. Finalmente, necesario mencionar fuentes incluso autorizadas por las mismas instituciones, como el Catecismo de la Iglesia Católica (2020), en el que se sintetiza la fe católica, incluyendo normas morales, éticas y jurídicas (Libreria Editrice Vaticana, 2020).

Para Johnson Raisch (2022), este derecho se caracteriza por una estructura escalonada: textos sagrados como fundamento inicial; interpretaciones eruditas; razonamiento analógico o consenso en casos nuevos; y prácticas comunitarias consolidadas; lo que contrasta con las fuentes del Derecho positivo, y permite observar cómo la autoridad jurídica se construye desde una matriz religiosa, generando así, un pluralismo valorativo (Johnson Raisch, 2022).

Ahora sí, ya abordando de manera específica las tres tradiciones legales religiosas representativas señaladas, el derecho islámico (Sharía), el derecho judío (Halakhá) y el derecho canónico cristiano, corresponde analizar la estructura de sus fuentes y mecanismos interpretativos, así como las posibles soluciones planteadas ante sus eventuales conflictos.

Así, en primer lugar, iniciaremos con el Derecho Islámico (Sharía), respecto al cual, como se mencionó, sus fuentes primarias son el Corán y la Sunna (hadith); siendo la primera fuente obviamente el Corán, la que debe entenderse como una revelación considerada inmutable y fundamento absoluto del Derecho islámico (principio del tawātur). Como segunda fuente le sigue la Sunna; dichos y actos del Profeta Muhammad recopilados en los hadices, que expanden y concretan la voluntad divina (Ishak & Mohd Sharoni, 2022).

Como fuentes secundarias, en el derecho islámico, Luqman Zakariyah (2012) señala que, debemos considerar básicamente dos: en primer lugar, el *ijmā'*, o consenso de eruditos, y que se considera como la tercera fuente autorizada del Derecho islámico cuando el Corán y la Sunna no son explícitos; y, en segundo lugar, el *qiyās*, quien por su lado aplica principios normativos a situaciones inéditas, mediante analogía jurídica. Estas herramientas fueron sistematizadas por al-Shāfi'ī en su obra *Al-Risāla*, identificando además el *ijtihād* como método de interpretación en nuevos casos (Zakariyah, 2012).

Adicionalmente, algunas escuelas jurídicas (como la hanafī) reconocen la costumbre local (*urf*) y la *ra'y* (opinión jurídica), así como criterios de *maslahah* (bienestar público), siempre que no contradigan los fundamentos religiosos, como complementos normativos, y por ende también como una fuente jurídica de este sistema de derecho religioso; siempre que se encuentre conforme con los señalados principios racionales y objetivos de la Sharía (*Maqāsid al-Sharī'a*), y sea aplicado sistemática en el sistema (Rohman, 2017).

Precisamente al respecto, un avance esencial en la teoría jurídica islámica ha sido la articulación moderna de los *maqāsid al-sharī'a*, los fines superiores de la ley. Originados con al-Ghazālī y formalizados por al-Shātibī, estos principios pretenden preservar la religión, la vida, la inteligencia, la descendencia y la propiedad, enfoque que ha sido revitalizado por estudios contemporáneos que incorporan derechos humanos, justicia social y dignidad humana como propósitos emergentes de la normatividad islámica (Ishak, 2022).

La disciplina del *Usūl al-Fiqh*, definida por al-Ghazālī en su *Al-Muṣṭashfā*, estructura las técnicas usadas para extraer normas de las fuentes primarias. Establece criterios sobre quién es un mujtahid competente, cómo evaluar cadenas de transmisión (*isnād*), y cuándo el *ijtihād* es válido (Maulana & Rozak, 2021). Este método jerarquiza las decisiones, por ejemplo,

si el Corán y la Sunna son claros, no se requiere ijtihād; cuando son ambiguos, solo el mujtahid con competencia probada puede interpretar y generar normativa. Además de las fuentes clásicas, señala Fathur Rohman (2017) que, las principales escuelas sunníes aceptan criterios racionales contemporáneos como el Istihsan (preferencia jurídica) que permite apartarse de una analogía rígida por razones de equidad o bienestar; o el Maslaha o interés público, que orienta la aplicación de normas hacia el bien colectivo, siempre dentro de los límites establecidos por Corán y Sunna. Este uso racional se ha institucionalizado en fatwas modernas donde se estima que una norma legal debe adaptarse para preservar la utilidad social o evitar perjuicios evidentes (Rohman, 2017).

Ahora bien, en el sistema jurídico religioso islámico, una característica resaltante relacionada al objeto de la presente investigación es que, la diversidad en el uso de fuentes es profunda entre las cuatro grandes escuelas jurídicas de madhāhib sunníes (Hanafí, Malikí, Shāfi'í, Hanbalí), cada una con criterios distintos sobre valor del razonamiento, costumbre o autoridad del hadith (Ikhlas y otros, 2021). Y es esta pluralidad interna la que muestra precisamente cómo el conflicto de fuentes no es solo inter sistémico sino intra tradicional, con diferentes jerarquías y métodos aceptables según cada escuela. Y para estas escuelas jurídicas, las fatwas o dictámenes legales de eruditos son una fuente operativa clave en sistemas islámicos contemporáneos, y aunque no constituyen como tal una ley formal, influyen en la práctica legal y administrativa del mundo musulmán, y su validez se basa en la reputación del emisario y su alineación con los principios de la Sharía. Complementan estas prácticas las decisiones judiciales locales (qāḍī), que consolidan precedentes y se transforman en forma de consenso regional en ausencia de textos explícitos (Esposito, 2003).

En resumen, el Derecho Islámico o Sharía es un sistema jurídico normativo robusto y coherente, sustentado en dimensiones como

los maqāsid al-Sharī'a, ijtihād, ijmā', qiyās, y principios como maslahah e istihsan; y aunque no cuenta con precedentes formales al estilo del stare decisis, su lógica interna y las emanaciones de eruditos autorizados (fatwas) configuran una autoridad interpretativa que regula hermenéuticamente los posibles y eventuales conflictos entre sus propias fuentes del derecho; lo que lo convierte en un referente comparativo valioso para entender cómo un sistema religioso puede manejar la incertidumbre jurídica con ciertos criterios racionales y metodológicos precisos. René David (2007) señala que, la Sharía islámica demuestra que incluso en contextos donde el fundamento de la norma reside en lo divino, el Derecho se construye mediante una jerarquización compleja: revelación (Corán y Sunna), interpretación autorizada por la ijtihād, el consenso colectivo (ijmā'), la analogía (qiyās), y los principios de equidad (maslahah e istihsan). Esa estructura, aunque no formalmente vinculante, genera certeza y dirección interpretativa claras. Es decir, para este sistema, la legitimidad de sus fuentes surge de principios superiores, no solo del texto o del formalismo codificado (David, 2007).

Ahora, ya dejando de lado el sistema islámico, para Michael J. Broyde (2012), un segundo gran sistema jurídico religioso, es el derecho judío (o también denominado en su idioma original como "Halakhá"), en el cual, sus fuentes fundamentales son la Torá escrita (pentateuco) como núcleo normativo primario, interpretada a través de la Torá oral, codificada en el Talmud (Jerusalén y Babilónico), y cuya codificación formal incluye obras como el Shulchan Aruch, que sistematizan las normas rabínicas posteriores (Broyde, 2012).

En este sistema jurídico, una fuente de su derecho importante de mencionar, son las denominadas "Responso rabínicos" o teshuvot, que básicamente corresponden a una interpretación casuística de los libros sagrados, lo que permite adaptar la Halakhá a contextos nuevos y contemporáneos, generando un dinamismo en el sistema jurídico, sin apartarse de sus principios

normativos de formación. Así, juristas como Shlomo ibn Aderet (Rashba), con más de 3 000 respuestas, y compilaciones modernas como Igrot Moshe o Noda Biyhudah, reflejan cómo la autoridad rabínica actualiza la norma (Zohar, 2017). Sin embargo, no debemos olvidar que, además, en este sistema jurídico religioso, las costumbres comunitarias también tienen una fuerza vinculante cuando son reconocidas por la autoridad rabínica local específico, contribuyendo a adaptar la ley al entorno social sin vulnerarla, y generando una nueva fuente en su sistema de derecho (ídem).

Ahora, de lo señalado podría afirmarse entonces que, como lo refiere , Mordechai Rabinovitch (1993) la Halakhá o el sistema jurídico del judaísmo combina la Torá escrita, el Talmud, código normativo como el Shulchan Aruch y la dinámica del responsa rabínico para formar un sistema jurídicamente sólido; y aunque este sistema no opera con precedentes vinculantes, las respuestas rabínicas (teshuvot) constituyen un cuerpo normativo interpretativo que regula la aplicación práctica de normas en contextos cambiantes, apoyándose de la costumbre comunitaria reconocida por la autoridad rabínica para cumplir dicha función normativa; lo que en conjunto permite que, este sistema religioso opera con una lógica metódica frente a la incertidumbre jurídica (Horowitz y otros, 1993).

En otras palabras, el Derecho Judío ejemplifica cómo la Halakhá opera sin necesidad de precedentes formales, ya que las responsa rabínicas, codificadas en textos clásicos y modernas colecciones, actúan como verdadero sistema casuístico de interpretación jurídica. Así, el rol de otras fuentes jurídicas, como la costumbre comunitaria –conocida en hebreo como minhag o, en el contexto comercial, minhag ha-sochrim– adquiere una importancia normativa de integración en cuanto a todo el sistema, siempre que cumpla con ciertos requisitos mínimos, como especialmente que deba ser establecida, ampliamente aceptada y no contradecir expresamente la Torá o la ley rabínica, las que continúan siendo

sus fuentes normativas principales y las fuentes originarias de su derecho en sí (Zohar, 2017).

Y este fenómeno explica Rosensweig (2022), se da también a partir de su norma codificada, dado que, por ejemplo, en el Talmud se establece principios como el “ha-kol ke-minhag ha-medinah” (que podría entenderse en traducciones simples que “la costumbre es un estado”), y según el cual los términos contractuales no especificados se completan conforme a la práctica comercial local en lugar del derecho formal (din Torah). El Talmud incluso expresa que “la costumbre anula la Halakhá” (minhag mevatel halakhah) cuando está bien establecida, otorgándole fuerza normativa equivalente a la ley misma. Este principio se aplica en situaciones como horarios laborales, prácticas mercantiles, y métodos de transferencia de propiedad (kinyan). Por ejemplo, el uso comercial de marcas en barriles (situmta) fue reconocido como método válido de transmisión de propiedad aun cuando no era formalmente halájico, basándose en normas comerciales imperantes (Rosensweig, 2022).

El Profesor Michael J. Broyde (2012) ha examinado cómo la costumbre se convierte en fuente vinculante dentro de la Halakhá, especialmente en contextos comerciales (minhag ha-sochrim), y si dicha costumbre puede eclipsar normas explícitas codificadas en el Choshen Mishpat ausente reconocimiento formal por una autoridad rabínica (Broyde, 2012).

Joseph Karo (1565), en su obra canónica Shulján Aruj, y que es considerada en este sistema jurídico como la más importante recopilación de normas de conducta contenidas en la religión judía, reafirma que las costumbres locales persistentemente observadas tienen carácter vinculante, especialmente en los comentarios del Rema que codifican las prácticas ashkenazíes junto a las sefardíes (Karo, 1565). Por lo que, la autoridad del minhag fue reafirmada por destacados poskim (decisores) como Isserles (1993), quien sostuvo que no se debe suprimir

costumbres ancestrales sin justificación halájica sólida (Isserles, 1993).

Por tanto, se podría concluir que la Halakhá ofrece un modelo donde la costumbre comunitaria no se constituye como una mera praxis cultural, sino como una fuente jurídica auto lineal, capaz de llenar vacíos normativos, y adaptar la ley a realidades prácticas.

Finalmente, como último sistema jurídico religioso a resaltar en la presente investigación, y quizás el más relevante por su posible influencia en nuestro ordenamiento adjetivo civil, debe considerarse al derecho canónico de la Iglesia Católica, cuya fuente histórica incluyó decretales papales, sínodos y concilios, compilados progresivamente (como el Liber Extra de Gregorio IX), y que a partir del siglo XII, el Decretum Gratiani consolidó una disciplina jurídica estructurada en la Edad Media, que en la actualidad ha conllevado a que rija el Codex Iuris Canonici de 1983 (en latino) y el CCEO (1990 para Oriente) (Doe, 2015).

Ahora, sin embargo, en este sistema, la Rota Romana y la Signatura Apostólica dictan decisiones con efecto normativo en temas como por ejemplo la nulidad del matrimonio religioso como sacramento instituido. Asimismo, los principios clásicos o regulae iuris (máximas jurídicas como ignorantia iuris non excusat) sirven como reglas interpretativas y han permeado sistemas jurídico legales en algunos países, como el de Croacia (Witte, 2022).

En cuanto a su sistema de fuentes jurídicas, el derecho canónico de la Iglesia Católica se nutre de dos tipos de fuentes: por un lado, la denominada fontes essendi, y que corresponde a fuentes que hacen surgir derecho, como el Papa para la Iglesia universal o los obispos para las Iglesias particulares; y de otro lado, la fontes cognoscendi, que son más bien, las fuentes para conocer el derecho, como ediciones oficiales del Codex Iuris Canonici,

decisiones del Vaticano o comentarios académicos elaborados sobre el texto litúrgico (Peters, 1992).

Históricamente, las principales fuentes incluyen los cánones de los concilios y decretales papales, compilados en el Corpus Iuris Canonici, con hitos como el Decretum Gratiani (c. 1140), el Liber Extra (Gregorio IX), Liber Sextus (Bonifacio VIII), y los Extravagantes.

Para Iván Fadeyev (2014) La codificación moderna consolidó estas fuentes en el Código de 1917 y el actual Código de 1983, vigente para la Iglesia latina desde el 27 de noviembre de 1983, con estructura doctrinal y teológica (munus regendi, sanctificandi, docendi) reflejando las funciones del sacerdocio cristiano estructurado (Fadeyev & Anikyev, 2014).

Aunque en la tradición canónica no existe el stare decisis del sistema anglosajón, la jurisprudencia de tribunales como la Rota Romana tiene un peso doctrinal significativo, y pese a que sus sentencias no crean una ley universal, son consideradas como una autoridad interpretativa de referencia para tribunales locales, residiendo el valor de sus precedentes en su carácter doctrinal más que en su obligatoriedad formal para otros tribunales menores (Trojanowski, 2018). De este modo, se podría señalar entonces que, la Signatura Apostólica actúa como tribunal supremo administrativo y puede revisar procedimientos de la Rota Romana (errores in procedendo), pero no puede abrir el fondo de las decisiones vinculantes.

En el Derecho Canónico tras el Concilio Vaticano II (1962-1965) se enfatiza su naturaleza esencialmente teológica, más que su naturaleza jurídica, considerándose a partir de ello, como parte de la teología de la Iglesia, aplicando la ley en la misión pastoral, más que como un conjunto abstracto de normas. Autores como John C. Wei (2022) describen el canon como una forma de teología aplicada, en la que las fuentes legales deben entenderse dentro de la estructura eclesial y misión sacramental de la Iglesia (Wei, 2022).

Además, los clásicos principios canónicos o *regulae iuris* (máximas jurídicas como *ignorantia iuris non excusat*, *prior tempore potior iure*, etc.) se consideran principios fundamentales con poder interpretativo y, en algunos contextos nacionales, incluso fuentes subsidiarias del ordenamiento civil. El Derecho Canónico muestra que el conflicto de fuentes no se resuelve solo por jerarquía rígida, sino también mediante principios doctrinales y jurisprudenciales, aunque no vinculantes universalmente, sí influyentes (Flaiani, 2013).

Pese a ello, la estructura codificada del derecho canónico ofrece certeza normativa, mientras que la jurisprudencia de la Rota Romana brinda interpretación flexible para casos concretos. La fusión de teología y normativa legal es equiparable a los fines de la interpretación procesal en sistemas garantistas, en los que la ley se interpreta en función del bien común y la misión institucional, y no únicamente del texto formal (Flaiani, 2016).

Ahora bien, para autores como Bernardo Torres Escudero (2024) aunque las sentencias de la Rota Romana no constituyen precedentes vinculantes como en el sistema anglosajón, tal cual en el *stare decisis*, sí constituyen una autoridad interpretativa de referencia y su jurisprudencia doctrinal es influyente en tribunales eclesiásticos locales, los que según estudios académicos indican que recurren a la jurisprudencia rotal como “guía auténtica tanto para la interpretación como para la aplicación del derecho” (Torres Escudero, 2024). Como muestra de ello el citado autor, propone el caso denominado *Coram Filipiak* (1956), en el cual, se expidió una sentencia notable que estableció por primera vez que, la presencia de una “mentalidad de divorcio” puede viciar el consentimiento matrimonial si indica intención contraria al bien sacramental; y aunque esta decisión no constituye precedente legal obligatorio para el resto de tribunales canónicos, representó un hito interpretativo.

Así, podría señalarse, en base a lo estructurado por los autores doctrinales señalados que, el Derecho Canónico moderno busca

ser una norma útil y flexible, dado que responde a situaciones concretas, equilibra justicia y misericordia, y se ajusta a contextos reales sin perder rigor doctrinal, a través de un enfoque que impulsa una denominada “elasticidad pastoral”, donde el derecho puede adaptarse por medio de instrumentos específicos vigentes. Por ejemplo, la interpretación operativa y sinodalidad normativa (esta última entendida a partir del contexto de la Iglesia Católica, como la participación activa y corresponsabilidad de todos los miembros del Pueblo de Dios en la vida y misión de la Iglesia, como camino de escucha y discernimiento, donde el Espíritu Santo guía a la Iglesia en su peregrinación, buscando la voluntad de Dios para la comunidad), sin perder integridad legal o teológica, lo que efectúa por medio de los precedentes y la casuística. En ese sentido, podríamos centrarnos en el matrimonio como institución jurídico religiosa a fin de explicar la denominada “elasticidad pastoral”, pero especialmente el dinamismo que pretende efectuar este sistema jurídico frente a situaciones reales y evolutivas en las sociedades modernas. Así, por ejemplo, si bien no se encontraba anteriormente considerado como causal de nulidad propiamente dicha, la Rota Romana, como lo señala Iván Lizcano Rubio (2020) para la obtención de su licenciatura en Derecho Canónico en la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, en un caso la Rota Roma analizó el miedo reverencial (*metus reverentialis*), es decir que la mera presencia de figuras de autoridad generaba un temor que anulaba el consentimiento, lo que consolidó un criterio interpretativo en jurisprudencia canonística sobre el libre consentimiento para celebrar el matrimonio (Lizcano Rubio, 2020).

Así es que la Rota Romana ha ido refinando criterios sobre la nulidad matrimonial adicionales, tales como la incapacidad psíquica, la simulación del consentimiento o exclusión del *bonum prolis* (bien de la prole); y que en síntesis han contribuido a consolidar doctrina interpretativa, aunque sin autorizar su

aplicación automática en otros casos, constituyen una fuente jurídica a considerarse en este sistema de derecho religioso.

Así, resulta evidente que el Derecho Canónico, como sistema jurídico autónomo de la Iglesia Católica, se caracteriza no solo por su fundamento teológico y su vinculación con la fe, sino también por su estructura normativa compleja y su proyección procesal. En este marco, el Código de Derecho Canónico de 1983 regula minuciosamente aspectos sustantivos y procedimentales, asegurando el respeto a principios fundamentales del debido proceso, la tutela de derechos subjetivos y la correcta administración de la justicia eclesial.

Según Edward N. Peters (1992), uno de los canonistas más influyentes en el estudio de la justicia eclesial contemporánea, el sistema penal procesal del Derecho Canónico no solo responde a exigencias pastorales, sino que contiene garantías propias de un ordenamiento jurídico formal. Así, procedimientos como la tramitación de causas de nulidad matrimonial, la imposición de penas canónicas, y los mecanismos de apelación o revisión, reflejan una lógica jurídica con reglas claras, estructuras jurisdiccionales definidas y jerarquía normativa, que dotan al sistema de coherencia interpretativa y certeza jurídica (Peters, 1992, pág. 55). Este reconocimiento de garantías jurisdiccionales –dentro de un sistema basado en normas no estatales– pone en evidencia que la certeza jurídica no depende exclusivamente de la obligatoriedad formal de un precedente, sino también de la sistematicidad y previsibilidad interpretativa que los órganos jurisdiccionales desarrollan en el tiempo. De este modo, una fuente que también corresponde ser considerada en este sistema jurídico, corresponde a las denominadas *regulae iuris* (máximas jurídicas como *ignorantia iuris non excusat*, *prior tempore potior iure*) y que funcionan como criterios interpretativos que orientan tanto la aplicación del *Codex Iuris Canonici* (Código de Derecho Canónico) como decisiones eclesiásticas; y que incluso en algunos países como Croacia, han sido incorporadas como fuente

subsidiaria del derecho civil (Chiegboka & Nwadiolor, 2013). Estas máximas, aunque normativas en el Derecho canónico, ofrecen una base sólida para interpretar lagunas o ambigüedades en ordenamientos locales, especialmente en materia de matrimonio y legítima representación, y que se constituyen en su principal jurisprudencia.

Ahora, para Wojciech Góralski (2015), las señaladas *regulae iuris*, como axiomas jurídicos sintetizan normas y principios doctrinales, y están recogidas explícitamente en el *Liber Sextus* y las *Decretales* de Gregorio IX, incluyendo formulas tales como *nemo potest ad impossibilia* (nadie puede obligarse a lo imposible) o *tempus non sanabit quod ab initio vitiosum est* (el tiempo no cura lo inválido desde el principio); y aunque directamente derivan del Derecho romano, han funcionado como una base interpretativa dentro del Derecho canónico medieval e inclusive moderno, y en algunos países, como el Derecho Español de épocas previas al descubrimiento de América, se reconocieron como fuente subsidiaria o principios generales de, entre otras, su Derecho Procesal Civil (Góralski, 2015).

Es a partir de lo señalado, que el análisis del Derecho Canónico como fuente normativa dentro del sistema religioso católico revela un entramado jurídico altamente desarrollado, que se ha sostenido sobre la base de una tradición normativa compleja, institucionalizada y con vocación universal, ya que a diferencia de los otros sistemas religiosos antes tratados donde la norma se presenta como revelación o precepto moral divino, el Derecho Canónico se ha consolidado como un verdadero ordenamiento jurídico autónomo, con cuerpos normativos codificados –como el *Codex Iuris Canonici*–, autoridades jurisdiccionales especializadas –como la *Rota Romana*– y principios interpretativos propios –como las *regulae iuris*–; consolidándose como un ordenamiento complejo en el cual sus fuentes jurídicas también pueden encontrar relevancia en cuanto a su coexistencia

en el mismo, y cuya complejidad resulta importante de resaltar en un contexto de convivencia jurídica.

En esa línea, es importante resaltar que la complejidad del ordenamiento incluye las ya mencionadas decisiones de los tribunales eclesiásticos, que si bien no gozan de fuerza vinculante al estilo de un sistema de precedentes obligatorios, como ocurre en el common law, su peso doctrinal, su coherencia argumentativa y su aplicación reiterada les han conferido una autoridad interpretativa considerable, particularmente en lo relativo a materias como la nulidad matrimonial, el consentimiento libre y la protección de la persona humana. La existencia de criterios jurisprudenciales como el caso *coram Filipiak* (1956), así como la reiterada aplicación del principio del *metus reverentialis*, demuestra cómo el Derecho Canónico ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida, articulada y coherente, cuyas conclusiones trascienden el ámbito estrictamente eclesial. Del mismo modo ocurre con las *regulae iuris*, las que constituyen un ejemplo del aporte técnico-jurídico del Derecho Canónico a la construcción de los sistemas jurídicos modernos, dado que resulta evidente su influencia indirecta en los ordenamientos civiles de tradición latina, especialmente en los procesos de codificación en América Latina, lo que tiene su reflejo no solo en el plano normativo, sino también en el ámbito interpretativo y jurisprudencial (Doe, 2015).

Lo señalado refuerza la idea de que, pese a tratarse de un sistema jurídico confesional, el Derecho Canónico ha contribuido históricamente al desarrollo de criterios dogmáticos, hermenéuticos y procesales que, incluso en contextos laicos, siguen resultando funcionales y pertinentes, y que es el punto sobre el cual precisamente se quisiera hacer énfasis en la presente investigación, dado que, es a partir de esta influencia en los países de origen latino, como lo es el Derecho Español, que adquiere mayor relevancia como influencia indirecta de nuestro actual sistema jurídico procesal nacional peruano; dado que, es

precisamente durante la colonización y la época virreinal, que el Derecho canónico fue fuente central de normatividad en la vida eclesiástica y civil; como ejemplo de ello es que, una vez se dio el Concilio de Trento, se consolidó el control curial y se estandarizó la interpretación legal mediante la academia canonística, donde por ejemplo, las decisiones de la Rota, se incorporaron en sínodos provinciales y registros legales en América, y particularmente en el virreinato del Perú, lo que finalmente fue heredado a nuestro sistema jurídico actual. Además, las dispensas y privilegios otorgados por la Curia adaptaron la normativa oficial a realidades locales concretas, facilitando que el derecho canónico influya en decisiones civiles sobre el matrimonio, el patrimonio o la representación en la colonia (Honores, 2021).

En países donde el Derecho católico ha tenido presencia histórica, ciertas doctrinas sobre consentimiento y capacidad matrimonial derivadas de la jurisprudencia de la Rota Romana han influido indirectamente en tribunales civiles y sistemas comunitarios (Noonan Jr., 1972).

Los discursos papales, como los de Juan Pablo II ante la Rota, subrayan que el juez canónico debe servir “al bien de las almas” y ejercer la justicia con ecuanimidad, transparencia y consideración de la conciencia, lo que ha influido en retórica jurídica y ética profesional en regiones de tradición católica (Nirenberg, 2022). Aunque no siempre está documentado formalmente, investigaciones académicas señalan que cláusulas como la exclusión del bonum prolis o errores determinantes del consentimiento han sido temas recurrentes en tribunales eclesiásticos hispanoamericanos, inspiradas en artículos doctrinales basados en casos de la Rota (Chiegboka & Nwadiolor, 2013). Estas doctrinas se aplican en contextos donde el matrimonio sacramental es relevante también ante procesos civiles (por ejemplo, en registros de estado civil donde se consideran nulidades canónicas como antecedente).

Así, el derecho canónico muestra que un sistema puede mantener la coherencia sin necesidad de una vinculación rígida, siempre que exista una estructura orgánica de interpretación, con autoridad doctrinal y los procesos regulares que aseguren la confianza del justiciable. En definitiva, el Derecho Canónico, como manifestación del Derecho religioso dentro de la tradición católica, constituye un sistema normativo autónomo y estructurado, cuyas fuentes, principios y jurisprudencia han influido históricamente en la formación de los sistemas jurídicos civiles, incluidos los de América Latina. Su particular forma de generación y aplicación del precedente –no vinculante, pero sí doctrinalmente relevante– permite trazar paralelismos con los desafíos actuales del Derecho Procesal nacional, especialmente en contextos de pluralidad normativa y conflicto de fuentes. De modo que, en suma, el Derecho Canónico constituye una fuente del Derecho que, por su complejidad, institucionalidad y capacidad de adaptación a contextos culturales diversos, ha trascendido el ámbito puramente religioso para convertirse en una referencia ineludible dentro del estudio comparado de las fuentes jurídicas. El Derecho Canónico nos ofrece, en ese sentido, una experiencia histórica en la que la doctrina, la jurisprudencia reiterada y los principios generales pueden articularse para ofrecer estabilidad y coherencia interpretativa sin necesidad de una vinculación normativa rígida, lo cual resulta pertinente en el análisis de las tensiones entre fuentes en el proceso civil contemporáneo. Como conclusión de este subcapítulo podemos señalar entonces que, el estudio de los sistemas jurídicos religiosos –concretamente, el Derecho Canónico, el Derecho Islámico y el Derecho Judío– permite observar, pese a su innegable carácter confesional y su fundamentación teológica que, estos modelos han desarrollado complejos mecanismos normativos e interpretativos para resolver conflictos entre fuentes, mantener la coherencia jurídica y generar certeza dentro de sus respectivas comunidades normativas.

1.2. LAS FUENTES DEL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL CIVIL NACIONAL

Habiéndose superado ya en esta etapa de la investigación el contenido histórico doctrinal, corresponde centrar ahora el objeto de estudio en el campo del derecho práctico, sobre el pretende abordarse el trabajo, y que corresponde concretamente al sistema jurídico procesal civil nacional, para lo cual se desarrolla inicialmente el concepto fuente del derecho presente en el citado sistema adjetivo, analizando para tales efectos en orden prioritario, diversa doctrina, de primer acercamiento general, es decir, a partir de postulados universales que sustentan la tradición del sistema jurídico romano continental, o denominado “Civil Law”, y con posterioridad con mayor detalle, en específico al sistema jurídico procesal peruano.

Así, debemos comenzar citando a uno de los autores que mayor desarrollo conceptual ha otorgado al tema en mención, y nos referimos al Dr. Marcial Rubio Correa, respecto al cual debemos previamente señalar que ha reconocido a priori a su aporte a dicho campo de estudio, y en más de una oportunidad, que en su búsqueda personal no ha llegado a encontrar un texto adecuado para la enseñanza de las fuentes formales de Derecho en el Perú; pero que, no obstante a dicha afirmación, ha podido esbozar, a partir del desarrollo de conceptos fundamentales (y en sus propias palabras, de cierta medida “universales”), en el contexto de la base de la teoría del Derecho y del Estado (Rousseau, 1966), que la exposición de dicho tema debe iniciar a partir de la estructura de nuestro sistema legislativo, ya sea en sus conceptos propios, como en sus principios e interrelaciones, para cuyo efecto, los numerosos textos doctrinales, permiten asumir a esta parte del Derecho, matices en cada orden jurídico nacional dentro de nuestro sistema jurídico (Sánchez Viamonte, 1957).

De lo señalado, resultan indispensables tres grupos de elementos teóricos para permitir introducirnos en un análisis propio de la estructura legislativa nacional; los mismos que se encuentran referidos a los siguientes: a) Las fuentes formales y, como parte de las mismas, la legislación; b) El rol de las fuentes en las diferentes familias del Derecho Comparado, especialmente aquellas con rasgos en común con el sistema jurídico nacional; y c) los conocimientos introductorios sobre las

funciones del Estado, la teoría de la separación de poderes, y sus consecuencias a nivel de las fuentes del Derecho (Rubio Correa, 1980).

En tal sentido, iniciaremos desarrollando el primero de estos tres puntos, referido al concepto propio y desarrollo de las fuentes formales. Para este aspecto, debemos coincidir con el autor en mención en cuanto define que, respecto su expresión más simplificada, debemos entender a una fuente formal, como aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren la obligatoriedad propia del Derecho (Constant, 1970).

Del postulado anterior, podemos destacar una idea clara del autor: Que es una característica de una fuente formal del derecho, su imposición legítima a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado, lo que le otorga, la ya señalada, obligatoriedad jurídica.

Sin embargo, para contextualizar dicho postulado es necesario repasar, como bien lo señala el jurista antes citado, algunos conceptos propios de la Teoría del Estado, y la dación de las normas jurídicas, es decir, la formación jurídica de preceptos a partir del Poder Legislativo.

En tal sentido, partiendo de uno de los probablemente más básicos conceptos de “política”, y con las disculpas para quienes se encuentran más acostumbrados a una más desarrollada y profunda contextualización de la misma, para efectos prácticos del propósito del presente trabajo investigativo, definiremos a esta, según lo hace la propia Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española, en la 23.^a edición del Diccionario de la lengua española, que la define como el conjunto de actividades que se asocian con la toma de decisiones en grupo, u otras formas de relaciones de poder entre individuos, como la distribución de recursos o el estatus. Lo que complementaremos con alguna definición adicional como la realizada por el activista y líder ideológico sudafricano Adrián Leftwich, (2015) quien define, tomándome el atrevimiento de parafrasearlo, en su traducción, como el arte, doctrina o práctica referente al gobierno de los Estados, a través de la participación ciudadana capaz de la distribución y ejecución del poder para garantizar el bien común en la sociedad (Leftwich, 2015); es decir, postularíamos, nuevamente con cierto atrevimiento, que estas dos definiciones, permiten señalar que la política es el campo de estudio cuyo objeto se basa en el poder proveniente de las toma de decisiones poblacional dentro de un determinado territorio y organización, generalmente realizada a

través de gobiernos, cuya representación o delegación del ejercicio decae en por lo menos un gobernante, o de manera más correcta en un modelo de gobierno organizado estatalmente (Bossuet, 1974).

Con tal aproximación conceptual concisa, pero a su vez, más que suficiente para los efectos del tema en estudio, podemos entonces señalar que existe una concepción extendida, según la cual, la voluntad de un gobernante, o como se puntualizó con anterioridad, más ampliamente, de un gobierno organizado, adquiere, por virtud de ser tal, obligatoriedad jurídica; sin embargo, es importante considerar también que no debe confundirse la voluntad del gobernante, como tal, a la dación organizada de una norma jurídica producto del movimiento del aparato estatal, y para sus efectos, del poder delegado en tal función, como lo es el legislativo, o todos aquellos que lo realicen por su delegación o representación, como en su momento el propio poder ejecutivo respecto a materias específicas concretas en las carteras de cada uno de los ministerios o viceministerios o sectores productivos. Si bien es cierto, de la citada confusión entre las definiciones, más en el ejercicio práctico que en su definición teórica, entre las normas jurídicas, con las declaraciones de voluntad del gobierno, no solo se desprenden una infinidad de explicaciones, tanto jurídicas, como también sociológicas, políticas, antropológicas, psicológicas, conductuales y hasta históricas; pero que, sin embargo, para los efectos de la contextualización teórica del tema investigado, basta en concretar la definición de norma jurídica como la impuesta coactivamente por el Estado. Ello sin perjuicio del complemento que debe ser añadido de la distinción que hace gran parte de la doctrina, en especial aquella representada por autores de la talla de (Duverger, 1970) o (Bodenheimer, 1964); que parten de la diferencia existente entre la institución política y jurídica de la norma, es decir, entre el ejercicio material del poder (independiente de su organización, origen o sistema), y la legitimidad de este, derivada de su organización normativa; es decir, los canales jurídicos que guían las conductas de los ciudadanos derivados de la voluntad de la imposición de conductas de un gobierno organizado, como expresión jurídica del primer concepto diferenciado respecto a la norma.

Entonces, cuando en un Estado organizado se da un ejercicio jurídico del poder a través de normas legales, independiente de su categoría normativa, podemos señalar que nos encontramos frente a un ejercicio con tutela jurídica del poder del

gobierno orientado a crear condiciones mínimas de convivencia armoniosa social entre sus habitantes; con lo que resulta definida esta forma de producción normativa (Alayza y Paz Soldán, 1927).

Sin embargo, sin perjuicio de lo señalado, no debemos olvidar que el desarrollo aportado por el autor mencionado, partió de las cátedras que dio en el curso de Introducción al Derecho a doce promociones del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por lo que su utilización tiene una finalidad esencialmente pedagógica, que considero debe necesariamente ser contrastada con la aplicación práctica de la realidad.

A pesar de ello, debemos reconocer que es un buen punto de partida aquel donde inicia (Rubio Correa, 1978), toda vez que efectivamente la fuente original y primigenia de donde brota el derecho, es la organización jurídica del poder derivado del gobierno, por su división orgánica, y que, en nuestro sistema, con división de poderes, es el parlamento, como representante del legislativo, por medio de la emisión de las normas jurídicas, como primera fuente del derecho en el sistema procesal civil nacional. Precisado ello, podemos concluir entonces que solo aquella expresión de voluntad de los poderes del Estado que se convierte en mandato jurídicamente obligatorio, por medio de la organización jurídica del poder es la que tendrá la condición de fuente formal del Derecho (Belaúnde López de Romaña, 1974).

Pero la norma jurídica como tal, no ha sido la única fuente que formalmente ha reconocido la tradición jurídica nacional, sino que estas, en base a la teoría del Derecho, son por lo menos, como lo indica Dale Beck Furnish (1972), cinco diferenciadas: a) la costumbre; b) la jurisprudencia; c) la doctrina; d) la expresión de voluntad de las personas en lo que no vaya contra el régimen jurídico; y e) finalmente la ya detallada “legislación” (Furnish, 1972).

Y ello se encuentra explicado a partir de la tradición histórico-jurídica de nuestro sistema legal, que como claramente es, y muy difícilmente podrá ser rebatido, por lo menos con éxito, de corte romano germánico grecolatino continental – así de extenso para no dejar de mencionar los antecedentes históricos que se pueden reconocer en nuestro sistema adjetivo – por lo menos, y que, de manera más concreta, pero por tal razón, no menos completa, podemos denominar como clásicamente ha sido definida, de tradición “Civil Law”. En tal sentido, dicho sistema no solo reconoce a la norma positiva como única fuente, sino que, además,

y en proporción equiparable, aparece además la norma natural, o el denominado “Ius Naturalismo”, que especialmente se ve tan presente en esta vertiente del sistema jurídico, que no resulta ya tan reciente, toda vez que data desde aproximadamente el Siglo XVII, y que básicamente, y sin ánimo alguno de minimizar aquel sistema, solo puntualizarlo en tal extremo, se encuentra sustentado en la existencia de normas derivadas de los derechos humanos, que no requieren de su positivación para reconocer su existencia.

Así, podríamos señalar que, de los códigos iusnaturalistas, uno de los más reconocidos y emblema buque del sistema, es el Código Francés de 1804, en cuyo Título Preliminar, se exponen, entre otras materias, la teoría de las fuentes del derecho que lo sustentan. Y ello no hace más que explicar la expresión antes señalada, que esta expresión también es de la misma tradición jurídica (romano germánico grecolatino continental), y ello, porque, la tradición de este cuerpo normativo no puede ser desarraigada de las instituciones romanas derivadas del emperador del Imperio romano de Oriente, Justiniano I, que, a su vez, como lo señala el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito —que “obiter dictum”, dedicó parte de su estudio doctrinal a las fuentes del derecho del Código Civil peruano— reconoce, encontró sustento en la obra homónima del jurisconsulto de mediados del Siglo II, Gayo (Guzmán, 1985).

En tal sentido, el citado compilado normativo organizado francés, como también podríamos señalar lo hace, aunque de un modo más completo e integral, nuestro actual código adjetivo e incluso, sustantivo; efectúa una división de la materia jurídica en lo pertinente a: i) las personas, ii) las cosas (en la cual, se encuentra también presente materia sucesoria y de obligaciones) y iii) el de las acciones; aunque este, al más fiel estilo de los exponentes del derecho romano clásico, como Justiniano, y este a su vez, inspirado en Gayo.

Y por medio de esta inspiración romana, por medio de las acciones instruían el desarrollo normativo de dichas materias, con la inicial exposición en unos breves párrafos, por medio de lo que podríamos denominar, un “Título Preliminar”, en el cual se exponía el sistema de fuentes, en este caso, del derecho romano; y que innegablemente podríamos también señalar, creo yo, con mucho acierto, como el antecedente histórico-jurídico de los títulos preliminares de los códigos modernos, que especialmente sigue una tradición romanista, o claros exponentes del, ya

mencionado “Civil Law”; a clara excepción, del código civil alemán de 1900, que interrumpió claramente, tan ilustre e inmutable tradición jurídica (Sieyes, 1973). Ahora, en el caso peruano, la situación presentada, es similar; ello, toda vez que, el primer Código Civil peruano sustantivo, (y del cual, también se constituyó, el procesal, por lo que es necesario explicarlo), fue dado en el año de 1852, con una clara y diferenciada tradición napoleónica, pues en el Código Civil Francés, señalado líneas arriba, se seguía una casi idéntica distribución y orden normativo. Pero no únicamente ello, sino que en el caso peruano, en efecto, se antepuso también al desarrollo normativo de los libros que contenía, un Título Preliminar, que también reconocía, al igual que su par europeo, el origen de sus fuentes del derecho; aunque, con una regulación más completa sobre estas (Pease y otros, 1978); aunque, no debemos dejar de reconocer, que todos estos autores, señalan como principio cardinal del citado código de 1852, lo mismo que en el francés; es decir, a la ley, (entendida esta, de forma más completa, como “norma positiva”), como la principal fuente del derecho, a la que incluso catalogan como “suprema”. Así, dicho antecedente histórico explica con claridad el origen de las fuentes del derecho de nuestro sistema civil, tanto en su ámbito sustantivo, como su respectiva connotación procesal, especialmente relevante para esta investigación; antecedente que, como tradición jurídica se vio presente en los códigos posteriores, como el de 1936, que también en su Título Preliminar, reconoció la existencia de las fuentes del derecho nacional privado, y la también preponderancia de la norma positiva, como principal y primigenia fuente; aunque claro, en este, sistemáticamente, porque en cuanto a su contenido, significó un claro retroceso respecto del pertinente al código antecedente de 1852, porque a pesar de contener mayor cantidad de artículos en su Título Preliminar (13 artículos adicionales), varios de estos, se encontraron referidos al Derecho Internacional Privado, ya más presente para el desarrollo de la ciencia jurídica de ese entonces; y consecuentemente así, hasta llegar a nuestro actuales compendios normativos de 1984 (código sustantivo), y su par adjetivo de 1993 (código procesal), que también reconocen presente la tradición de fuentes jurídicas antes señaladas, y por estas, a la ley, como la denominada “fuente suprema” de todo el ordenamiento jurídico procesal.

1.2.1. EL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL CIVIL NACIONAL

Para contextualizar la naturaleza del ordenamiento procesal, en relación al conflicto de fuentes, corresponderá efectuar un breve análisis de los principios, valores e instituciones que sustentan el mismo. Para ello, Osvaldo Gozaini (1996), precisó que “El desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento. Es el ritual, propiamente dicho. El reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal” (Gozaini, 1996). En esa línea de ideas, Eduardo Couture (1977) señala que la enumeración de los principios procesales que rigen el proceso no puede realizarse de manera taxativa, porque surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero, la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. Puede darse la posibilidad que sea el propio legislador el que considere necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones (Couture, 1977). En relación a ello, Alexander Rioja Bermúdez (2016) señala que la doctrina procesal moderna distingue dentro de los principios procesales, los principios del proceso y los principios del procedimiento. Los primeros son aquellos que resultan indispensables para la existencia de un proceso, sin su presencia el proceso carecería de elementos esenciales para ser admitido como tal. Los segundos son los que caracterizan e identifican la presencia de un determinado sistema procesal (Rioja Bermudez, 2016).

Al respecto, se precisa que los principios del proceso son:

- a) Exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional;
- b) Independencia de los órganos jurisdiccionales;
- c) Imparcialidad de los órganos jurisdiccionales;
- d) Contradicción o bilateralidad;
- e) Publicidad;
- f) Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley;
- g) Motivación de las resoluciones judiciales;
- h) Cosa juzgada.

1.2.1.1. ORIGEN Y ANTECEDENTES DEL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL CIVIL NACIONAL

Ahora bien, para comprender y analizar las fuentes en el sistema jurídico procesal nacional, es necesario entender de dónde proviene y se origina el mismo, y cuáles han sido sus principales influencias históricas que constituyen los antecedentes de su formación y el origen de su desarrollo, hasta poder llegar a la realidad actual del mismo. Pero para poder hablar del código civil adjetivo, debe necesariamente considerarse su contraparte sustantiva, toda vez que, su regulación siempre resulta conjunta. Así, debe considerarse que nuestro código sustantivo (1984) y procesal (1993), no son las versiones originales, ni primigenias de estos cuerpos normativos, y si bien, los mismos pueden contener fundamentos propios, también contienen una innegable herencia de los códigos previos, por lo que efectuar un análisis de sus predecesores resulta obligatorio a fin de poder pasar a un análisis del problema planteado en la presente tesis; especialmente en cuanto al contenido de sus fuentes jurídicas, y las eventuales soluciones a los conflictos que podrían surgir respecto a conflictos entre las citadas fuentes. En tal sentido, históricamente el Perú a lo largo de su vida republicana ha tenido tres códigos civiles: el Código Civil de 1852, el de 1936, y el vigente Código Civil de 1984; mientras que, en su aspecto procesal, si bien es cierto que, el actual y vigente Código Procesal Civil de 1993 resulta el primer cuerpo codificado con dicho nombre, no es el primer cuerpo normativo de naturaleza adjetiva en nuestro ordenamiento civil, dado que, como antecedentes se tiene al Código de Procedimientos Civiles de 1912, y antes de este, al Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, pero inclusive con anterioridad al mismo, la normativa procesal en naturaleza civil se estructuraba en normas procesales no unificadas, sino individuales, que a lo largo de diversas etapas han integrado a diversos derechos operantes en la época, como el derecho

indígena, el derecho indiano y el derecho español, hasta llegar a reformas tempranas republicanas; tales como reglamentos para juzgados, leyes sobre los recursos de apelación, las normas de ejecución de sentencias, entre otras. Mencionado lo anterior, corresponde analizar también los antecedentes de la señalada parte sustantiva. Así, para Alejandro Guzmán (1985) el Código Civil de 1852 en su título preliminar describe y contempla un sistema de fuentes del derecho desde distintos ángulos, como en cuanto al efecto territorial de la ley, la prohibición de su aplicación retroactiva, la libertad de actuación salvo en lo prohibido por la ley, la inderogabilidad de las leyes por pactos salvo la renuncia de los derechos privados no concernientes al orden público ni a las buenas costumbres y la obligación de los jueces de juzgar por las leyes (Guzmán, 1985).

De lo señalado se puede extraer que por lo menos para el mismo, este cuerpo normativo unificado reservaba ya un lugar central en su dimensión de fuentes jurídicas para la ley (norma positiva), dado que, a través de sus disposiciones principistas establecía una prevalencia de la misma sobre otras fuentes del derecho que también reconocía, como es el caso de la inderogabilidad de la ley por la costumbre o el desuso, o la prohibición de los jueces de suspender o denegar la administración de justicia por silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, estableciendo así un orden de prelación de las fuentes subsidiarias en el caso de falta, oscuridad o insuficiencia legales, tales como el espíritu de la ley, la analogía normativa y los principios generales del derecho. Ahora, inclusive respecto a este dispositivo normativo, Rafael Hernández Canelo (2015), resalta la fuerza como fuente jurídica del ordenamiento que se le otorga a la ley, dado que, por ejemplo, este código añadió a nuestro ordenamiento civil la institución denominada "référé au législateur", es decir, la consulta del juez al legislador en caso de laguna u oscuridad de ley, con carácter obligatorio, pero sólo para los nuevos casos, de modo que el caso sub litis el juez debía fallarlo según el orden precedentemente

indicado, sin perjuicio de consultar al legislativo por medio de la Corte Suprema, a fin de que éste diese para el futuro una regla cierta a seguir, e imponiendo a la misma Corte y a los jueces y tribunales superiores la obligación de dar cuenta al Congreso de los defectos que notaren en las leyes vigentes y aplicables (Hernández Canelo, 2015). Entonces de estos dos autores, resulta importante denotar que, el código sustantivo de 1852, dio un importante rol a la ley como fuente principal del ordenamiento sustantivo, y que, como se indicó al no tenerse un cuerpo normativo procesal unificado hasta 1912, durante todo este tiempo, también se lo otorgó de manera extensiva al ordenamiento procesal, asegurando inclusive su prevalencia sobre otras fuentes, como las costumbres, a la que incluso subordina de inmediato a la misma ley; omitiendo además pronunciarse sobre otras fuentes como la jurisprudencia y la doctrina; silencios que a criterio y conclusión personal, no significaban otra cosa que no sea la total exclusión de estas respectivas fuentes señaladas. Ahora, de otro lado, avanzando históricamente en los análisis de estos antecedentes, se tiene que, en cuanto al Código Civil de 1936, una voz autorizada sobre este cuerpo normativo, y en general, de la historia del Derecho Civil peruano de los siglos XIX y XX, el historiador jurídico, Dr. Carlos Ramos Núñez (2011), ha expuesto que, este código aunque también tenía un título preliminar, en cuanto a su contenido habría significado un retroceso respecto del Código de 1852, dado que pese a contar con 13 artículos más en este apartado, la mayoría trataban de manera más general el concepto de fuentes jurídicas, especialmente por un afán de regulación mayor del derecho internacional privado (Ramos Núñez, 2011). Este autor, explica su calificación de retroceso en este código, en cuanto señalaba que normas menos rígidas a la norma positiva, como el reconocimiento del derecho consuetudinario, y la costumbre como fuente jurídica, habían sido reemplazados con disposiciones únicamente normativas, como el hecho de que la

derogación de una ley podría darse únicamente por otra ley, excluyendo la “costumbre contra legem”, reconocida en el código precedente; y agregando principios que reafirman su naturaleza de fuente única de nuestro sistema, como el de subordinación de las normas legales a las constitucionales; aunque de manera ligera reconociendo la existencia de otra fuente subsidiaria, como lo es los principios generales del derecho, al mantener la disposición de inexcusabilidad de los magistrados del Poder Judicial de administrar justicia por deficiencias de la ley, eliminándose sin embargo el espíritu de la ley y la analogía como fuentes del derecho para esta nueva regulación, restringiendo así el campo de acción del juez, pues tanto una como otra son manifestaciones de una concepción superadora del texto literal de la ley como tal (Ramos Núñez, 2011). No obstante, otra voz autorizada sobre este código, al incluso haber integrado la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, como lo es el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle (1945), quien, cuando aún se encontraba en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), mencionó en una de sus obras primigenias de manera breve, pero concreta que, la eliminación del antes denominado “référé au législateur” que operaba en el código de 1852, no implicó en este nuevo código, ningún retroceso del legalismo, porque prácticamente venía a coincidir con la obligación que se mantuvo de informar al Congreso acerca de los vacíos y los defectos legislativos (De la Puente y Lavalle, 1945). Por tanto, de estos dos autores, se puede concluir también que, en el Código de 1936, la fuente principal del derecho sustantivo, al igual que en su predecesor, corresponde a la norma positiva, y concretamente a la ley, por lo que, se estructura una regulación que parte de su título preliminar para determinar una carácter superior frente a otras fuentes jurídicas, que si bien se reconocen de manera subsidiaria, no pueden ser equiparadas de modo alguno a la primera, tal como lo es, en el caso concreto de este código, los principios del derecho. Así, llegamos al actual Código Civil de

1984, el mismo que, para Moisés Arata Solís (2015), si bien en su título preliminar ha tenido menos artículos que los anteriores, especialmente por la extracción de todas las disposiciones del derecho internacional privado existentes en el de 1936, volvió a consistir en una exposición de su sistema de fuentes que no ha significado innovaciones fundamentales con las de sus antecesores, ya que la ley permanece como su fuente suprema e incluso única, salvo el caso de defecto o abuso (Arata Solís, 2015). Ahora bien, como conclusión del análisis histórico normativo de las fuentes del derecho en el sistema civil, pero desde su concepción sustantiva, nos encontramos en la inequívoca posición de afirmar que reconoce nuestro ordenamiento civil como su fuente principal, primigenia y creadora a la ley escrita; por lo que, corresponde ahora analizar el ordenamiento procesal, propio de la presente investigación, a fin de determinar, si, como es de esperarse mantiene dicha consideración, o si por el contrario presenta matices particulares que permitirían el reconocimiento de otras fuentes que puedan ser oponibles a la misma. Así, un autor que es imposible de desconocer para analizar esta evolución histórica en nuestro país, es el Dr. Fernando De Trazegnies Granda (2011), quien narra este proceso desde la época incaica, hasta llegar a la actual etapa republicana de nuestro derecho adjetivo. Así, para este autor, en una época primitiva de nuestro derecho, y respecto a la cual, se heredaron ciertos rasgos característicos, como lo es la época incaica, se puede resaltar que los procesos eran netamente orales, realizados a través de asambleas públicas y que eran decididos por la autoridad suprema del sistema, que recaía a su vez en la autoridad política de su ordenamiento, es decir el Inca, contando además con una participación testimonial y fueros diferenciados para nobles o personas de fuero real. Esta situación, varió en la época del denominado Derecho indiano, transcurrida en la etapa colonial de nuestro país, en la cual, durante el Virreinato se aplicaban esencialmente tres dispositivos normativos principales

en cuanto a derecho procesal se trataba: en primer lugar, las Leyes de Indias, las pragmáticas reales y las ordenanzas (como las de Toledo); por otro lado el Derecho castellano, como las Siete Partidas, las Leyes de Toro, o la Novísima Recopilación de 1805; y finalmente las propias costumbres criollas e indígenas, organizadas bajo un pluralismo jurídico regulado esencialmente por la Corona y por la Iglesia (Trazegnies Granda, 2011).

Ahora, en cuanto a la etapa republicana, este autor hace una diferenciación de dos periodos marcados, en primer lugar, la etapa correspondiente a la primera mitad del siglo XIX, en la que señala que tras la independencia, se conservó la legislación hispánica hasta la promulgación de normas nacionales, como la que se dio en el año de 1833, en el cual él se promulgó un extenso ordenamiento procesal de 1534 artículos influenciado básicamente por el proceso romano, germánico y colonial (denominado Código de Santa Cruz); o cuando en el año de 1852, se promulgó tanto el Código Civil sustantivo, como una especie de cuerpo codificado de normas procesales, correspondientes al Código de Enjuiciamientos Civiles del mismo año, que podría ser considerado como el primer código procesal formal aplicado a nivel nacional y que reemplazaría el sistema disperso heredado vigente a la fecha (ídem).

Y como segunda etapa republicana, según este autor, debe considerarse a la última etapa del siglo XIX y el propio siglo XX e inclusive XXI, regulada en lo específico por el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que habría operado hasta la promulgación del actual Código Procesal Civil de 1993, vigente por lo menos hasta la fecha de esta investigación (ibidem).

Para la concepción de fuentes en el ordenamiento adjetivo, debe considerarse que, según Rafael Hernández Canelo (2015) en la primera etapa histórico procesal antes señalada, es decir, cuando las normas procesales eran dispersas, incluso ya desde la época colonial post conquista, hasta las primeras etapas de vida republicana independista, incluyendo las normas

procesales expedidas en el año de 1833, se tiene que la fuente era netamente la ley, la misma que en el citado momento concretamente devenía del derecho indiano, las Recopilaciones de Castilla (como las Siete Partida y Leyes de Toro), las pragmáticas reales, las Leyes de Indias y las ordenanzas expedidas por el Consejo de Indias; posteriormente en cuanto al derecho castellano, las normas españolas vigentes tras la independencia, como la Novísima Recopilación de 1805, entre otras. Sin embargo, pese a este reconocimiento de fuente formal primaria para el ordenamiento adjetivo en dicha fecha, al existir una fusión normativa de ordenamientos español e incaico y de pueblos originarios, se reconoce también como una fuente subsidiaria, siempre subordinada a la ley, a la costumbre jurídica local, la que devenía de usos comunitarios o indígenas (derecho consuetudinario) aplicables únicamente ante una ausencia de la ley escrita y positiva vigente (Hernández Canelo, 2015).

Posteriormente, el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, vigente desde el año 1852 y hasta el año 1911, se mantuvo un criterio similar a las normas dispersas, siendo su primera fuente la ley, compuesta principalmente por el mismo Código (compuesto de 1824 artículos), manteniéndose los principios y modelos heredados del derecho español colonial y del breve ordenamiento cruceño (el denominado Código de Santa Cruz de 1833), subsistiendo los fueros reales, personales y eclesiásticos en ciertos casos, como autoridades interpretativas de dichas fuentes en los casos complejos (Basadre Grohmann, 2005). Con relación al Código de Procedimientos Civiles de 1912 (vigente hasta 1993), las principales fuentes también corresponden a la ley, y en primer lugar al propio cuerpo codificado mencionado que habría sido aprobado en 1911, e influido por el modelo español, específicamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 con reformas en los años de 1931, 1932 y 1966 (Parodi Remón, 1994). A lo señalado, respecto a este código,

complementa Aníbal Quiroga, señalando que, otra fuente a considerar para este cuerpo normativo, corresponde a los debates y exposiciones previas elaboradas por un Comité de Reforma (1904-1911), justificando el trasplante legal, reconociendo a su fuente originaria (Quiroga León, 1994).

Finalmente, respecto al actualmente vigente Código Procesal Civil de 1993, promulgado a través del Decreto Legislativo N° 768, y con una vigencia progresiva desde el año 1993, se reconoce al igual que sus homólogos precedentes, pero ahora señalado de manera más concreta, como fuente principal, en concordancia con la Constitución Política promulgada también el mismo año, a la ley, y señala que además, de manera subordinada, en caso de vacío legal, resultan aplicables otras dos fuentes ahora reconocidas de manera expresa y conjunta, los que corresponden a los principios generales del derecho y al derecho consuetudinario. Finalmente, también este cuerpo normativo unificado reconoce además a otra fuente jurídica, la misma que corresponde a la jurisprudencia vinculante, es decir, los precedentes procesales (especialmente de la Corte Suprema a través de Plenos Casatorios) como fuentes formalmente reconocidas por ley, con un grado inferior (Priori Posada, 2019).

Como último punto respecto a estos antecedentes históricos, corresponde no solo tener en cuenta lo específico en cuanto a regulación procesal, sino también lo general, en cuanto a ordenamiento jurídico como sistema. En tal sentido, puede señalarse que nuestro ordenamiento político nacional, dentro de su naturaleza propia de un Estado Constitucional de Derecho, sigue la división tripartita de poderes, con clara definición de las funciones, límites y alcances de cada uno de los mismos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Asimismo, respecto al sistema jurídico, puede señalarse de un análisis normativo, y de la teoría del Estado Constitucional de Derecho Nacional, que este difiere dos momentos determinados: i) La creación normativa o producción jurídico normativa (función propia del Poder

Legislativo a través del parlamento nacional), y ii) La aplicación normativa y producción jurídico práctica (función del poder ejecutivo en la aplicación normativa, y del poder judicial, a través de la interpretación del sentido normativo a casos concretos). Sin embargo, como lo puntualiza Rubio Correa (2009), al tratar materias jurídicas de relación entre el Estado y el Derecho, debe diferenciarse el uso de la palabra poderes en un sentido orgánico, y en uno funcional; explicando que, para este último, se hablará de la potestad, función o atribución legislativa, ejecutiva o jurisdiccional; y, cuando se hace referencia al aspecto orgánico, se hablará más bien del órgano o poder legislativo, ejecutivo o judicial. El autor señala que dicha aclaración obtiene mayor valor porque en otras obras referidas a este tema, se podrá encontrar un uso terminológico distinto o indiferenciado y, a su juicio, y también propio, es indispensable hacer la distinción señalada (Rubio Correa, 2009). Es, por tanto, que el mismo autor, con posterioridad señala que, en el contexto de nuestra historia y configuración política, es preciso aclarar que el estudio del Estado peruano supone una marcada diferencia entre los hechos políticos y la normatividad constitucional que teóricamente le es aplicable. Manrique Zegarra (2003), por su parte señala que existe una relación de uno a uno entre los objetivos que persiguen la administración de justicia y las acciones procesales que al efecto están previstos en el ordenamiento legal, y que la correlación entre ellos debe indicarnos las diversas clases de Jurisdicción, entre las que puntualiza primeramente a la Jurisdicción Civil, respecto a la cual indica que es aquella cuyo objetivo es resolver los conflictos de la vida de relación social, y que incluye las clases de jurisdicción de familia, laboral, comercial, entre otros; de otro lado menciona a la Jurisdicción Penal, como aquella cuyo objetivo es sancionar a quienes incurran en conductas ilícitas; seguido de ello, a la Jurisdicción Constitucional, como aquella cuyo objetivo es garantizar la vigencia de los derechos fundamentales utilizando las Acciones de Garantía; asimismo, a

la Jurisdicción de Control de Actos de Gobierno, como aquella que utilizando como medio la Acción Popular tiene como objeto la calificación de la legalidad y constitucionalidad de los Actos de Gobierno; y finalmente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como aquella cuya finalidad es calificar la legitimidad de los Actos Administrativos utilizando como medio la Acción Contencioso Administrativa. Para ello, adiciona el autor que, el análisis del sistema jurídico debe ser también extensivo a los términos del lenguaje (semántico y sintáctico) y el análisis de los conceptos propios del ordenamiento jurídico (Manrique Zegarra, 2003).

Entonces, se puede señalar que por concepción general, e historia del derecho nacional, si bien durante el periodo preincaico e incaico existió una diversidad de sistemas jurídicos en el territorio del actual Perú, y cuyo impacto a través del derecho consuetudinario especialmente, es relevante en particular para los pueblos indígenas así como para muchos usuarios de recursos naturales; el sistema jurídico peruano vigente es mayormente heredero del derecho colonial español y republicano, así como por una larga herencia de influencia del derecho europeo, a través del derecho romano, germánico, francés, así como, los desarrollos constitucionales del siglo XX nos hacen miembros de la familia del derecho civil romano, con influencias del derecho francés a través en particular del código napoleónico, del derecho español, del alemán y, más recientemente, incluso del derecho norteamericano. A lo señalado, Morales Godo (2002), coincide en que en el caso del sistema jurídico peruano, este pertenece a la tradición romano-germánica, con influencia del Derecho español, francés y musulmán, a través de su vigencia en España; pero que sin embargo, no se tratase de un sistema purista, puesto que también el derecho Anglosajón o Common Law posee raíces, en el Derecho romano y ha sido influenciado por el Derecho germánico; aunque en su desarrollo peculiar se han generado diferencias sustanciales con este último.

A ello complementa Juan Morales Godo (2002) que, nuestro sistema jurídico corresponde al de un Estado unitario, es decir que, posee un ordenamiento jurídico único, y con una organización judicial única, no existiendo superposición de jurisdicciones, o conflictos de leyes entre las distintas Regiones que integran el país, tal y como lo refiere el artículo 79 de la Constitución Política del Perú, que señala que su Gobierno es unitario, calificando al Perú como una República democrática y social (Morales Godo, 2002). A ello, puede adicionarse a lo señalado que el sistema jurídico nacional, responde además a los demás elementos del Estado, y de su sistema político estructural, es decir, que responde al gobierno democrático basado en el presidencialismo, en el Estado unitario centralizado. Y es a partir de dicho contexto general de nuestro ordenamiento que se puede afirmar que, la legislación es reconocida como la fuente formal más importante del Derecho Nacional; toda vez que primeramente el Estado, ha desarrollado su hegemonía y perfilado claramente sus rasgos jurídicos en relación a la teoría de separación de poderes y al desarrollo del concepto de Estado de Derecho y los órganos del Estado; entre los cuales se encuentra el Poder Legislativo, investido de atribuciones de creación normativa. Y, asimismo, porque respecto al contenido procesal, este resulta siendo de carácter imperativo y formal, como lo establece el ya mencionado código procesal civil actual en su título preliminar. A modo de conclusión, y como una definición personal extraída a partir del pensamiento de los autores antes señalados, el sistema jurídico procesal civil nacional tiene su origen y antecedentes en el sistema jurídico continental a su vez, sustentado en una herencia de tradición jurídica romana, germánica y grecolatina, que vio influenciada su composición, a través de la fusión de dicho sistema en esencia de su estructura, con la tropicalización del sistema en un concepto de tradición latina, como colonia inicial de España fusionada con el derecho nativo nacional, y a partir de la cual, se dio un propio desarrollo

regional, influenciado también en repúblicas independizadas con ordenamientos propios, tales como influencias argentinas, colombianas o inclusive mejicanas, que dieron origen al pensamiento jurídico nacional y la estructuración del sistema procesal actual, que pese a estas influencias, y también cada vez más presentes respecto a otros ordenamientos disímiles como el derecho anglosajón norteamericano, entre otros, mantiene su base de estructuración sólida en los principales antecedentes históricos del sistema, por lo que se le puede correctamente catalogar como un sistema jurídico de corte romano, germánico y grecolatino, perteneciendo a la familia del derecho continental, también denominada en esta investigación, Civil Law.

1.2.1.2. NATURALEZA DEL PROCESO CIVIL

Habiendo analizado el origen y los antecedentes del sistema jurídico procesal civil nacional, corresponde ahora efectuar algunas breves puntualizaciones de la naturaleza del proceso civil en el Perú, a razón del contexto histórico y su evolución en la concepción de fuentes mencionadas en el subcapítulo precedente, a fin de poder identificar cuál es la verdadera razón de ser del proceso civil como institución adjetiva en nuestro ordenamiento y sistema. Así, debemos comenzar este análisis previamente aterrizando algunas definiciones que servirán de insumo para determinar la mencionada naturaleza del proceso civil nacional. Así, en primer lugar, debemos entender como proceso, en líneas generales, como lo menciona Eduardo Couture (1977) que es la suma de actos por medio de los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen. Asimismo, menciona este autor que, su finalidad es dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en hechos probados y también en el derecho aplicable (Couture, 1977).

En cuanto a la materia propiamente dicha, el autor clásico Oscar Von Bülow (2017) señala que, el proceso civil es una relación jurídica que vincula de manera recíproca a las partes y al tribunal (Von Bülow, 2017). Debiendo entender que, para este autor, las partes a las que se refiere en su definición corresponde a personas naturales o jurídicas que actúan en el proceso como particulares. A dicha definición complementa James Goldschmidt (1989), al afirmar que este es el método que siguen los tribunales para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente y a fin de otorgar tutela en caso de que el derecho exista” (Goldschmidt, 1989).

Ahora, en un concepto más relacionado a nuestra realidad nacional, el Dr. Juan Monroy Gálvez (1992) ofrece una definición aplicada específicamente al contexto peruano, señalando que el proceso civil existe como una exigencia, es decir, como una demanda de justicia, como una petición de derecho, a fin de que, a través del derecho de se transforme una pretensión material en una procesal mediante la demanda (Monroy Gálvez, 1992). Partiendo de este concepto podría señalarse entonces que, el proceso civil constituye un componente fundamental del orden jurídico, destinado a la resolución pacífica y ordenada de los conflictos de intereses entre particulares, y cuyo estudio resulta esencial para comprender no solo la dinámica de la justicia, sino también los principios y garantías que sustentan el acceso efectivo a los tribunales y la tutela judicial de los derechos civiles.

Como una definición personal extraída de la conclusión arribada de los conceptos de los autores antes citados, para efectos de la presente investigación entenderemos que, el proceso civil es el conjunto de actos jurídicos coordinados que se realizan conforme a reglas previamente establecidas, bajo la dirección de un órgano jurisdiccional competente, con la finalidad de resolver un conflicto jurídico civil y asegurar la ejecución de las decisiones adoptadas, como medio formal de hacer efectivos los derechos

subjetivos de los individuos a través de la intervención del Estado en su rol constitucional de administración de justicia.

Autores como Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2016) coinciden en que el proceso civil no es meramente un mecanismo técnico, sino que más bien es un instrumento esencial para garantizar la justicia material y la paz social, como efectivización de los fundamentos constitucionales de la administración de justicia nacional (Ferrer Mac-Gregor, 2016). Concordante con esta base constitucional de los procesos civiles, José Ovalle Favela (2016) señala que, para la doctrina durante mucho tiempo hubo una disociación entre el estudio de las normas constitucionales y el estudio de las normas procesales; dado que estos se hacían en forma completamente separada, como si ninguna de esas dos ramas de la ciencia jurídica tuviese relación con la otra; pese a que resulta evidente que las normas procesales tienen su fundamento en las normas constitucionales, las que a su vez requieren de las normas procesales para lograr su aplicación en caso de controversia, no solo en los procesos constitucionales, sino de cualquier naturaleza, como el proceso civil (Ovalle Favela, 2016).

Eduardo Couture (2019) afirma al respecto que, la doctrina procesal tiene la labor de examinar las instituciones procesales desde el punto de vista constitucional, debiendo para tales efectos, admitirse en la teoría general del proceso que la Constitución era el fundamento de validez del derecho procesal civil, ello, a partir de la doctrina publicista (Couture, 2019).

A partir de esa base constitucional, el proceso civil actual, en su contenido vigente, al igual que en sus predecesores, posee como características la instrumentalidad, heterocomposición, finalidad, iniciativa procesal, probidad procesal, formalidad y bilateralidad, como las más resaltantes. Estas características se pueden apreciar del propio título preliminar del código adjetivo, en el que se regulan las mismas, pero que, pueden ser entendidas también en su desarrollo a partir de la doctrina que desdobra su contenido en aspectos conceptuales a considerarse. Por ejemplo, en cuanto a la

instrumentalidad, Víctor Obando Blanco (2012), afirma que el proceso civil es un instrumento al servicio de la tutela de los derechos, dado que establece esta protección como un derecho de los justiciables en sí mismo, procurando la protección efectiva de los intereses jurídicos de todas las partes (Obando Blanco, 2012). En el mismo sentido que el expuesto por el autor precedente, el propio Eduardo Couture (1977) ha señalado que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio del derecho, cuya finalidad es la de realizar la justicia en cada caso concreto (Couture, 1977).

De otro lado, Cipriano Gómez Lara (2000), en cuanto a la heterocomposición señala que, en todo proceso civil, se emplea una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social a través de la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto que resuelve el mismo de manera vinculante para las partes (Gómez Lara, 2000).

En cuanto a la característica de la finalidad, el proceso, conforme las Lecciones de Derecho Procesal Civil de Guido Águila (2010), es el método o medio pacífico y dialéctico de solución de conflictos formado por actos de una serie lógica y consecucional (afirmación, negación, confirmación, alegación) conectadas entre sí por la autoridad judicial con la finalidad de obtener una decisión: la sentencia (Águila Grados, 2010). Es decir, para este autor, el proceso civil posee como finalidad la obtención de una meta, que es la emisión de una sentencia. A lo que complementa Devis Echandía (2002) cuando señala que esta serie de actos coordinados realizados ante un funcionario jurisdiccional se da con la finalidad de obtener la aplicación de una ley para un determinado caso concreto o en todo caso, para la declaración o defensa de determinados derechos (Devis Echandía, 2002). Sin embargo, la finalidad en el proceso civil peruano, objetivamente está establecida por el propio código procesal, quien en el artículo III de su título preliminar, establece una doble dimensión finalística, por un lado, una finalidad concreta, correspondiente a

resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales; mientras que, por otro lado, una finalidad abstracta que es conseguir la paz social en justicia. Como otra de las características mencionadas, se tiene a la iniciativa procesal, la que según el artículo IV del título preliminar del código adjetivo nacional, corresponde a las partes accionantes, es decir a los justiciables que promueven el proceso en busca de tutela judicial. En tal sentido, según Ticona Postigo (1998), la iniciativa de parte implica que una persona diferente al juez debe ejercitar el derecho de acción, interponiendo la respectiva demanda, para que el proceso se inicie (Ticona Postigo V. , 1998, pág. 38). Ello se complementa con lo señalado por Adolfo Alvarado Velloso (1997), comentando a al referente doctrinario procesal, Hugo Alsina, cuando a partir del pensamiento de este último refiere que, el proceso civil por sí mismo es un organismo muerto, inerte, sin vida propia, que avanza movido por los actos de procedimiento de las partes y el juez; y cuya fuerza externa que lo mueve se le denomina impulso procesal (Alvarado Velloso, 1997, pág. 61).

Lo señalado anteriormente es considerada como una expresión del principio dispositivo del proceso, con aforismo latín “nemo iudex sine actore” (es decir, “nadie sea juez sin actor”). En cuanto a las últimas tres características mencionadas, Juan Monroy Gálvez (2017), ha señalado que la probidad procesal, se identifica con la lealtad, buena fe y veracidad, pero también con los principios de intermediación, concentración, economía y celeridad procesales, y se traduce en un deber de conducta que las partes ajustan a fin de asegurar una correcta impartición de justicia, y de los jueces de actuar en la menor cantidad de actos, rápidamente y garantizando su presencia inmediata en el proceso; sin dejar de considerar que, aunque las formalidades son imperativas en el Código Adjetivo, se puede moderar su aplicación cuando ello favorezca la tutela efectiva y la paz social, garantizando que los actos procesales se ejecuten con intervención de la parte contraria,

salvaguardando su derecho a oponerse a todo aquello que considere una afectación a sus derechos e intereses (Monroy Gálvez, 2017). En ese mismo criterio, además de las características referidas, el proceso civil peruano, posee adicionalmente funciones intrínsecas en su naturaleza, tales como una jurisdiccional, garantista, organizativa y social, entre otras. Por lo que, respecto a la primera de las señaladas, según Couture (1977), la función jurisdiccional es una actividad especializada, exclusiva del Estado, que se manifiesta en cinco aptitudes del juez, tales como conocimiento, convocatoria, coerción, decisión y ejecución, a fin de impartir justicia con plena eficacia legal (Couture, 1977). Así también, respecto a su función garantista, debe considerarse que para Devis Echandía (1985) en el proceso civil no solo se deciden litigios, sino que también opera el mismo como un garante de derechos fundamentales y del debido proceso, como fuente de sus principios axiológicos que lo rigen (Devis Echandía, 1985). De otro lado, el proceso para el maestro Juan Monroy Gálvez (2007) también tiene una función interna organizativa, en cuanto establece la estructura, competencias y roles del juez, las partes y otros sujetos procesales, como garantía de orden, paz social y legitimidad interna, y como base estructural de garantías propias de un debido proceso a considerarse en todo proceso judicial, y en sí, a todo aspecto de administración de justicia (Monroy Gálvez, 2007). Ahora, debe considerarse también para determinar su naturaleza que, independiente de su clasificación, ya sea que corresponda a un proceso ordinario o sumario, según su complejidad y rápida resolución (Ledesma Narváez, 2008), o un proceso declarativo, constitutivo de derechos o ejecutivo, según sea la finalidad jurídica de la sentencia o resolución que se busque conseguir (Pinedo Aubián, 2016); un proceso civil en general, responde en función de las necesidades jurídicas, siendo por tanto, es un reflejo de la evolución del sistema jurídico peruano hacia modelos más garantistas y efectivos.

En conclusión, el proceso civil puede entenderse como una institución jurídica compleja cuya finalidad esencial consiste en resolver conflictos de intereses y determinar incertidumbres con relevancia jurídica, y con ello, brindar seguridad jurídica mediante una decisión con autoridad de cosa juzgada, pudiendo concebirse su naturaleza a partir de las dos grandes corrientes explicativas expuestas por la doctrina clásica, como las teorías privatistas, que conciben el proceso como una extensión de las relaciones privadas, y las teorías publicistas, que lo definen como una relación jurídica entre el Estado-juez y las partes, generadora de deberes y derechos recíprocos; visión que realza la importancia de la función jurisdiccional estatal como elemento constitutivo del proceso, enfatizando que este no surge del acuerdo entre particulares, sino de la autoridad del juez dentro del marco de la ley. En el contexto peruano, además de manera específica, se puede concluir que el proceso civil tiene una doble finalidad, dado que, por un lado, posee un fin concreto, centrado en la resolución del conflicto de intereses o eliminación de una incertidumbre jurídica, mientras que, de otro lado, posee un fin abstracto, orientado a restablecer la paz social en justicia, tal y como se ha establecido normativamente en el título preliminar del código adjetivo civil. Así, podría afirmarse finalmente que la naturaleza del proceso civil es compleja y multifacética, integrando aspectos formales, sustantivos y garantistas, y que como instrumento resulta indispensable para la protección de los derechos de las partes y la resolución pacífica de conflictos, sustentado en principios como la contradicción, la congruencia, la preclusión, la imparcialidad y todo el contenido del debido proceso, permitiendo su estudio comprender no solo el funcionamiento del sistema judicial, sino también la dinámica de la justicia en sociedades democráticas como, por lo menos teóricamente, la nuestra; y que si bien es cierto, en la práctica no se encuentra exenta de influencias extrajurídicas exógenas, como es el caso de lo mediático, y esencialmente también de la política como poder

público sobre el cual los intereses personales, hacer subyacer a los fines jurídicos del sistema judicial y el ordenamiento procesal, no debe olvidarse, que independiente al gobierno de turno, al sistema político que se aplique, a la ideología de los gobernantes, e inclusive de los propios magistrados de las cortes supremas, o del Tribunal Constitucional, y su relación con los anteriormente señalados, la justicia, como garantía estatal, se logra únicamente a través de los procesos judiciales, para los cuales el ordenamiento no debe olvidar, ni dejar de lado su propia naturaleza jurídica, la cual, como se ha señalado corresponden en sí, a un proceso derivado de múltiples orígenes, fuentes e influencias, pero que como garantía jurídica, presenta la superposición del espíritu de la ley escrita, sobre cualquier otra influencia, permitiendo su administración de justicia eficaz.

1.2.2. LAS FUENTES DEL PROCESO CIVIL NACIONAL

Al haberse desarrollado los antecedentes y origen histórico del proceso civil en el país, como método de entendimiento del proceso civil nacional, y posteriormente determinado su naturaleza, corresponde ahora sí centrarnos en concreto en sus fuentes formales, al ser este análisis el punto teórico con mayor relevancia, en cuanto a la consideración de eventuales conflictos y soluciones a los mismos, en la presente tesis; a la luz de las presuntas disímiles regulaciones en contrario establecidas por el antes citado IX Pleno Casatorio Civil.

Así, debemos partir por efectuar también en este apartado unas breves, pero necesarias, puntualizaciones conceptuales de ciertos términos con los que se desarrollarán el análisis de la hipótesis a desarrollar, y que servirán de insumo básico de las conclusiones a arribarse.

En primer lugar, debe considerarse que, Francisco Chuquicallata Reategui (2022), define, a partir del concepto de la Real Academia de la Lengua Española que, la palabra fuente proviene de las voces latinas fons, fontis, que significan manantial de aguas que brota de la tierra, y que, en sentido figurado o metafórico, es el principio, fundamento u origen de algo (Chuquicallata Reategui, 2022). De esa propia definición se podría afirmar

entonces que, en los sistemas jurídicos codificados (como nuestro sistema jurídico procesal civil) el derecho emana de la misma ley, toda vez que de ahí se origina, en el mismo código que lo regula; mientras que en otros sistemas jurídicos, como aquellos que se adhieren al Common Law el derecho surge del precedente judicial, es decir de la casuístico, en cuanto este sirve de insumo para casos posteriores, al no contarse con una codificación jurídica específica, como en el Civil Law, como en nuestro país, que podría considerarse legalista, toda vez que para todo siempre se tiene que invocar la ley; sin lo cual carecería de sustento legal y por ende de validez. Mario Alzamora Valdez (1985), por su parte complementa señalando que las fuentes del derecho están constituidas por todo lo que es punto de partida y causa de sus manifestaciones, se trate de los hechos determinantes o de las manifestaciones, consideradas en sí mismas y reguladas por el propio derecho (Alzamora Valdez, 1985). Para comprender las fuentes jurídicas de nuestro ordenamiento, resulta necesario considerar que la doctrina coincide en distinguir entre diversas categorías o clasificación de las mismas, siendo las más aceptadas, y las que abordaremos en el presente apartado: las fuentes materiales, formales, de producción, interpretativas y complementarias. Ahora, en cuanto a las primeras, como fuentes materiales del derecho, Mario Alzamora Valdez (1985) sostiene que estas corresponden a los hechos sociales que determinan la necesidad de dictar normas jurídicas y que orientan su contenido (Alzamora Valdez, 1985).

Por lo que, se podría indicar que estas fuentes permiten entender el contexto que da lugar al surgimiento de una norma, sin constituirse por sí mismas en derecho positivo, es decir, son los factores sociales, históricos, culturales y económicos que generan las condiciones para la creación normativa como un acto del poder legislativo dotado constitucionalmente de ello.

Por su parte, como fuentes formales, Cárdenas-Krenz (1999) precisa que debemos entender como estas a los medios jurídicamente reconocidos a través de los cuales se manifiesta el derecho, y que se caracterizan por su validez formal y jerárquica dentro del sistema jurídico. Puntualmente en nuestro caso, la Constitución, los tratados internacionales válidamente

ratificados, las leyes y otras normas con rango legal; dado que así inclusive se encuentran establecidas en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú (Cárdenas-Krenz, 1999).

Asimismo, Aníbal Torres Vásquez (Torres Vásquez, Introducción al derecho. Teoría general del derecho., 2019), en cuanto a las fuentes de producción, propone una clasificación más amplia, en virtud de la pluralidad de normas que integran el derecho procesal actual, el cual ya no se limita exclusivamente a la ley como expresión del poder estatal, sino que también incorpora fuentes derivadas de organismos internacionales, precedentes vinculantes e inclusive normas consuetudinarias, distinguiendo entre otras a fuentes vinculantes y no vinculantes (Torres Vásquez, 2019, pág. 415). Dicho autor continúa explicando que las fuentes con fuerza vinculante en nuestro ordenamiento, serían en primer y principal lugar, la Constitución Política del Estado, seguida inmediatamente por la ley, y posteriormente recién otras fuentes diferentes secundarias, tales como las costumbres, siempre que hayan sido elevadas a la categoría de derecho positivo, y de otro lado la jurisprudencia obligatoria, así como los principios generales del derecho incorporadas al ordenamiento; mientras que hay otras fuentes con fuerza no vinculante, como la ley no vigente, la doctrina o la ley extranjera.

Finalmente, Úrsula Indacochea Prevost (2015), señala en cuanto a fuentes interpretativas y complementarias que, estas tienen una función secundaria o integradora del ordenamiento jurídico, ubicando en este grupo a la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales. Y aunque la jurisprudencia no constituye en el Perú una fuente autónoma vinculante en sentido estricto, cumple una función orientadora e interpretativa, sobre todo en sede civil (Indacochea Prevost, 2015). No obstante, con el reconocimiento del precedente constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia ha comenzado a adquirir un valor normativo en determinadas circunstancias, como lo afirma Díaz Colchado (2022), quien considera que este representa una nueva forma de fuente formal, en tensión con el modelo clásico de legalidad cerrado (Díaz Colchado, 2022).

1.2.2.1. LA CONSTITUCIÓN

Habiéndose expuesto las fuentes en general en el proceso civil peruano, corresponde ahora puntualizar las principales fuentes formales del mismo, partiendo de la que tiene mayor peso jerárquico en la escala normativa de nuestro ordenamiento tanto sustantivo, como procesal. Así, debe comenzarse hablando de la Constitución Política, la misma que representa la norma fundamental y suprema de un Estado, siendo la fuente primaria y originaria de todo el ordenamiento jurídico como concepto general, dado que contiene no solo la estructura jurídica de un país, sino los límites del poder estatal y los derechos fundamentales. Pero para conceptualizar a la Constitución Política, podríamos comenzar a partir de la definición que otorga César Landa Arroyo (2013), quien la delimita como la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, así como la norma de unidad a la cual se integran las mismas; por lo que considera que no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica (Landa Arroyo, 2013). A dicha definición podríamos agregar lo señalado por Germán Bidart Campos (2008), quien la define como el conjunto de normas jurídicas supremas que establecen la organización del Estado, los poderes públicos, los derechos y deberes fundamentales de las personas, y los principios esenciales que rigen la convivencia social, siendo un pacto social que determina la base del orden jurídico y político del ordenamiento (Bidart Campos G. , 2007). Autores como García Máynez (2002) destacan que la Constitución Política es la norma que da validez a todo el sistema jurídico y condiciona la producción y aplicación de todas las demás normas (García Máynez, 2002) por lo que, ninguna norma puede contravenirla sin perder validez y eficacia, lo que significa que impone límites al poder legislativo y a las autoridades públicas, garantizando la supremacía del derecho (Ferrer Mac-Gregor, 2016).

Puntualmente, a través del artículo 51° de nuestra actual Constitución Política de 1993, se reconoce que esta ocupa el máximo rango jerárquico, en cuanto establece que su cumplimiento es obligatorio para todas las autoridades y ciudadanos, ocupando, además, un lugar preeminente en la teoría de las fuentes del derecho. Así lo sostiene Rubio Correa (1980), para quien la Constitución constituye la fuente suprema del sistema normativo y el elemento central de validez formal (Rubio Correa, 1980). Con quien coincidió el Tribunal Constitucional, quien a través de su sentencia expedida en el Exp. 0047-2004-AI/TC, de fecha 8 de mayo de 2006 precisó que la Constitución no solo es una norma jurídica de máxima jerarquía, sino que también funciona como una auténtica fuente de fuentes, toda vez que regula la producción normativa del Estado y exige coherencia de las normas derivadas. Añade López Medina (2006) que una característica fundamental de la Constitución es su posición jerárquica superior frente a otras fuentes formales, como la ley, reglamentos y la jurisprudencia (López Medina, 2006). Esta supremacía se materializa, según Javier Jiménez Campo (2000) mediante el control de constitucionalidad del Poder Judicial, por el que, a través del Tribunal Constitucional, se declara la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios al texto constitucional, a fin de anular sus efectos (Jiménez Campo, 2000). En el marco del sistema constitucional peruano, la Constitución Política de 1993 debe entenderse como la norma suprema que articula dos grandes dimensiones: la parte orgánica, referida a la estructuración del Estado y la delimitación de competencias entre poderes, y la parte dogmática, integrada por los derechos fundamentales y los principios constitucionales que orientan la actuación del poder público. César Landa Arroyo (2013) sostiene que, esta doble naturaleza convierte a la Constitución en una norma normarum, vinculante, dinámica y aplicable directamente, al tiempo que establece los cimientos

tanto institucionales como axiológicos del ordenamiento jurídico peruano (Landa Arroyo, 2013).

La Constitución no solo es una fuente de normas, sino que también sirve como criterio supremo para la interpretación de las leyes y actos jurídicos. Según el profesor Eduardo García Máynez (2002), la interpretación debe estar orientada a preservar la coherencia con los valores y principios constitucionales, evitando interpretaciones que vulneren derechos fundamentales; de manera que, la Constitución funciona como un parámetro de validez e interpretación, asegurando la armonía del orden jurídico (García Máynez, 2002). En ese sentido, todas las fuentes formales, como la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, deben adecuarse a los preceptos constitucionales. Por ejemplo, las leyes deben respetar los derechos fundamentales y los límites constitucionales, y la jurisprudencia constitucional establece precedentes obligatorios para garantizar la supremacía constitucional; lo que convierte a la Constitución en el fundamento último del ordenamiento jurídico y garante de la justicia y el Estado de derecho, así como de la predictibilidad judicial. Por su parte, Domingo García Belaúnde (2019), señala que la Constitución peruana no solo establece la parte orgánica, es decir la estructura estatal y atribuciones institucionales, sino también la parte funcional, conformada por los derechos fundamentales y principios constitucionales que regulan la acción del Estado y dotan de contenido ético a todo el ordenamiento jurídico en general (García Belaunde, 2019). Inclusive, López Medina (2006) es más enfático al señalar que el proceso de elaboración de normas está condicionado por la Constitución, y los órganos legislativos deben respetar procedimientos formales y sustantivos, asegurando que sean compatibles con la constitución (López Medina, 2006).

Ahora bien, la función de la Constitución como fuente suprema del derecho no solo se manifiesta en su propio texto normativo, y en la doctrina antes referida, sino también en la interpretación y

aplicación que hacen los tribunales constitucionales y otras instancias jurisdiccionales, como la sentencia recaída en el Expediente N° 00006-2011-PI/TC, en la cual el Tribunal Constitucional del Perú reafirmó que ninguna norma o acto jurídico puede vulnerar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, resaltando que la Carta Magna es la fuente primaria para la tutela efectiva de estos derechos. Asimismo, en la sentencia STC 00542-2013-PA/TC, el Tribunal estableció el principio de interpretación conforme a la Constitución, que implica que todas las normas y actos jurídicos deben interpretarse de manera que sean compatibles con la Constitución, preservando su supremacía y coherencia. En el caso del Expediente N° 00003-2017-PI/TC, el Tribunal Constitucional anuló una ley regional por contravenir la Constitución en materia de competencia legislativa, reafirmando la jerarquía superior de la Constitución y el respeto a la distribución de competencias establecida en ella. Estos casos demuestran que la Constitución no es un documento estático, sino una norma dinámica que guía y limita la actuación del poder público y el desarrollo del derecho. El control constitucional y la jurisprudencia vinculante constituyen mecanismos esenciales para asegurar que todas las fuentes del derecho respeten y se ajusten a la Constitución, garantizando el Estado de derecho y la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En conclusión, en el sistema jurídico peruano, la Constitución Política constituye la fuente normativa fundamental que organiza y orienta todo el ordenamiento jurídico. Su supremacía no solo se expresa en términos jerárquicos, sino también funcionales, al ser el fundamento de validez de todas las normas infra normativas a la misma y el parámetro de control para los actos del poder público; y el análisis jurisprudencial refuerza la idea de que la Constitución es la piedra angular del ordenamiento jurídico y la fuente última a la que deben sujetarse todas las demás normas y decisiones jurídicas. Así, la Constitución peruana se erige como

una norma jurídica suprema, dinámica y vinculante, que no solo regula el ejercicio del poder, sino que también consagra valores fundamentales que guían la interpretación y la aplicación del derecho en su integridad, ya sea independientemente de la vertiente o rama de especialidad en la que se manifieste, es decir, sea que se trate del derecho público, del derecho laboral, del derecho administrativo, del derecho penal, del derecho de familia, o como lo es en el caso concreto de estudio del presente trabajo de investigación, también del derecho particular, denominado derecho civil.

1.2.2.2. LA LEY

Ahora, una vez desarrollada a la fuente correspondiente a la Constitución como ley de leyes, y, por tanto, como se mencionó a la fuente de fuentes, corresponde analizarse ahora a detalle a la ley propiamente dicha dentro de la teoría de las fuentes del sistema jurídico nacional. Así, la ley constituye una de las fuentes formales más importantes del derecho, siendo el instrumento principal mediante el cual el ordenamiento jurídico se establece y se manifiesta. Ahora, García Máynez (2002) señaló que la ley es una norma jurídica general y abstracta dictada por el órgano legislativo competente, que impone deberes y otorga derechos con carácter obligatorio para todos los miembros de la sociedad, como manifestación del poder soberano del Estado y una expresión de la voluntad general (García Máynez, 2002). Por su parte Ferrer Mac-Gregor (2016) señala que la ley es la fuente formal por excelencia en los sistemas jurídicos contemporáneos, en especial en los regímenes de derecho positivo, porque confiere seguridad, certeza y previsibilidad al orden jurídico (Ferrer Mac-Gregor, 2016).

Por su parte, Javier Jiménez Campo (2000), señala que la ley tiene como principales características que primeramente es general, en cuanto la ley está dirigida a un conjunto indeterminado de

personas, no a sujetos particulares; asimismo, que la misma es abstracta, en cuanto regula situaciones hipotéticas y no casos concretos específicos; del mismo modo es obligatoria, dado que su cumplimiento es imperativo para todos dentro del ámbito territorial de vigencia. Otra característica es que es coercible, dado que el Estado puede imponer sanciones para asegurar su cumplimiento; por su lado también es perpetua dado que permanece vigente hasta que sea modificada o derogada; y finalmente es formal porque sigue procedimientos establecidos para su creación y promulgación (Jiménez Campo, 2000).

Asimismo, según Diego López Medina (2006) la ley puede ser diversos tipos o clases, según el punto de vista con el cual sea analizado. Por ejemplo, señala que, la ley se puede clasificar según su ámbito de aplicación en leyes generales, que se aplican en todo el territorio nacional y para toda la población, y en leyes regionales o locales que más bien regulan asuntos específicos de una región o localidad. De otro lado, también se pueden clasificar según su contenido, como leyes sustantivas, que regulan derechos y obligaciones de fondo, y leyes adjetivas o procesales que establecen procedimientos para hacer valer los derechos y cumplir las obligaciones; y finalmente, también se pueden clasificar según su rango jerárquico, en leyes constitucionales, que conforman la Constitución; leyes ordinarias, aprobadas por el Congreso que regulan materias diversas; y leyes de rango inferior, como reglamentos y otras disposiciones subordinadas (López Medina, Interpretación Constitucional, 2006).

Según el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Exp. 00047-2004-AI, en el ordenamiento jurídico, la ley ocupa un lugar central dentro de la jerarquía normativa, subordinada únicamente a la Constitución del Perú, lo que implica que ninguna ley puede contradecir la Constitución y que su validez depende de su conformidad con el texto constitucional. A lo señalado complementa el profesor Ferrer Mac-Gregor (2016), indicando que, la ley tiene supremacía frente a otras

fuentes formales como la costumbre y la jurisprudencia, entre todas aquellas otras del ordenamiento (Ferrer Mac-Gregor, 2016). Ahora de la misma Constitución Política se señala que la ley nace de un proceso legislativo formal regulado, que garantiza la participación democrática y el respeto a la legalidad, con intervención del Congreso de la República, quien es el órgano encargado de la elaboración y aprobación de las leyes, siguiendo un procedimiento que incluye la iniciativa, debate, aprobación, promulgación y publicación, y su respeto es fundamental para garantizar la legitimidad y eficacia de la ley. Según García Máynez (2002) la ley cumple funciones esenciales en el mantenimiento del orden social y la administración de justicia, tales como ordenar la convivencia, al establecer reglas claras para regular las conductas; asimismo, garantizar derechos, imponer deberes, definir obligaciones jurídicas y resolver conflictos proporcionando mecanismos para la solución pacífica de conflictos (García Máynez, 2002).

Sin embargo, en muchas oportunidades la ley requiere interpretación para ser aplicada correctamente, dado que el lenguaje jurídico puede contener ambigüedades o no prever todas las situaciones posibles y su interpretación debe orientarse por los principios constitucionales y la intención del legislador, teniendo los jueces y tribunales la responsabilidad de aplicar la ley conforme a su espíritu y finalidad, garantizando la justicia y la equidad principistas.

Enrique Ghersi-Silva (2003) señala que aunque la ley es fundamental, no está exenta de limitaciones, tales como la rigidez, dado que la creación y modificación de leyes puede ser lenta frente a necesidades sociales cambiantes; asimismo, tiene una posible rigidez formal, dado que puede generar excesiva formalidad que dificulta su adaptación; y finalmente, existe una posibilidad de expedirse leyes injustas si no están sujetas a un control constitucional efectivo y contener disposiciones contrarias a los derechos humanos (Ghersi-Silva, 2003). Por ello,

la ley debe complementarse con otras fuentes y mecanismos, como la jurisprudencia y la doctrina, para asegurar un sistema jurídico equilibrado y justo (Jiménez Campo, 2000).

De lo señalado podríamos considerar como un concepto propio que resume toda la posición doctrinaria antes expuesta que la ley es una fuente esencial del derecho, imprescindible para la estructuración y funcionamiento del orden jurídico, y tiene un carácter general, obligatorio y coercible, convirtiéndola en la herramienta principal de regulación de relaciones sociales.

Así como para garantizar el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, consolidándola como un pilar del Estado de derecho; siendo su función y alcance como fuente del derecho se evidencian claramente en la jurisprudencia, donde se ilustran los principios fundamentales que rigen la creación, interpretación y aplicación de las normativas legales.

Esta conceptualización de la ley, también se complementa con pronunciamientos jurisprudenciales, donde, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida en el expediente N° 00004-2014-PI/TC reiteró que ninguna ley puede contravenir lo dispuesto en la Constitución Política, señalando que en un caso donde una ley regional pretendía regular aspectos que excedían su competencia, se declaró su inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 51 de la Constitución, estableciéndose la supremacía constitucional. Asimismo, dicho tribunal señaló en la STC 00319-2015-PA/TC la necesidad de interpretar la ley en concordancia con la Constitución y los derechos fundamentales, dado que, en un proceso de amparo, señaló que la interpretación restrictiva o extensiva de la ley no puede afectar el núcleo esencial de los derechos constitucionales, reafirmando así el principio de legalidad con respeto a la dignidad humana. De otro lado, en la STC N° 00012-2016-PI/TC se declaró la nulidad de ciertos preceptos legales aprobados sin seguir el procedimiento legislativo adecuado, reafirmando la importancia del respeto a los procesos formales para la creación de la ley, pues la legitimidad

y validez de las normas dependen de su correcta elaboración, de modo que se garantice la transparencia, participación democrática y seguridad jurídica. Estos ejemplos jurisprudenciales confirman que la ley no es solo una norma abstracta sino una herramienta viva que debe respetar la Constitución, proteger derechos y cumplir con procedimientos establecidos. La labor judicial en interpretar y aplicar la ley conforme a estos criterios es fundamental para la vigencia del Estado de derecho y la justicia; además, el control judicial de la ley contribuye a evitar arbitrariedades y a mantener la armonía del ordenamiento jurídico ordenado y justo.

En conclusión, en el ámbito del derecho procesal nacional, la ley constituye principalmente su fuente formal y principal, al establecer de manera expresa las normas que regulan la organización jurisdiccional, los actos procesales y las garantías del debido proceso; y su carácter normativo, general y obligatorio asegura la previsibilidad y seguridad jurídica en la resolución de los conflictos, así como en la determinación de incertidumbres jurídicas, permitiendo la edificación de todo un sistema jurídico ordenado donde se respeten garantías constitucionales, pero que sobre todo permita que los operadores jurídicos tengan por garantizada la previsibilidad de un espíritu superior al de los administradores de justicia.

1.2.2.3. LOS REGLAMENTOS

Luego de analizar a la ley como fuente principal del derecho, corresponde examinar el papel que desempeñan los reglamentos dentro del sistema jurídico peruano, en particular en el ámbito procesal. En ese sentido, si bien los reglamentos carecen de la jerarquía y fuerza normativa de la ley, constituyen una fuente normativa secundaria o subordinada, autorizada por la propia Constitución y habilitada por la ley para desarrollar o complementar disposiciones legales en materias técnicas o

procedimentales específicas. Su relevancia se manifiesta especialmente en el ámbito procesal, donde sirven como instrumentos normativos que precisan la aplicación práctica de las leyes procesales, sin que ello implique alterar su contenido sustancial. Así, el estudio del reglamento como fuente del derecho exige comprender sus límites constitucionales, su función complementaria y su incidencia en la interpretación y aplicación de las normas procesales, especialmente como fuente jurídica.

Se podría afirmar así, a priori que, en el marco del ordenamiento jurídico, los reglamentos constituyen una fuente formal de derecho de gran importancia para el desarrollo y aplicación del sistema legal. Su función es complementar, precisar y facilitar la ejecución de las leyes, permitiendo la operatividad del derecho en la vida cotidiana diaria.

Una definición inicial es la dada por Hans Kelsen (1953), quien señala que el reglamento es una norma jurídica dictada por el Poder Ejecutivo o por órganos administrativos con competencia delegada, destinada a detallar, ejecutar o complementar las disposiciones establecidas por la ley, y que a diferencia de esta, tiene un carácter más específico y subordinado, orientado a facilitar la aplicación práctica de las normas legales (Kelsen, 1953). Por su parte Eduardo García Máynez (2002) define el reglamento como una disposición general que desarrolla y concreta el contenido de las leyes para su ejecución eficiente, dentro del marco de la legalidad y el respeto a la Constitución (García Máynez, 2002).

Si bien la ley procesal penal se erige como la fuente formal y esencial del derecho procesal conforme lo establecido por la propia Constitución Política y la legalidad procesal, esta sección adjetiva de nuestro ordenamiento por ejemplo para César San Martín Castro (2020) posee como fuente secundaria a los reglamentos en casos puntuales y con finalidad meramente ordenatoria, dado que estos instrumentos normativos permiten desarrollar algunas instituciones procedimentales, siempre que

hayan sido expresamente autorizados por la ley y dentro del ámbito competencial de los órganos del sistema de justicia, como por ejemplo en el caso de los ministerios en las carteras encargadas (San Martín Castro, 2020).

Así, en nuestro sistema jurídico en general, y en particular en el derecho adjetivo, los reglamentos se constituyen como actos normativos de carácter general, emitidos principalmente por el Poder Ejecutivo y, en algunos casos, por órganos jurisdiccionales o administrativos dentro del ámbito de sus competencias, siendo su función el desarrollar, precisar o ejecutar las disposiciones contenidas en normas legales, sin apartarse de su marco material ni alterar su contenido sustancial. Al respecto, Jorge Danós Ordóñez (2009), sostiene que los reglamentos constituyen una categoría de fuente del derecho integrada por una gran variedad de manifestaciones normativas que forman parte de casi todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, y cuyo contenido debe ceñirse estrictamente a los límites impuestos por la ley, especialmente en materia procesal (Danós Ordóñez, 2009).

Desde la perspectiva de la jerarquía normativa, los reglamentos se encuentran subordinados a la ley, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 51° y 118° de la Constitución Política, lo que significa que su validez está condicionada no solo a su compatibilidad con la norma legal que desarrollan, sino también a su emisión por el órgano competente y dentro del marco de atribuciones conferido. Tal como advierte César San Martín Castro (2020), en el campo procesal penal – extensible por analogía al procesal civil– los reglamentos solo pueden intervenir en aspectos de carácter ordenatorio, siempre que la ley haya asumido previamente la regulación esencial de la materia. De lo contrario, cualquier intento reglamentario por establecer requisitos, plazos o procedimientos no previstos por la ley deviene en inconstitucional e inválido (San Martín Castro, 2020).

En lo concreto al ámbito procesal civil, podríamos afirmar, según la clasificación efectuada por Jorge Danós Ordóñez (2009) que, los reglamentos pueden clasificarse en dos grandes categorías, por un lado, los reglamentos ejecutivos o reglamentos de desarrollo, que son emitidos por el Poder Ejecutivo (generalmente a través de un Decreto Supremo), y desarrollan normas legales para su aplicación; por ejemplo, el Reglamento de Organización y Funciones del Poder Judicial. De otro lado, también existen reglamentos internos u orgánicos, expedidos por los propios órganos jurisdiccionales, como es el caso del Reglamento de Notificaciones del Poder Judicial o el Reglamento del Expediente Judicial Electrónico; los que, aunque de aplicación interna, tienen efectos procesales relevantes en general, pues inciden en aspectos como la forma y medios de notificación, la gestión del proceso y la tramitación de escritos, siempre que se ajusten a los márgenes establecidos en el Código Procesal Civil como norma macro aplicativa procesal (Danós Ordóñez, 2009).

Para otros autores, como Diego López Medina (2006) los reglamentos pueden clasificarse según distintos criterios, como su origen, según el cual se trataría diferenciadamente a los reglamentos autónomos, como los emitidos por el Poder Ejecutivo para regular materias propias dentro de su competencia, o reglamentos delegados, que más bien son dictados para desarrollar o complementar leyes específicas mediante facultades delegadas por el Congreso. Así continúa dicho autor que también podrían clasificarse según su contenido, en reglamentos orgánicos, dado que regulan la organización y funcionamiento interno de la administración pública, y en reglamentos materiales, en cuanto contienen normas que regulan conductas externas y obligaciones para los ciudadanos (López Medina, 2006).

De lo señalado podría concluirse entonces que los reglamentos, por su naturaleza, cumplen una función eminentemente técnico-complementaria en el proceso civil. No introduce reglas nuevas de derecho sustancial ni modifica las disposiciones legales, sino

que contribuye a operativizar la norma legal, facilitando su aplicación uniforme y eficiente. Este carácter auxiliar se refuerza con el principio de legalidad procesal, según el cual ninguna autoridad judicial puede exigir requisitos, condiciones o procedimientos no previstos expresamente por la ley. En consecuencia, los reglamentos procesales solo tienen valor jurídico en tanto no contravengan la ley y sirvan de instrumento de ejecución normativa, sin alterar los derechos sustanciales de las partes ni las garantías mínimas del debido proceso.

Este concepto resulta compatible con las características de los reglamentos desarrolladas por autores como Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2016), quien refiere que los mismos son, en primer lugar, siempre subordinados a la ley, en cuanto deben respetar el contenido y límites de la ley que desarrollan; asimismo, estos tienen un carácter general, porque son de aplicación ordinaria y abstracta, pero de rango inferior a la ley. De otro lado también para el mismo autor cumplen una función ejecutiva, siendo su finalidad el operacionalizar las leyes para que se cumplan en la práctica; del mismo modo tienen una competencia derivada delegada, al ser dictados por órganos que la ley ha facultado expresamente, como el Poder Ejecutivo. Y al igual que las leyes, tienen fuerza coactiva y obligatoria para los sujetos a quienes se dirigen, y deben cumplir con cierta formalidad para su publicación, así como para su entrada en vigencia y también para su aplicación (Ferrer Mac-Gregor, 2016).

Constitucionalmente, los reglamentos ocupan un lugar subordinado dentro de la jerarquía normativa, estando por debajo de la Constitución Política y la ley; razón por la cual, no pueden contradecir ni modificar el contenido legal ni vulnerar derechos constitucionales.

Y sobre los derechos constitucionales referidos, Javier Jiménez Campo (2000) agrega que también se puede ejercer en virtud de dicho mandato constitución, un control de la legalidad, el cual es ejercido por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, así

como por los órganos de control administrativo, quienes pueden declarar la nulidad o inaplicabilidad de reglamentos contrarios a la Constitución Política o a la propia ley (Jiménez Campo, 2000). Ahora, de lo expresado por los doctrinarios antes referidos, debe considerarse que, pese a que los reglamentos tienen una consignación terciaria en la escala jerárquica normativa, estos son esenciales para la operatividad del derecho, ya que facilitan la ejecución de la ley, ya sea precisando términos, condiciones y procedimientos para su aplicación, así como dotando de flexibilidad al ordenamiento al permitir adaptarse con mayor rapidez a circunstancias cambiantes sin necesidad de reformar la ley, y ordenando la administración pública estableciendo reglas claras para el funcionamiento de órganos y procesos administrativos.

Es por esta razón que según el profesor Eduardo García Máynez (2002) la interpretación de los reglamentos debe hacerse en consonancia con la ley que desarrollan y la Constitución, y su aplicación práctica requiere criterios coherentes que garanticen la seguridad jurídica y el respeto a los derechos. Los órganos jurisdiccionales y administrativos deben aplicar los reglamentos respetando su carácter subordinado y complementario, evitando interpretaciones que amplíen indebidamente el alcance de estos (García Máynez, 2002).

Ahora, en cuanto al estudio de fuentes del derecho procesal civil, la doctrina especializada distingue claramente entre fuentes directas e indirectas. Siguiendo a Horacio Infante Caffi (2023), las fuentes directas –como la ley procesal y los autos acordados– constituyen el núcleo normativo que regula la acción jurisdiccional, mientras que las fuentes indirectas –doctrina, jurisprudencia y costumbre– cumplen funciones interpretativas, integrativas y complementarias del sistema procesal (Infante Caffi & Rojas Preter, 2023). Esta estructuración dual es coherente con la visión de Hernando Devis Echandía (1985), quien subraya que el derecho procesal tiene sus propias fuentes que le permiten

articular instituciones como la pretensión, presupuestos procesales y jurisdicción, y que estas deben sustentarse en normas jurídicas que les otorguen validez y eficacia (Devis Echandía, 1985).

Entonces, los reglamentos son fuentes formales esenciales en el ordenamiento jurídico, cuya función principal es facilitar y precisar la aplicación de la ley. Su subordinación a la Constitución y a la ley garantiza el respeto al principio de legalidad y protege los derechos fundamentales. Su adecuada regulación y control contribuyen a la eficiencia de todo el sistema jurídico y al fortalecimiento del Estado de derecho como un sistema total.

De igual modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y otros órganos jurisdiccionales ha sido fundamental para precisar los límites, funciones y control de los reglamentos dentro del sistema jurídico peruano. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00010-2015-PI/TC analizó un reglamento emitido por el Poder Ejecutivo que establecía disposiciones contrarias a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En tal sentido, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones reglamentarias que vulneraban el derecho a la igualdad y a la libertad de trabajo, reafirmando que los reglamentos deben respetar estrictamente los derechos constitucionales y no pueden restringirlos más allá de lo previsto por la ley. Asimismo, en la STC 00152-2016-PI/TC, el Tribunal Constitucional determinó que un órgano administrativo había excedido sus competencias al emitir un reglamento que modificaba aspectos sustantivos de una ley. Se estableció que los reglamentos deben circunscribirse a la función ejecutiva y complementaria, sin invadir la esfera legislativa reservada al Congreso. De otro lado, en el expediente N° 00022-2017-PI/TC se revisó el procedimiento seguido para la aprobación de un reglamento que fue cuestionado por no haberse publicado en el diario oficial, lo que afectaba su conocimiento y aplicabilidad.

Se declaró la nulidad del reglamento por no respetar el requisito formal de publicación, requisito indispensable para su validez y eficacia. Estos casos evidencian que la jurisprudencia peruana juega un rol decisivo en delimitar la función y alcance de los reglamentos, asegurando que se mantengan dentro del marco constitucional y legal. Además, la labor judicial fortalece el control del poder reglamentario, protege derechos fundamentales y garantiza la transparencia y legalidad en la producción normativa secundaria. El control judicial de los reglamentos contribuye a un equilibrio entre la eficiencia administrativa y la protección de derechos y principios constitucionales, lo que es fundamental para un Estado de derecho robusto.

En suma, los reglamentos, entendidos como fuente del derecho procesal nacional, desempeñan una función normativa relevante dentro del propio sistema procesal, en tanto permiten ejecutar y complementar las disposiciones legales normativas, siempre dentro del marco competencial y subordinado que impone el principio de legalidad. Su carácter es por tanto instrumental y técnico, y no le otorga autonomía frente a la ley, pero sí les permite cumplir un rol operativo fundamental en la organización del proceso y en la gestión judicial. Así, los reglamentos se consolidan más bien, como fuentes normativas secundarias, pero necesarias para la efectividad del proceso, que se limitan por la supremacía de la ley.

1.2.2.4. LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

De otro lado, y especialmente en nuestro ordenamiento procesal y sustantivo vigente, los tratados y convenios internacionales constituyen una fuente fundamental del derecho en los sistemas jurídicos modernos, especialmente en un mundo globalizado donde las relaciones entre Estados y otros actores internacionales son cada vez más complejas; por lo que en la presente investigación también resulta necesario abordar su naturaleza

jurídica para nuestro ordenamiento, así como su proceso de incorporación, su posición jerárquica normativa y la función de los tratados y convenios internacionales como fuente del derecho, con especial énfasis en su vigencia y aplicación en el derecho interno.

Así, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación particular”. Lo que puede ser complementado con la definición de Ian Brownlie (1990), quien señala que estos son acuerdos escritos celebrados entre Estados u otros sujetos de derecho internacional, destinados a producir los efectos jurídicos en sus relaciones mutuas (Brownlie, 1990).

En este sentido, se podría afirmar que los convenios son un tipo específico de tratados, normalmente de carácter multilateral, que regulan aspectos comunes de interés para varios Estados y que, al ser aceptados por los mismos, pasan a ser parte de su propia legislación. Por lo que, Malcolm N. Shaw (2017), considera que, si bien los tratados y convenios internacionales pueden versar sobre diversas materias, poseen características comunes, tales como la voluntariedad en su celebración, la que depende del consentimiento libre y soberano de las partes; por lo que también resultan siempre bilaterales o multilaterales entre dos o más Estados participantes, para quienes adquiere carácter vinculante, es decir, que para este autor, genera obligaciones jurídicas para las partes que deben cumplir; gozando de una regulación de derecho internacional, que por la misma debe de publicarse y registrarse para garantizar transparencia y validez entre los ciudadanos del mismo Estado; así como de los otros que participen o no del citado tratado o convenio internacional (Shaw, 2017).

Así, según Jan Klabbbers (2021) el tratamiento que recibe un tratado internacional en el derecho interno varía según el sistema

jurídico, dado que en Estados monistas el tratado, una vez ratificado, forma parte directamente del derecho interno sin necesidad de una norma de incorporación; mientras que en estados dualistas, se requiere de normas internas que lo incorpore a su ordenamiento jurídico para que produzca efectos internos (Klabbers, 2021).

En el caso puntual del Perú, el artículo 55 de la Constitución Política establece que los tratados internacionales debidamente ratificados y publicados forman parte del derecho nacional y tienen jerarquía superior a la ley ordinaria pero inferior a la Constitución;

por lo que podríamos considerar que seguimos un modelo mixto.

Asimismo, según el cuerpo constitucional, la posición jerárquica normativa de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico es clara, dado que, como se mencionó en los subcapítulos precedentes, existe en primer lugar una supremacía constitucional, por el cual la Constitución es la norma suprema, y después de ella se ubican los tratados internacionales, siempre que versen sobre derechos humanos los cuales según el texto constitucional ocupan un rango superior incluso a las leyes nacionales; las que vienen posteriormente a los mismos, y concurren con los otros tratados internacionales que no tengan contenido de protección sobre derechos humanos y defensa de la dignidad de la persona, y al final los reglamentos. Esta jerarquía, según Víctor Montoya y Raúl Feijoo (2015) implica que una ley interna contradictoria a un tratado debe ser inaplicada o modificada para respetar la norma internacional (Montoya Chávez & Feijóo Cambiaso, 2015). Por su lado Fabián Novak Talavera (2013), señalar que los tratados internacionales tienen funciones esenciales en el derecho contemporáneo, dado que regulan relaciones internacionales al facilitar la cooperación y el entendimiento entre Estados; asimismo, protege derechos humanos al establecer estándares y obligaciones en materia de derechos fundamentales; del mismo modo integra regional y

globalmente al Estado, al ser instrumento clave para la integración económica, política y social; y finalmente sirven de normas de referencia para el derecho interno al influir en la interpretación y aplicación de normas internas (Novak Talavera, 2013). Ahora, a ello complementa García Belaunde y Palomino Manchego (2013), al señalar que la incorporación de tratados al derecho interno ha generado mecanismos para asegurar su coherencia con la Constitución y el respeto a los derechos fundamentales, los que corresponden a en primer lugar el control de constitucionalidad que permite verificar que los tratados no contravengan la Constitución; y en segundo lugar el control de convencionalidad, que según doctrina y jurisprudencia, asegura que los jueces verifiquen que las normas nacionales se ajusten a los tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013). La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno peruano ha sido objeto de importante desarrollo jurisprudencial, especialmente a través del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, como por ejemplo en el Expediente N° 00001-2012-PI/TC, en la cual se reafirmó el principio de primacía de los tratados internacionales sobre la ley nacional, especialmente en materia de derechos humanos.

En este pronunciamiento además se estableció que las normas internas deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, ejerciendo así el control de convencionalidad. De otro lado en la STC 00018-2014-PI/TC, el Tribunal Constitucional determinó que los tratados internacionales debidamente ratificados y publicados tienen jerarquía superior a las leyes ordinarias, según lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Política; en consecuencia, se anuló la aplicación de una norma interna que contravenía el contenido de un tratado internacional sobre protección ambiental. Del mismo modo en el Expediente N° 00034-2016-PI/TC, el Tribunal Constitucional examinó la compatibilidad de una norma

interna con un tratado internacional que protege derechos económicos y sociales; asimismo, se estableció que los tratados internacionales sirven como parámetros para interpretar el alcance y la protección de estos derechos humanos en el derecho interno, promoviendo un estándar elevado de protección social. Finalmente, en el Expediente N° 00009-2018-PI/TC se abordó un conflicto entre dos tratados internacionales suscritos por el Perú, en relación con la interpretación preferente a aplicar, en el cual el Tribunal Constitucional resolvió que, en caso de contradicción, se debe aplicar el tratado que otorgue una mayor protección a los derechos fundamentales, reafirmando el principio pro persona (homine) en la interpretación del derecho internacional.

En conclusión, la jurisprudencia peruana evidencia que los tratados y convenios internacionales no solo forman parte del ordenamiento jurídico nacional, sino que además constituyen herramientas fundamentales para la protección de derechos, la regulación de las políticas públicas y la garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales.

El control de convencionalidad y la interpretación conforme a los tratados son mecanismos que fortalecen el Estado constitucional de derecho y el respeto a la comunidad internacional; sin embargo, como se venía mencionando, no se encuentran exceptuados de numerosos y múltiples debates, no solo en el ámbito académico, sino también en la aplicación práctica jurídica, dado que su determinación en el rango jerárquico, y su naturaleza en el sistema de fuentes no ha sido hasta la fecha objeto de un consenso absoluto en los operadores de justicia, ya que, mientras que para algunos, si es que estos tratados o convenios internacionales versan sobre derechos humanos tienen un rango similar al de la Constitución Política, o inclusive algunos consideran que superior, otra gran parte de los mismos, entre los que me incluyo, afirman más bien que su colocación de peso jerárquico se encuentra siempre en un nivel infraconstitucional, que, en principio no debe de reñir con la misma por su propio

contenido, pero que, de igual modo, prevalece esta sobre la misma, sea que estos tratados se traten o no sobre derecho humanos, dado que sus derechos también tienen contenido constitucional.

1.2.3. LAS FUENTES MATERIALES DEL PROCESO CIVIL NACIONAL

Como se señaló previamente, en el derecho en general, pero también en el derecho procesal, además de las fuentes formales ya desarrolladas, existen otra clase de fuentes a considerar, puesto que forman parte de las bases sobre las cuales emana el derecho en nuestro ordenamiento adjetivo nacional. Así debe considerarse que, para efectos de desarrollar estas fuentes, se debe tomar el concepto concreto de que el derecho procesal civil debe ser entendido como el conjunto de normas que regulan la organización y el funcionamiento del proceso civil, y cuyo objetivo principal es la resolución pacífica y justa de los conflictos entre particulares, y que para comprender su estructura y desarrollo es fundamental analizar sus fuentes materiales, es decir, los factores, hechos y circunstancias sociales, económicas, políticas, así como culturales que influyen en la creación y evolución de las normas adjetivas. Eduardo García Máynez (2002) señala que las fuentes materiales del derecho procesal se entienden como factores externos que generan la necesidad o motivación para crear normas procesales, y que a diferencia de las fuentes formales, como instrumentos o medios concretos por los cuales las normas se expresan (ley, jurisprudencia, costumbre), las fuentes materiales constituyen el contenido, base y razón de ser de las normas (García Máynez, 2002). De modo que, las fuentes materiales del derecho procesal civil comprenden los elementos extrajurídicos que alimentan y condicionan la creación e interpretación de las normas procesales, tales como realidades sociales, valores constitucionales, costumbres, principios sistémicos y doctrinas jurídicas. A diferencia de las fuentes formales – como la ley, la jurisprudencia, la costumbre o la doctrina–, las fuentes materiales se refieren a lo que subyace al orden normativo, es decir, su propia matriz ideológica, social e institucional. En ese sentido, Renzo

Cavani (2016) distingue con precisión entre fuente formal y material, al señalar que mientras la fuente formal se centra en el acto normativo creado conforme a procedimiento legítimo, la fuente material representa el fondo sustantivo que legitima y orienta la norma, incluso más allá de su forma, privilegiando su contenido (Cavani, 2016). En el derecho procesal civil, autores clásicos como Francesco Carnelutti (1944) han subrayado la importancia de considerar el contexto social y las exigencias de verdad judicial como fuentes materiales; por ejemplo, este autor diferencia entre la fuente de prueba (hecho extraprocesal relevante, como testimonio o documento) y el medio de prueba (actividad interpretativa del juez), señalando que la primera constituye un elemento material esencial dentro del sistema procesal; y del mismo modo deben diferenciarse así entre fuentes formales y materiales generadoras del derecho procesal nacional (Carnelutti, 1944).

En el contexto peruano, aunque la doctrina local se concentra a menudo en las fuentes formales, algunos estudios doctrinarios –por ejemplo, expuestos en análisis comparativos sobre fuentes procesales laborales– reconocen la costumbre, los principios generales y los valores constitucionales como componentes materiales que influyen tanto en la interpretación como en la evolución normativa del proceso civil. En palabras de Alberto Montoro Ballesteros (1984), las fuentes materiales son las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que determinan el contenido y la forma del derecho (Montoro Ballesteros, 1984). Asimismo, pueden clasificarse en fuentes sociales, dado que constituyen las necesidades, valores y comportamientos sociales que demandan regulación y protección a través del proceso civil (Becerra Ramírez, 2018). Asimismo, en fuentes económicas, porque son factores relacionados con la economía y la estructura productiva que influyen en la configuración del proceso para asegurar eficacia en la tutela judicial (Bobbio, 1992). De otro lado, fuentes políticas referidas a la organización del poder estatal y la estructura política, que determinan la administración de justicia y las garantías procesales (Hart, 1961). Y finalmente, también la doctrina señala la existencia de fuentes culturales, que constituyen normas, tradiciones y valores culturales que moldean la percepción de justicia y el modo en que

se estructuran los procesos civiles (Savigny, 2019). Por su parte Jesús Alfaro (1993) refiere por su lado que las fuentes sociales representan el reflejo de las necesidades de la sociedad. En el derecho procesal civil, la demanda social por una justicia rápida, accesible y efectiva impulsa reformas procesales y la creación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación y el arbitraje (Alfaro Aguila-Real, 1993). Por lo que, en virtud de ello, la creciente complejidad de las relaciones sociales también demanda una adaptación constante de las normas procesales para garantizar la protección de los derechos y la seguridad jurídica. Por su parte Ernesto Álvarez Miranda (2014) refiere que, en cuanto a fuentes económicas, debe considerarse que la dinámica económica afecta significativamente el derecho procesal civil, dado que el proceso debe ser eficiente para minimizar costos y tiempos en la resolución de conflictos (Álvarez Miranda, 2014). La economía impulsa la implementación de tecnologías y procedimientos simplificados, además de promover mecanismos alternativos de solución de conflictos que descongestionan los tribunales. La protección de la actividad económica y comercial exige procesos que aseguren seguridad jurídica y certeza en las decisiones judiciales. Asimismo, para León Duguit, respecto a las fuentes políticas y la administración de justicia, debe considerarse que la organización política del Estado determina la estructura y competencia de los órganos jurisdiccionales y las garantías procesales que debe seguir un proceso civil (Duguit, 2011).

Por su parte, Carlos Cossio (1967) en sistemas democráticos, la tutela judicial efectiva y el debido proceso son principios esenciales que emanan de las fuentes políticas, reflejando el compromiso estatal con el respeto de los derechos humanos y el acceso a la justicia (Cossio, 1967). Las políticas públicas en materia de justicia también influyen en la creación de reformas procesales orientadas a la modernización y eficiencia. Por su parte, Antonio Pérez Luño (2017) refiere que las fuentes culturales corresponden de manera general a las tradiciones jurídicas y culturales afectan la forma y fondo del proceso civil. Por ejemplo, sistemas con fuerte arraigo en la cultura del derecho civil tienden a procesos más formales y escritos, mientras que en otras culturas prevalecen mecanismos orales o

consensuales (Pérez Luño, 2017). La percepción social de la justicia y el derecho a la defensa influyen en la estructura de las garantías procesales y en la participación de las partes en el proceso. En relación a lo señalado, Lorenzo Zolezzi Ibárcena (1999) señala que la evolución del derecho procesal civil es un reflejo de los cambios en las fuentes materiales. Las reformas procesales están motivadas por transformaciones sociales, avances tecnológicos, políticas judiciales y cambios culturales. Reconocer las fuentes materiales permite entender el sentido y la finalidad de las normas procesales, facilitando una interpretación dinámica y coherente con la realidad social (Zolezzi Ibárcena, 1999). Por tanto, se podría concluir de lo expuesto que las fuentes materiales del derecho procesal civil son fundamentales para comprender la naturaleza y evolución de las normas procesales. Son el motor que impulsa la creación y modificación de las reglas que regulan la administración de justicia civil, respondiendo a las necesidades sociales, económicas, políticas y culturales. La consideración de estas fuentes permite un derecho procesal civil más adaptado, efectivo y justo, reflejando la realidad de la sociedad a la que sirve. Un ejemplo de estas fuentes es la promulgación del Código Procesal Civil peruano en 1993 respondió a la necesidad social de un sistema más eficiente, rápido y accesible para resolver conflictos civiles. Esta reforma reflejó una clara influencia de fuentes sociales (mayor demanda de justicia) y políticas (voluntad del Estado de modernizar el sistema judicial). En el Exp. N° 1417-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional subrayó que el proceso civil debe ser “una herramienta efectiva para el acceso a la justicia y no una mera formalidad”, reconociendo el deber del Estado de adecuar los procedimientos a la realidad social del país. Asimismo, podría considerarse también como un ejemplo a la implementación de la oralidad en los procesos civiles (como fuente cultural y económica), dado que la Ley N° 30293 introdujo el principio de oralidad en la reforma procesal civil en distintas cortes del país, es fruto de una fuente cultural (influencia de sistemas jurídicos más orales como el anglosajón) y económica (reducción de tiempos y costos del proceso judicial).

1.2.3.1. LA JURISPRUDENCIA

Como principal fuente material del derecho procesal, se tiene la jurisprudencia, la que a su vez constituye una fuente fundamental dentro del sistema jurídico, especialmente en el marco del Common Law, pero sin embargo, también en el Civil Law, donde cada vez predomina la ley escrita, dado que, aunque tradicionalmente el derecho civilista ha privilegiado la ley como fuente principal, la práctica judicial ha demostrado que la interpretación y aplicación de las normas no pueden separarse del análisis doctrinario y jurisprudencial, que contribuyen a la creación y desarrollo del derecho, debiendo considerarse la jurisprudencia, entendida como el conjunto de decisiones judiciales reiteradas y uniformes, sirve para interpretar, clarificar y complementar las normas legales, contribuyendo a la seguridad jurídica y la coherencia del sistema. En el derecho procesal peruano, la jurisprudencia ocupa un papel creciente, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1993 y la instauración de plenos casatorios vinculantes para la Suprema.

Ahora, en material doctrinal, para Jean Carbonnier (1965) la jurisprudencia puede definirse como el conjunto de criterios jurídicos emitidos por los tribunales, particularmente por la Corte Suprema, que interpretan y aplican el derecho en casos concretos (Carbonnier, 1965). Este autor considera que esta fuente se diferencia principalmente de la doctrina, que es el análisis científico del derecho, y de la ley, que es la norma escrita emanada del legislador.

Según Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992), la jurisprudencia cumple una función normativa y formativa, pues contribuye a resolver lagunas, aclarar ambigüedades y unificar criterios en la interpretación de las normas. En este sentido, constituye una fuente indirecta del derecho, pero esencial para su desarrollo y adaptación (Alcalá-Zamora, 1992).

Ahora, para Jordy Delgado Castro y Luis Díaz García (2021) la jurisprudencia puede clasificarse en jurisprudencia ordinaria, que corresponde a las decisiones judiciales que no tienen carácter vinculante, pero que pueden influir en la interpretación del derecho y donde los jueces pueden seguir o apartarse de estos criterios según el caso; y en jurisprudencia vinculante, que es aquella que los jueces deben seguir obligatoriamente, especialmente las decisiones adoptadas por la Corte Suprema (Delgado Castro & Díaz García, 2021).

Podemos considerar en líneas generales, de los conceptos doctrinarios antes desarrollados que, la jurisprudencia cumple ciertas funciones, como una función interpretativa, una función supletoria, una función unificadora y una función creativa, con las que contribuye al desarrollo del derecho adaptándolo a nuevas realidades generando dinamicidad al mismo.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 139, establece la función interpretativa y supervisora de la Corte Suprema, y regula los plenos casatorios para unificar la interpretación del derecho y crear jurisprudencia vinculante. El Código Procesal Civil también contempla mecanismos para que la jurisprudencia tenga efecto obligatorio. Los plenos casatorios son ejemplos de cómo la jurisprudencia se transforma en una fuente formal del derecho, orientando a los jueces y garantizando la seguridad jurídica. Por lo tanto, se podría afirmar que la jurisprudencia, más allá de ser una simple repetición de decisiones, se consolida como una fuente dinámica y fundamental para la interpretación, integración y desarrollo del derecho en el sistema civilista peruano. Su función vinculante, a través de plenos casatorios, permite la unificación y previsibilidad del derecho, protegiendo así el Estado Constitucional de Derecho y los derechos fundamentales. La jurisprudencia en el Perú ha ido ganando protagonismo como fuente formal del derecho, especialmente gracias a la figura de los plenos casatorios, que consolidan criterios obligatorios para los jueces y aseguran la coherencia en la interpretación de las normas.

Es más, existen algunos casos emblemáticos que demuestran el uso efectivo de la jurisprudencia para resolver vacíos, conflictos normativos y para consolidar principios jurídicos, pero inclusive para generar normativa nueva. Un ejemplo de esta situación es el caso objeto central de la presente investigación, es decir el IX Pleno Casatorio Civil, en el cual, como se desarrollará a detalle más adelante, se establecieron criterios vinculantes sobre las causales y efectos de la nulidad en los actos jurídicos, corrigiendo interpretaciones contradictorias entre salas, enfatizando la necesidad de unificar el criterio sobre la nulidad relativa y absoluta, fortaleciendo la seguridad jurídica y la previsibilidad en las relaciones jurídicas. Asimismo, el I Pleno Laboral que trató la protección del trabajador frente a despidos arbitrarios, dado que, en esta resolución, se estableció jurisprudencia vinculante para proteger al trabajador frente a despidos injustificados, aclarando los requisitos probatorios y la aplicación del principio de buena fe en el ámbito laboral. Este criterio es esencial para equilibrar las relaciones laborales y garantizar los derechos fundamentales. Asimismo, en la Casación Civil N° 4500-2016 Lima, se efectuó una interpretación del contrato de arrendamiento, dado que se pronunció sobre la interpretación de cláusulas ambiguas en contratos de arrendamiento, señalando que la jurisprudencia debe favorecer la interpretación que mejor respete la finalidad contractual y el equilibrio entre las partes, en consonancia con el principio de buena fe. Un último ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00002-2012-PI/TC, que ha reiterado que la jurisprudencia, aunque no tiene fuerza normativa, es una herramienta indispensable para garantizar la protección de derechos constitucionales y la coherencia del sistema legal.

Al respecto, en cuanto al carácter vinculante con efecto erga omnes de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional; y su actuación como un “legislador positivo”, debemos considerar que dicho órgano constitucional ubica a sus precedentes como fuente primaria del derecho, pese a que en un sistema jurídico

como el peruano de fuerte raigambre positivista; la jurisprudencia únicamente ocupa un papel secundario, concebida como fuente auxiliar del derecho, que solo opera en ausencia de fuente primaria.

En ese sentido, se advierte un problema respecto a la justificación de las potestades normativas del Tribunal Constitucional para crear normas de rango de ley a través de sus precedentes, con el objetivo de proponer una definición de precedente constitucional que permita justificar la modificación de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el Perú, sin desvirtuar su naturaleza iuspositivista, así como su naturaleza histórico jurídica señalada. Para tales efectos, entre la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano y la tesis positivista de Hans Kelsen; debe considerarse la incorporación de elementos de otros sistemas jurídicos, como especialmente del Common Law, y de este específicamente al principio stare decisis, antes desarrollado, como un nuevo fundamento de la naturaleza del precedente vinculante en nuestro sistema jurídico procesal, delimitando que su función igual no llega a equiparar la labor positiva de la jurisprudencia, sino únicamente interpretativa para coadyuvar al entendimiento de la norma, y su aplicación.

Ahora, al no ajustarse a los cánones de la teoría clásica de las fuentes del derecho procesal en el sistema jurídico peruano, no podría concebirse la definición de precedente vinculante, como una facultad normativa del Tribunal Constitucional, y menos de la Corte Suprema para crear normas con rango de ley, pues la creación judicial del derecho con carácter erga omnes a través de sentencias judiciales, sin una norma superior que lo valide como tal, se encuentra descartada de plano, siendo este fundamento insuficiente para justificar la naturaleza de fuente primaria de las reglas de precedentes judiciales y constitucionales. En conclusión, precisamente sobre esta fuente del derecho es que se planteó la presente investigación, dado que a partir de su expresión anglosajonizada de “precedente judicial”, es que se

debate si su carácter vinculante permite su equiparación a la ley escrita, o si incluso permite su observancia sobre esta última y su aplicación pese a la vigencia de una norma o ley que pueda contradecir la misma; pero que, a consideración personal, y en base a lo desarrollado por los autores precedentes, se puede señalar, que pese a la inclusión de cada vez más figuras procesales del Common Law, la jurisprudencia en nuestro ordenamiento continúa siendo una fuente secundaria, de carácter interpretativo y unificador, pero no creador, ni generador de nueva normativa, la cual, se encuentra aún con clara reserva de ley.

1.2.3.2. LA DOCTRINA

Como se venía señalando, el sistema jurídico del Civil Law, posee fuentes del derecho formales y materiales, siendo ahora objeto desarrollar una que forma parte de las primeras, que es la doctrina, la que ocupa un lugar relevante en las mismas, aunque no vinculante. A diferencia de la ley o la jurisprudencia, la doctrina no tiene fuerza normativa directa, pero ejerce una influencia considerable en la interpretación, sistematización y evolución jurídica. Por tanto, en este subcapítulo se examinará la naturaleza jurídica de tal fuente jurídica, así como su rol de fuente auxiliar del derecho en el contexto del sistema civilista, especialmente en el derecho peruano, y su relevancia en la actividad legislativa, pero sobre todo judicial.

En cuanto a su definición conceptual, Guido Águila Cuadros, la define como el conjunto de estudios, opiniones, análisis y desarrollos teóricos realizados por juristas, profesores, comentaristas y expertos en derecho. Es una fuente de carácter científico y académico, que tiene por objeto esclarecer, interpretar y criticar el contenido del derecho positivo, así como proponer reformas o nuevas concepciones jurídicas (Calderón Sumarriva y otros, 2011).

Sin embargo, como señala García Máynez (2002), la doctrina si bien no crea derecho positivo, sí influye notablemente en su desarrollo e interpretación, gracias a la autoridad de quienes la elaboran y a la solidez de sus argumentos (García Máynez, 2002). Como características de la doctrina como fuente del derecho, tenemos que esta, en primer lugar, no es vinculante, dado que no tiene fuerza obligatoria para jueces o autoridades y su eficacia depende del prestigio del autor y la calidad del razonamiento; por esta razón es considerada una fuente auxiliar, dado que es utilizada para interpretar normas, esclarecer lagunas del derecho y sistematizar instituciones jurídicas. Por lo tanto, resulta dinámica y crítica, porque puede cuestionar normas existentes, proponer reformas o desarrollar nuevas categorías jurídicas; y finalmente es formativa, en cuanto contribuye a la enseñanza del derecho y a la formación de criterios jurídicos sólidos en el foro y la academia. Asimismo, se pueden identificar diversos tipos de doctrina según su origen y función, siendo estos en primer lugar, una doctrina científica, elaborada por académicos e investigadores del derecho y que se caracteriza por tener una mayor profundidad teórica; así también, una doctrina judicial que proviene de jueces, fiscales y abogados con experiencia práctica; y una doctrina comparada, referida a estudios que contrastan diferentes ordenamientos jurídicos.

La doctrina para Antonio Pérez Luño (2017), cumple una función interpretativa, dado que orienta a los operadores jurídicos en la interpretación de normas oscuras, ambiguas o con vacíos. En este sentido, ayuda a delimitar el sentido y alcance de la ley (Pérez Luño, 2017).

Para Mario Alzamora Valdez (1985), en cambio cumple una función sistematizadora, en cuanto permite organizar de forma coherente los cuerpos normativos, facilitando su comprensión, estudio y aplicación. Los manuales, tratados y estudios doctrinales clasifican y explican las normas desde un enfoque sistemático (Alzamora Valdez, 1985).

A ello, Luis Prieto Sanchís (1998), añade que la doctrina tiene también una función crítica respecto ordenamiento jurídico, proponiendo mejoras, modificaciones o derogaciones en normas consideradas inadecuadas o injustas, y finalmente una función creadora de conceptos, dado que muchos conceptos jurídicos que hoy forman parte del derecho positivo fueron desarrollados primero por la doctrina, como el principio de proporcionalidad, la teoría del abuso del derecho, la responsabilidad objetiva, entre otros (Prieto Sanchís, 1998).

En el contexto peruano, la doctrina ha tenido un papel relevante en la construcción del derecho civil, procesal, constitucional y administrativo. Aunque no es vinculante, la doctrina ha sido citada por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en varias oportunidades como elemento de apoyo interpretativo. Por ejemplo, en la sentencia N° 1417-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional citó expresamente los aportes doctrinarios de autores como Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin para fundamentar el carácter sustantivo del derecho al debido proceso. Además, los informes jurídicos emitidos por la Dirección General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia o los dictámenes de la SUNAT, aunque no obligatorios, son considerados doctrinas oficiales que orientan la aplicación normativa en sus campos. La doctrina influye en otras fuentes como la jurisprudencia, al ser citada por jueces y magistrados en sus decisiones; asimismo, en la propia legislación, al servir como base técnica para proyectos de ley, y finalmente incluso en la costumbre, al sistematizar y delimitar su existencia jurídica. En este sentido, tal y como lo refirió con mucha anterioridad Norberto Bobbio (1992) la doctrina actúa como puente entre la teoría y la práctica jurídica, y como un instrumento clave en la evolución normativa y jurisprudencial (Bobbio, 1992). En materia procesal civil, la doctrina ha sido esencial para el desarrollo de principios como la oralidad, la concentración, la inmediatez, y la tutela jurisdiccional efectiva, destacándose doctrinarios como

Calamandrei, Couture o Monroy Gálvez, entre otros, que han contribuido a delimitar categorías fundamentales como la competencia, la legitimidad procesal y otros.

Así, la doctrina, aunque no fuente formal en sentido estricto, es una fuente auxiliar indispensable para el desarrollo armónico, interpretativo y crítico del derecho; cumpliendo funciones esenciales en la formación de jueces, abogados y legisladores, dado que ha sido y sigue siendo un instrumento clave para la comprensión del derecho positivo, la interpretación normativa y la construcción de un sistema jurídico más justo y coherente.

El Tribunal Constitucional ha reconocido de forma reiterada el valor interpretativo de la doctrina jurídica, especialmente en materias relacionadas con derechos fundamentales, debido proceso, control difuso y principios constitucionales. Si bien la doctrina no tiene fuerza vinculante, recurre frecuentemente a ella para fundamentar su razonamiento jurídico. Por ejemplo, en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional analizó el derecho al debido proceso en el contexto de una sentencia judicial que se consideraba irrazonable; para lo que se apoyó en los aportes doctrinarios de Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin para sustentar que el debido proceso tiene una dimensión no solo formal, sino también sustantiva, vinculada a la racionalidad y motivación judicial. Del mismo modo, en el Expediente N° 0030-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional citó doctrina de Alexy y Pérez Luño para sustentar el análisis de constitucionalidad de una norma legal bajo el principio de proporcionalidad; este razonamiento se basó en esencia en el test tripartito doctrinariamente estructurado (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

También en las Salas de la Corte Suprema, se observa el uso de doctrina para clarificar instituciones jurídicas, especialmente cuando no existe norma expresa o hay conflicto de interpretaciones; por ejemplo, en la Casación N° 2195-2017-Cusco, la Corte Suprema citó a autores como Alzamora Valdez y

De La Puente y Lavalle para precisar el concepto de causa ilícita como causal de nulidad, reconociendo que la doctrina cumple un papel esclarecedor cuando la ley no define expresamente ciertos elementos esenciales de los negocios jurídicos.

En conclusión, la doctrina, aunque no es fuente vinculante en el sistema jurídico peruano, tiene un uso constante y efectivo como fuente auxiliar en la argumentación judicial y en la elaboración de políticas jurídicas. Su valor interpretativo, sistematizador y crítico ha sido reconocido por los máximos órganos jurisdiccionales del país, que la emplean para sustentar decisiones complejas, construir principios jurídicos y fortalecer el razonamiento judicial; y si bien su carácter jerárquico y su posición es de las menos valoradas normativamente, su aporte constituye con mayor valor, una influencia positiva sobre el razonamiento jurídico, y la interpretación normativa para la aplicación de la ley a casos concretos, dado que, a mi consideración personal, un estudioso del derecho, con un desarrollo conceptual y doctrinario importante, tiene una aproximación más correcta y asertiva respecto a la aplicación y generación del derecho, que un legislador proveniente de la elección popular, pero al cual no se le exige como necesidad para el puesto, conocimientos jurídicos equiparables a los que ostentan los doctrinarios, sin embargo, pese a ello, tal y como sucede con la jurisprudencia, de igual modo, la norma así sea proveniente del peor parlamento, es la que establece el marco jurídico, y por tanto, la que crea el derecho como tal, continuando siendo la fuente principal.

1.2.3.3. LA COSTUMBRE

Una de las últimas fuentes del derecho a desarrollar, pero no por ello menos importante, es la Costumbre, la que, en la teoría general del derecho, constituye uno de los principales medios a través de los cuales se manifiestan y expresan las normas jurídicas

y el derecho; por lo que ocupa un lugar particular, pues representa una forma de producción normativa surgida directamente del comportamiento social reiterado, es decir de las propias prácticas sociales ciudadanas; y aunque su papel es más prominente en los sistemas de Common Law, antes señalados, también en el Civil Law, como el que rige en el Perú, esta fuente del derecho conserva relevancia, especialmente en regiones donde el derecho consuetudinario se aplica vigentemente, y en todo el sistema en sí, como fuente supletoria o interpretativa del mismo.

En cuanto a su definición conceptual, Eduardo García Máynez (2002) señala que, la costumbre jurídica es entendida como la repetición constante, uniforme y prolongada de una conducta social, acompañada por la convicción de obligatoriedad (*opinio iuris*). A diferencia de otros usos o hábitos sociales, la costumbre jurídica produce efectos normativos en tanto la sociedad percibe esa práctica como jurídicamente exigible (García Máynez, 2002). Según Norberto Bobbio (1992), esta puede considerarse una norma no escrita, originada por la práctica reiterada de actos considerados obligatorios por la comunidad (Bobbio, 1992).

Guido Águila Grados (2010), la doctrina jurídica establece dos requisitos esenciales para que una costumbre sea reconocida como fuente del derecho. En primer lugar, señala dicho autor, el *Elementum materialis* (uso repetido), dado que requiere una práctica generalizada, constante y prolongada en el tiempo. Y, en segundo lugar, el *Elementum voluntatis* u *opinio iuris*, que supone que la comunidad jurídica considera esa práctica social señalada como jurídicamente obligatoria, y no como una simple tradición o conveniencia. Estos elementos permiten distinguir a la costumbre jurídica de otras diferentes formas de comportamiento social como usos, modas o tradiciones culturales (Águila Grados, 2010). Según Rubio Correa (2011), la costumbre puede clasificarse de diferentes modos, por ejemplo, según su relación con la ley, como costumbres secundarias o supletorias (*secundum legem*) que se aplican en ausencia de ley, supliendo vacíos

normativos, esta es además reconocida expresamente en el Código Civil. Asimismo, en costumbre delegada (*praeter legem*), que regula materias no legisladas, sin contradecir la ley; y así también, en costumbre contraria a la ley (*contra legem*), que más bien está en contra del texto legal vigente. En los sistemas de Civil Law como el peruano, esta forma de costumbre no es admitida, salvo en situaciones excepcionales relacionadas con normas dispositivas (Rubio Correa, 2011).

Del mismo modo, para el mismo autor, según su origen, se podría considerar como costumbre general, dado que es practicada en todo el ámbito nacional, y en costumbre local o particular porque se limita a una región, comunidad o sector profesional específico (Ídem).

Se podría decir que, la costumbre es reconocida expresamente como fuente del derecho de carácter supletorio; dado que el Artículo III del Título Preliminar de nuestro Código Civil señala que: "La ley se aplica con preferencia a la costumbre; esta solo tiene fuerza legal cuando la ley se remite a ella o en caso de vacío legal, y siempre que no sea contraria a los principios del derecho". De modo que, según esta disposición, la costumbre tiene valor residual o complementario, aplicándose únicamente si la ley no regula expresamente una materia y siempre que no contradiga el orden público ni los principios generales del derecho.

Ahora, Aníbal Torres Vásquez (2019) señala que, en materia civil, la costumbre se utiliza como fuente supletoria en contratos, propiedad, obligaciones y familia. Por ejemplo, el uso de ciertas prácticas comerciales reiteradas en zonas rurales para la transmisión de la posesión o la celebración informal de contratos de servicios. Mientras que, en el derecho mercantil, la costumbre juega un rol activo, particularmente en operaciones bancarias, contratos mercantiles y bolsa de valores. La costumbre mercantil es reconocida por el Código de Comercio como fuente formal (Art. 2 del Código de Comercio) (Torres Vásquez, 2019).

Como se anticipó previamente, en comunidades campesinas y nativas, los usos y costumbres locales –dentro del marco constitucional– son reconocidos como mecanismos válidos de resolución de conflictos por el artículo 149° de la Constitución Política del Perú que reconoce la jurisdicción comunal, permitiendo que sus autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales conforme a sus costumbres, siempre que no violen derechos fundamentales.

Al respecto, por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 00025-2005-PI/TC, reafirmó la validez de la jurisdicción especial de las comunidades campesinas para resolver conflictos internos según sus costumbres, siempre que respeten los derechos fundamentales, al señalar expresamente que “Las prácticas consuetudinarias no son ajenas al orden constitucional; por el contrario, constituyen manifestaciones legítimas del pluralismo jurídico reconocido por la Constitución”. Del mismo modo, la Corte Suprema en la Casación N° 2057-2010-La Libertad, sobre la existencia de un contrato verbal en una zona rural, se reconoció la validez de la costumbre local como medio para interpretar y complementar la relación contractual, dada la práctica habitual de celebrar acuerdos sin documento escrito.

Por lo que, por lo menos hasta el momento encontramos dos expresiones claramente diferenciadas de esta fuente del derecho, ya que mientras que para el derecho comunal puede constituir una fuente principal, para el derecho formal, lo es más bien como fuente supletoria.

Y esta última expresión, a consideración personal se da a pesar de su utilidad, en sus límites, dado que no puede contradecir normas imperativas ni principios fundamentales del derecho, y su aplicación exige prueba de su existencia, lo que implica acreditar la reiteración de la práctica y su obligatoriedad, pudiéndose inclusive generar cierta inseguridad jurídica en su aplicación, especialmente porque su carácter es esencialmente no escrito, y

claro, variable. Según Hans Kelsen (1953), la costumbre es una fuente de derecho solo cuando el ordenamiento jurídico positivo le atribuye validez (Kelsen, 1953); por lo que, en sistemas como el nuestro, tiene un papel y rol subordinado, aunque útil en la evolución normativa. Por su parte Antonio Pérez Luño (2017) destaca que la costumbre cumple funciones interpretativas, adaptativas y estabilizadoras, especialmente en entornos donde el derecho legislado no llega con claridad (Pérez Luño, 2017), como es el caso de comunidades nativas.

La costumbre, aunque limitada por su carácter supletorio y subordinado a la ley, sigue siendo una fuente significativa de nuestro derecho, especialmente en el ámbito rural, mercantil, comunal y en situaciones donde la ley presenta vacíos, reafirmando su reconocimiento el valor del comportamiento social como generador de normas, permitiendo como fenómeno social, reflejar el pluralismo normativo de una sociedad tan diversa y amplia como la nuestra. Esta costumbre además nos permite entender, como lo han señalado los autores antes citados, que el derecho no solo se impone desde la óptica del legislador, sino que también emerge desde la práctica cotidiana de los pueblos, constituyendo una fuente viva del derecho. Por lo que, su aplicación requiere siempre equilibrio con los valores constitucionales y especialmente de los principios de justicia, seguridad jurídica y respeto a los derechos fundamentales, con los que debe regirse el ordenamiento jurídico, en particular, respecto a su expresión procesal, con una naturaleza no solo imperativamente formal, sin obligatoria.

En conclusión, respecto a la citada fuente de derecho, aunque siempre subordinada a la ley, la costumbre ha sido reconocida por diversos órganos jurisdiccionales y administrativos como fuente válida del derecho cuando cumple los requisitos exigidos correspondientes, tales como reiteración en el tiempo, generalidad en la práctica y convicción de obligatoriedad (*opinio iuris*), lo que generalmente se ha dado en los ámbitos civil,

comercial, comunal y procesal de las comunidades campesinas y nativas de nuestra circunscripción territorial, reconocidas de manera expresa en el ordenamiento, de modo que, esta fuente no solo suple lagunas normativas, como se da en casos de otras fuentes de derecho antes señaladas, sino que esta también adapta el derecho positivo a realidades socioculturales diversas, como ocurre en las distintas zonas de nuestro país, pero únicamente surte efecto en las mismas, y no en todo el territorio de la nación, como se da con otras fuentes, como la propia ley positiva.

1.2.3.4. LAS OTRAS FUENTES DEL DERECHO

Sin perjuicio de las fuentes del derecho ya señaladas, nuestro ordenamiento procesal, y en general el sistema jurídico al cual pertenecemos, ha reconocido otra tanta serie de fuentes del derecho con una connotación y contenido diferentes de las ya tratadas, pero que, de igual modo, merecen un reconocimiento especial por su influencia en la construcción del derecho.

De este modo, una de estas principales “otras” fuentes, lo son en esencia, los principios generales del derecho, los que, en la teoría del derecho, son enunciados normativos fundamentales que informan, orientan e inspiran la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas; y que, a diferencia de las normas legales expresas, no siempre están codificados, pese a que constituyen un componente esencial del ordenamiento jurídico, especialmente en supuestos en los que la ley resulta ambigua, insuficiente o incluso ausente.

Estos principios son reconocidos, en ordenamientos que siguen la tradición del Civil Law, como fuentes supletorias e interpretativas, y su función ha venido cobrado particular importancia en la justicia constitucional y en el desarrollo jurisprudencial contemporáneo. En virtud de este concepto previo y general, puede considerarse que los principios generales del derecho son criterios normativos fundamentales, muchas veces

implícitos, que expresan valores superiores del sistema jurídico como la justicia, la equidad, la buena fe, la legalidad o el respeto a la dignidad humana. Por lo que autore, como Guido Águila Grados (2010), consideran que, constituyen estos principios, ideas rectoras de carácter general que orientan la vida jurídica y el razonamiento judicial en un sistema (Águila Grados, 2010).

Estos principios no solo informan la legislación, sino que también orientan al intérprete del derecho en situaciones de laguna normativa, conflicto de normas o necesidad de integración.

Según Dworkin (2012), los principios se diferencian de las reglas porque no se aplican de manera todo-o-nada, sino que operan como razones que tienen peso en la argumentación jurídica, pudiendo entrar en conflicto y ser ponderadas (Dworkin, 2012).

Así, se tiene que, el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece: "El juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, debe aplicar los principios generales del derecho, el derecho consuetudinario y la doctrina". Por lo que, esta disposición reconoce explícitamente a los principios como fuente supletoria cuando no existe una norma aplicable al caso, y, asimismo, en el ámbito constitucional, estos tienen una función estructurante del orden jurídico y pueden incluso tener valor normativo.

Para Manuel Atienza (2004), los principios generales del derecho se caracterizan por poseer una universalidad relativa dado que son reconocidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, aunque su formulación puede variar. Asimismo, tienen un carácter normativo, porque poseen fuerza obligatoria, aunque su aplicación es más flexible que la de las reglas. Aunque cumplen de igual modo una función integradora al aplicarse para llenar vacíos normativos, y una función interpretativa, en cuanto orientan la interpretación de normas escritas, tienen una jerarquía superior a las normas infra constitucionales, especialmente si se son principios constitucionales que prevalecen sobre las leyes ordinarias (Atienza, 2004).

Para este mismo autor, los principios generales se pueden clasificar en principios jurídicos positivos, entendidos como aquellos expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, como por ejemplo el principio de legalidad, el principio de tipicidad, el principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, existen también otros principios, como los no escritos, como por ejemplo los jurisprudenciales o doctrinarios, y que derivan del análisis del sistema jurídico, la jurisprudencia o la doctrina. Aunque no están expresamente codificados, son reconocidos por los tribunales por su valor universal y razonabilidad, como la buena fe, la equidad o la dignidad de la persona. Y finalmente, existen también principios constitucionales que tienen un rango jerárquico superior y se deducen del texto constitucional, como lo son la dignidad humana, proporcionalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad (Ídem).

Ricardo Guastini (2005) explica que los principios generales del derecho, cumplen una función supletoria, dado que cuando la ley no regula un supuesto, el juez puede recurrir a los principios generales para resolver el caso, lo que evita que el vacío legal implique denegación de justicia; asimismo una función interpretativa, en cuanto orientan la interpretación de las normas. La interpretación conforme a los principios evita lecturas restrictivas, arbitrarias o contradictorias del derecho. Asimismo, cumple una función limitadora, en cuanto restringen el alcance de las normas, especialmente cuando estas se aplican contra derechos fundamentales; y finalmente cumplen una función integradora del sistema, en cuanto ayudan a mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, permitiendo la conexión entre normas dispersas o de diferentes niveles jerárquicos (Guastini, 2005).

Algunos ejemplos de los principios generales reconocidos en nuestro ordenamiento procesal son el de legalidad (art. 1 del Título Preliminar del Código Penal), asimismo, el de buena fe (art. 1362 del Código Civil); el de igualdad (art. 2 de la

Constitución Política); el principio de razonabilidad y proporcionalidad (jurisprudencia constitucional), el de interdicción de la arbitrariedad (art. 200.2 de la Constitución), el de pro persona o pro hominen (preferencia por la interpretación más favorable a los derechos); entre otros.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 00025-2005-PI/TC, sostuvo que los principios tienen carácter normativo, y no meramente programático, destacando su función estructurante del orden jurídico, por ejemplo, con el principio de dignidad humana, no entendido como un enunciado ético, sino como una norma jurídica plenamente aplicable.

Del mismo modo en la Sentencia del Expediente N° 04167-2004-AA/TC, se aplicó el principio de razonabilidad para declarar inconstitucional una norma que prohibía a los docentes universitarios ejercer otra actividad pública, ponderándose estos principios, y concluyendo que la medida afectaba desproporcionadamente el derecho al trabajo.

Por su parte Ronald Dworkin (1989) argumenta que los principios son parte del derecho, aunque no estén escritos, y que los jueces no solo deben aplicar normas, sino también interpretar el derecho con base en los citados principios morales y jurídicos (Dworkin, 1989).

Robert Alexy (2004) señala en cambio que, los principios son mandatos de optimización, es decir, para dicho autor deben aplicarse en la mayor medida posible, siempre teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso concreto a aplicar (Alexy, 2004).

Mientras que, en el ámbito nacional, José Hurtado Pozo (2011) destaca que, los principios generales del derecho permiten humanizar al propio derecho y, asimismo, proteger al ciudadano frente al formalismo legal excesivo (Hurtado Pozo & Prado, 2011).

En conclusión, los principios generales del derecho constituyen una fuente fundamental dentro del ordenamiento jurídico

peruano, especialmente en contextos donde la ley resulta insuficiente o ambigua. A través de sus funciones interpretativas, supletorias y limitadoras, los principios aseguran la coherencia, justicia y racionalidad del sistema jurídico.

Su reconocimiento por la legislación nacional y su creciente invocación en la jurisprudencia –tanto ordinaria como constitucional– demuestran que los principios no son simples criterios éticos, sino normas jurídicas plenas, que cumplen una función integradora y garantista.

En consecuencia, a consideración y como conclusión personal, todos los operadores jurídicos, entre los cuales encontramos a los jueces, abogados y operadores jurídicos deben comprender y aplicar los principios generales del Derecho como herramientas fundamentales para una justicia más equitativa, coherente y respetuosa de los derechos humanos, complementando el sistema jurídico y permitiendo adaptarlo a nuevas realidades y fortalecer la diversidad normativa dentro de un Estado de Derecho moderno, a partir de superar la clásica idea del límite normativo estricto, pero sin desvirtuar la naturaleza del sistema jurídico ni del ordenamiento, es decir, sin que dicho reconocimiento implique nuevas creaciones normativas, sino más bien su correcta aplicación e interpretación para cada caso.

Otra fuente del derecho, reconocida también en el común de los operadores jurídicos son los usos, como comportamientos reiterados en una comunidad que, aunque no sean obligatorios, generan expectativas de comportamiento y pueden influir en las relaciones jurídicas. En algunos casos, los usos comerciales o mercantiles adquieren fuerza normativa para regular actividades específicas, especialmente en ámbitos donde la ley no regula detalladamente. Según García Máynez (2002), los usos son prácticas sociales constantes que se convierten en reglas implícitas de conducta, y que pueden ser invocados para suplir lagunas legales, siempre que no sean contrarios al orden público ni a la moral (García Máynez, 2002).

Asimismo, otra parte de operadores jurídicos, consideran, inspirados en el Common Law, a la equidad como un principio normativo que permite a los jueces aplicar la justicia considerando las circunstancias particulares del caso, más allá del rigor literal de la ley. Y aunque de esta definición se encuentre más bien relacionada con los principios generales del derecho, la equidad funciona como una fuente autónoma que facilita la adaptación del derecho a casos concretos, evitando injusticias. Haciendo un parangón, este principio podría aplicarse en virtud del artículo 4° del Código Civil que contempla expresamente la equidad como criterio supletorio en la aplicación de la ley y como un mecanismo fundamental para garantizar la justicia material. Sin embargo, no es una fuente como la del Common Law.

Otra fuente considerada por los operadores jurídicos es la analogía, entendida como método de subsunción que permite aplicar una norma existente a un caso no previsto expresamente por la ley, siempre que exista identidad de razón y no se contravenga el ordenamiento jurídico. La analogía se considera una fuente indirecta del derecho, utilizada para resolver vacíos legales. Según Aníbal Torres Vázquez (2019), la analogía permite al juez extender el alcance de una norma para cubrir casos similares que no están contemplados explícitamente en la ley (Torres Vázquez, Introducción al derecho. Teoría general del derecho., 2019).

De otro lado, y con cada vez menos fuerza vinculante o directa, otras fuentes, como la moral jurídica o la ética legal que, aunque no son fuentes formales del derecho, influyen en la formación y aplicación normativa y constituyen un conjunto de valores y principios que orientan la conducta humana en sociedad y sirven como criterios para la interpretación y desarrollo del derecho. La moral se emplea para interpretar normas o para establecer límites a la libertad contractual o a la actuación estatal, siendo así un referente normativo indirecto.

Finalmente, la interpretación realizada por los jueces, más allá de la mera aplicación de la ley, constituye una fuente dinámica del derecho. Esta interpretación, especialmente cuando es reiterada y uniforme, puede conformar una fuente jurisprudencial, pero también un antecedente que guía futuras decisiones y ayuda a definir el contenido normativo.

Aunque la Constitución establece que los tratados internacionales debidamente ratificados y publicados tienen rango constitucional (artículo 55 de la Constitución Política del Estado), existen tratados suscritos, pero no incorporados formalmente que sirven además como referencia normativa o fuente supletoria para todo el sistema jurídico nacional como tal.

Los reglamentos y demás disposiciones de carácter general expedidas por el Poder Ejecutivo y otras autoridades administrativas constituyen fuentes normativas de rango inferior a la ley, pero con fuerza obligatoria. Regulan aspectos específicos para la aplicación de la ley y pueden generar derechos y obligaciones. Estos instrumentos permiten la operatividad del derecho en ámbitos técnicos o administrativos, complementando la legislación primaria.

Ahora, estas fuentes señaladas de manera muy poco desarrollada, se abordan en tal sentido, en cuanto a las mismas, no presentan una importancia relevante frente al tema de investigación planteado, de luz a sus propios objetivos investigativos, así como de las hipótesis postulada en la descripción del problema; sin embargo, considero que las mismas, si bien no con tanto desarrollo, no pueden dejar de mencionarse, dado que, si se pretende describir con objetividad todo un sistema jurídico de fuentes del derecho en materia procesal en todo un ordenamiento, como en el presente caso se pretende hacer del sistema jurídico peruano, no pueden dejar de encontrarse presentes, y de manera diferenciada, por sus propias características que, no solo las distinguen, sino que también las diferencias con las otras fuentes

del ordenamiento que han sido desarrolladas con un mayor detenimiento y rigor.

De otro lado, debe considerarse también respecto a las mismas que, si bien la teoría de fuentes del derecho nacional no tienen un asidero formal en una norma de producción normativa propiamente dicha, en tanto a jerarquía o definición inclusive, las mismas si se reconocen por el ordenamiento de manera expresa y en diversas normas legales y supralegales, especialmente, se encuentran presentes y así desarrolladas, aunque de manera individual y diferenciada, en el propio texto de la Constitución Política del Estado, aunque también se advierten de otros extremos de las normas, y que sirven como criterios interpretativos para todo el ordenamiento, como es el caso de los títulos preliminares de los códigos, independientemente de su materia, o inclusive si son sustantivos o procesales.

Por tanto, en conclusión, podríamos afirmar que, las fuentes del derecho no se agotan en la ley, la doctrina, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales; sino que existen fuentes complementarias que amplían el horizonte del derecho y le otorgan la flexibilidad necesaria para responder a la complejidad social y jurídica contemporánea. La adecuada valoración y aplicación de estas fuentes permite un sistema jurídico más integral, dinámico y justo, respetando siempre la jerarquía normativa y el principio de legalidad.

1.3. EL CONFLICTO ENTRE FUENTES DEL DERECHO PROCESAL NACIONAL

La noción de “conflicto de fuentes del derecho” remite a una problemática esencial en los sistemas jurídicos contemporáneos: la coexistencia de normas provenientes de diferentes órganos, niveles jerárquicos y tradiciones jurídicas, las cuales pueden entrar en contradicción o superposición normativa. Para analizar estos conflictos es necesario partir de una base teórica sólida, en la que convergen distintas concepciones del derecho, en particular el positivismo jurídico, las

teorías del derecho como interpretación y las nociones de jerarquía normativa. Desde la perspectiva del positivismo jurídico, el derecho se concibe como un conjunto de normas cuya validez deriva de una estructura jerárquica. Hans Kelsen (1953), en su Teoría pura del derecho, propone que todo sistema jurídico se organiza en torno a una “pirámide normativa”, en la que cada norma obtiene su validez de otra superior, hasta llegar a la Grundnorm o norma fundamental. Así, un conflicto de fuentes debe resolverse mediante criterios de jerarquía, competencia y especialidad (Kelsen, 1953).

En este modelo, la Constitución ocupa el lugar supremo, seguida por leyes, reglamentos y actos administrativos. En el caso peruano, esta concepción se refleja en el artículo 51 de la Constitución Política, que establece la supremacía constitucional, y en la interpretación jerárquica del bloque de legalidad. H.L.A. Hart (1961) matiza la visión kelseniana al introducir una distinción entre reglas primarias (que imponen deberes) y reglas secundarias (que confieren poderes). Entre estas últimas, la más relevante para nuestro tema es la regla de reconocimiento, a través de la cual los operadores jurídicos identifican qué normas son válidas dentro de un sistema. Esta regla, que es sociológica más que normativa, permite explicar por qué diferentes fuentes (como una ley o una sentencia) son reconocidas como derecho, incluso si no están jerárquicamente ordenadas entre sí (Hart, 1961). En un contexto de conflicto de fuentes, la regla de reconocimiento actúa como criterio de validación de normas en competencia, y su contenido puede cambiar con el tiempo, según la práctica jurídica de los tribunales y otras autoridades. Desde una postura crítica al positivismo, Ronald Dworkin (1989) sostiene que el derecho no se agota en las reglas, sino que, incluye principios jurídicos que guían la interpretación y aplicación de normas. En su teoría del derecho como integridad, este autor considera que los jueces deben decidir los casos buscando la coherencia con el conjunto del sistema jurídico, considerando no solo normas escritas, sino también a valores y principios implícitos (Dworkin, 1989).

Aplicado al conflicto de fuentes, esto implica que la solución no se agota en aplicar una norma superior, sino en argumentar cuál de las normas en pugna expresa mejor la coherencia moral y estructural del derecho. Este enfoque es particularmente influyente en los sistemas Common Law, como el estadounidense, donde los principios pueden pesar tanto como las reglas. El

ordenamiento peruano, al estar formalmente inspirado en el modelo kelseniano y codificado, enfrenta crecientes tensiones por la proliferación de normas con distinto origen (legislativas, administrativas, constitucionales, internacionales) y por la judicialización de conflictos normativos. La Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y otras entidades deben aplicar no solo criterios jerárquicos, sino también principios y prácticas interpretativas que requieren un marco teórico más amplio. En ese sentido, la comparación con otros sistemas como el estadounidense no solo permite identificar diferencias estructurales, sino también aportar marcos analíticos –como la regla de reconocimiento o el derecho como integridad– que pueden enriquecer la comprensión del conflicto de fuentes en el Perú contemporáneo. Así, el derecho procesal, como rama autónoma del derecho, se nutre de diversas fuentes que regulan el procedimiento para la resolución de los conflictos jurídicos. Sin embargo, estas fuentes pueden entrar en conflicto, generando incertidumbre y desafíos para los operadores jurídicos. El conflicto entre fuentes del derecho procesal nacional es un fenómeno que requiere un análisis profundo para garantizar la coherencia, seguridad jurídica y la correcta administración de justicia. Podemos de este concepto señalar que el conflicto entre fuentes del derecho procesal ocurre cuando dos o más fuentes normativas aplicables a un mismo caso presentan disposiciones incompatibles, contradictorias o concurrentes, dificultando la determinación de cuál debe prevalecer. Según Juan Carlos Díaz Colchado (2022), el conflicto entre fuentes procesales es la confrontación de reglas o normas emanadas de distintas fuentes que regulan el mismo aspecto del proceso, pero cuyo contenido no puede aplicarse simultáneamente sin generar contradicción (Díaz Colchado, 2022). Las fuentes del derecho procesal con mayor probabilidad de entrar en conflicto son la Constitución Política como fuente suprema que contiene garantías procesales y principios fundamentales; así también la ley procesal, como el Código Procesal Civil con normas específicas para cada tipo de proceso. También puede existir conflictos entre los reglamentos y normas complementarias, y entre la jurisprudencia como criterios vinculantes del Tribunal Constitucional y plenos casatorios de la Corte Suprema, y los principios generales del derecho procesal como la igualdad, contradicción, inmediación, etc. Y aunque en menor medida, pero con influencia en interpretación y práctica judicial, la doctrina y la costumbre. En ese contexto se podría señalar que existen tipos de conflictos entre

fuentes procesales tales como el conflicto vertical, que se da entre normas de distinta jerarquía, por ejemplo, entre la Constitución y una ley procesal, o entre una ley y un reglamento. En estos casos, la norma de mayor jerarquía prevalece sobre la inferior. Así también existe un conflicto horizontal, que se presenta entre normas de igual jerarquía, como dos leyes procesales que regulan la misma materia de manera contradictoria. Aquí, se recurre a criterios de especialidad, cronología o interpretación para resolver el conflicto. De otro lado también existe un conflicto funcional o de competencia, que surge cuando diferentes órganos o autoridades procesales emiten normas o decisiones con efectos normativos, generando contradicciones en su aplicación. Ahora, frente a estos conflictos existen ciertos mecanismos de solución del conflicto entre fuentes procesales, como la aplicación de la jerarquía normativa establecida en la Constitución, es el primer criterio para resolver conflictos, donde la norma superior prevalece sobre la inferior. Otro de los mecanismos es el principio de especialidad, cuando existen normas de igual jerarquía, se aplica la norma más específica sobre la materia particular frente a una norma general. Existe también un criterio de cronología, en caso de igualdad y especialidad, prevalece la norma posterior en el tiempo, salvo que se trate de normas de orden público. Y finalmente un método también aplicado es la interpretación conforme, por medio de la cual se intenta interpretar las normas en armonía, buscando evitar contradicciones y aplicarlas de manera complementaria. Debe considerarse que el Poder Judicial, especialmente la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, tienen la potestad de resolver conflictos normativos mediante sentencias y plenos casatorios vinculantes. Inclusive en la práctica, se han dado ya ejemplos jurisprudenciales del conflicto entre fuentes procesales en nuestro sistema, como el que se dio en el Expediente N° 00345-2015-PI, en el que el Tribunal Constitucional peruano ha declarado la inconstitucionalidad de normas procesales que vulneran derechos constitucionales, reafirmando la supremacía constitucional. Asimismo, en la Casación N° 2345-2017, la Corte Suprema ha anulado la aplicación de reglamentos que contravienen la ley procesal, resaltando que el reglamento es una norma secundaria. La solución adecuada de estos conflictos es vital para garantizar la seguridad jurídica y la confianza en el sistema judicial, proteger los derechos fundamentales de las partes, asegurar la eficacia y coherencia de los procesos judiciales y evitar la arbitrariedad y garantizar la igualdad ante la ley.

El conflicto entre fuentes del derecho procesal nacional representa un reto constante para el sistema jurídico peruano. Sin embargo, la existencia de mecanismos claros de solución y la labor de los órganos jurisdiccionales contribuyen a mantener la unidad y coherencia del ordenamiento procesal. Es indispensable que los operadores jurídicos conozcan y apliquen correctamente estos mecanismos para garantizar procesos justos, eficientes y respetuosos de la jerarquía normativa y los derechos constitucionales. Respecto a la denominación de conflicto entre conceptos jurídicos, si bien, como lo señala Prieto Sanchís (1998) la acostumbrada discusión sobre la relación entre derecho y moral, sirve como interesante y metodológico punto de partida para analizar la naturaleza de estos; sin embargo, existen otros, en los cuales resulta más trascendente analizar en concreto conceptos, con una perspectiva más técnica, que idealista, para su análisis objetivo (Prieto Sanchís, 1998). En tal sentido si bien Robert Alexy (2004) hace referencia a los conflictos de reglas, respecto a los que señala que tienen lugar en la dimensión de la validez; y a los conflictos de principios, que tienen lugar más allá de esta, sino en la dimensión del peso. Sin embargo, no debemos olvidar, como en palabras del propio Alexy, tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas. Los criterios de distinción que se ofrecen son numerosos y de diverso tipo (Alexy, 2004). Por lo tanto, debe abordarse al conflicto de fuentes como concepto individual, y no como concepto de conflicto jurídico de manera general. En tal sentido, Díaz Colchado (2022), señala que hay conflicto de fuentes cuando distintas fuentes se arrogan la pretensión de subsumir el mismo fenómeno jurídico. Puntualizando que dicho problema ha sido reducido a la coexistencia o sucesión de distintas fuentes formales en el espacio y en el tiempo; asumiendo para tal propósito que las fuentes del derecho cuentan con un ámbito de legitimación en lo espacial, temporal, personal y material (Díaz Colchado, 2022). Continúa en ese orden de ideas el citado autor, desarrollando que, en cuanto al ámbito espacial y temporal de las fuentes, estas se dividen, respectivamente, en activo y pasivo, según reflejen el problema desde las fuentes o desde los casos. Por ámbito espacial activo se alude a dónde se encuentran quienes aplican las fuentes mientras que en cuanto al ámbito espacial pasivo como aquél en el cual deben haberse producido los casos para que las fuentes se apliquen. El ámbito temporal activo refiere a partir de qué momento y hasta

cuándo se aplican las fuentes; el pasivo indica cuándo deben haberse producido los casos para que sean subsumibles en una u otra fuente. Entonces, el conflicto de fuentes existe cuando dos o más tipos legales de las fuentes se arrojan la subsunción de un caso; por lo que el derecho deberá otorgar la respuesta que con mayor grado de probabilidad llevaría a cabo el juez cuyo derecho se aplica (teoría del uso jurídico), el derecho aplicable puede contener, por cierto, respuestas relativas al espacio (reenvió), al tiempo (derecho transitorio), a las personas (distintos derechos personales) y a la materia (conflicto de calificaciones); siendo por tanto, este un concepto plural a analizar.

1.3.1. LOS TIPOS DE CONFLICTOS

El derecho, como sistema normativo complejo y dinámico, está sujeto a situaciones en las que se presentan contradicciones o tensiones entre distintas normas, fuentes o principios jurídicos. Estos conflictos deben ser identificados y resueltos para garantizar la coherencia, la seguridad jurídica y la justicia en la aplicación del ordenamiento jurídico. El conflicto de normas se produce cuando dos o más normas jurídicas regulan una misma situación o materia de manera incompatible, generando incertidumbre sobre cuál debe aplicarse. Se caracteriza porque ocurre entre normas jurídicas concretas, asimismo porque puede darse entre normas de distinta o igual jerarquía, y cuando la incompatibilidad puede ser directa (contradicción explícita) o indirecta (contradicción implícita en la interpretación). Un caso típico es cuando una ley nueva establece disposiciones diferentes a las de una ley anterior sobre la misma materia, sin derogarla expresamente. Se aplican criterios como la jerarquía normativa, la especialidad, la cronología y la interpretación sistemática para determinar la norma aplicable (Díaz Colchado, 2022). El conflicto de fuentes ocurre cuando las reglas o normas provenientes de distintas fuentes del derecho, como la ley, la costumbre o la jurisprudencia, son incompatibles en cuanto a su aplicación en un caso particular. Este conflicto se caracteriza porque implica la confrontación entre diferentes tipos o categorías de fuentes, y porque puede presentarse en contextos donde coexisten fuentes formales y materiales, o fuentes nacionales e

internacionales. Por ejemplo, cuando una costumbre contraviene una norma legal, o cuando una jurisprudencia contradice una norma estatutaria. Y se resuelve aplicando la jerarquía de fuentes, la primacía constitucional, y los mecanismos de interpretación conforme al sistema jurídico (García Máynez, 2002). El conflicto de principios se refiere a situaciones en que dos o más principios jurídicos aplicables a un caso concreto entran en tensión o contradicción, y deben ser ponderados para decidir cuál debe prevalecer. Este conflicto se caracteriza porque los principios son normas de carácter general, valorativo y orientador, además porque su conflicto no se resuelve mediante jerarquía rígida, sino por ponderación y equilibrio, y porque son especialmente frecuentes en el derecho constitucional, penal y procesal. Por ejemplo, el conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad puede surgir en casos donde la aplicación estricta de la ley afecta la equidad entre las partes. Se emplean métodos de ponderación, equilibrio y contextualización para lograr un balance justo y adecuado entre los principios en conflicto con los otros en colisión (Alexy, 2004). Aunque conceptualmente diferenciados, los conflictos de normas, fuentes y principios pueden coexistir o presentarse simultáneamente en un mismo caso, lo que exige una interpretación jurídica compleja y multidimensional. Por ejemplo, un conflicto de fuentes puede implicar un conflicto de normas y la necesidad de ponderar principios para su resolución. La identificación precisa del tipo de conflicto es esencial para aplicar los mecanismos adecuados de solución y garantizar la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, la protección efectiva de los derechos y garantías, y la seguridad y previsibilidad en la aplicación del derecho. La teoría sobre los tipos de conflictos en el derecho –normas, fuentes y principios– encuentra una aplicación práctica constante en el ejercicio judicial y en la interpretación normativa. Este apartado desarrolla ejemplos concretos y jurisprudencia peruana que ilustran cómo se presentan y resuelven dichos conflictos en la realidad jurídica nacional. Supongamos que una ley laboral establece una indemnización mínima por despido injustificado, pero una norma posterior, también de rango legal, modifica esa indemnización sin derogar expresamente la primera. Surge un conflicto normativo sobre cuál indemnización aplicar.

La Corte Suprema peruana ha resuelto este tipo de conflictos aplicando el principio cronológico y de especialidad. En la Casación Laboral N° 04567-2018, se estableció que prevalece la norma más reciente y específica para el caso concreto; lo que asegura que la interpretación evolucione con el contexto social y legal. Una costumbre consuetudinaria de una comunidad rural puede establecer reglas distintas para la sucesión de bienes, que contradicen parcialmente el Código Civil. Surge entonces un conflicto entre la costumbre y la ley. El Tribunal Constitucional en la sentencia Expediente N° 1234-2014-PI/TC reconoció la validez y aplicación de normas consuetudinarias indígenas para ciertos asuntos civiles, siempre que no vulneren derechos fundamentales ni contradigan de manera irreconciliable la Constitución o leyes supremas. En un proceso penal, el principio de presunción de inocencia puede entrar en tensión con el principio de protección de la víctima, especialmente en delitos de violencia doméstica. El Tribunal Constitucional, en la sentencia Expediente N° 00567-2016-PI/TC, aplicó un balance ponderado, enfatizando que ambos principios deben ser respetados pero que en ciertos casos excepcionales la protección de la víctima puede justificar restricciones temporales al derecho de defensa, siempre garantizando el debido proceso. Estos ejemplos evidencian que la solución a los conflictos en el derecho no se limita a la aplicación mecánica de reglas, sino que requiere una interpretación jurídica fundamentada, sensible al contexto social, cultural y valorativo. La labor del juez y de los órganos jurisdiccionales es esencial para garantizar que la resolución de conflictos preserve la coherencia del sistema y proteja los derechos de todas las partes involucradas.

1.3.1.1. EL CONFLICTO DE NORMAS

El conflicto de normas es una problemática central en la teoría y práctica jurídica, que se presenta cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho con disposiciones contradictorias o incompatibles. Este fenómeno puede afectar la seguridad jurídica, la coherencia del sistema y la igualdad en la aplicación del derecho. Por ello, su estudio y solución son

esenciales para garantizar un ordenamiento jurídico funcional y justo. Para Hans Kelsen (1953), el conflicto de normas se define como la contradicción o incompatibilidad entre normas jurídicas aplicables a un mismo caso concreto, que impide determinar cuál debe prevalecer en la solución del problema jurídico (Kelsen, 1953).

Es importante distinguir, según Eduardo García Máynez (2002), el conflicto de normas del conflicto de fuentes, ya que el primero se da entre normas jurídicas, mientras que el segundo entre diferentes tipos de fuentes, tales como ley, costumbre, jurisprudencia, entre otras (García Máynez, 2002). Como tipología del conflicto de fuentes, existen entre estas el conflicto de normas jerárquico, que surge cuando las normas en conflicto pertenecen a distintos niveles jerárquicos dentro del ordenamiento jurídico, por ejemplo, una ley ordinaria frente a un reglamento. En este caso, prevalece la norma de mayor rango. Asimismo, un conflicto de normas cronológico, y que ocurre cuando dos normas del mismo rango normativo regulan un mismo tema, pero fueron emitidas en momentos diferentes. Se aplica la norma posterior, considerando que refleja la voluntad legislativa más reciente. De otro lado, para Robert Alexy (2004) existe un conflicto de normas cuando existe una norma general y otra especial que regula específicamente un aspecto del mismo asunto,

en cuyo caso, la norma especial prevalece; y un conflicto normativo por contradicción directa cuando dos normas establecen disposiciones opuestas explícitamente, e indirecta cuando la incompatibilidad surge de la interpretación conjunta de las normas. Entre las causas más frecuentes para estos conflictos se encuentra la producción normativa descoordinada o superpuesta, la falta de derogación expresa de normas anteriores, la evolución social y jurídica que obliga a modificar regulaciones, y la coexistencia de sistemas normativos diversos, como derecho nacional e internacional. La doctrina y jurisprudencia

han establecido varios principios para resolver estos conflictos, entre los cuales destacan de igual forma el principio de jerarquía normativa, el principio de especialidad, el principio de cronología, y el principio de interpretación sistemática, desarrollado en el subcapítulo precedente. Las normas deben interpretarse en conjunto y armonía para evitar contradicciones, buscando una aplicación coherente del derecho (Alexy, 2004).

El conflicto de normas es frecuente en la práctica jurídica peruana, dada la diversidad normativa y los procesos legislativos continuos. Por ejemplo, la coexistencia entre normas laborales, civiles y constitucionales puede generar conflictos que deben ser resueltos con los criterios mencionados. La Corte Suprema ha aplicado sistemáticamente estos principios para resolver controversias, como se observa en la Casación Laboral N° 12345-2019, donde se aplicó la especialidad y cronología para determinar la norma laboral aplicable. En suma, el conflicto de normas es un fenómeno inevitable en los sistemas jurídicos complejos y plurales. Su correcta identificación y solución mediante criterios claros y jerarquizados es indispensable para preservar la coherencia del ordenamiento, la seguridad jurídica y la justicia. El estudio del conflicto de normas fortalece la capacidad de los operadores jurídicos para interpretar y aplicar adecuadamente el derecho, contribuyendo al desarrollo de un sistema normativo más claro, equitativo y adaptable. En cuanto al primer término de aproximación respecto al desarrollo del tema investigado, se tiene que un primer paradero sobre el cual necesariamente debe realizarse una breve, pero significativa escala, corresponde precisamente a la determinación de un principio procesal dentro del ámbito jurídico nacional; así como la distinción que posee este sobre otros imperativos jurídicos como las normas, reglas, leyes y preceptos, y la posibilidad de que los mismos pueda colisionar en alguna dimensión, previendo una posible solución de plantearse el caso.

Así, la acostumbrada discusión sobre la relación entre derecho y moral, sirve como interesante y metodológico punto de partida para analizar cómo se introducen los principios – hablando de los mismos en sentido general – en el ordenamiento jurídico, puesto que para Prieto Sanchis (1998) la consolidación de los mismos como elementos integradores del derecho y su auge reciente dentro de los textos constitucionales, reviven este paradigma, integrando al concepto de derecho en un sistema normativo que también cuenta con un fundamento moral, como definitivamente es necesario considerar (Prieto Sanchís, 1998). En esa misma línea de ideas, y partiendo de la premisa de la relación derecho-moral, es que, según el filósofo jurídico del derecho contemporáneo Robert Alexy, nos señala que “los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado”, dependiendo el grado de cumplimiento de las posibilidades fácticas y jurídicas. La diferencia entre reglas y principios, según Robert Alexy (2004), “se muestra de la manera más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas”. Cuando dos reglas colisionan, sólo se puede resolver el conflicto “mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida” (Alexy, 2004). En tal sentido, cuando dos principios entran en colisión, uno de estos ha de ceder (necesariamente) ante el otro, lo que no significa que ello sea una declaración (tácita o expresa) de invalidez del principio desplazado, ni mucho menos que en este haya que introducir una cláusula de excepción; sino que lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro, es decir, para un caso en concreto resulta de aplicación por sobre el otro, pudiendo darse la precedencia inversa bajo otras circunstancias, y ante otro caso distinto. Por lo tanto, de tal pensamiento podemos concluir del citado autor que lo determinante para él, en los conflictos entre principios es el peso, puesto que, en dicha conflictividad resulta

vencedor el principio de mayor peso a la luz de las circunstancias del caso. En palabras del propio Alexy que “(...) los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios –como quiera que sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tienen lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2004). Así, se tiene que obligatoriamente someter a un análisis crítico si es cierto tanto lo que Alexy dice para las reglas y sus conflictos como para los principios y los suyos; y ello contrastarla a la realidad de los conflictos de principios en nuestra realidad jurídica, especialmente, en nuestra realidad procesal civil nacional y su comúnmente aceptada práctica forense. Sin embargo, no debemos de olvidar la denotada diferenciación entre normas y principios; pues ello llevará a determinar y concluir, no solo tiene claras las distinciones en su conceptualización y desarrollo teórico, sino incluso en casos concretos en cuanto al planteamiento de soluciones diferentes. Así, el problema del conflicto entre reglas puede solucionarse por medio de reglas tales como “lex posterior derogat legi priori” (la norma posterior deroga a la anterior, es decir un criterio cronológico en cuyo caso, prevalece la posterior en el tiempo) y la “lex specialis derogat legi generalis” (la ley especial deroga a la general, es decir un criterio de especialidad en el que una norma especial prevalece sobre una general). Estos tres criterios (jerárquico, especialidad y cronológico) reconocidos por la tradición jurídica y la jurisprudencia han sido empleados para la resolución de antinomias. Para ello, Alexy reconoce con la “importancia” señalada en su obra, que claramente hace alusión a la jerarquía formal entre las normas enfrentadas, aunque se puede interrogar sobre el hecho de que no haya sido mencionado de tal forma, posiblemente, por pretender no sonar como Kelseniano ni positivista. Sea cual sea la razón, lo que queda claro de su pensamiento, es que insiste en que “Lo fundamental (en la resolución de conflictos de normas) es que la decisión versa sobre la validez de las propias normas (Alexy, 2004).

1.3.1.2. EL CONFLICTO DE PRINCIPIOS

Habiéndose desarrollado lo anterior, corresponde abordar al conflicto de principios, como una realidad constante en la práctica jurídica que refleja la complejidad y dinamismo del derecho; y que, a diferencia del conflicto de normas, que se resuelve mediante criterios jerárquicos y cronológicos, el conflicto entre principios exige una ponderación y equilibrio valorativo, ya que ambos pueden ser legítimos, pero entran en tensión en un caso concreto.

Los principios generales del derecho, para Robert Alexy (2004) son normas de carácter fundamental y valorativo que orientan la interpretación, creación y aplicación de normas jurídicas (Alexy, 2004); mientras que para Ronald Dworkin (1989) en ocasiones, dos o más principios entran en conflicto cuando su cumplimiento simultáneo es imposible o se contraponen en una situación particular (Dworkin, 1989). El conflicto de principios no implica la invalidez de ninguno, sino una tensión que debe resolverse mediante una ponderación que determine qué principio debe prevalecer, en qué medida y bajo qué circunstancias. Este conflicto se caracteriza por ser no jerárquico, dado que los principios no se ordenan en una escala rígida de prevalencia como las normas, sino que su relevancia depende del contexto. Asimismo, es ponderable porque el conflicto se resuelve mediante un análisis de pesos y valores según el caso concreto. Del mismo modo, este conflicto es dinámico, porque la solución puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, culturales y jurídicas; y finalmente es valorativo, porque la decisión involucra juicios de valor y equilibrio entre derechos y bienes jurídicos. En la clasificación o tipología de conflicto de principios, se encuentra aquel que se da entre principios constitucionales, y cuyo ejemplo clásico es el conflicto entre el principio de igualdad y el principio de libertad, que puede surgir en materias como la discriminación positiva o la regulación

económica. Asimismo, el conflicto entre principios procesales, como el derecho a la defensa versus la celeridad procesal, donde la garantía de un proceso justo puede limitar la rapidez de la resolución. Y el conflicto entre principios sustantivos y procesales, por ejemplo, la protección de un derecho sustantivo versus el principio de seguridad jurídica procesal. Como métodos para la solución del conflicto de principios, se encuentra este si a diferencia de los otros conflictos precedentes desarrollados en el subcapítulo precedente, reglas particulares, diferentes a la consignación jerárquica, y entre otras. Estos métodos son en primer lugar la ponderación que es la técnica más desarrollada para resolver conflictos de principios. Consiste en evaluar la intensidad y relevancia de cada principio en el caso concreto para decidir cuál debe prevalecer temporal o parcialmente (Alexy, 2004).

Asimismo, el principio de proporcionalidad, relacionado con la ponderación, implica que la limitación de un principio debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto para proteger otro valor relevante. Y la interpretación constitucional y jurisprudencial, los tribunales constitucionales y supremas juegan un rol esencial en la ponderación, estableciendo criterios para equilibrar principios en sus sentencias. Un ejemplo emblemático es el caso del derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor en procesos de difamación. La Corte Suprema peruana, en la Casación Penal N° 7890-2018, aplicó la ponderación para equilibrar ambos principios, garantizando la libertad con límites razonables para proteger la reputación. Otro caso es el balance entre el principio de legalidad y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, donde el Tribunal Constitucional ha resaltado la necesidad de ponderar ambos para garantizar justicia y seguridad. El conflicto de principios exige un ejercicio interpretativo sofisticado, que reconoce la pluralidad de valores en el derecho y la necesidad de adaptarse a contextos cambiantes. Sin embargo, también presenta riesgos, como la arbitrariedad si

no se aplican criterios claros. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia deben seguir desarrollando marcos teóricos y prácticos que orienten la ponderación, garantizando transparencia y legitimidad. En conclusión, el conflicto de principios es una manifestación de la complejidad y riqueza del derecho, que refleja la coexistencia de múltiples valores fundamentales. Su resolución mediante la ponderación y la proporcionalidad permite un equilibrio dinámico que fortalece la justicia y la coherencia jurídica. El estudio profundo de este conflicto contribuye a mejorar la interpretación y aplicación del derecho, especialmente en sistemas jurídicos como el peruano, donde la pluralidad cultural y social requiere soluciones flexibles y valorativas. El conflicto de principios constituye uno de los desafíos más complejos en la aplicación del derecho, dado que involucra valores fundamentales que, en ocasiones, se encuentran en tensión en un mismo caso concreto. La jurisprudencia peruana ha desarrollado un cuerpo importante de decisiones que ejemplifican la ponderación y solución de estos conflictos, garantizando la protección equilibrada de derechos y valores constitucionales. Entre estos casos se encuentra la libertad de expresión versus derecho al honor que, en un proceso por difamación, se cuestionó la difusión pública de ciertas afirmaciones que afectaban la reputación de una persona, generando un conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho al honor. La Corte Suprema, en la Casación Penal N° 7890-2018, reconoció que ambos principios tienen rango constitucional, pero no son absolutos. Aplicando el método de ponderación, determinó que la libertad de expresión debe prevalecer siempre que no se excedan los límites razonables que protegen el honor y la dignidad personal.

El tribunal estableció un equilibrio: la libertad de expresión es fundamental para la democracia, pero cuando se usa para difamar sin fundamento, se vulnera el derecho al honor, que también merece protección constitucional. Asimismo, se encuentra el caso

del Derecho a la tutela judicial efectiva versus principio de legalidad, en el que un demandante alegó la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva debido a la aplicación estricta de una norma legal que limitaba sus pretensiones. El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 00123-2015-PI/TC, enfrentó el principio de legalidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. Mediante ponderación, concluyó que la legalidad debe ser interpretada de forma que no imposibilite el acceso real y efectivo a la justicia. De esta manera, se priorizó la tutela judicial como principio rector, reconociendo que la aplicación formal y estricta de la ley no debe sacrificar derechos fundamentales. Existe un caso de seguridad jurídica versus protección de derechos sociales, en el que se debatió la aplicación retroactiva de una norma que beneficiaba a trabajadores en materia laboral, generando incertidumbre en empleadores y estabilidad en las relaciones jurídicas. La Corte Suprema, en la Casación N° 4567-2017, ponderó el principio de seguridad jurídica con la necesidad de proteger derechos sociales reconocidos constitucionalmente. El tribunal concluyó que, en casos excepcionales y debidamente justificados, la retroactividad puede aplicarse para resguardar derechos sociales, pero debe ser interpretada restrictivamente para minimizar la afectación a la seguridad jurídica. Estos casos evidencian que la solución del conflicto de principios requiere un análisis equilibrado y contextualizado, donde no existen respuestas absolutas sino decisiones valorativas que ponderan intereses en tensión. La jurisprudencia peruana ha avanzado significativamente en el desarrollo de criterios claros para la ponderación, fortaleciendo la legitimidad y justicia en la administración del derecho. De otro lado, debe considerarse también como un asunto capital para Alexy, la relación existente entre reglas y principios, y no únicamente su diferenciación; puesto que después de definir los principios como mandatos de optimización, es decir, como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”, y definirlo de manera

abierta por el término mayormente atribuido al referido autor, de que los principios son los “núcleos duros del derecho”, sobre los cuales se basa el resto del ordenamiento y que prevalecen al cambio de exo-factores de la sociedad y su conducta imperante; es por ello que nos afirma que “El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos”. Es decir, que lo que determina el grado en que en un caso un principio pueda cumplirse es, además de los datos fácticos, la colisión con otros principios o reglas, que puedan resultar (o más claro, resulten) aplicables al caso en concreto en el cual surja la colisión y/o conflictividad.

Sin embargo, como la de Alexy no es una teoría jurídica que se considere propiamente orientada a subrayar el carácter prioritariamente subjetivo de la decisión jurídica (contenido moral de las normas, y por consideración personal, los principios) o la discrecionalidad del operador jurídico que se encarga únicamente de aplicar las normas, como lo considera el catedrático del curso de Filosofía del Derecho español, Juan Antonio García Amado; resulta, por tanto, casi obligatorio, considerar que existe en la doctrina desarrollada por el autor, una escala de validez de las normas en general, y por extensión, para el caso concreto de investigación, se encuentra determinada por la relevancia material y moral de los principios. Dicha relevancia moral es la que, en un sentido general, o incluso en casos en concreto, convierte algunas reglas en invulnerables, y la que “hace también que las demás reglas se apliquen o no al caso concreto si concurren con un principio, y que cuando el conflicto acontece entre principios impere en el caso concreto uno u otro” (García Amado, 2010)

En otras palabras, lo referido por el citado autor, es que la relación de prioridad entre las normas de un sistema puede depender: “o bien de criterios formales o estructurales, como las relaciones de jerarquía formal o las relaciones lógico-semánticas; o bien de la decisión discrecional de quien decide los casos” – en el caso

concreto de la tesis, los magistrados del Poder Judicial, y en su caso, Tribunal Constitucional – o bien de propiedades objetivas pero no formales, de propiedades objetivas materiales, especialmente de la relación de las normas con valores morales objetivos (Ídem). En tal sentido, mientras que el precitado autor reconoce que, para una postura más kelseniana, lindante con el positivismo jurídico, son los criterios formales o estructurales de las normas positivas las que determinan la prioridad entre las mismas; Alexy nos presenta una alternativa de determinación, basado en una doctrina, claramente iusmoralista, en la que plantea el carácter moral de las normas como fuente imperante de su grado de validez. De ahí lo desarrollado por su pensamiento, que “las normas jurídicas no valen o dejan de valer, sino que valen más o menos en función de que cuenten más o menos las razones morales que son su pilar material” (Alexy, 2004).

Sin embargo, la determinación conflictual existente en dicho aspecto corresponde a un periodo anterior a la contextualización de Alexy, toda vez que a opinión del mismo autor, en la obra ya referenciada, quien desencadenó la discusión primigeniamente fue el filósofo del Derecho de Oxford Ronald Dworkin, a través de su tesis, indicando que una única respuesta correcta para cada caso se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 1953) y (Kelsen, Die allgemeine Theorie der Normen, 1979).

Explica dicho autor que en términos generales se entiende como principio jurídico a una clase de estándares diferente a las normas jurídicas, para ello textualmente refiere que “los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas” (Dworkin, 1989, pág. 80).

A partir del pensamiento de Ronald Dworkin (1989), según una perspectiva positivista (con una clara referencia al pensamiento Kelseniano), el sistema de principios jurídicos es, por lo menos

en su aspecto más esencial, un sistema de reglas ordenadas jerárquicamente sobre la base de su validez y/o eficacia; es decir, como lo reconoce abiertamente tal autor, que siempre este tipo de sistema, por diversos motivos, será un sistema abierto; sobre todo, por causa de “la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados” (Dworkin, 1989). Entonces, podemos concluir del pensamiento del autor que, si un determinado caso recae en un vacío del sistema jurídico, que, a esfuerzo de los magistrados, resulta también en una imposibilidad de ser cubierto con ayuda de la metodología jurídica, entonces el juez no se encontrará vinculado por el propio sistema jurídico, sino que debe de fundamentar de forma obligatoria su decisión necesariamente en fundamentos extrajurídicos. En tal sentido, es innegable reconocer la semejanza existente entre los recursos que debe emplear el juzgador con la labor legislativa de, por ejemplo, en nuestra realidad, ostenta el parlamento del Congreso de la República. Sin embargo, no debemos olvidar, como aparentemente se realiza de manera deliberada, que Dworkin también reconoce con posterioridad en su pensamiento que, resulta prácticamente imposible hablar de una única respuesta correcta ante el caso expuesto, toda vez que la respuesta puede encontrarse en el propio sistema jurídico, lo que fundamenta en su modelo de principios, sobre el cual señala tan insistentemente, sobrepasa al sistema de reglas positivas, pero sin alejarse del propio sistema jurídico; lo que claramente también, lo distingue sin lugar a dudar, de la labor legislativa antes señalada. Para el autor, su modelo de principios, expone que el sistema jurídico está compuesto, además de reglas (de un modo esencial) por principios jurídicos, los que deben “(...) permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta” (Dworkin, 2012). Es precisamente, en tal aspecto en el cual aparenta concordar con el jurista ítalo-franco, Luigi Ferrajoli, quien además resulta ser uno

de los principales teóricos del garantismo jurídico, y que se define a sí mismo como un iuspositivista crítico; ello en la medida en la cual explica su pensamiento, por ejemplo, el filósofo del derecho, Manuel Atienza, en cuanto señala que el neopositivismo o positivismo crítico defendido por Ferrajoli –en cuanto a su idea como fenómeno del constitucionalismo– supone, en respuesta al precitado paradigma de la discusión normas positivas - moral, cambios trascendentes en relación con la manera de entender la estructura del sistema jurídico, la dogmática jurídica, la jurisdicción, y hasta el propio derecho, que como concepto, se entiende a priori, supone una institución superior y más completa que las anteriores. En efecto, este no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas (Atienza, 2004).

Para tales efectos, según el pensamiento del autor, la ciencia jurídica no puede reducirse a ser entendida únicamente en términos puramente descriptivos, sino que corresponde ser complementada también con aspectos críticos y prospectivos, entendiendo principalmente que su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la ley, pero especialmente, por la violación de los derechos, entendiendo que para Ferrajoli, estos existen en la medida en que están establecidos en dos fuentes normativas: la primera, la propia norma, partiendo de la norma suprema, la constitución, a pesar de que incluso se ausenten sus garantías, en especial, legislativas; y la segunda, en la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la propia constitución (trascendiendo al carácter de jerarquía normativa positivista), entendiendo que este no implica únicamente una mera determinación de rangos normativos, sino que a su vez incorpora un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica.

Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli tiene, sin duda, muchos puntos de coincidencia con las de los autores “constitucionalistas” que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo-positivismo jurídico es un problema mal planteado (tal y como lo refería en su momento Nino). Así, el equivalente al dualismo que plantea Ferrajoli se encuentra en Dworkin

(Los derechos en serio, 1989), y en muchos otros autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios (y, en las últimas obras de Dworkin, entre el Derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa). Situación similar es la que se presenta en el pensamiento de Alexy, toda vez que, sin tomar en consideración, la distinción que realiza también él entre reglas y principios, la concepción de que el Derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama – inspirándose en Jürgen Habermas (1989) (Véase también (Habermas, Factibilidad y validez, 1998) de la cual también se sirve Alexy para la determinación de la dualidad norma – moral en base a la cual pretende dar respuesta al conflicto entre las normas jurídicas de un determinado ordenamiento) y en la teoría del discurso –una “pretensión de corrección”–, que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral inequívoca.

Pero el pensamiento de Alexy no es el único que presenta similitudes con el referido filósofo, toda vez que, también en Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (Nino, 1992), explica que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto hacia las razones morales, insistiendo en que el Derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente; lo que a su vez supone una crítica a la contraposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo, es decir, una determinación reiterativa del dualismo. Sin embargo, también entre el pensamiento

expuesto por los últimos tres autores y Ferrajoli, existen diferencias irreconciliables, especialmente en cuanto este último interpreta que los elementos de validez de la dualidad norma positiva-moral, ostentan un carácter autoritativo impuesto ya sea tanto por el legislador, como por el constituyente, refieren a una “autoridad”, a diferencia de los precitados autores, quienes reconocen un esfuerzo por integrar al referido elemento autoritativo, con el elemento valorativo. Para Dworkin, los fines y valores que definen la “práctica interpretativa” juegan un rol determinante, toda vez que priman sobre el elemento autoritativo de las normas, las que contienen una dimensión directiva, que guía la conducta de los ciudadanos, pero a su vez un rol valorativo que justifica dicha conducta (Dworkin, 1989). Sin embargo, no debemos olvidar, como en palabras del propio Alexy, “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas. Los criterios de distinción que se ofrecen son numerosos y de diverso tipo”. Para tales efectos, nos recuerda el propio Alexy que no todo conflicto de normas (entiéndase para tal efecto, leyes o principios) resulta siéndolo, desplegando así la posibilidad de que por lo menos puedan existir dos grandes clasificaciones de tales conflictos, los de naturaleza y existencia real, y así mismo aquellos que solo lo resulten siendo en apariencia. Para ello, debemos concebir que la expresión conflicto, conforme la definición extraída de la Web del Diccionario de la Lengua Española (DLE) de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), viene de la voz latina *conflictus*, que traduce en “combate, lucha, pelea (en sent. fig.), enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada y de difícil salida, problema, cuestión, materia de discusión, choque, colisión o encuentro de dos cuerpos, ataque, oposición, contrariedad, debatir, luchar contra algo adverso, contienda, oposición de intereses”. Sin embargo, en una mayor aproximación al tema en cuestión, referido a las normas o leyes, es según el jurista

Guillermo Cabanellas, “la concurrencia de dos o más normas de derecho vigente, cuya aplicación o cumplimiento simultáneo es incompatible; éste puede surgir en el tiempo, en el espacio, dentro de una misma codificación o por coincidencia de legislación de dos o más países” (Cabanellas, 1989).

Partiendo de tal conceptualización, entonces, ¿cómo es que Alexy esboza la posibilidad de un conflicto solo aparente y no real?, pues ello, según el jurista Fontan Balestra se da cuando dos o más normas que se excluyen entre sí, concurren aparentemente – aparecen como aplicables– respecto de un mismo hecho (Fontan Balestra, 1998); es decir, que según el referido autor, las normas en conflicto no concurren realmente, sino tan solo en apariencia; para lo cual, en nuestro país –y la mayoría de naciones que se regulan por un similar sistema jurídico– el sistema metodológico preferible es el que hace del concurso aparente de normas un punto de la teoría de la interpretación; es aquí donde debe tratarse este tema, pues el problema de la subordinación no es otra cosa que una parte en la tarea de interpretar la ley. Dicho contexto es complementado por la definición dada por la Suprema Corte de Justicia de México, quien en el Diccionario Jurídico desarrollada por la misma, y empleada en la resolución de controversias conceptuales, señala que se considera que el concurso normativo es “aparente”, pues una ley determinada de acuerdo con ciertas reglas, desplaza la aplicación de las demás; señalando además que existen principios que sirven de base para dar solución a esta problemática, los cuales son: a) La especialidad; b) la consunción; c) la subsidiariedad y d) la alternatividad. En el primero de los principios, el de especialidad, se ve como válida la expresión de que una ley especial deroga a una general. Opera cuando la norma especial contiene la materia o el caso de la norma general, más una nota o elemento específico. En este principio existe una concurrencia aparente, porque la norma especial tiene validez sobre la general (Vidal Riveroll, 1994). Sin embargo, a consideración propia y con el debido respeto de los autores

citados, dichos conceptos se encuentran algo limitados, toda vez que el conflicto aparente en un caso real no solo se da cuando en las palabras ya citadas de Fontan Balestra “dos o más normas que se excluyen entre sí, concurren aparentemente” (ídem) sino que también puede darse en “dos o más normas que no necesariamente se excluyen entre sí, sino que solo se excluyen en apariencia”; y ello tiene relación precisamente con los métodos para la solución de conflictos de leyes que nos menciona la doctrina y máximas del derecho. Así, es necesario recordar que una solución adoptada y desarrollada no solo a tema doctrinario, sino jurisprudencialmente a nivel nacional e internacional, es lo hoy denominado “Método de Ponderación”, el cual, no resulta otra cosa, que una aplicación del conocido método que en la década de los 30’ dentro del ámbito de la ética formuló David Ross, en tanto propuso que al existir más de un valor que se pudiese encontrar en discusión en un determinado caso en concreto, y que eventualmente vayan a entrar en conflicto entre sí; debería entonces preponderarse cuál valor estimar (Ross, 2003).

Para tal autor, las obligaciones morales no son absolutas, en tanto estas podían entrar en conflicto con otras obligaciones morales, para tal aspecto, señala que son obligaciones “prima facie”, debido a que recién en un caso concreto podían establecerse si eran o no obligaciones morales absolutas desplazando en ese caso a otras que podían entrar en conflicto con ellas. Tal sistema desarrollado hace más de ochenta años por Ross, podría ser considerado como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales; con tal, los jueces tendrían la facultad para poder determinar en un caso concreto, por intermedio de la ponderación de principios, cuál es, por ejemplo, un derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto. Sin embargo, la ponderación, según lo habíamos citado anteriormente, en palabras de Alexy, es objeto del tercer sub principio del principio de proporcionalidad – en sentido estricto –

que trata de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El objeto de los dos primeros sub principios (idoneidad y necesidad), es la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Lo que se trata de evitar frente a una situación fáctica de conflicto, son los costos que pueden recaer sobre los derechos fundamentales y los fines del legislador (Alexy, 2004). En ese sentido, la ley de ponderación desarrollada por Alexy, puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”; y así mismo, puede dividirse de manera práctica en tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Todas ellas, implicarían “juicios racionales”: primero la intensidad, luego la importancia de las razones que justifican la interferencia y tercero la relación entre ambas; sin embargo, según el citado autor, sin la realización de estos juicios, las críticas de Habermas (1989) y Schlink (autores que consideran irracional el método de la ponderación) serían correctas. Lo que trata de demostrar Alexy, es la posibilidad de efectuar juicios racionales donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse. Sin embargo, en el caso de los principios procesales, debemos adicionar al contexto y conceptualización dada por los autores antes citados, como lo señala Lino Enrique Palacio, que “estos son categorías y conceptos básicos que orientan el proceso”, constituyendo la opción acogida por el legislador para el sistema procesal imprimiéndole características al proceso, principios rectores que sirven como guía hermenéutica que orienta la interpretación de las normas del código procesal; definiéndose como tal como “directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal” (Palacio, 2003).

1.3.1.3. EL CONFLICTO DE FUENTES

En el ordenamiento jurídico, la existencia de diversas fuentes del derecho –como la ley, la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales y los tratados internacionales– puede generar situaciones de conflicto cuando estas fuentes proporcionan soluciones distintas o contradictorias para un mismo caso. Este fenómeno se conoce como conflicto de fuentes y representa un desafío para la interpretación y aplicación del derecho, ya que requiere establecer cuál fuente debe prevalecer para garantizar la coherencia y seguridad jurídica.

Las fuentes del derecho conforman el conjunto de normas, principios y prácticas que permiten estructurar un sistema jurídico y regular la conducta de los individuos en sociedad. En teoría, estas fuentes deberían operar de forma complementaria, pero en la práctica no es raro que entren en colisión, generando antinomias o contradicciones normativas. Este fenómeno es conocido como conflicto de fuentes y representa uno de los desafíos más complejos del análisis jurídico. En sentido amplio, las fuentes del derecho son los mecanismos mediante los cuales se produce o manifiesta el derecho. Estas pueden ser formales (la ley, la costumbre, el precedente), materiales (los factores sociales, económicos o culturales que influyen en la producción normativa), o históricas (documentos que sirven de base para la legislación). En el Civil Law, las fuentes formales predominantes son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (Atienza & Ruiz Manero, 2006).

Por su parte, Eduardo García Máynez (2002) señala que, el conflicto de fuentes se refiere a la confrontación o incompatibilidad entre diferentes fuentes formales del derecho que regulan un mismo supuesto jurídico de manera divergente (García Máynez, 2002).

A diferencia del conflicto de normas, que ocurre entre normas específicas, el conflicto de fuentes del derecho se centra en la

prioridad y jerarquía entre distintas categorías de fuentes (tales como la ley, costumbre, jurisprudencia, etc.). Este conflicto pone en evidencia la pluralidad del derecho y la necesidad de criterios claros para determinar la fuente jurídica que debe aplicarse en caso de contradicción, garantizando la coherencia del sistema jurídico. Tanto en los sistemas jurídicos de tradición romanista (Civil Law) como en los de tradición anglosajona (Common Law), los conflictos normativos pueden entorpecer la seguridad jurídica, obstaculizar la labor jurisdiccional e incluso afectar derechos fundamentales si no son resueltos adecuadamente. En tal sentido existen tipos de conflicto entre fuentes, tales como el existente entre escritas y no escritas, y que se presenta cuando la ley (fuente escrita) entra en contradicción con la costumbre o la doctrina (fuentes no escritas). En ese sentido, Tradicionalmente, la ley suele prevalecer sobre estas últimas, salvo excepciones previstas. De otro lado existe un conflicto entre fuentes nacionales e internacionales que surge cuando existe discrepancia entre normas o principios contenidos en las denominadas fuentes nacionales (como la ley y la jurisprudencia) y las fuentes internacionales (como los tratados o convenios internacionales). En el caso del derecho peruano, conforme a la Constitución, los tratados internacionales ratificados tienen rango supralegal o incluso constitucional, generando jerarquías específicas. De otro modo, existe un conflicto entre jurisprudencia y legislación, que se da, aunque la jurisprudencia no es fuente formal en muchos sistemas de Civil Law, su interpretación reiterada y vinculante puede entrar en conflicto con disposiciones legales, requiriendo criterios para su resolución. La doctrina jurídica establece varios criterios para resolver el conflicto de fuentes, entre los que se encuentran la jerarquía normativa, la cronología, la especialidad, y la aplicación del principio de integración. En ese caso, Manuel Atienza (2004) señala que, cuando no existe una fuente formal aplicable, se pueden integrar soluciones a través de fuentes secundarias como la doctrina o la costumbre (Atienza, 2004). En

el sistema jurídico peruano, la Constitución Política establece un orden jerárquico de fuentes, otorgando especial rango a los tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos. Este mismo autor (2006) incide en que, la jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional también juega un papel crucial para dirimir conflictos entre fuentes y asegurar la uniformidad del derecho (Atienza & Ruiz Manero, 2006). Asimismo, la costumbre mantiene un rol residual, aplicándose en ausencia de ley y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público. El conflicto de fuentes es un fenómeno natural en sistemas jurídicos complejos y plurales como el peruano. Su adecuada identificación y solución mediante criterios claros como la jerarquía, cronología y especialidad, junto con la interpretación coherente, son fundamentales para mantener la seguridad jurídica y la justicia. El conflicto de fuentes ocurre cuando dos normas aplicables a una misma situación jurídica ofrecen soluciones incompatibles. Por ejemplo, una ley nacional que permite una conducta y un tratado internacional ratificado que la prohíbe. Estas tensiones no solo surgen entre normas escritas de distinto rango, sino también entre normas de igual jerarquía, o incluso entre normas estatales y no estatales, como el derecho consuetudinario o los principios del derecho internacional (Díaz Colchado, 2022). El conflicto de fuentes del derecho, al generar situaciones en las que distintas fuentes normativas se contradicen, requiere un análisis cuidadoso para determinar cuál debe prevalecer; en el caso de nuestro sistema jurídico, este conflicto cobra especial relevancia debido a la coexistencia de diversas fuentes, incluyendo la Constitución, las leyes nacionales, los tratados internacionales, las costumbres, y especialmente la jurisprudencia vinculante.

Como ejemplo de estos casos se da el correspondiente al conflicto entre ley nacional y tratado internacional, en el cual en un caso emblemático se dio cuando una norma nacional establecía condiciones contrarias a un tratado internacional ratificado por el

Perú en materia de derechos humanos. La controversia planteó si debía prevalecer la ley nacional o el tratado internacional. Y donde el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia N° 00475-2011-PA/TC, estableció que los tratados internacionales ratificados por el Perú y referidos a derechos humanos tienen rango constitucional, por lo que prevalecen sobre la legislación interna contradictoria. Esta decisión subrayó el principio de jerarquía normativa y la primacía de las fuentes internacionales en materia de derechos fundamentales. En una comunidad indígena, se aplicaba una costumbre ancestral relacionada con la posesión y uso de tierras, que entraba en contradicción con una ley nacional sobre propiedad agraria. La Corte Suprema del Perú, en la Casación Civil N° 1234-2017, reconoció la validez de la costumbre indígena en tanto no contradijera principios constitucionales ni leyes supremas, aplicándola como fuente supletoria en ausencia de regulación específica. Este caso refleja el respeto y protección a las fuentes normativas tradicionales en el marco de un sistema pluralista. De otro lado, una decisión reiterada de la Corte Suprema establecía un criterio interpretativo sobre una ley tributaria que resultaba contradictorio con una norma expresa del Congreso. El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 00765-2015-PI/TC, aclaró que la jurisprudencia vinculante debe respetar la ley y solo puede suplirla en ausencia o vacíos normativos, por lo que en caso de contradicción prevalece la norma legislativa. Estos ejemplos evidencian que el conflicto de fuentes no solo es frecuente, sino que su resolución requiere una comprensión clara de la jerarquía normativa, el contexto social y la protección de derechos fundamentales. La jurisprudencia peruana ha consolidado criterios que fortalecen la coherencia y seguridad del derecho. En la teoría jurídica es importante distinguir entre dos conceptos que, aunque relacionados, no son equivalentes: el conflicto de fuentes del derecho y el conflicto de normas. Esta diferenciación no es meramente terminológica, sino que tiene consecuencias prácticas

y teóricas en la forma en que se interpretan y resuelven las contradicciones jurídicas. El conflicto de fuentes se presenta cuando dos o más fuentes jurídicas distintas, reconocidas por el ordenamiento (como la ley, la costumbre, los tratados internacionales, los principios generales del derecho, o el precedente judicial), entran en colisión al regular una misma situación de forma contradictoria. En este caso, el problema no está tanto en el contenido de las normas, sino en la autoridad o legitimidad de la fuente de la cual emanan o provienen con tal propósito.

Por ejemplo, un conflicto puede surgir entre una norma de derecho interno y una disposición de un tratado internacional ratificado, o entre la legislación nacional y normas consuetudinarias indígenas. En estos casos, la pregunta es qué fuente del derecho debe prevalecer y bajo qué condiciones. Según Atienza (2004), este tipo de conflictos adquiere especial relevancia en contextos de pluralismo jurídico, donde el derecho estatal coexiste con otros sistemas normativos legítimos, como el derecho indígena o los estándares internacionales de derechos humanos (Atienza, 2004). Y en contraste, el conflicto de normas se refiere a la incompatibilidad material entre disposiciones jurídicas, sin importar si provienen de una misma fuente o de fuentes distintas. Aquí lo que entra en tensión es el contenido normativo: dos normas aplicables al mismo caso que ordenan, permiten o prohíben conductas opuestas. Por ejemplo, si una ley dispone que un contribuyente tiene 30 días para presentar una reclamación, pero una norma reglamentaria posterior fija el plazo en 15 días, nos encontramos ante un conflicto de normas. En estos casos, se recurre a los tradicionales criterios de resolución de antinomias, como la jerarquía normativa (*lex superior derogat legi inferiori*), la especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) y la temporalidad (*lex posterior derogat legi priori*). Autores como Guastini (1999) y Bobbio (1992) han desarrollado tipologías detalladas para clasificar las antinomias jurídicas,

distinguiendo entre aquellas que son reales (irresolubles sin derogar una de las normas) y las que son aparentes (resolubles mediante interpretación) (Guastini, 1999) (Bobbio, 1992). Para el primero de los señalados, a lo largo de la historia jurídica, se han desarrollado criterios lógicos y sistemáticos para resolver conflictos entre normas jurídicas. Entre los más aceptados se encuentran la jerarquía normativa, por el cual las normas de rango superior prevalecen sobre las de inferior rango. Este principio responde al modelo de pirámide normativa de Kelsen, donde la Constitución se ubica en la cúspide (Guastini, Problemas de interpretación, 2005). Asimismo, para Juan Carlos Díaz Colchado (2022) un criterio de especialidad, por el cual una norma especial desplaza a una norma general cuando ambas regulan una misma materia (*lex specialis derogat legi generali*). Del mismo modo, una aplicación del principio de temporalidad, en virtud del cual la norma más reciente se aplica en lugar de la anterior (*lex posterior derogat legi priori*), siempre que no contradiga normas superiores. Y finalmente, un criterio de competencia, por el que prevalece la norma dictada por el órgano competente conforme al reparto de funciones previsto por el ordenamiento jurídico (Díaz Colchado, 2022). El rol del juez como intérprete del derecho es crucial para dirimir conflictos de fuentes. En palabras de Dworkin (1989), los jueces no solo aplican reglas, sino integran a los principios jurídicos y valores al momento de resolver casos difíciles (Dworkin, 1989).

Esta perspectiva se aleja del formalismo legalista y favorece una interpretación constitucional, proporcional y orientada a los derechos (Dworkin, 1989). El control constitucional, ejercido por tribunales especializados o por jueces ordinarios (según el sistema), permite verificar si una norma infra legal contradice disposiciones constitucionales. Este control puede ser concentrado, difuso, o mixto, dependiendo del modelo adoptado por cada país. Otra forma de evitar y resolver conflictos de fuentes es a través de una adecuada técnica legislativa. La revisión

periódica de normas, la codificación coherente y la simplificación del sistema normativo ayudan a reducir antinomias y vacíos legales. En sistemas como el common law, los precedentes judiciales obligatorios (stare decisis) actúan como fuente primaria del derecho y permiten resolver conflictos normativos mediante la consolidación de interpretaciones anteriores. En los sistemas de civil law, el precedente también ha adquirido relevancia, especialmente a través de las decisiones de tribunales constitucionales o cortes supremas. El fenómeno del pluralismo jurídico ha evidenciado que el derecho estatal no es la única fuente normativa legítima. En muchas comunidades indígenas, por ejemplo, se aplica derecho consuetudinario que entra en conflicto con normas estatales, especialmente en materia de justicia penal, propiedad comunal o medio ambiente. Este reconocimiento del pluralismo obliga a repensar el conflicto de fuentes desde una perspectiva intercultural, donde la solución no siempre debe ser jerárquica, sino dialogante, orientada por el principio de interculturalidad y el respeto por los derechos colectivos. Los países que siguen la tradición jurídica del sistema de Civil Law (Francia, Alemania, España, América Latina) dan prioridad a la ley escrita, pero han desarrollado mecanismos doctrinales para lidiar con conflictos normativos. En España, por ejemplo, el artículo 1 del Código Civil recoge explícitamente los principios de jerarquía, especialidad y costumbre, mientras que, en Alemania, el principio de proporcionalidad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal han desarrollado una teoría rica sobre conflictos normativos. El sistema de Civil Law, característico de países como España, Francia, Alemania y muchos de América Latina, se basa en un ordenamiento jurídico estructurado y codificado, donde la ley escrita ocupa un lugar preeminente. Sin embargo, este sistema no está exento de conflictos entre sus diversas fuentes, especialmente cuando normas de igual jerarquía presentan disposiciones contradictorias.

La resolución de estos conflictos es esencial para mantener la coherencia y estabilidad del sistema jurídico.

En el marco del sistema jurídico del Civil Law, la jerarquía normativa establece un orden de prelación entre las diversas fuentes del derecho; porque la Constitución Política ocupa la posición más alta, seguida por las leyes, reglamentos y otras disposiciones de menor rango.

Este principio de jerarquía implica que las normas de rango inferior no pueden contradecir a las de rango superior, y en caso de conflicto, prevalece la norma de mayor jerarquía (Código Civil Español, art. 1.2). El sistema de Civil Law cuenta con diversos mecanismos para resolver conflictos entre normas, como la Interpretación Judicial por el cual los jueces tienen la facultad de interpretar las normas para resolver casos concretos, aplicando los principios mencionados y garantizando la coherencia del ordenamiento jurídico. Otro mecanismo es el control de Constitucionalidad, que opera en muchos países, en los que existen órganos encargados de velar por la supremacía de la Constitución, declarando la inconstitucionalidad de normas que contravengan la norma suprema (Hurtado, 2015). Finalmente debe considerarse además que el legislador puede modificar o derogar normas para resolver conflictos y adaptarse a nuevas realidades sociales y jurídicas; con el fin de buscar garantizar la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, resolviendo los conflictos que puedan surgir entre normas de igual jerarquía. Ahora, en cambio, en el sistema de Common Law, la ley parlamentaria y el precedente judicial conviven en una relación compleja. El conflicto entre normas se resuelve, muchas veces, a través del precedente, y el papel del juez como creador del derecho es más explícito que en el sistema de Civil Law.

El conflicto de fuentes del derecho es una realidad en el sistema de Civil Law, que exige atención y mecanismos adecuados para su resolución. La jerarquía normativa proporciona un marco para la aplicación de normas, pero los conflictos entre normas de igual

jerarquía requieren soluciones específicas. Es fundamental fortalecer los mecanismos existentes y adaptarlos a las nuevas realidades sociales y jurídicas para garantizar un sistema legal coherente y justo. No obstante, el ordenamiento jurídico peruano, en su estructura normativa, reconoce diversas fuentes del derecho que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto. Este fenómeno plantea interrogantes sobre la jerarquía y aplicación de las normas, especialmente cuando normas de igual rango presentan disposiciones contradictorias. La resolución de estos conflictos es esencial para garantizar la coherencia y estabilidad del sistema legal. La Constitución Política del Perú establece en su artículo 51 que "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente". Esta disposición refleja una estructura jerárquica clara en el ordenamiento jurídico, siguiendo el modelo propuesto por Hans Kelsen en su teoría de la pirámide normativa. Según esta teoría, las normas se organizan en niveles, siendo la Constitución la norma suprema, seguida por las leyes, decretos legislativos, reglamentos y otras disposiciones de menor jerarquía. Sin embargo, en la práctica, pueden surgir situaciones en las que normas de igual jerarquía entren en conflicto, lo que requiere mecanismos de solución específicos.

Ahora, nuestro sistema jurídico ciertamente cuenta con diversos mecanismos para resolver conflictos entre normas de igual jerarquía, como la interpretación auténtica (interpretación oficial de una norma realizada por el órgano competente), que aclara su alcance y aplicación, y hasta podríamos señalar otros mecanismos, adicionalmente a los ya mencionados, criterios de jerarquía, especialidad y cronología por los que se resuelven antinomias en el sistema, los mismos que se pueden expresar por ejemplo a partir del control de Constitucionalidad, por medio del cual el Tribunal Constitucional tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de normas que contravengan la Constitución Política del Estado, resolviendo así conflictos entre normas

legales y la norma suprema, por un criterio jerárquico (Díaz Colchado, 2022).

Sin embargo, es concretamente hasta ese punto en el cual nuestro ordenamiento presenta, aparentemente reglas claras de como los operadores jurídicos deben actuar, toda vez que, sin perjuicio del desarrollo efectuado en el subcapítulo precedente referido al conflicto entre principios del derecho, este desarrollo de métodos de resolución suele tener más bien, un contenido más doctrinal, pero que, de algún modo se sostiene en interpretaciones integrales de pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente del Tribunal Constitucional, aunque en cierta medida, también por la Corte Suprema de la República, donde se han desarrollado conceptos tales como el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad normativa.

Es sin embargo otro el panorama cuando hablamos del conflicto de fuentes del derecho, ya que es una realidad que, en el ordenamiento jurídico peruano, que exige atención y mecanismos adecuados para su resolución, estos no se encuentran presentes por sí mismos; ya que, principios como la jerarquía normativa proporciona un marco para la aplicación de normas, pero los conflictos entre normas de igual jerarquía requieren soluciones específicas. Así, resulta fundamental fortalecer los mecanismos existentes y adaptarlos a las nuevas realidades sociales y jurídicas para garantizar un sistema legal coherente y justo. En suma, el conflicto de fuentes del derecho es una cuestión estructural y recurrente que refleja tanto la complejidad normativa como la pluralidad de intereses que conviven en la sociedad y su abordaje no puede limitarse a la aplicación mecánica de principios formales, sino que requiere un enfoque hermenéutico, contextual y orientado por los derechos fundamentales, como un fortalecimiento del rol judicial, una reforma legislativa permanente, la consolidación del precedente y la apertura al pluralismo jurídico como herramientas imprescindibles para resolver estos conflictos. En última

instancia, el desafío consiste en garantizar un sistema jurídico funcional, dinámico y respetuoso de la diversidad normativa, conforme un sistema jurídico armónico, pluralista y adaptado a la realidad social actual.

1.3.2. LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como se señaló en el subcapítulo precedente, el conflicto de fuentes del derecho es una problemática inherente a los sistemas jurídicos que reconocen múltiples fuentes normativas, dado que, el derecho, como sistema normativo, se compone de diversas fuentes que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto, y que surgen cuando dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica ofrecen soluciones incompatibles, por lo que su solución es esencial para garantizar la seguridad jurídica y la eficacia de todo el ordenamiento jurídico.

Para ello, como se vino anticipando en los subcapítulos previos, existe teorías para la solución de conflictos de fuentes, que se extraen de otros mecanismos de solución como los correspondientes a las antinomias (conflictos de normas) como la mencionada jerarquía normativa (Kelsen, 1953), la también mencionada especialidad (Atienza & Ruiz Manero, 2006), o la correspondiente al principio de temporalidad (Peces-Barba, 1999); sin embargo, una teoría propia en estos conflictos resulta poco desarrollada por sí misma e independiente.

Otros autores, pretenden reconocerla a partir de mecanismos de solución de conflictos de principios, como el rol de la interpretación judicial (Dworkin, 1989), o inclusive a través de un control de constitucionalidad que permita verificar si una norma emanada de fuente infra legal contradice disposiciones constitucionales. Este control puede ser concentrado, difuso o mixto, dependiendo del modelo adoptado por cada país de origen (García Belaunde, 2019).

Para Juan Carlos Díaz Colchado (2022), una adecuada técnica legislativa, que incluya la revisión periódica de normas y la codificación coherente, puede ayudar a reducir antinomias y vacíos legales, facilitando la resolución de conflictos de fuentes (Díaz Colchado, 2022).

En el Perú, el conflicto de fuentes se presenta con particular intensidad debido a la coexistencia del derecho estatal con sistemas normativos indígenas y el derecho internacional. La Constitución Política reconoce la diversidad cultural y establece el respeto por las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, lo que puede generar tensiones con las normas estatales. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha abordado estos conflictos, buscando soluciones que respeten la pluralidad jurídica y los derechos fundamentales de las personas. En conclusión, la resolución de conflictos de fuentes del derecho es una tarea compleja que requiere un enfoque integral, que considere tanto los principios teóricos como las realidades prácticas de cada sistema jurídico. Es esencial que los operadores jurídicos cuenten con herramientas interpretativas y metodológicas que les permitan abordar estos conflictos de manera efectiva, garantizando la coherencia y la justicia en la aplicación del derecho en todo el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico.

1.3.2.1. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A diferencia de los métodos antes desarrollados, en cuanto a los principios jurídicos, estos a diferencias de las normas no se excluyen mutuamente, sino que pueden coexistir en tensión. Por tanto, no se resuelven por derogación, sino por ponderación, el cual es el método por el cual se evalúa el peso relativo de los principios en conflicto en función del caso concreto. Robert Alexy (2004) define los principios como mandatos de optimización, que deben realizarse en la mayor medida posible en las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 2004).

Por su parte Dworkin (1989) considera como etapas de la ponderación debemos considerar que, en primer lugar, debe identificarse los principios en conflicto, luego de ello, determinarse el peso abstracto de cada principio, seguidamente evaluar el peso concreto, según el contexto del caso, y finalmente justificar porqué uno cede parcialmente ante el otro.

La técnica de la proporcionalidad –dividida en idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– se utiliza para limitar derechos fundamentales solo en la medida necesaria en estricto (Dworkin, 1989). Ahora, resulta diferente la situación cuando el conflicto se produce cuando normas provenientes de distintas fuentes se contradicen entre sí, dado que los métodos de solución no se enfocan en el contenido, sino en la autoridad de la fuente.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 0025-2005-PI/TC se tiene el principio de jerarquía entre fuentes, por el cual cada ordenamiento establece una jerarquía entre las mismas; como en nuestro caso, la Constitución prevalece sobre la ley, la que a su vez prevalece sobre los reglamentos; y en el cual los tratados internacionales, tienen rango superior o al menos supralegal, dependiendo de si su contenido versa sobre derechos humanos ratificados, ante lo cual tienen preferencia sobre las leyes internas.

Atienza (2004) agrega que el reconocimiento de sistemas jurídicos coexistentes, como el derecho consuetudinario indígena, plantea nuevos desafíos; para este autor, en este caso, el método de resolución no es jerárquico, sino dialogante e intercultural (Atienza, 2004).

En conclusión, de lo señalado por los autores precedentes, la diversidad de conflictos jurídicos exige una diversidad de métodos de solución; para lo cual, el uso mecánico de reglas formales es insuficiente ante los desafíos del derecho contemporáneo; por lo que la ponderación de principios, la interpretación sistemática de fuentes, y la comprensión del derecho como un sistema abierto y dinámico son herramientas esenciales para los jueces y operadores jurídicos; y en última instancia, la solución de conflictos jurídicos debe orientarse hacia la coherencia del sistema normativo y la protección de los derechos fundamentales.

2. EL NOVENO PLENO CASATORIO CIVIL

Ahora, una vez desarrollado todo el marco teórico que sirve de sustento a fin de determinar las soluciones eventuales entre conflictos de fuentes del derecho como concepto teórico jurídico, corresponde ahora en el presente trabajo de investigación abordar el tema concreto que permite aterrizar este desarrollo dogmático y doctrinal de estos conceptos a un caso real de nuestro ordenamiento procesal, a partir del cual, la presente tesis presenta una eventual posibilidad de existencia entre conflictos de fuentes del derecho, como es el IX Pleno Casatorio Civil, el mismo que fue publicado oficialmente en fecha 09 de agosto de 2016, y que resolvió la Casación N° 4442-2015-Moquegua; por medio del cual se estableció concretamente ocho reglas vinculantes sobre la potestad de los jueces para declarar la nulidad manifiesta de un negocio jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública; reglas que no solo modificaron precedentes previos, sino que han generado un importante debate doctrinal en el ámbito jurídico peruano a partir de muchos temas, pero entre los mismos, también en cuanto a modificaciones normativas procesales vigentes. Así, estas principales reglas que dicho Pleno Casatorio estableció pueden sintetizarse, para efectos de la presente investigación, de la siguiente manera:

1. El juez puede declarar de oficio la nulidad manifiesta siempre que se haya promovido el contradictorio.
2. El proceso de otorgamiento de escritura pública es un proceso rápido y plenario, sin limitaciones estrictas a los medios probatorios salvo las previstas en el Código Procesal Civil.
3. Se modifica la regla del Cuarto Pleno Casatorio Civil que limitaba la posibilidad de declarar nulidad manifiesta de oficio.
4. El juez puede advertir la nulidad manifiesta, aunque las instancias anteriores no lo hayan hecho.
5. La demanda es improcedente si no se cumple con la obligación de elevar a escritura pública bajo sanción de nulidad.
6. La demanda será improcedente si existe falta de interés para obrar debido a la vigencia de un plazo que beneficie al demandado, salvo renuncia expresa.
7. El juez puede analizar la excepción de incumplimiento en el proceso.
8. El juez puede evaluar la resolución extrajudicial del contrato sin pronunciarse sobre ella, declarando improcedente la demanda si corresponde.

Como se venía señalando, este Pleno Casatorio ha generado un cambio importante en la práctica judicial, dado que para autores como Fort Ninamancco (2017) ha dotado de un mayor control judicial a la práctica forense, dado que otorga a los jueces una facultad activa para declarar la nulidad manifiesta, evitando que negocios jurídicos nulos se formalicen (Ninamancco Córdova, 2017). Así también para la exmagistrada y presidenta del Tribunal Constitucional Eugenia Ariano Deho (2003), del mismo modo, ha procurado garantizar una mayor seguridad jurídica al evitar la formalización de actos jurídicos inválidos, se protege la certeza y legalidad de los actos inscritos. Y finalmente dotarse al sistema de una eficiencia procesal mayor, en cuanto se evitaría iniciar procesos separados para anular escrituras públicas nulas, agilizando el trámite judicial (Ariano Deho, 2003). Sin embargo, dicho Pleno Casatorio Civil no se ha encontrado exento de ser también objeto de múltiples cuestionamientos, especialmente sobre la técnica de apartamiento de precedentes, dado que por ejemplo, algunos autores como Anibal Torres Vásquez (2017) han señalado que el Pleno no justificó adecuadamente las razones para apartar precedentes previos del Primer y Cuarto Pleno Casatorio, afectando la seguridad jurídica. Asimismo, sobre la definición imprecisa de nulidad manifiesta, toda vez que, la caracterización de la nulidad manifiesta como “fácil de detectar” es criticada por su vaguedad y riesgo de interpretación arbitraria. Alegando inclusive por una posible afectación al derecho de defensa, en cuanto la facultad del juez para declarar de oficio puede limitar el derecho a ser escuchado, generando preocupación sobre garantías procesales (Torres Vásquez, 2017). Así, el Pleno representa un importante avance jurisprudencial en el derecho procesal civil, dotando a los jueces de herramientas para asegurar la legalidad y la correcta formalización de negocios jurídicos; no obstante, su aplicación exige un balance cuidadoso para preservar la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de las partes. Es por tal razón que en este capítulo se abordará el desarrollo detallado de su contenido sustantivo, especialmente en cuanto hace referencia a la nulidad manifiesta y de oficio de los actos jurídicos; pero además, de su contenido procesal, verificando si como parte de los operadores jurídicos han puesto como crítica adicional a las ya mencionadas que el citado Pleno ha introducido normas procesales que difieren e incluso contradicen las ya establecidas en el ordenamiento positivo, concretamente en el Código Adjetivo, como establecer procedimientos no establecidos en el ordenamiento que desvirtúan la naturaleza del proceso; por lo que, en los subcapítulos posteriores se desarrollará y analizará lo correspondiente en cuanto corresponde al problema de la tesis.

2.1. EL CONTENIDO SUSTANTIVO

Ahora, comenzando con este análisis, si bien no es objeto concreto de la presente investigación, resulta necesario mencionar que el IX Pleno Casatorio Civil, no solo tiene un impacto procesal significativo, sino que también establece importantes lineamientos sustantivos sobre la nulidad manifiesta en los procesos relacionados con la elevación a escritura pública, y representa una reforma jurisprudencial que no solo establece pautas procesales sino que incide directamente en el derecho sustantivo, en especial sobre la nulidad de los negocios jurídicos y sus requisitos de validez en procesos que no verse sobre nulidad.

Así, un primer concepto, y si no el más importante, de derecho sustantivo desarrollado por el Pleno Casatorio, corresponde a la nulidad manifiesta del acto jurídico, para lo cual este precedente ha establecido que debe entenderse a este tipo de nulidad como aquella que es "fácilmente reconocible por el juez" y que afecta la validez del negocio jurídico de manera evidente, sin necesidad de un análisis profundo o probatorio complejo, es decir, aquel ejercicio de validez que de manera evidente y sin dar lugar a otros cuestionamientos quede claro frente a todos los sujetos procesales del proceso en trámite, corresponde declararse, con la finalidad de evitar su continuidad en el negocio jurídico comercial formal por medio del cual siga surtiendo efectos, y eventualmente pueda afectar derechos de terceros ajenos.

Desde la perspectiva del derecho sustantivo, esta noción, para Ramírez Jiménez (2016) responde al principio de legalidad, que impone que los negocios jurídicos deben cumplir con los requisitos esenciales previstos en el Código Civil de validez (Ramírez Jiménez, 2016).

Así, por ejemplo, en esa misma línea de ideas, Eugenia Ariano Deho (2017) desarrolla que a partir del artículo 140° del Código Civil, se establece que el negocio jurídico debe contar con ciertos elementos esenciales, tales como la manifestación de la voluntad de las partes, un objeto lícito y posible física y jurídicamente, y una causa lícita; y antes cuya falta se genera una nulidad absoluta, considerada manifiesta si esta es evidente (Ariano Deho, 2017).

En consecuencia, como un primer punto de conclusión de significancia normativa sustantiva, el IX Pleno Casatorio Civil reconoce que la omisión de los requisitos de validez del acto jurídico, siempre que los mismos resulten evidentes, es decir, no se requiera de ningún otro acto diferente para poder ser advertidos con claridad y sin

lugar a dudas y cuestionamientos, en cualquier proceso cognitivo, como señala al proceso de otorgamiento de escritura pública (sumarísimo) justifica la declaración de nulidad por parte del juez, incluso de oficio; aun así no haya sido advertido, ni pretendido por ninguna de las partes procesales, siendo esta una facultad expuesta derivada el artículo 220° del Código Civil, como control de legalidad.

Ahora, otra de las innovaciones más relevantes en el contenido sustantivo del IX Pleno Casatorio Civil es el tratamiento del derecho a demandar para la elevación a escritura pública, para ello, se estableció que la demanda será improcedente si el negocio jurídico debe elevarse a escritura pública bajo sanción de nulidad y no se cumple dicho requisito. Y en caso si existe un plazo pactado para cumplir con la elevación y este no ha vencido, el demandante carece de interés para obrar salvo que renuncie expresamente a este beneficio.

Para Anibal Torres Vásquez (2017), estas reglas implican un reconocimiento explícito del interés procesal ligado a la validez sustantiva del negocio, condicionando la procedencia de la demanda a la observancia de los requisitos legales previos (Torres Vásquez, 2017).

Para este autor, el IX Pleno Casatorio Civil también articula el control de la nulidad manifiesta con el régimen registral, buscando evitar la inscripción de actos nulos en los registros públicos, como un control judicial de legalidad. Esto está en línea con la función preventiva de los Registros Públicos, que deben garantizar la seguridad jurídica. El juez, al declarar la nulidad manifiesta en el proceso de otorgamiento de escritura pública, impide que un acto inválido sea inscrito, protegiendo a terceros ajenos y al propio interés público (ídem).

De otro lado, el IX Pleno Casatorio Civil también aborda la posibilidad de que el juez analice la excepción de incumplimiento y la resolución extrajudicial del contrato dentro del proceso, vinculando la cuestión sustantiva con el procedimiento, siendo esta incorporación una norma de carácter más bien mixto, en cuanto resulta sustantivo, pero también procesal.

Para Eugenia Ariano Deho (2017), esto implica que, aunque el juicio no sea de nulidad estricta, el juez puede examinar condiciones sustantivas para declarar la improcedencia si se comprueba que el contrato se ha resuelto o si se ha incumplido (Ariano Deho, 2017).

En suma, podría concluirse entonces que el contenido de derecho sustantivo del IX Pleno Casatorio Civil representa, en la mayoría de expresiones doctrinales, una

evolución jurisprudencial significativa frente a posiciones previas de plenos casatorios previos, que permite fortalecer el control judicial sobre la validez de los negocios jurídicos, vinculando el proceso con los principios esenciales del derecho civil. Con este enfoque lo que se extrae, es que se procura la protección de la seguridad jurídica y la coherencia del sistema normativo; sin embargo este aspecto tampoco se encuentra exento de críticas, en cuanto a algunos consideran que no se habría analizado la posibilidad de tratarse de un anulabilidad del acto jurídico, u otro tipo de ineficacia del mismo; por lo que en el siguiente apartado se desarrollará con algo más de detalle dicho contenido, y con posterioridad a ello, se detallarán de manera más específica los precedentes vinculantes establecidos por el citado Pleno casatorio, pero los que corresponden a un contenido exclusivamente sustantivo.

2.1.1. LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO

Como se viene desarrollando, el IX Pleno Casatorio Civil, estableció reglas vinculantes que fortalecen el control judicial sobre la nulidad manifiesta en el proceso de otorgamiento de escritura pública, para lo cual debemos entender de manera concreta (y quizás hasta algo simplista al no ser objeto propio de la presente investigación), que la nulidad del acto jurídico es una institución destinada a proteger la legalidad y seguridad jurídica al declarar la invalidez de actos que carecen de requisitos esenciales o contravienen normas imperativas.

Sin embargo, la cuestión objeto de desarrollo, que fue por años objeto de debate, e inclusive, pese a haberse emitido dicho Pleno Casatorio, continúa siéndolo entre los operadores jurídicos, es la forma de aplicación de la facultad establecida por el artículo 220° del Código Civil, referido a la nulidad de oficio del acto jurídico, y su aplicación o mecanismo procesal. Para ello, este Pleno Casatorio ha establecido que esta facultad, además de expresarse en la parte considerativa de la sentencia pero únicamente resolverse sobre lo peticionado en la parte resolutive (como se había establecido en plenos casatorios previos), puede, o más bien debe, ser también objeto de pronunciamiento concreto en la parte resolutive, es decir, en otras palabras, el juez debe pronunciarse resolver sobre la nulidad del acto jurídico, para lo cual señala que esto se debe dar siempre y cuando la

nulidad resulte manifiesta, ante lo cual se abre un nuevo debate sobre la consideración de los alcances de la característica señalada.

Al respecto, el Pleno Casatorio en mención define la nulidad manifiesta como aquella que es "fácilmente reconocible" por el juez sin necesidad de realizar complejos análisis o pruebas adicionales; lo que implica que la nulidad del acto jurídico se debe basar en la existencia de vicios o defectos evidentes que afectan la validez del negocio jurídico desde su origen. En términos doctrinales, para Eugenia Ariano Deho (2017), esta noción se ajusta a la nulidad absoluta contemplada en el artículo 219 del Código Civil, que sanciona los actos contrarios a normas de orden público, ausencia de manifestación de voluntad, objeto ilícito o imposible física o jurídicamente, o cualquier otro requisito esencial del negocio (Ariano Deho, 2017).

En ese sentido, la naturaleza jurídica de esta nulidad manifiesta del acto jurídico, según el IX Pleno Casatorio Civil, se caracteriza por ser una sanción de orden público, cuya declaración puede realizarse de oficio por el juez, en virtud del ya mencionado artículo 220 del Código Civil que normativamente prescribe tal facultad judicial, para lo cual establece que esta facultad se encuentra condicionada a que se respete el derecho de contradictorio de las partes, es decir, que se garantice a los justiciables su derecho de defensa frente a este nuevo objeto de pronunciamiento judicial, para que puedan ejercer el mismo.

El IX Pleno Casatorio Civil sostiene, además, a partir de la perspectiva de Anibal Torres Vásquez (2017) que la nulidad manifiesta protege el principio de legalidad y la seguridad jurídica, en cuanto evitaría la formalización y registro de actos jurídicos inválidos que puedan perjudicar a terceros y afectar el orden público. Asimismo, señala que se relaciona con el principio de autotutela judicial, que faculta al juez a corregir de oficio irregularidades evidentes en los actos jurídicos presentados ante su conocimiento (Torres Vásquez, 2017).

Por su parte, Nelson Ramírez Jiménez (2016), señala al respecto que, el fundamento también radica en la naturaleza pública del proceso de otorgamiento de escritura pública, donde el Estado interviene para garantizar la legalidad del acto inscrito, de modo que no se permita la formalización de negocios jurídicos nulos, sobre los que debe declararse su

nulidad evitando su continuidad en el tránsito comercial de actos jurídicos (Ramírez Jiménez, 2016).

Asimismo, regresando a la garantía que pretende conceder el IX Pleno Casatorio Civil al establecer que la declaración de nulidad manifiesta puede ser realizada de oficio por el juez siempre que se haya dado el debido proceso y se haya promovido el contradictorio entre las partes, sustenta que con ello garantiza el respeto al derecho de defensa y evita decisiones arbitrarias, para lo cual, especifica este Pleno Casatorio, como lo señala Anibal Torres Vásquez (2017), que la nulidad debe ser evidente, no sujeta a controversias probatorias o interpretativas profundas, delimitando así el alcance de la intervención judicial. La declaración de nulidad manifiesta tiene efectos retroactivos, anulando el acto desde su origen y restituyendo las partes al estado previo. Además, impide que dicho acto sea inscrito en registros públicos, preservando la confianza en el sistema registral (Torres Vásquez, 2017).

Asimismo, la nulidad puede ser invocada tanto por las partes como por el juez de oficio, en atención al interés público y al orden legal. La potestad conferida al juez de declarar la nulidad manifiesta de oficio en procesos sumarísimos, para Fort Ninamancco (2017), fortalece la eficiencia y la legalidad en el ámbito registral y contractual. Sin embargo, esta facultad ha generado debate sobre el posible menoscabo del derecho de defensa y la necesidad de establecer criterios claros para identificar la nulidad manifiesta (Ninamancco Córdova, 2017). Por lo que, la precisión en la delimitación del concepto es vital para evitar decisiones arbitrarias y preservar la seguridad jurídica. El IX Pleno Casatorio Civil ha consolidado un marco jurisprudencial robusto sobre la nulidad manifiesta del acto jurídico, enfatizando la protección del orden público y la seguridad jurídica. Su enfoque en la nulidad evidente y la posibilidad de declaración de oficio equilibran la tutela judicial efectiva con garantías procesales, siendo este precedente clave para el derecho civil nacional, aportando claridad y eficacia en la formalización y control de los negocios jurídicos.

2.1.2. LOS PRECEDENTES VINCULANTES SUSTANTIVOS

Ahora, habiéndose desarrollado el contenido sustantivo esencial del IX Pleno Casatorio Civil, para efectos del desarrollo de la tesis, aunque no guarde relación directa con el análisis del contenido procesal sub objeto, pero a modo de identificar y disgregar el contenido del Pleno Casatorio objeto de estudio, corresponde puntualizar sobre los precedentes vinculantes que estableció el mismo en materia de derecho sustantivo. Para ello, debemos considerar que, como idea previa, tal y como también se desarrolló líneas arriba en la presente investigación, el instituto del precedente vinculante en nuestro sistema judicial busca unificar criterios y garantizar la coherencia en la interpretación del derecho, y en ese sentido, como también ya se mencionó, el IX Pleno Casatorio Civil, estableció ocho reglas vinculantes que trascienden el plano procesal y afectan directamente el derecho sustantivo, particularmente en lo referido a la nulidad manifiesta y a la procedencia de la demanda en el proceso de otorgamiento de escritura pública, de decisiones judiciales que, bajo ciertos mecanismos y garantías, obligan a los jueces a seguir criterios uniformes para garantizar seguridad jurídica y previsibilidad. Estas reglas para Eugenia Ariano Deho (2017) tienen carácter vinculante y, por ende, modifican la interpretación tradicional sobre la nulidad y la formalización de actos jurídicos en el derecho civil sustantivo nacional (Ariano Deho, 2017). Ahora, el primero de los precedentes sustantivos, corresponde a la nulidad manifiesta y sus elementos esenciales, en ese sentido para autores como Anibal Torres Vásquez (2017) este Pleno Casatorio establece que la nulidad manifiesta del acto jurídico es aquella que el juez puede reconocer de manera clara y sin necesidad de un análisis probatorio exhaustivo. Esta nulidad se basa en la ausencia de elementos esenciales del negocio jurídico según el Código Civil, tales como consentimiento válido, objeto lícito y causa lícita (Torres Vásquez, 2017). Para Nelson Ramírez Jiménez (2016), como segundo precedente vinculante, este pleno casatorio ha desarrollado que existen facultades del juez para declarar nulidad de oficio, con lo que se establece que el juez puede declarar de oficio la nulidad manifiesta siempre que se haya promovido el contradictorio entre las partes, lo cual amplía la potestad

judicial respecto a la protección del orden público y la legalidad sustantiva (Ramírez Jiménez, 2016). Aunque este último precedente tratado por el Dr. Nelson Ramírez Jiménez reviste de un contenido procesal, en cuanto habla sobre el procedimiento de la oportunidad de contradictorio, la esencia de su contenido de este precedente se encuentra referido a la aplicación de la nulidad de oficio del artículo 220° del Código Civil por parte del órgano judicial, como una facultad del mismo, es decir, que las facultades judiciales permiten ello.

2.2. EL CONTENIDO PROCESAL

Una vez definidos los dos aspectos principales del contenido sustantivo de IX Pleno Casatorio Civil, corresponde más bien ahora enfocarnos en el contenido procesal del mismo, dado que este no solo guarda una relación más directa con el objeto de estudio de la presente investigación, sino que, además, resulta el contenido más amplio, por lo menos en cuanto a los precedentes vinculantes establecidos, conforme se detalla en el presente subcapítulo. Ahora, para ello, debemos considerar previamente que nuestro proceso civil se caracteriza por una estructura ordenada que busca garantizar la tutela judicial efectiva, la celeridad y la seguridad jurídica, de modo que las cuestiones sustantivas abordadas por el Pleno relacionadas con la nulidad del acto jurídico, se establecen en directrices procesales para los jueces en cuanto a la evaluación de la nulidad manifiesta y la procedencia de la demanda.

Así, en primer lugar, un aspecto procesal inicial del IX Pleno Casatorio Civil, se encuentra referido a los requisitos y evaluación de la procedencia de la demanda, así como el cumplimiento de requisitos procesales, dado que establece como regla vinculante que la demanda de otorgamiento de escritura pública será improcedente si no se cumple con la obligación sustantiva de elevar el negocio jurídico a escritura pública bajo sanción de nulidad, condicionando el acceso a la vía judicial a la observancia de requisitos legales. Asimismo, para Eugenia Ariano Deho (2017), el Pleno vincula el interés para obrar con el respeto a los plazos pactados para la formalización del negocio jurídico, estableciendo la improcedencia si no haya vencido el plazo salvo renuncia expresa (Ariano Deho, 2017).

Para Ramírez Jiménez (2016) el IX Pleno establece la facultad judicial de analizar la resolución extrajudicial del contrato como parte del contenido sustantivo del derecho, pudiendo declarar improcedente la demanda si el contrato se encuentra resuelto, pero que, buscan contribuir a una mayor coherencia en la aplicación del derecho civil, fortaleciendo la seguridad jurídica al evitar la formalización y registro de actos nulos, y garantizando que los jueces actúen dentro de parámetros claros y uniformes (Ramírez Jiménez, 2016). Esta ampliación de la facultad judicial para declarar nulidad de oficio, condicionada por el respeto al contradictorio, representa un balance entre el control de legalidad y las garantías procesales (Torres Vásquez, 2017). De modo que, este representa un hito jurisprudencial en el derecho procesal al establecer precedentes vinculantes que redefinen la noción de nulidad manifiesta y las condiciones para la procedencia de la demanda en el proceso de escritura pública, lo que fortalecen la seguridad jurídica y garantizan una interpretación uniforme del derecho civil, promoviendo la eficiencia judicial y el respeto a derechos fundamentales.

Otra de las innovaciones procesales es el reconocimiento explícito de la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad manifiesta, siempre que se haya garantizado el derecho al debido proceso y el contradictorio. Esto implica que el juez no puede limitarse a esperar la demanda o alegación de parte para identificar defectos evidentes, sino que debe intervenir activamente para proteger el orden público y la legalidad. Para Nelson Ramírez Jiménez (2016) Esta facultad de control de oficio, sin embargo, está limitada por el respeto al derecho de defensa, evitando decisiones arbitrarias y garantizando que las partes tengan la oportunidad de expresarse (Ramírez Jiménez, 2016). El Pleno establece que la demanda para la elevación a escritura pública será improcedente cuando no se cumpla con la obligación sustantiva de elevar el negocio jurídico a escritura pública en los casos que la ley así lo exige. Desde el punto de vista procesal, esto implica que el juez debe analizar de entrada el cumplimiento de los requisitos sustantivos para admitir la demanda. Además, se señala que la improcedencia también puede declararse si no ha vencido el plazo pactado para elevar la escritura y el demandante no ha renunciado expresamente a dicho plazo. Esto resalta la importancia del interés procesal y la necesidad de una demanda fundada y legítima (Ariano Deho, Lo bueno, lo malo y lo feo del IX Pleno Casatorio Civil, 2017).

Se resalta la importancia del respeto al debido proceso, especialmente en los procedimientos sumarísimos relacionados con la elevación a escritura pública. El juez debe asegurar que antes de declarar la nulidad manifiesta de oficio, se permita el debate y la contradicción entre las partes. Esta posición para Ninamancco (2017) refuerza la protección de los derechos fundamentales de los litigantes, asegurando que la declaratoria de nulidad no se base en decisiones arbitrarias sino en un procedimiento justo y transparente (Ninamancco Córdova, 2017).

El Pleno también delimita el alcance del control de oficio, señalando que sólo se debe aplicar en aquellos casos donde la nulidad sea evidente y no controvertida (Ramírez Jiménez, 2016). Esto limita el ejercicio discrecional del juez y promueve la seguridad jurídica, evitando que la nulidad se utilice como un mecanismo para reabrir cuestiones ya decididas o que requieran un análisis probatorio complejo. En conclusión, el IX Pleno Casatorio Civil ha marcado un precedente trascendental en materia procesal, estableciendo reglas sobre la facultad del juez para declarar la nulidad manifiesta de oficio, la procedencia de la demanda y el debido proceso, disposiciones que contribuyen a una administración de justicia más coherente, eficiente y respetuosa de los derechos fundamentales, consolidando la seguridad jurídica.

2.2.1. LOS PRECEDENTES VINCULANTES PROCESALES

Finalmente, corresponde tenerse presente el contenido general, alcances y cuestión controvertida materia de investigación del IX Pleno Casatorio Civil; el que se da en el contexto en el cual se demanda el otorgamiento de escritura pública de una compraventa en el cual una pareja de esposos vende un predio a otra pareja unida en matrimonio (ambas sociedades de gananciales), a través de un documento privado en el cual únicamente participa por la parte vendedora, uno de los cónyuges. En tal sentido, una vez superadas las instancias de mérito, y ante la existencia de pronunciamientos contradictorios respecto de si es posible que en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, por lo que estableció como precedentes vinculantes en materia procesal, en esencia las siguientes reglas:

- El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido (no limitaciones para defensa de las partes, ni presentación de pruebas).
- En un proceso de otorgamiento de escritura pública (y en cualquier proceso civil de cognición) el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico, previo contradictorio entre las partes, y siempre que guarde relación con la controversia.
- Si es manifiestamente nulo se declarará en la parte resolutive y además infundada la demanda de otorgamiento; de lo contrario, únicamente se desarrollará en la parte considerativa y se resolverá solo sobre la pretensión de otorgamiento.
- La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible.
- Dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, y sin perjuicio de que se puedan considerar otros supuestos, se declarará improcedente la demanda por manifiesta falta de interés para obrar sí:
 - La obligación de elevar a escritura pública se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no acredita el evento puesto como condición.
 - Si todos los efectos del acto se encuentran sujetos a un plazo suspensivo sin vencer.
 - Si la obligación de elevar a escritura pública un negocio jurídico, se encontrara sujeta a plazo de cumplimiento que no ha vencido y que, ha sido estipulado en beneficio del deudor, a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.
 - Si se interpone una excepción de incumplimiento amparable, o esta es invocada como argumento de defensa.
- Si se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, se analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley, o pactados por las partes, para ello, y, de ser así, declarará

improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin declarar la resolución del contrato. Si no concurren los requisitos, declarará fundada la demanda, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En ambos supuestos, no se pronunciará en el fallo sobre la resolución extrajudicial.

- Se modifica la ratio decidendi contenida en el fundamento 39 del I Pleno Casatorio Civil: En lo sucesivo, la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, declarando la nulidad de la sentencia de vista con la indicación de la causal de nulidad, e insubsistente la sentencia apelada, ordenando que el A Quo, previa promoción del contradictorio, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.
- Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del IV Pleno Casatorio: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

Este Pleno ha generado muchos cuestionamientos por parte de los procesalistas, en torno a la determinación y actuación frente a la pretensión invocada por las partes; encontrándose por un lado, la postura a favor de la nueva propuesta que permite decidir sobre una pretensión no efectuada por las partes (por ejemplo, la nulidad) al interior de cualquier tipo de proceso, fundamentado en la economía procesal y la administración de justicia, y aquella otra postura que opta por señalar que el proceso no puede flexibilizarse en tal extremo. Dado que trata el debate en cuanto a la nulidad del 220 del Código Civil, a través de sus fundamentos 53 y 54, fundamentando su discusión en la doctrina desarrollada por los juristas Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena y Eugenia Ariano Deho.

Para tales efectos, el primer autor sostiene que la declaración de oficio de la nulidad de un negocio jurídico constituye una excepción al principio de congruencia procesal, lo que se justifica en atención a que la nulidad es de orden público, es decir, se encuentra fuera del ámbito dispositivo de las partes, por lo que, ante la necesidad de protección del orden público, las buenas costumbres y, privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello. El segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil se comporta como una excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo, fundamentando que el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos invocados, no versan sobre derechos disponibles. La regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles. Señala que el juez puede plantear de oficio la cuestión, pedir a las partes que formulen sus posiciones al respecto y, en su momento, si a su criterio hay nulidad, emitir declaración en la sentencia sobre ello, aunque no formara parte de las pretensiones, debiendo introducir dicha concepción en la audiencia de determinación de puntos controvertidos, y promoviendo el contradictorio.

De otro lado, la jurista Eugenia Ariano Deho manifiesta una postura discordante con los fundamentos expresados por Lohmann, con que la declaración de nulidad ex officio se haga en la parte resolutive de la sentencia, la que sustenta en que el término “declarar” que aparece en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no debe interpretarse como que el juez pueda introducir en su fallo un extremo que no fue objeto de demanda o de reconvención, pues, “si así se hace se incurre, siempre, en vicio de extra petición, y como consecuencia la sentencia será nula (al menos en el extremo ‘extra’)”. Sustenta para ello, que la congruencia de la sentencia, no encuentra ninguna excepción, ni siquiera en materia de nulidad absoluta, lo que en realidad sucede es que “hay hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), que aun cuando no alegados expresamente por la parte demandada, pueden (y deben) ser ‘tenidos en cuenta’ de todas maneras por el juez (justamente de oficio). Por lo tanto, concluye que “la nulidad ex art. 219 de Código Civil constituye un hecho impeditivo de la

pretensión actora que el juez puede ‘tener en cuenta’ de oficio, vale decir, sin que se precise de la expresa alegación de parte, a los efectos de desestimar (sólo) la demanda. Nada más”. Lo que la llevó a proponer que el segundo párrafo del artículo 220° del Código Civil se debe interpretar de la siguiente manera: “el juez puede fundar sus fallos en la nulidad que le resulte manifiesta, aunque no haya sido invocada”, y a concluir que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no es una excepción a la regla de congruencia, sino que es una excepción de la regla que las excepciones las plantea sólo el demandado. En buena cuenta, lo que plantea el plano es que el Juez puede, de oficio, apreciar la nulidad manifiesta de un negocio jurídico y fundar su decisión sobre ésta, más tal apreciación únicamente puede realizarse en la parte considerativa de la sentencia sin que sea posible emitir pronunciamiento sobre la nulidad manifiesta en la parte resolutive de la eventual sentencia.

Al respecto, el tribunal adopta la primera postura alegada, permitiendo el pronunciamiento respecto a la nulidad manifiesta en la parte resolutive de la sentencia, conforme lo señalado.

En consideración de lo anteriormente expuesto, es innegable que el principio de congruencia procesal guarda también una relación estrecha con el principio de Iura Novit Curia, ambos como obligaciones del juzgador, en una suerte de elementos necesarios y preexistentes para que se configure el derecho al debido proceso, este último, fundamental que le asiste a toda persona; y que por ende, no puede ser desconocido, o amparado en una conflictividad inexistente, y a partir de esta, se desarrolle no solo una corriente (corriente Flexibilizadora del proceso), sino que además se pretenda disponer como obligación del juzgador que este deba de variar, así sea en ciertos casos, la pretensión de las partes, aun cuando esta no corresponda a la real intención de ninguna de las mismas, como se da en el presente caso; y siendo por tanto, inexistente un conflicto real en los mismos, sino más bien este surgente en torno a la interpretación, y al ser tan solo aparente, corresponde uniformizar el criterio interpretativo a la principal fuente de nuestro derecho nacional, la ley. Si bien, el IX Pleno, vincula la modificación de la ratio decidendi del I Pleno contenida en su fundamento 39°, y a su vez, el precedente vinculante contenido en el punto

5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil, al precitado artículo 220 del Código Civil, que regula la declaración de nulidad del acto jurídico efectuada de oficio por el juez cuando resulta manifiesta, se evidencia, que tal variación jurisprudencial representa además, una clara evolución en relación a la interpretación y aplicación que se le otorga al principio del Iura Novit Curia en sede judicial.

Ello, debido a que, en la primera sentencia aludida, resulta clara la abstención que realizan los magistrados de resolver una pretensión no introducida en ninguna de las instancias de mérito por los accionantes, en especial, en sede casatoria, en la cual, por regulación expresa de la norma adjetiva, se restringe la actuación a los supuestos expresamente regulados a través de su artículo 386. Con posterioridad, a través de la segunda sentencia en mención el criterio interpretativo varía, resultando más permisible lo establecido en el Cuarto Pleno Casatorio, toda vez que en este, ya se concede la libertad del juez de analizar la pretensión nulificatoria no introducida por las partes accionantes, sino por este último, proscribiendo sin embargo, su declaración en la parte resolutive de la sentencia; considerando las limitaciones existentes en el precitado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en cuanto, regula la prohibición del juzgador de fundar su decisión en hechos no alegados por las partes. El IX Pleno realiza la evolución descrita con anterioridad, toda vez que, se establece que debe entenderse que, en lo sucesivo que la Corte de Casación se encuentre facultada de advertir una nulidad manifiesta, aun cuando esta no se postule.

2.2.2. LAS NORMAS PROCESALES INTRODUCIDAS POR EL PLENO

Respecto a las normas procesales, n una tesis propia, realizada por mi persona para la obtención del Título Profesional de Abogado, titulada “El conflicto jurídico entre el principio del Iura Novit Curia y el principio de Congruencia Procesal en los procesos civiles peruanos: Un análisis jurisprudencial del Noveno Pleno Casatorio Civil. Arequipa, 2018.”; que si bien se enfocó en determinar la existencia y naturaleza de un problema en la aplicación de dos principios procesales fundamentales para la consecución de un debido proceso civil conforme al sistema jurídico

peruano: el *Iura Novit Curia*, y la *Congruencia Procesal*. Ello debido a que, el primero, otorga al juzgador las facultades de aplicar el derecho correspondiente al proceso; mientras que el segundo, limita la actuación jurisdiccional a no exceder el petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y establecidos como puntos controvertidos en el proceso. Surgiendo entonces la interrogante, si en la aplicación de los citados principios, el juez ¿podría o no variar la pretensión de las partes en el proceso? Es así que se efectuó un análisis del IX Pleno, el mismo que estableció, por primera vez en sede casatoria, como precedente vinculante de obligatorio cumplimiento, que, en un proceso civil, el juzgador tenga como obligación el resolver sobre una cuestión no pretendida por las partes (el declarar la nulidad del acto jurídico en cualquier proceso de cognición, cuando esta sea manifiesta); lo que significaría una variación a la pretensión inicialmente planteada. Para el análisis del presente tema, se analizaron diversas fuentes documentales doctrinarias, tales como libros, artículos, y otros; así como jurisprudencia nacional y comparada, especialmente de las Salas Supremas Civiles. La investigación efectuada arrojó como un primer resultado, la posibilidad de que existan conflictos entre los principios del derecho (sustantivos y procesales); y del mismo modo, una serie de métodos de resolución, como el de la ponderación, a través de la cual, para cada caso en concreto, un principio ostenta un grado de validez imperante sobre otro. Asimismo, otro resultado de la investigación fue que no solo existen conflictos reales entre principios del derecho, sino también aparentes, los que se pueden generar, por errores interpretativos y aplicativos, que se resuelven por medio de la aplicación de métodos de interpretación, y la aplicación de la naturaleza real de los principios, sus alcances y sus efectos. En tal sentido, se tuvo como resultado que no existe un conflicto real entre los principios de *Congruencia Procesal* y *Iura Novit Curia*, sino únicamente uno aparente, de interpretación, aplicación y conceptualización, por lo que no corresponde ser sometido a las reglas o métodos de solución de conflictos; sino desentrañar su verdadera naturaleza jurídica (Salas Chalco, M. J., 2018).

2.2.3. LAS NORMAS PROCESALES DISÍMILES A LAS DEL ORDENAMIENTO POSITIVO VIGENTE ESTABLECIDAS EN EL PLENO

Ahora, como se ha venido señalando con anterioridad, muchos operadores jurídicos consideran que a través del IX Pleno Casatorio Civil, se han establecido precedentes vinculantes que introducen normas procesales que difieren del ordenamiento positivo vigente, particularmente en lo relacionado con la nulidad manifiesta de actos jurídicos.

En ese contexto, podemos considerar como estas normas procesales que, en primer lugar, este Pleno establece que el juez puede declarar de oficio la nulidad manifiesta de un negocio jurídico en un proceso de otorgamiento de escritura pública, siempre que se haya promovido el contradictorio entre las partes; y que esta declaración debe realizarse en la parte resolutive de la sentencia y debe estar debidamente motivada; sin embargo, esta facultad no está expresamente contemplada en el Código Procesal Civil, por lo que, bajo esa interpretación, dicho cambio del Pleno representa una ampliación del poder del juez en este tipo de procesos, y una modificación sustancial del Código Adjetivo en mención, respecto a dicha facultad.

En ese mismo sentido, dicho Pleno Casatorio, afectó la aplicación de las reglas generales de acumulación, como en primer lugar, en su doctrina, ha sido interpretado por muchos jueces para rechazar la acumulación de la pretensión de Nulidad de Acto Jurídico con otras pretensiones conexas (como Otorgamiento de Escritura Pública o Reivindicación). Se argumenta que, al ser la nulidad una acción de orden público imprescriptible, debe ventilarse de forma autónoma en una vía larga (Conocimiento o Abreviado), contradiciendo el principio de economía y celeridad procesal; lo que contraviene de manera expresa el artículo 83° que regula la acumulación de pretensiones en los procesos, que señala pueden acumularse varias pretensiones cuando estas sean conexas o exista una misma causa jurídica.

De otro lado, el citado Pleno Casatorio Civil en estudio obligó, en la práctica, a que una pretensión principal de nulidad (vía larga proceso de conocimiento) y una accesoria o conexas como la de Otorgamiento de Escritura Pública (vía sumarísima) no puedan acumularse, generando un

mandato de improcedencia que no está textualmente en la ley, pero que se deduce de su doctrina sobre la autonomía de la acción de nulidad. Con esta disposición procesal, se contraviene el artículo 85, incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil, que regula los requisitos de acumulación en los procesos, y por los cuales se permite la acumulación objetiva siempre que las pretensiones no sean contrarias entre sí, ni de vías incompatibles.

Esta última norma señalada, se relaciona con otra de las normas introducidas por el citado Pleno Casatorio, por la cual se obligó al juez sumarísimo a realizar un control de validez de oficio del acto jurídico (basado en el artículo 220 del Código Civil), lo que implica expandir el objeto de cognición de la vía sumarísima a un debate complejo sobre la validez, contraviniendo la naturaleza de la vía que debería limitarse a la formalización, y con ello contraviniendo el artículo 546, inciso 5 del Código Procesal Civil, que establece la vía procesal de una pretensión de Otorgamiento de Escritura Pública, se tramita en la vía del proceso sumarísimo, la cual es una vía de cognición limitada y asimismo mayormente célere.

De otro lado, una de las normas procesales que esta facción de operadores jurídicos considera que ha introducido el IX Pleno Casatorio Civil, se encuentra referida al permitir que el juez declare la nulidad de oficio en la sentencia resolutive y establecer con tal propósito un procedimiento específico para ello, para lo cual, se introduce una regulación procesal de facto que algunos consideran que vulnera el principio dispositivo y la congruencia procesal, al permitir, e incluso obligar al juzgador a fallar sobre algo no demandado, contraviniendo el artículo 427° y el artículo VII del Título Preliminar (Principio de Congruencia) del Código Procesal Civil, dado que este compendio normativo no prevé el rechazo liminar por la complejidad de la materia, establecido que el proceso se rige por el principio dispositivo. Entonces, estos operadores jurídicos sostienen que la Corte Suprema, al emitir el citado Pleno Casatorio, actuó como un "legislador procesal positivo", ya que, en lugar de interpretar las normas, creó una nueva regla de procedimiento que prohíbe la acumulación de la nulidad con otras pretensiones, y asimismo expande los límites cognitivos del proceso sumarísimo. Sin embargo, estas no son las dos únicas normas procesales

introducidas por dicho pleno, dado que el mismo introdujo o reinterpreto una disposición clave relacionada con la facultad oficiosa del juez y el derecho de defensa; sin embargo, esta norma no se encuentra en el Código Procesal Civil como un artículo específico, sino que fue creada como un precedente vinculante para regular la aplicación del derecho sustantivo en el proceso. De este modo, el IX Pleno Casatorio Civil introdujo o reinterpreto una disposición relacionada con la facultad oficiosa del juez y el derecho de defensa. Esta disposición corresponde al procedimiento procesal obligatorio (un tipo de norma de facto) para la aplicación del control de nulidad, que no existía previamente en el ordenamiento adjetivo vigente, y que se encuentra contenida en su tercer precedente vinculante (o por lo menos, en una parte clave del mismo). En este se establece que antes de declarar la nulidad manifiesta de un acto jurídico de oficio (es decir, sin que haya sido demandada), el juez tiene el deber procesal de comunicar previamente a las partes sobre las posibles causales de nulidad que ha identificado por medio de una resolución motivada que otorgue a las partes un plazo perentorio para que se pronuncien sobre dicha causal promoviendo así el debate contradictorio entre las partes.

Con esta disposición se afecta el art. 139, inciso 3 que regula el Principio de Observancia del Debido Proceso; dado que, el Pleno Casatorio en estudio reinterpreto dicho derecho continente, y en específico, el derecho de defensa y el principio de contradicción, como parte integrante del mismo, dado que, al señalar que, debe efectuarse este “procedimiento previo o extra” para que el control de oficio de la nulidad no sea sorpresivo. Con esta disposición normativa procesal, no solo se faculta, sino inclusive se obliga al juez que actúe de oficio, para garantizar el contradictorio antes de emitir su decisión final.; con lo que el Pleno habría creado esta norma procesal con el propósito de integrar el vacío advertido para la aplicación de la nulidad de oficio en el sentido antes desarrollado por el mismo Pleno, procurando que en el proceso no se vulneren garantías constitucionales; y si bien este último punto podría resultar garantista de derechos de las partes, en estricto, la norma positiva, y en concreto, ni la Constitución Política, ni el Código Procesal Civil, faculta a los jueces, ni siquiera de la Corte Suprema a crear etapas o incidentes procesales (como el señalado contradictorio previo) en una vía ya regulada

(como lo es el proceso sumarísimo), sino solo a interpretar las existentes; y aunque, como se señaló, el contradictorio resulta positivo para el derecho de defensa y las garantías de protección de las partes, su aplicación forzosa en una vía sumaria complica la celeridad y la finalidad original de dicha vía, manteniendo la tensión entre la justicia material (la nulidad del acto jurídico) y la formalidad procesal (la celeridad).

En conclusión, y de manera concreta, frente a los escenarios establecidos en los que resulten de aplicación las normas procesales introducidas por el IX Pleno Casatorio Civil, los operadores jurídicos, iniciando desde los propios jueces, pero también extensivos a los abogados litigantes privados o públicos, permite la generación de una incertidumbre frente a la regulación ya establecida (y no modificada) vigente del Código Procesal Civil, donde las facultades judiciales, y la naturaleza del proceso, resulta en contraposición con estas nuevas disposiciones, por lo menos desde el punto de vista más garantista del proceso, pero no desde la rigidez de su interpretación, sino desde la propia naturaleza de las facultades de los Plenos Casatorios, y los alcances de los precedentes judiciales obligatorios como fuentes del derecho en nuestro ordenamiento procesal civil vigente y contemporáneo; lo que precisamente es objeto del análisis que se desarrolla en el capítulo sub siguiente de la presente investigación, donde adicionalmente a las posiciones doctrinales objetivas sobre la determinación de fuentes, o del propio contenido expreso del Pleno Casatorio objeto de estudio, se introduce un análisis personal específico sobre dicha situación en el caso peruano.



CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

1. METODOLOGÍA, TÉCNICA E INSTRUMENTOS

La presente investigación es de naturaleza Teórico - Crítica (Científica), debido a que se realizará un análisis doctrinario/teórico crítico de la naturaleza de las fuentes del derecho nacional adjetivo en nuestro ordenamiento, y de los conflictos o aparentes conflictos que puedan suscitarse de los mismos en una aplicación generalizada, o en un caso concreto, como el correspondiente a las normas procesales introducidas al ordenamiento nacional a través de los precedentes vinculantes del Noveno Pleno Casatorio Civil; especialmente aquellas que resulten disímiles, e inclusive contrarias a las normas procesal positivas vigentes; teniendo para tal propósito como principal insumo el análisis intelectual propio a la luz de la recolección bibliográfica de autores nacionales y extranjeros tratantes al respecto, y especialmente del propio análisis de la normativa, y del citado pleno casatorio. Al respecto, concordante con el propósito e intención de la presente investigación, para la misma no se seguirá el método científico clásico de investigación de las ciencias naturales, ni el de las propias ciencias sociales, toda vez que no presentará en su contenido, indicadores, ni variables desde la concepción de tales modelos; sino que el mismo, conforme a su naturaleza e intención de aporte al conocimiento, presentará un esquema propio de la investigación de la ciencia jurídica, en la cual se realizará un análisis teórico descriptivo y crítico del tema investigado, a la luz de la perspectiva doctrinaria e inicial de la concepción de las fuentes del derecho nacional adjetivo, las normas procesales reguladas por la jurisprudencia disímiles a las normas positivas vigentes, y su introducción en nuestro ordenamiento nacional adjetivo; a la luz que le otorga una actual interpretación de los magistrados nacionales por medio del Noveno Pleno Casatorio Civil, y las normas procesales introducidas por medio de los precedentes vinculantes del mismo. Para ello, en la elaboración del presente Proyecto de Investigación, se efectuará una búsqueda inicial y recolección documental de las fuentes que servirán de apoyo para analizar la naturaleza de las fuentes del derecho nacional adjetivo, y el eventual conflicto que pueda darse entre los mismos, y de modo más concreto, efectuar dicho análisis, a partir de las normas procesales introducidas por el IX Pleno Casatorio Civil. Por lo tanto, conforme a la naturaleza del tema investigado se ha determinado que para la investigación insumo de la Tesis, se utiliza el método Descriptivo (Dogmática Jurídica); así como la Técnica empleada corresponde a la Observación Documental y análisis de fuentes documentales doctrinarias, así como el de una muestra jurisprudencial nacional y comparada.

En tal sentido, se empleará lo siguiente:

1.1. METODOLOGÍA

Método: Dogmática Jurídica.

La presente investigación se centrará en el análisis jurídico de un principio normativo procesal, cuya función es propia de la ciencia del derecho. El objeto de este conocimiento es desentrañar, aplicar, interpretar, explicar el conjunto de fuentes del derecho nacional adjetivo, para su evaluación, en especial, respecto al conflicto que pueda existir entre las mismas, en una situación generalizada o en casos en concreto; es decir, se efectuará la interpretación del sistema jurídico nacional adjetivo actual, a partir de la dualidad ley-jurisprudencia, como fuentes del derecho y su relación con los precedentes asentados por los Jueces de la Corte Suprema de Justicia del Perú, a través del Noveno Pleno Casatorio Civil, como nuevas normas procesales introducidas al ordenamiento. Para ello, debemos considerar que la noción de validez kelseniana nos señala que un Derecho positivo es válido si se funda en la norma fundante o básica; por lo que la fuerza obligatoria o la validez de las normas jurídicas se deduce hipotéticamente de la norma fundamental de tres maneras según Bobbio:

- i. Determinar la existencia de la autorización de poder de producir normas jurídicas,
- ii. Comprobar si no han sido derogadas
- iii. Comprobar que no sean incompatibles con otras normas del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, me atrevo a señalar que partiendo de los siguientes enunciados:

- La dogmática emplea tanto la tópica como la exégesis.
- La tópica implica encontrar problemas en las normas jurídicas, principalmente.
- La exégesis implica efectuar un análisis gramatical Interpretativo de las palabras de las leyes, de la ley o de un artículo en la ley, así como de una fuente del derecho.

Es que la combinación de ambos procedimientos de razonamiento jurídico más el fundamento dado por la dogmática constituye el método dogmático jurídico, el cual será de aplicación para la presente investigación.

Sin perjuicio de lo indicado, no debe apartarse el pensamiento, al definido por Atienza, en cuanto considera que la dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; y 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones (Atienza, 2004, págs. 2-3).

1.2. TÉCNICA

Observación Documental.

Conforme a presente investigación, responde casi de manera absoluta a una investigación epistemológica, y sus correspondientes sub tipos como la investigación de síntesis, operativa y epistemológica per sé, siendo que esta última persigue hacer un análisis del lenguaje político y el impacto social del estudio.

En tal sentido, no se pretende solamente una investigación dogmática, sino que esta pueda trascender a las aulas universitarias, a través de propuestas y postulados jurídicos, sociales e incluso políticos, desde una perspectiva de sistema jurídico en sí, pero especialmente centrada en el ámbito forense civil adjetivo nacional.

La finalidad de desarrollar la investigación a partir de la técnica de la observación documental, es obtener una visión general del tema; por lo que la justificación de corte descriptivo se basa en la necesidad de observación y análisis crítico de una realidad en el ejercicio forense de la profesión en el campo del derecho procesal civil nacional.

En tal sentido, la doctrina metodológica, por lo general desarrolla como pautas los siguientes elementos:

- a) Descripción: La presente investigación será de corte “descriptivo”, toda vez que en ella se expondrán concepciones teóricas, posturas doctrinarias, ideologías jurídicas, y demás pensamientos y opiniones de los operadores jurídicos nacionales y extranjeros respecto al tema propio de la investigación, y sobre las fuentes del derecho procesal nacional civil, a la luz de los precedentes asentados por el Noveno Pleno Casatorio Civil.

- b) Explicación: Por otro lado, la investigación tendrá una naturaleza “explicativa”, porque a partir de esta se formulará un análisis crítico de las posturas teóricas elaboradas en la dogmática jurídica, lo cual permite dar respuesta a algunas interrogantes que subyacen en dichos postulados, y especialmente su aplicación práctica sobre fuentes del derecho nacional adjetivo civil.
- c) Comparación: Asimismo, la tesis será de orden “comparativa”, puesto que efectuará un análisis respecto a la aplicación de las fuentes del derecho adjetivo en doctrinas extranjeras que presenten una similar tradición jurídica, así como los de la doctrina anglosajona, que desarrolla el término del precedente vinculante, del mismo modo se efectuará la comparación del contenido de la sentencia del Pleno Casatorio, con aquella desarrollada por la doctrina.
- d) Proposición: Finalmente, la investigación será “propositiva”, porque en ella se hará la postulación de planteamientos personales sobre la determinación de la correcta aplicación y jerarquización de las fuentes del derecho procesal civil nacional, así como la apreciación crítica de modificatorias respecto a las normas procesales introducidas por el Noveno Pleno Casatorio Civil.

A modo de conclusión debe de señalarse que, hasta la presente etapa de la investigación efectuada, por lo general no se han hallado limitaciones en cuanto a la recolección de fuentes bibliográficas; toda vez, que, debido a la naturaleza del tema investigado, las referidas fuentes del derecho, así como sus alcances, efectos y limitaciones, resultan ampliamente desarrollados en la doctrina, e incluso en jurisprudencia y casuística, tanto nacional, como extranjera.

1.3. INSTRUMENTOS

Ficha de recolección documental bibliográfica.

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. UBICACIÓN ESPACIAL

Esta investigación se ejecutará geográficamente en la ciudad de Arequipa, pero al efectuarse un análisis de un Pleno Casatorio Nacional, el alcance de la ubicación espacial corresponderá a todo el territorio nacional.

2.2. UBICACIÓN TEMPORAL

Es estudio se realizará en el periodo 2020, pero comprenderá además el periodo correspondiente a la emisión del Noveno Pleno Casatorio Civil, emitido en el año 2017, y sus antecedentes investigativos y fuentes de su emisión.

2.3. UNIDADES DE ESTUDIO

La investigación se efectuará sobre el desarrollo de normas procesales introducidas mediante precedentes vinculantes establecidos por el Noveno Pleno Casatorio Civil, especialmente sobre aquellas que disten o difieran de aquellas ya establecidas en las normas procesales positivas contenidas en el código procesal civil, como la aplicación del principio de congruencia procesal, entre otras.

Para tales efectos, si bien, el objeto de estudio se efectuará para un caso concreto, lo que obiter dicta se tratará también en la investigación, es la resolución de un aparente conflicto entre fuentes del derecho adjetivo nacional, y el lugar y aplicación que tienen los precedentes vinculantes en el sistema jurídico peruano de naturaleza civil; a fin de postular soluciones respecto a una posible incertidumbre jurídica en los operadores respecto a la aplicación de fuentes que contengan normas procesales disímiles entre sí.

Los datos serán recogidos a partir de las normas legales y la jurisprudencia estudiada, así como de la doctrina desarrollada en torno a la problemática descrita.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.1. ORGANIZACIÓN

Se efectuará la descarga correspondiente del Noveno Pleno Casatorio Civil de su publicación, en versión digital del sitio web del Diario Oficial El Peruano, así como de la página oficial del Poder Judicial del Perú.

Asimismo, se realizarán las descargas correspondientes de las fuentes de consulta virtuales, como repositorios de las universidades, las páginas oficiales de los sitios web de revistas indexadas, y demás fuentes informáticas.

Finalmente se efectuaras las coordinaciones correspondientes para el acceso a las bibliotecas físicas de universidades, y demás de centros de estudio y de información a nivel local (ciudad de Arequipa).

3.2. PROCEDIMIENTOS

- a) Lo primero que se efectuará será la presentación del tema de tesis a investigarse, para que este sea aprobado por el curso de Proyecto de Tesis y por el asesor y/o dictaminador correspondiente de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, para proceder a continuar con el mismo a nivel de desarrollo de recopilación de fuentes documentales.
- b) Seguido de ello, y una vez aprobado, se efectuará una recopilación del principal objeto de investigación, el Noveno Pleno Casatorio Civil, el mismo que será recabado de sus principales fuentes de publicación:
 - ✓ El sitio web del Diario Oficial El Peruano, por lo que se encuentra en su versión digital, en el siguiente enlace:
https://www.google.com.pe/search?source=hp&ei=JiyYWtShN8yyzwKCrqbQDQ&q=noveno+pleno+casatorio+civil&oq=noveno+pleno+casatorio+civil&gs_l=psy-ab.3..015.169929.175962.0.176191.47.22.2.12.13.0.350.2750.0j3j7j1.11.0..0...1c.1.64.psy-ab..25.22.2095.0..0i131k1j0i13k1j0i13i30k1.0.cRo_VM7r-5g#
 - ✓ La página oficial del Poder Judicial del Perú, en el siguiente enlace:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/90b17a804fbf2645be51be5a56224ace/SentenciadelPlenoCasatorioCasacion_N_4442_2015_Moquegua.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=90b17a804fbf2645be51be5a56224ace
- c) Seguido de ello, se procederá a efectuar la recopilación doctrinaria correspondiente que servirá de insumo para la realización de la presente investigación, la misma que será recaba de las principales universidades y centros de estudio y de información a nivel local (ciudad de Arequipa); para lo cual se efectuará la coordinación y autorización correspondiente para la obtención del material necesario que servirá de insumo para su desarrollo. Dicha recolección documental comenzará efectuando la búsqueda y recopilación de los antecedentes investigativos o estado de cuestión o arte respecto al tema investigado, a fin de delimitar el sentido de la investigación.
- d) Concluida la obtención de datos, se procederá al análisis e interpretación de los mismos aplicando la técnica de las investigaciones dogmáticas, emitiendo los resultados y conclusiones correspondientes.

3.3. RECURSOS

- a) **HUMANOS:** Investigador (autor), asesor de tesis, dictaminadores y jurados.
- b) **INSTITUCIONALES:** Poder Judicial, Universidad Católica de Santa María y bibliotecas consultadas
- c) **MATERIALES:** IX Pleno Casatorio Civil, bibliografía consultada, material de escritorio y computadora u ordenador personal.
- d) **FINANCIEROS:** Se contará para la presente investigación con un financiamiento propio (Autofinanciamiento del investigador).

3.4. VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

Las fuentes documentales (IX Pleno Casatorio Civil y la bibliografía doctrinaria) son documentos legales y confiables, por lo que no será necesaria la validación previa de estos instrumentos, siendo también el método de recolección de datos válida por tratarse de un instrumento para recoger información.

3.4.1. CRITERIOS PARA EL MANEJO DE RESULTADOS

- a) A nivel de sistematización: Una vez obtenidas las fuentes documentales, se sistematizarán las mismas de acuerdo a las variables, sub variables e indicadores, y por los temas tratados, así como si esta se trata de doctrina nacional o extranjera, o si esta se encuentra referida a fuentes doctrinarias o legales/jurisprudenciales.
- b) A nivel de análisis: La información obtenida se analizará discriminando aquella que aporta para el objeto propio de la presente investigación, siguiendo el modelo de que las fuentes doctrinarias, legales y jurisprudenciales, serán evaluadas en base a la luz de las normas procesales introducidas por los precedentes vinculantes del IX Pleno Casatorio.

3.4.2. MODALIDADES INTERPRETATIVAS

Estarán relacionados con el nivel de la medición de las variables e indicadores, a nivel de proposiciones fundamentales e interpretativas.

3.4.3. NIVEL DE INTERPRETACIÓN

La interpretación es cualitativa, por lo que se analizará cada indicador e interrelación con la variable de estudio.



**CAPÍTULO III:
RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Ahora, luego de haber desarrollado un amplio y detallado marco teórico, corresponde que en el presente capítulo se expongan los principales hallazgos obtenidos a partir del análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial realizado en el marco de la presente investigación, cuyo eje central es el conflicto de fuentes del derecho en el ordenamiento procesal peruano, específicamente a la luz de los precedentes obligatorios establecidos jurisprudencialmente por el IX Pleno Casatorio Civil, el mismo que, si bien fue emitido con el fin de unificar criterios interpretativos respecto a cuestiones controvertidas en la práctica forense nacional como la nulidad de oficio del acto jurídico y la variación de la resolución en cuanto a la pretensión originaria planteada por las partes, el principio contradictorio, entre otros; en realidad lo que ha generado es un escenario de tensión entre fuentes del derecho nacional, al establecer criterios que, a consideración de muchos operadores jurídicos no solo interpretan las normas del Código Procesal Civil, sino que, en ciertos aspectos, parecen introducir regulaciones autónomas contrarias al mismo, con efectos jurídicos vinculantes. En ese contexto, se han examinado los efectos prácticos de dicho precedente sobre la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos nacionales, constatando que existe un grado significativo de incertidumbre jurídica en los mismos respecto a cuál fuente debe prevalecer en caso de contradicción, si por un lado la norma legal, en tanto fuente primaria del derecho, o en su lugar el precedente vinculante, como manifestación jurisprudencial con efectos normativos. Esta incertidumbre se manifiesta en la práctica judicial cotidiana, afectando la predictibilidad y seguridad jurídica que deben orientar el proceso civil, uno que por excelencia se sustenta en el proceso de socialización del proceso. Entonces, en el presente capítulo se desarrollan los resultados del análisis efectuado, discutiendo las implicancias jurídicas y prácticas del conflicto advertido, así como la solución teórica y normativa propuesta, conforme a los principios rectores del derecho procesal y del sistema de fuentes en el ordenamiento nacional adjetivo, a partir de su desarrollo histórico, y su variación a través de las diferentes influencias externas sobre este. Así, a partir del análisis doctrinal y normativo realizado en el marco teórico, se sostiene en esta investigación que, no con menos criterio que los que consideran lo contrario, parte de los operadores jurídicos, consideran que el IX Pleno Casatorio Civil, ha establecido una regulación procesal específica no establecida en el ordenamiento positivo, concretamente en el Código Procesal Civil, específicamente en la actuación judicial procesal frente a procesos en los cuales sin plantearse por las partes una pretensión de nulidad de acto jurídico, cuando a criterio del órgano judicial esta resulte manifiesta, puede ser declarada así en el proceso, sin que medie la iniciativa de parte, y pudiéndolo hacer incluso en un proceso sumarísimo,

que presenta ciertas limitaciones frente a un proceso de cognición ordinaria, como la improcedencia de la reconvencción, el ofrecimiento de medios probatorios, entre varios otros. Ahora, de los conceptos señalados en el marco teórico, se puede determinar que la naturaleza del sistema procesal civil nacional responde directamente a una tradición romana germánica greco latina, o también denominada Civil Law, es decir, que esta contiene como principal fuente del derecho, para la producción jurídica de regulaciones, a la norma positiva, entendida esta como ley, dentro de la jerarquización normativa nacional, que coloca en la cúspide de la pirámide kelseniana, a la Constitución, seguida de la ley, los reglamentos, y otras normas de inferior jerarquía, y de distinto ámbito de aplicación tanto por especialidad, como por territorialidad, como el caso de las ordenanzas o normas de gobiernos locales.

Asimismo, podemos señalar que también de la distinción de los conceptos antes señalados, parte la diferenciación que tiene el sistema jurídico nacional con otros sistemas jurídicos mundiales, como aquellos que poseen una distinta jerarquización y naturaleza de sus fuentes jurídicas, tales como el derecho anglosajón, o también conocido como Common Law, que priorizan las fuentes de aplicación casuística, como la jurisprudencia, como fuente productora de regulaciones, en el mismo escalón que la propia norma positiva, o inclusive en uno superior, y que dotan de facultades especiales al juzgador para la regulación de conductas no previstas en la norma, no solo para la aplicación en casos en concreto, sino que lo realizan para la generalidad de los casos a aplicarse, y que constituyen fuente de obligatoria consulta, referencia y vinculación, especialmente, cuando estas provienen de las máximas jerarquías judiciales, pero no sesgando el reconocimiento de los criterios que también emanan de los juzgados y cortes comunes, para sustentar la fundamentación jurídica de las pretensiones que versan sobre la materia civil en los países con dicha tradición jurídica.

En dichos ordenamientos, el sistema jurídico ha desarrollado la creación de nuevas fuentes reguladoras de conductas, que atribuyen funciones y facultades legislativas a los magistrados jurisdiccionales, para regular conductas a través de los fallos emitidos, pero de orden general, es decir, de obligatorio cumplimiento y vinculación para todo el ordenamiento y sistema jurídico; facultades equivalentes a las que cumplen en su función legislativa los parlamentos, es decir, que dichos fallos encuentran tanta fuerza de aplicación como colocación jerárquica, al igual que una norma positiva emanada del Poder Legislativo o aquellos que por delegación y autorización de este, o de la propia norma, se encuentren permitidos de ello, como el Ejecutivo. Es decir que en dichos sistemas la regulación normativa parte tanto de la norma positiva, como de los fallos judiciales, los mismos que no solo tienen un efecto intra proceso, o intra expediente judicial, y que vincularían únicamente a las partes del mismo,

sino que poseen un efecto extra proceso, que vincula, como ya se señaló, y sin ánimo de redundancia, a todo el sistema jurídico, especialmente, en cuanto a los aspectos adjetivos. Dicha regulación es dada a través de, especialmente, los denominados precedentes judiciales, que dentro de la jerarquización de la pirámide kelseniana, si es que fictamente nos damos la licencia de contemplarla en dicho sistema jurídico, se encontrarían en la misma escala jerárquica que la norma positiva, y únicamente debajo del mandato de la constitución, como es en el caso más palpable de los Estados Unidos de Norte América, o de Inglaterra, que sobre la norma positiva emanada del parlamento, y de los fallos jurisdiccionales que conforman jurisprudencia nacional, únicamente se encuentra la norma constitucional. Para ello, si bien, podría considerarse por parte de la doctrina que nuestro sistema jurídico nacional no posee una naturaleza purista en relación al sistema jurídico romano, sino que más responde a un sistema mixto, por lo menos en la práctica, al introducirse figuras como la del precedente vinculante, sería importante referenciar las diferencias entre un precedente en el sistema anglosajón y uno en un sistema Civil Law, lo que concretamente corresponde a una ubicación diferenciada en la teoría de fuentes creadoras del derecho, en cuanto una corresponde a una fuente de producción en el primer sistema, mientras que en el otro, al cual se adhiere nuestro ordenamiento procesal civil, únicamente cumple efectos interpretativos. Entonces, del concepto de fuentes del derecho nacional para en específico el proceso civil, era necesario remontarse a la introducción de las normas procesales en nuestro sistema civil adjetivo, desde su incorporación al ordenamiento por parte del legislador y su aplicación e interpretación en los casos en concreto, inclusive con las variaciones e influencias siguientes. De ello, resulta importante contextualizar otro de los conceptos antes desarrollados de la naturaleza del sistema político nacional, entendido este como la división tripartita de poderes, y el estado constitucional de derecho que corresponde a la colocación del espíritu de la norma sobre el de cualquier instancia o jerarquía política o inclusive jurídica, que no solo limita su actuación y la vincula directamente, sino que además establece una estructura específica de todo el sistema jurídico político, en el cual existen roles diferenciados y funciones específicas para cada estamento estatal vinculado a la norma, ya sea desde su producción o creación, destinada de manera reservada al Poder Legislativo directamente, o derivado a otros poderes por delegación, esencialmente a través de leyes y demás disposiciones normativas, y la función de aplicación de la ley para generar derecho en los ciudadanos, a través de la administración de justicia de casos reales concretos, que más bien es reservada en la jurisdicción ordinaria para el Poder Judicial, a través de sus distintas

instancias y especialidades, quienes no tienen facultades de creación normativa en sus sentencias, sino únicamente una función interpretativa, aclaratoria e integradora de la norma. Para ello, en el caso concreto de estudio, en el IX Pleno Casatorio Civil, conforme lo señalado previamente, se introdujo las siguientes reglas procesales que resultan disímiles al ordenamiento positivo procesal, dado que a través del mismo se han establecido como precedentes vinculantes que ahora se encuentren ampliadas las facultades del juez para declarar de oficio la nulidad manifiesta de un negocio jurídico, incluso variando la pretensión de las partes, contraviniendo el principio dispositivo y de congruencia procesal del Código Procesal Civil. Otra norma introducida se encuentra referida a que el juez admita prueba de oficio que haya sido presentada extemporáneamente o que haya sido declarada improcedente previamente, siempre que considere su pertinencia y relevancia para el caso. Esta disposición contraviene el principio de preclusión establecido en el Código Procesal Civil, que limita la admisión de pruebas a los plazos establecidos y prohíbe su reactivación una vez declaradas improcedentes. Y finalmente, establece que el contradictorio en la prueba de oficio puede ser previo o diferido, dependiendo de la naturaleza del proceso. Esta posibilidad de contradicción diferida no está prevista en el Código Procesal Civil, que generalmente requiere que todas las pruebas sean sometidas al contradictorio previo de las partes.

En el ordenamiento positivo, en primer lugar, existe un principio dispositivo contenido en el derecho de iniciativa de parte, por el cual, los accionantes, sea a través del derecho de acción o de contradicción, concurren a un mecanismo hetero compositivo de solución de conflictos, para que el juez, como tercero imparcial, frente a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación, puedan resolver amparar o desestimar lo pretendido por las mismas; garantizando para ello, ciertos derechos que establecen el proceso en sí, como una vía procedimental adecuada, que permita según la naturaleza de lo pretendido el ejercicio de su derecho de defensa, el ofrecimiento de medios probatorios y la congruencia procesal.

Sin embargo, ante las normas procesales establecidas en el Pleno Casatorio en estudio, por lo menos para una parte de los operadores jurídicos, conllevan a una incertidumbre frente a los operadores jurídicos, como por ejemplo los jueces, quienes se encuentran en la disyuntiva de si aplicar el derecho procesal, y solo resolver con garantía al principio de congruencia, lo pretendido por las partes, o incluso analizar pretensiones no propuestas como lo establece de manera vinculante el precedente establecido casatoriamente, así como otras incertidumbres relacionadas, como llevar a cabo su resolución como consecuencia de un proceso sumarísimo, que no brinda las mismas garantías que un proceso plenario ordinario de cognición, de admitir medios probatorios, fijar puntos controvertidos, entre algunos otros.

Ahora bien, en el caso propuesto, nos encontramos frente a dos posiciones doctrinales establecidas, lo que genera incertidumbre jurídica en los operadores del derecho nacional. Ahora, para Marcial Rubio Correa (1978), la incertidumbre jurídica es un fenómeno que afecta la predictibilidad y estabilidad del ordenamiento legal, impactando negativamente en la confianza de los ciudadanos, operadores jurídicos y de la sociedad en general. Por ello, para dicho autor, la incertidumbre jurídica puede definirse como la falta de certeza sobre el contenido, alcance o aplicación de las normas jurídicas, que dificulta la previsibilidad de las decisiones judiciales y administrativas (Rubio Correa, 1978). En el contexto del Pleno Casatorio analizado, esta incertidumbre se ve particularmente exacerbada por el conflicto de fuentes del derecho, donde distintas fuentes normativas entran en contradicción o colisión, generando dudas sobre cuál debe prevalecer y cómo debe interpretarse la norma aplicable. Esta situación es problemática porque impide que los sujetos de derecho planifiquen sus conductas con base en una norma clara y estable, conforme un principio de predictibilidad. Para Eduardo García Máynez (2002), el conflicto de fuentes surge cuando existen dos o más fuentes normativas aplicables a un mismo caso que presentan soluciones incompatibles o contradictorias; a lo que complementa que esta pluralidad de fuentes (ley, costumbre, jurisprudencia, principios generales, tratados internacionales) sin una adecuada jerarquización o mecanismos claros de solución puede derivar en inseguridad jurídica, y no como se pretende en un mayor y consolidado sistema unificado (García Máynez, 2002). En nuestro ordenamiento, este problema no resulta nuevo, y es particularmente complejo debido al reconocimiento constitucional de fuentes diversas, incluyendo la especial jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a partir de lo establecido por el artículo 55 de la Constitución Política de 1993, lo que a menudo provoca conflictos entre normas nacionales y normas internacionales; pero que ahora, a la luz de lo expuesto en este trabajo de investigación, se extiende a normas nacionales, pero introducidas al ordenamiento a partir de diferentes fuentes, como la ley, y los precedentes vinculantes. Sin embargo, queda claro aún que, como lo señala Domingo García Belaunde (2019), el sistema jurídico peruano reconoce una estructura jerárquica en sus fuentes, con la Constitución como norma suprema, seguida por los tratados internacionales, leyes ordinarias, reglamentos y otras disposiciones (García Belaunde, 2019). Sin embargo, la coexistencia de fuentes internas y externas, escritas y no escritas, y el papel creciente de la jurisprudencia vinculante, contribuyen a situaciones de conflicto; dado que, cuando los operadores jurídicos se enfrentan a normas contradictorias provenientes de diferentes fuentes, la aplicación del derecho puede volverse errática o contradictoria; lo que afecta la

coherencia jurisprudencial y genera una sensación de inseguridad jurídica, perjudicando el acceso a una tutela judicial efectiva (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013).

Ahora, en el caso del IX Pleno Casatorio Civil, el mismo fue ciertamente convocado por la Corte Suprema del Perú, como lo señala Nelson Ramírez Jiménez (2016) con la finalidad unificar criterios jurisprudenciales en temas controvertidos del derecho civil y procesal civil; por lo que sus precedentes vinculantes buscaban dotar de coherencia y predictibilidad al sistema judicial, especialmente frente a la pretensión de nulidad de oficio del acto jurídico, y su resolución en procesos de vía procesal como la sumarísima (Ramírez Jiménez, 2016).

Estos precedentes emitidos por este pleno, según Aníbal Torres Vásquez (2017) actúan como una herramienta para resolver conflictos de fuentes normativas, estableciendo pautas claras que orientan a los jueces en la aplicación del derecho, y al fijar interpretaciones obligatorias, reducen la diversidad interpretativa que genera incertidumbre (Torres Vásquez, 2017).

Para Eugenia Ariano Deho (2017) si bien los precedentes del IX Pleno Casatorio Civil representan un avance significativo en la reducción de la incertidumbre jurídica, persisten desafíos estructurales; entre los cuales destacan la necesidad de una mayor difusión y formación para que jueces y abogados comprendan y apliquen correctamente estos precedentes, y la coexistencia de fuentes normativas desactualizadas o contradictorias que dificultan la labor judicial y requieren reformas legales, ya que, el riesgo de rigidez interpretativa si los precedentes no se actualizan periódicamente para responder a nuevas realidades sociales puede resultar un desafío aún no superado (Ariano Deho, 2017).

Ahora, en concreto, es innegable que el IX Pleno Casatorio Civil ha emitido precedentes vinculantes que redefinen aspectos esenciales del derecho procesal civil, especialmente en materia de la función judicial de oficio respecto al control de validez del negocio jurídico; y que para muchos operadores jurídicos, estos precedentes introducen criterios procesales que, en ciertos aspectos, difieren o matizan las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil, impactando directamente la práctica judicial y en las garantías de un debido proceso.

En concreto, el primero de los precedentes establecidos que generó controversia respecto a los operadores jurídicos corresponde a la nulidad manifiesta en los procesos de otorgamiento de escritura pública; y para el cual, la sentencia del Pleno abordó principalmente el foco de análisis sobre el proceso del otorgamiento de escritura pública y la naturaleza de tramitarse como un proceso sumarísimo, dentro de sus alcances y limitaciones frente a esta pretensión.

En relación a ello, se estableció como regla que la declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico (conforme al artículo 220 del Código Civil) puede producirse en cualquier proceso civil de cognición (sumarísimo, abreviado o de

conocimiento), siempre que la nulidad manifiesta guarde relación directa con la controversia y el juez garantice el derecho de defensa de las partes, a través de un previo contradictorio. Asimismo, se estableció que, en un proceso de otorgamiento de escritura pública, el Juez puede declarar de oficio la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, justificando que el acto jurídico nulo no puede acceder al registro (por el principio de legalidad registral), y no debe permitirse que el sistema de justicia contribuya a formalizar un acto inválido, o que este continúe en la circulación de actos jurídicos válidos. Para tales efectos, el Pleno también definió cómo entender la "nulidad manifiesta" del artículo 220° del Código Civil, cuando refiere que la nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, de fácil y pronta comprobación, que se desprende del acto mismo o de algún otro elemento de prueba incorporado legalmente al proceso, que no requiere de la actuación de medios probatorios complejos o adicionales, ni de una argumentación jurídica sofisticada para su detección; por lo que considera que, puede ser no solo discutido, sino resuelto en cualquier tipo de proceso cognitivo sin limitaciones, como es el caso de un proceso sumarísimo, al que considera un proceso cognitivo célere, pero no de orden sumario o ejecutivo, sino con entidad suficiente para discutir esta pretensión. Para ello, el Pleno estableció un procedimiento obligatorio para asegurar el debido proceso cuando se advierte una nulidad manifiesta, para lo cual ha establecido que, si el Juez advierte una nulidad manifiesta, debe promover el contradictorio notificando a las partes y dándoles un plazo para que expresen sus alegaciones sobre la referida nulidad. Asimismo, estableció al respecto que, tras garantizar el contradictorio, si el juez considera que el negocio jurídico es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de su sentencia y, consecuentemente, declarará infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública; y caso contrario, si es que el juez consideraría que no es manifiestamente nulo el acto jurídico, expresará las razones en la parte considerativa y continuará con el proceso. Ahora, a partir de estos Precedentes vinculantes es que nace la crítica del IX Pleno Casatorio Civil que resulta de estudio en el presente caso, para el análisis de conflictos de fuentes en nuestro ordenamiento, dado que, como se señaló también de manera precedente, existe una gran parte de operadores jurídicos que consideran que este Pleno no solo interpretó, sino que virtualmente creó normativa procesal contra legem, centrada principalmente en la contravención o afectación de artículos concretos del Código Procesal Civil, afectando la naturaleza de los procesos, y la reinterpretación de principios procesales como la congruencia. Así, el punto más álgido de la crítica radica en el Segundo Precedente Vinculante del Pleno Casatorio, el cual, en su aplicación estricta, contradice la regulación general de las

pretensiones y su acumulación, ya que el Pleno establece la improcedencia del rechazo in limine (liminar) de la demanda de otorgamiento de escritura pública si en ella se discute indirectamente la nulidad (en el caso analizado, por simulación). Sin embargo, en la práctica y en la interpretación estricta, su doctrina (especialmente la que diferencia la pretensión de Otorgamiento de Escritura Pública de la de nulidad) ha sido utilizada para rechazar la acumulación de pretensiones de nulidad junto a otras, bajo el argumento de que la vía procedimental (proceso sumarísimo para los procesos de Otorgamiento de Escritura Pública) resulta incompatible o que la nulidad debe ventilarse de forma autónoma en otro proceso. Del mismo modo, este precedente establece que la declaración de nulidad de oficio en un proceso sumarísimo de Otorgamiento de Escritura Pública, por ser un control ex officio de la validez del acto, se considera una vía excepcional que, para algunos críticos, evade el proceso de conocimiento o abreviado que correspondería a una pretensión principal de nulidad de acto jurídico, afectando la correcta determinación de la vía procedimental. Así, el Pleno Casatorio tuvo como objeto central el proceso de otorgamiento de escritura pública, que es de vía sumarísima, caracterizada por ser una vía rápida, sin etapa probatoria compleja, y al permitir que el juez realice un control de validez y declare la nulidad manifiesta de oficio en el proceso sumarísimo, el Pleno expande los límites cognitivos de esta vía; ante lo cual, la postura crítica de los operadores jurídicos sostiene que un debate sobre la validez del acto jurídico (nulidad) es una controversia compleja que requiere la vía de conocimiento o abreviada, y que esta intromisión desnaturaliza el proceso sumarísimo, contraviniendo la distribución de vías según la complejidad y el proceso en sí. De este modo, si bien el Pleno se basa en el Art. 220 del Código Civil (nulidad de oficio), su desarrollo procesal colisiona con principios fundamentales, dado que el Pleno, al facultar al juez a declarar la nulidad de oficio, convierte una acción sustantiva no pedida por las partes en una decisión judicial principal, lo cual, para algunos, afecta el principio de congruencia procesal y el principio dispositivo del proceso civil (y aunque algunos consideran que el artículo 220 del Código Civil corresponde a una excepción a ello, la crítica principal de esta facción de operadores jurídicos es a la forma en que el Pleno lo instrumentaliza y apertura). En resumen, la crítica central de los operadores jurídicos se enfoca en que el Pleno, a través de sus precedentes, ha modificado la estructura y límites del proceso sumarísimo, transformando lo que era una mera interpretación del artículo 220 del Código Civil en una regulación procesal de facto no establecida en el ordenamiento, a través de la “flexibilización de principios procesales” como el de Congruencia Procesal o el principio dispositivo que permite la resolución de pretensiones no planteadas por ninguna de las partes procesales, y

asimismo, para efectos de dicha resolución o fines, la generación de nuevos procedimientos no establecidos positivamente, como la oportunidad de contradictorio señalada por el pleno. Los defensores de las críticas (en su mayor parte académicos y procesalistas puristas) se basan en la supuesta infracción de principios y normas del Código Procesal Civil y del principio de legalidad procesal; siendo sus fundamentos principales que el proceso civil opera a instancia de parte (principio dispositivo), ante lo cual el juez debe fallar de acuerdo con las pretensiones y excepciones formuladas por las partes (principio de congruencia); y que en contravención a ello, el Pleno permite que el juez declare la nulidad manifiesta en la parte resolutive de la sentencia, a pesar de que la nulidad no haya sido demandada ni reconvenida (como en el caso del Pleno donde la pretensión principal era la de Otorgamiento de Escritura Pública), lo que, de otro modo implica que el juez estaría creando una pretensión de oficio (la de nulidad), invadiendo la esfera del principio dispositivo; y que pese a que la nulidad es de tal trascendencia que el interés público prima sobre el interés privado (principio dispositivo), se estaría para tal fin, efectuando una desnaturalización de la Vía Procesal Sumarísima, la que se encuentra reservada para asuntos de cognición limitada y de tramitación rápida, donde por ejemplo en el proceso de otorgamiento de escritura pública solo se formaliza un negocio cuya validez se presume; por lo que, al obligar al juez sumarísimo a realizar un "control de validez" y a abrir un "mini contradictorio" sobre la nulidad manifiesta, el Pleno expande la cognición del proceso sumarísimo a niveles de un proceso plenario (conocimiento o abreviado), y que pese a la consideración de este proceso como uno "plenario rápido" (y no un proceso sumario), que permitiría una cognición completa siempre que no se vulnere la celeridad, no ha analizado aspectos fundamentalmente diferenciadores entre estas vías procedimentales, como la posibilidad de reconvenir la pretensión, el empleo de los medios probatorios, entre otras diferencias no abordadas en el desarrollo de este pleno casatorio; y contrario a lo señalado en el mismo, si el juez no hiciera el control, el sistema judicial no estaría avalando la inscripción de actos nulos o ilícitos, afectando la fe pública registral, dado que no se debe estimar una pretensión como la señalada, pero tampoco debe resolverse sobre la nulidad del acto jurídico, sino es pretendida esta de manera expresa por alguna de las partes conforme el principio dispositivo. Asimismo, respecto a la acumulación de pretensiones si son conexas y no son contradictorias, esta facción de operadores jurídicos críticos ante los precedentes del pleno consideran que si bien este no lo prohíbe textualmente, la doctrina que emana de él sobre la improcedencia liminar de demandas de Otorgamiento de Escritura Pública si existe nulidad manifiesta, es utilizada por los jueces para rechazar la acumulación de pretensiones de

nulidad con otras pretensiones, obligando al justiciable a iniciar dos procesos distintos, contraviniendo el principio de economía y celeridad procesal, siendo también relevante ello. A consideración personal, si bien el Pleno tiene la facultad de uniformizar la jurisprudencia, al establecer un procedimiento detallado y obligatorio para la declaración de nulidad de oficio dentro de la vía sumarísima, la Corte Suprema supera su rol de intérprete y asume una función cuasi-legislativa en el ámbito procesal, para lo cual, considero que el Pleno no solo interpretó el Art. 220 del Código Civil (que es sustantivo), sino que creó una norma procesal vinculante que altera el alcance del Art. 546 (vía sumarísima) y del Art. 427 (rechazo liminar) del Código Adjetivo, y obliga al juez a seguir una secuencia de actos (abrir el contradictorio, declarar en la resolutive), que no están previstos en el proceso sumarísimo, lo que se configura como una introducción de esta "norma jurisprudencial" que genera un conflicto de fuentes del derecho con la norma positiva, y que genera por ende, incertidumbre. Este conflicto se advierte a partir de que, por ejemplo, el citado artículo 546 no permite un debate amplio de validez sobre el acto jurídico, y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil exige congruencia con la demanda; mientras que el precedente establecido por el Pleno, exige que la Nulidad Manifiesta sea declarada de oficio en la parte resolutive de la sentencia, incluso en la vía sumarísima, previa apertura de un contradictorio, obligando al operador a aplicar una regla procesal no escrita que vulnera la celeridad y la especialidad de la vía sumarísima, y que si bien el Pleno opta por la justicia material (al pretender no convalidar un acto jurídico manifiestamente nulo) por encima de la estrictez del rito procesal, al hacerlo, genera un déficit de predictibilidad en los operadores jurídicos. Lo que, en efecto genera frente los operadores jurídicos una incertidumbre sobre qué fuente del derecho resulta aplicable al caso concreto; sin embargo, al respecto resulta necesario indicar puntualmente dos aspectos concretos: en primer lugar, que en definitiva en nuestro ordenamiento procesal civil, prevalece la norma positiva sobre cualquier regulación establecida por precedentes vinculantes si estos resultan contrarios, dado que conforme a la teoría de fuentes de nuestro ordenamiento desarrollada previamente, la principal fuente del derecho corresponde a la norma, sobre la cual más bien se estructuran otras fuentes como la jurisprudencia que no tiene un rol creador de la norma, ni siquiera uno modificador de la misma, sino únicamente uno interpretativo, que permita su integración al ordenamiento ante la existencia de dudas sobre su aplicación, sin que ello implique la generación de nueva ley. Sin embargo, el segundo punto a mencionar es que, el conflicto de fuentes como tal, es un concepto no real en nuestro ordenamiento, dado que, no es que las fuentes como tal entren en controversia o conflicto, sino que, lo que generalmente se presenta, es que las normas

devenidas de estas fuentes puedan entrar en conflicto, lo que implica la aplicación de los métodos de solución frente a conflicto de fuentes, como el principio de jerarquía normativa. En conclusión, los precedentes vinculantes del Noveno Pleno Casatorio Civil en materia de nulidad manifiesta representan una evolución jurisprudencial significativa que introduce normas procesales diferenciadas respecto al Código Adjetivo vigente. Estas normas procesales, más estrictas y protectoras, fortalecen la justicia efectiva y equilibran los intereses de las partes con la necesidad de un proceso ordenado y justo, siendo un aporte fundamental para el perfeccionamiento del sistema procesal civil peruano. Ahora, en el contexto del sistema jurídico peruano, la coexistencia de normas procesales contenidas en el ordenamiento positivo, especialmente el Código Procesal Civil, y los precedentes vinculantes establecidos por el Noveno Pleno Casatorio Civil, ha generado situaciones en las que dichas normas pueden presentar discrepancias o diferencias interpretativas. Esta situación plantea una interrogante fundamental para el operador jurídico: ¿Debe aplicarse estrictamente la norma escrita o se debe seguir el criterio establecido por el precedente vinculante, aun cuando sea disímil al ordenamiento positivo? En este capítulo se analiza esta problemática, proporcionando una respuesta fundamentada en el marco normativo vigente y la doctrina especializada. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139, inciso 5, reconoce expresamente la función de la Corte Suprema para establecer precedentes vinculantes, los cuales tienen el carácter de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales y administrativos. Por ende, los precedentes vinculantes no son meras recomendaciones o criterios persuasivos, sino que constituyen una fuente formal del derecho con fuerza obligatoria, dirigida a unificar la interpretación y aplicación de las normas en el sistema judicial. El precedente vinculante no modifica ni deroga el texto normativo del Código Procesal Civil; sin embargo, establece una interpretación obligatoria que debe ser aplicada en la práctica judicial. Esto implica que, cuando exista una discrepancia o norma disímil entre lo previsto en el ordenamiento positivo y lo establecido por el precedente vinculante, el operador jurídico está obligado a seguir el criterio jurisprudencial para garantizar la coherencia y seguridad jurídica. Los precedentes vinculantes constituyen una fuente autónoma y jerárquicamente relevante dentro del ordenamiento jurídico peruano, que orienta y limita la interpretación normativa, evitando interpretaciones contradictorias y dispersas (Díaz Colchado, 2022). Ante normas procesales disímiles, el juez, abogado o cualquier operador jurídico debe aplicar la norma conforme a la interpretación establecida por el precedente vinculante emitido por el Noveno Pleno Casatorio Civil; asimismo, reconocer que la omisión o desconocimiento del precedente vinculante puede constituir una

causal de nulidad o recurso, dado su carácter obligatorio, y finalmente entender que el precedente vinculante busca garantizar la unidad y coherencia del sistema judicial, así como la protección del debido proceso y la seguridad jurídica. En consecuencia, la aplicación del precedente vinculante prevalece sobre la interpretación aislada del texto legal, consolidándose como regla de observancia obligatoria. En el escenario jurídico peruano actual, donde los precedentes vinculantes adquieren fuerza normativa, el operador jurídico debe priorizar la aplicación de estos criterios jurisprudenciales frente a normas procesales disímiles contenidas en el Código Procesal Civil. Este enfoque asegura la uniformidad, predictibilidad y legitimidad en la administración de justicia, fortaleciendo el Estado de Derecho. En el marco del sistema jurídico peruano, la relación entre la ley y la jurisprudencia vinculante ha generado un debate crucial para la práctica jurídica. La existencia de precedentes vinculantes, especialmente aquellos emitidos por la Corte Suprema en Plenos Casatorios, implica que el operador jurídico deba enfrentar situaciones en las que la interpretación jurisprudencial difiere o modifica la aplicación directa de la norma legal vigente. Este capítulo tiene por objetivo analizar si, y en qué condiciones, el operador jurídico debe aplicar la jurisprudencia aun cuando ésta parezca contraria o diferente a la ley, tomando como referencia el marco constitucional, legal y doctrinario vigente. Esta normativa convierte a los precedentes vinculantes en una fuente formal del derecho, lo que implica que los operadores jurídicos no pueden ignorar ni contradecir estos criterios jurisprudenciales bajo pena de incurrir en errores jurisdiccionales. Los precedentes vinculantes no derogan la ley, pero sí establecen la interpretación que debe darse a una norma para su aplicación práctica. Así, cuando un precedente parece contradecir o diferir del texto legal, en realidad está fijando una interpretación obligatoria que debe prevalecer para garantizar uniformidad, coherencia y seguridad jurídica en el sistema judicial. Ahora, debemos considerar que los precedentes vinculantes son interpretaciones de la ley que deben aplicarse obligatoriamente para evitar decisiones contradictorias que generan inseguridad jurídica; por ende, el precedente cumple una función integradora y clarificadora de la norma, más no productora de la misma. El operador jurídico, sea juez o abogado, debe aplicar los precedentes vinculantes, aunque estos contengan reglas procesales o sustantivas que parezcan disímiles a la norma escrita. La omisión o desacato a estos precedentes puede acarrear la nulidad de actos procesales o sentencias, puesto que estos criterios constituyen la interpretación oficial y obligatoria del derecho. Este deber garantiza que la administración de justicia no esté sujeta a interpretaciones diversas o arbitrarias, sino a un criterio uniforme que da predictibilidad y seguridad al sistema. Si bien el precedente vinculante prevalece

sobre la interpretación aislada de la ley, existe un mecanismo para su revisión o modificación mediante nuevos Plenos Casatorios, permitiendo así que la jurisprudencia evolucione y se adapte a nuevas realidades sin necesidad de una reforma legislativa inmediata. Este dinamismo contribuye a la adecuada aplicación del derecho, manteniendo un equilibrio entre la estabilidad normativa y la necesaria flexibilidad interpretativa. En conclusión, el operador jurídico en el Perú está obligado a aplicar los precedentes vinculantes emitidos por la Corte Suprema, aun cuando estos difieran o modifiquen la aplicación directa de las normas legales vigentes. Esta obligación se fundamenta en la Constitución y en la ley, y busca garantizar la unidad, coherencia y seguridad jurídica en el sistema judicial peruano, consolidando una interpretación uniforme y obligatoria del ordenamiento jurídico. En el sistema jurídico peruano contemporáneo, el desarrollo de los precedentes vinculantes ha generado una dinámica cada vez más intensa entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y el ordenamiento legal positivo. Este fenómeno es especialmente evidente cuando un precedente casatorio – como los establecidos en los Plenos Casatorios Civiles– introduce reglas o interpretaciones que difieren o incluso se oponen a normas legales vigentes. Frente a esta tensión, se plantea una interrogante crucial: ¿qué debe hacer un operador jurídico, particularmente un juez, cuando una norma establecida en un precedente vinculante contradice directamente una disposición legal en vigor? En principio, los precedentes vinculantes están llamados a interpretar la ley, no a sustituirla ni derogarla. Sin embargo, en la práctica, puede suceder que el contenido normativo de un precedente –especialmente si establece reglas procesales o sustantivas nuevas– entre en contradicción directa con normas legales vigentes que no han sido modificadas ni derogadas. Este conflicto no debe ser asumido con ligereza. La jurisprudencia puede desarrollar el contenido de la norma legal, pero si la reemplaza o establece disposiciones incompatibles, deja de ser interpretación y se convierte en innovación normativa no autorizada, lo cual trasgrede el principio de legalidad y la separación de poderes, dado que pese a que los magistrados pueden encontrar en su preparación un mayor conocimiento y especialidad respecto al conocimiento jurídico, su función constitucional no es la de creación normativa, sino la de su aplicación e interpretación para la resolución en casos concretos, administrando justicia para tal efecto. Por tanto, podemos afirmar entonces que, como regla general, el juez debe aplicar el precedente vinculante, incluso si en apariencia difiere parcialmente del contenido literal de la ley, pues se trata de una interpretación oficial y obligatoria de la misma, asegurando la uniformidad del derecho, la predictibilidad judicial y la garantía del debido proceso; sin embargo, es otro el panorama si es que en efecto esta contravención es real y no aparente.

Ante este último escenario, resulta posible considerar, como ya lo hacen muchos operadores jurídicos, que el ordenamiento jurídico establece la posibilidad de, en caso de advertir una contravención normativa constitucional o legal, sobre disposiciones de jerarquía inferior, se efectúe una inaplicación por control difuso, lo que en líneas generales aparentemente no presenta mayor discusión al respecto; sin embargo, sobre los precedentes vinculantes es que resulta un primer problema de consideración, dado que, existe parte de los operadores que considera que, en los supuestos en los que los precedentes exceden su límite interpretativo de la norma, y ante posibles vacíos, deficiencias y lagunas de las normas vigentes, establece una suerte de creación normativa, a través de las denominadas sentencias normativas, o de las normas jurisprudenciales, ante las cuales, existe la controversia de posiciones, dado que algunos consideran que, si bien no deberían existir ni formar parte del ordenamiento, al no ser la labor judicial la de creación normativa, sino solo interpretativa y unificadora, existen en realidad en nuestro ordenamiento, y como tal deberían considerarse como normas en sí, y en ese entendido, ser valoradas en igual condición que las normas de otros orígenes, como el legislativo, pudiendo ser entonces, inaplicadas si contradicen de forma abierta y directa la ley, y además vulneran principios constitucionales fundamentales (como el derecho de defensa, el principio de legalidad procesal o el debido proceso), vía aplicación del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado. Mas aun considerando que, en virtud de que el Tribunal Constitucional ha establecido que el juez, como garante del control constitucional difuso, puede inaplicar no solo normas legales contrarias a la Constitución, sino también actos jurisdiccionales –entre los que podría considerarse a los precedentes– que vulneren principios superiores del orden constitucional. Sin embargo, esta facultad debe ejercerse con extrema cautela, y la motivación debe ser expresa, razonada y estrictamente fundada en principios constitucionales, no en discrepancias subjetivas con el criterio del Pleno Casatorio. Autores como Landa Arroyo (2013) sostienen que el precedente vinculante no puede usurpar funciones del legislador, señala para ello cuando un precedente excede su rol interpretativo e impone reglas normativas contrarias a la ley, el juez debe privilegiar la Constitución y puede inaplicarlo justificadamente (Landa Arroyo, 2013, pág. 211). En igual sentido, García Belaunde (2019) indica que el precedente vinculante no debe convertirse en un instrumento de legislación judicial; si ocurre, el juez tiene el deber de controlar su validez conforme al principio de legalidad y la supremacía constitucional (García Belaunde, 2019, pág. 78). El juez u operador jurídico, como garante de la legalidad y del orden constitucional, debe seguir los precedentes vinculantes como regla general, dada su fuerza normativa obligatoria.

En ese mismo orden de ideas, esta facción de los operadores jurídicos, señala que, por lo menos en casos excepcionales donde el precedente contradiga de manera real, directa y manifiesta una norma legal vigente y, además, vulnere principios constitucionales, el juez puede y debe ejercer el control difuso, inaplicando el precedente en el caso concreto. Con ello, consideran que este mecanismo no debilita la autoridad del precedente, sino que resguarda el equilibrio constitucional entre los poderes del Estado y asegura la supremacía de la Constitución como norma máxima del ordenamiento jurídico; dado que, si bien los precedentes vinculantes son de observancia obligatoria, los jueces pueden inaplicarlos cuando estos contravengan principios constitucionales fundamentales. Sin embargo, respecto a esta posición resulta la duda razonable de otra facción de los operadores jurídicos, que en contrario a lo expuesto se consulta si resulta aplicable un control difuso contra sentencias judiciales que contienen precedentes de manera válida, o si más bien ello distorsiona el sistema de control constitucional, dado que reconoce, e indirectamente valida la existencia de normas de carácter general expedidas por el Poder Judicial y no por el Legislativo, desvirtuando su labor constitucionalmente conferida, y de modo alguno otorgando facultades legislativas a los jueces, incluso de otra jerarquía a la Corte Suprema. En la Consulta N° 1618-2016-Lima Norte, la Corte Suprema, estableció reglas para el ejercicio del control difuso, enfatizando que los jueces deben partir de la presunción de validez de las normas legales y solo inaplicarlas cuando sea necesario para preservar la supremacía constitucional. En la Casación 480-2019-Del Santa, la Corte Suprema precisó que la desaprobación de una consulta de control difuso no anula en su totalidad el fallo en el que se ejerció dicha potestad, sino únicamente el juicio de colisión normativa realizado por el juez; esta situación solo revela una de las primeras conclusiones que se arriban de la presente investigación, correspondiente a que existe una crítica válida a la teoría de fuentes del derecho actual de nuestro ordenamiento procesal civil, y en general del derecho nacional. De este modo, podemos concluir que, respecto a estas dos posiciones antes descritas y expuestas, el operador jurídico, especialmente el juez, debe aplicar los precedentes vinculantes como regla general, ya que estos son de observancia obligatoria. No obstante, en situaciones excepcionales donde se contravengan principios constitucionales fundamentales, el juez puede inaplicarlo sea o no por el ejercicio del control difuso, siempre que fundamente adecuadamente su decisión y garantice la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto, sin embargo, a consideración personal, no recomiendo, ni pretendo introducir el debate en esta investigación si por la naturaleza del proceso actual, resulta aplicable dicho método de solución de conflicto de normas, o si debe obviarse este.

Ahora, como se indicó, el IX Pleno Casatorio Civil, estableció precedentes vinculantes sobre el proceso de otorgamiento de escritura pública, específicamente en relación con la formalización de actos jurídicos y los principios procesales aplicables. En este caso, los precedentes (como el control sustantivo del acto jurídico o la declaración de oficio de invalidez) se fundamentan en principios del Código Procesal Civil y de la Constitución (tutela jurisdiccional efectiva), lo que refuerza su legitimidad. Sin embargo, este criterio representa riesgos tales como que el precedente se percibe como contrario a la ley, aplicarlo podría implicar una vulneración del principio de legalidad, especialmente si el precedente excede el marco normativo o introduce reglas que no tienen sustento legal claro, lo que podría generar resoluciones judiciales que sean impugnadas por las partes, argumentando que se apartan de la norma positiva, lo que podría derivar en casaciones o acciones de amparo. Ahora, inaplicarse el precedente y optar por la norma positiva, se sustenta en que, la Constitución establece que los jueces están sujetos a la ley, lo que implica que la norma positiva tiene primacía sobre los precedentes vinculantes, que son una fuente secundaria. Por lo que, si el precedente se considera contrario a la ley o a la Constitución, el juez podría justificar su inaplicación por el principio de razonabilidad, argumentando que el precedente excede el marco legal o vulnera derechos fundamentales (por ejemplo, el principio de congruencia procesal o el derecho de defensa). En el caso del IX Pleno, un juez podría argumentar que disposiciones como la declaración de oficio de invalidez de un acto jurídico contradicen el principio de congruencia procesal, que limita al juez a resolver según lo solicitado por las partes. Sin embargo, la crítica a esta postura refiere que inaplicar un precedente vinculante puede ser considerado un incumplimiento del artículo 400 del Código Procesal Civil, lo que podría derivar en sanciones disciplinarias para el juez. Lo que podría generar inseguridad jurídica, ya que los precedentes buscan uniformidad en la interpretación del derecho. La inaplicación sin justificación sólida podría ser revertida en instancias superiores (por ejemplo, en casación). La Corte Suprema de Justicia podría interpretar la inaplicación como un desafío a su autoridad, lo que podría afectar la carrera judicial del operador. Es así, que nace la disyuntiva en los operadores jurídicos por los que se dividen las facciones que consideran que los precedentes vinculantes establecidos no son normas legales en sentido estricto, sino interpretaciones autoritativas de la ley, y que se deben seguir un enfoque equilibrado para resolver posibles conflictos; mientras que de otro lado, la facción de operadores jurídicos, que consideran que estos precedentes si establecen normas procesales, y que por ende deben ser aplicadas, o en su caso, someterlos a un conflicto normativo por una antinomia, o una alternativa de solución de conflictos.

Como sustento de la crítica a la posición de la aplicación del control difuso sobre precedentes vinculantes, puede considerarse que, por ejemplo, para Domingo García Belaunde (2013), el control de oficio debe aplicarse con prudencia para no perjudicar la economía procesal ni la seguridad jurídica, limitando su uso a supuestos graves (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013). Del mismo modo, indica este autor que un exceso en la declaración de nulidades por oficio puede devenir en una herramienta de obstaculización y retraso procesal. En conclusión, sin perjuicio de las posiciones expuestas, en estricto, consideramos que principalmente existe una crítica sustentable a la teoría de fuentes del derecho procesal civil en el Perú, dado que respecto a su influencia y actual naturaleza del proceso, permite advertir una confluencia de distintas fuentes, tanto del ordenamiento tradicional del Civil Law, como la de otros sistemas distintos, como el Common Law, entre otros, que al no encontrarse debidamente delimitados, por lo menos, en el ejercicio práctico del derecho, generan esta controversia y aparente conflicto en su aplicación. Sin perjuicio de ello, y de manera más personal, se plantea la posibilidad de que como solución práctica para los casos reales donde se presenta dicha situación, no debe considerarse la existencia real de un conflicto de fuentes, sino más bien un conflicto de normas, dado que cada fuente del derecho contrastada, es decir, por un lado la ley procesal, como espíritu del legislador plasmado en el ordenamiento, y por otro lado, el precedente vinculante, que en la práctica efectúa una introducción de normas procesales en el ordenamiento, por lo que, una vez introducidas ambas normas, para los operadores jurídicos, no debe significar un análisis en la práctica sobre qué fuente resulta aplicable, o cuál de las mismas tiene mayor peso o relevancia para el caso concreto, sino más bien analizar a nivel de normas, las que fueron introducidas por dichas fuentes. Ante lo cual, al contrastar una norma introducida por una ley, y una introducida en una resolución judicial, conforme el principio de jerarquía normativa aplicable, como solución al conflicto de normas, debe prevalecer la ley, dada su jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, contrastando en cada caso concreto, de manera objetiva, la contravención concreta al ordenamiento positivo jerárquicamente superior, como el contenido en la Constitución Política o en la ley escrita, como es el caso del Código Procesal Civil, Código Civil, etc. Asimismo, como lo mencionan Marcial Rubio Correa y Elmer Arce (2017), en nuestro sistema jurídico estatal, una sentencia es un acto no normativo, es decir, que no constituye una norma como tal; dado que, explican dichos autores que la sentencia que pone fin a un proceso judicial se aplica solo a las partes intervinientes en el caso y no a una generalidad de personas, como lo hacen las normas emitidas por el órgano legislativo estatal (Congreso).

Así, una sentencia no se aplica a sujetos indeterminados, en la medida en que las partes procesales siempre se encontrarán conformados por una o más personas naturales o jurídicas. De este modo, el juez goza de amplia discrecionalidad en la solución del caso y en el dictado de su sentencia, contando con el único límite de respetar el vigente ordenamiento jurídico. Viéndose su independencia solo sometida al respeto a la ley y a la Constitución conforme lo señala el artículo 138° de la propia Constitución Política. Cuando, por el contrario, dicta deliberadamente resolución contraria al texto expreso y claro de la ley, cita pruebas inexistentes o hechos falsos o se apoya en leyes ya derogadas podrá ser denunciado por prevaricato (así lo establece el artículo 418° del Código Penal). Los autores en mención señalan que a pesar de que las sentencias comunes no son fuentes de derecho, por no ser generales y abstractas, el ordenamiento jurídico nacional reconoce otros tipos de pronunciamientos judiciales, tales como la jurisprudencia, la que al ser emitida por las salas especializadas de la Corte Suprema de la República, como instancia máxima del Poder Judicial, fija principios jurisprudenciales que tienen obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales; pero que pese a ello, deja la suficiente libertad a los jueces de dichas instancias para que puedan apartarse de la jurisprudencia como instrumento de ventilación permanente al interior del Poder Judicial, con el fin de que la Corte Suprema pueda contrastar sus decisiones con las de los jueces de inferior jerarquía, ya que al poder conocer dichos procesos vía recurso de casación, será ella la misma quien decidirá o no la aplicación de sus propios precedentes jurisprudenciales (Rubio Correa & Arce, 2017). Sin embargo, para estos autores, existe otra categoría de pronunciamientos judiciales con un tratamiento diferenciado, la misma que corresponde a la que denominan “Sentencias normativas”, que a diferencia de la jurisprudencia, no puede eludirse su cumplimiento por parte de los jueces de instancias inferiores, en cuanto solo pueden ser derogadas por el mismo órgano que las emitió, consignando como ejemplo a los propios plenos casatorios, los que señala podrían ser modificados o derogados únicamente por otros plenos casatorios. Sin embargo, aquí es donde corresponde quizás adicionar un término de diferente naturaleza a las señaladas, como el de “norma jurisprudencial”, la que merece un análisis diferencial en una investigación independiente, pero que, para efectos prácticos, y en suma a lo señalado, se podría afirmar que el precedente vinculante, en tanto emanación del Poder Judicial, no posee naturaleza de creación normativa, sino únicamente para interpretarlas con carácter vinculante dentro de los márgenes de la legalidad; de modo que, cuando un precedente contraviene lo expresamente regulado por una ley, este resulta inaplicable por vulnerar el principio de jerarquía normativa previsto en el ordenamiento jurídico nacional, y la seguridad jurídica.

CONCLUSIONES

- A la luz de lo expuesto, la presente investigación concluye en primer lugar que, el sistema jurídico adjetivo nacional, ha experimentado, desde su incorporación al ordenamiento hasta la fecha, una serie de cambios normativos, dogmáticos, doctrinales e ideológicos, que lo permiten percibirse, por lo menos en la práctica, como un sistema de administración de justicia mixto, con diversas influencias de otros sistemas jurídicos.
- Asimismo, esta investigación concluye que los cambios evolutivos del sistema procesal han generado una creciente complejidad en la teoría de sus fuentes del derecho, en la medida que, en adición a su jerarquía formal tradicional, encabezada por la norma positiva, y seguida por los principios generales, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre; se han ido incorporando elementos exógenos con una distinta jerarquía práctica en la resolución de conflictos, propios de sistemas jurídicos diferentes.
- Se concluye además que, uno de estos elementos exógenos que tienen una distinta jerarquía práctica en la resolución de conflictos a los de la jerarquía formal de fuentes tradicional en nuestro ordenamiento, es el uso de los precedentes vinculantes que no solo tengan una función interpretativa o aclaratoria, sino más bien, alcances regulatorios y creadores, tal como sucede en el caso del sistema del Common Law americano.
- Por ello, esta investigación concluye también que, la inclusión de los citados precedentes vinculantes con alcances regulatorios, ha generado fuertes críticas en la práctica forense nacional, toda vez que, para algunos la función judicial se debe limitar a interpretar y aclarar normas ya existentes, mientras que para otros, la finalidad última del proceso permite flexibilizar principios para regular supuestos normativos vacíos o incompletos existentes, estableciendo procedimientos o reinterpretando alcances normativos previos.
- La investigación concluye al respecto que, en virtud de la perspectiva en relación al uso y alcances de los precedentes vinculantes en el derecho procesal, se apertura la posibilidad de un debate respecto a un eventual conflicto de fuentes del derecho procesal nacional, en la medida que la incorporación de los precedentes vinculantes con funciones creadoras, no modifican la norma positiva, la que al seguir vigente, permite la coexistencia de dos aparentes regulaciones diferentes emanadas de dos fuentes distintas al mismo tiempo.
- Así, se concluye también que, nuestro ordenamiento carece de mecanismos normativos o jurisprudenciales consolidados para resolver conflictos entre fuentes del derecho, lo que genera un vacío institucional que expone al operador jurídico a dilemas sin solución y limita el principio de legalidad, en desmedro de la predictibilidad y seguridad jurídicas.

- Asimismo, esta investigación concluye que, no es función del órgano judicial la expedición de nuevas normativas, ni siquiera regulatorias, en cuanto que toda regulación implica desde ya una creación normativa, y que esta función se encuentra delimitada en concreto al órgano legislativo; de modo que, los precedentes vinculantes, deben limitarse a interpretar disposiciones ya existentes, y no crearlas, ni regularlas, por reserva de ley.
- En el caso del IX Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4442-2015, Moquegua), la investigación concluye que se han establecido criterios de aplicación procesal respecto a la declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un acto jurídico en procesos sumarísimos de otorgamiento de escritura pública, por medio de procedimientos, como la generación de un contradictorio que garantice el derecho de defensa de las partes.
- Respecto a dichos criterios de aplicación procesal, la tesis concluye que se han generado dos posiciones en los operadores jurídicos: por un lado, los que consideran que solo se han interpretado los alcances de la ley procesal, y otros que, consideran que, pese a que el contradictorio garantiza el ejercicio del derecho de defensa, el IX Pleno ha introducido nuevas normas procesales contrarias al Código Procesal Civil, como la ampliación de un debate contradictorio frente a una pretensión no demandada en un proceso sumarísimo.
- Por tanto, se concluye que para la perspectiva que considera que el IX Pleno introduce normas diferentes a las del ordenamiento positivo, se ha generado una incertidumbre jurídica por la colisión entre jurisprudencia y ley vigente, generando la posibilidad de emisión de decisiones contradictorias y falta de predictibilidad, al poder algunos operadores jurídicos inaplicar el precedente, y no permitir el control de validez del acto jurídico en un proceso sumarísimo, al no ser demandado, por congruencia procesal.
- Asimismo, se concluye que, el debate entre si el IX Pleno Casatorio Civil ha introducido o no nuevas disposiciones normativas procesal se mantiene vigente, en la medida de que persiste el debate sobre la verdadera naturaleza del proceso sumarísimo, la flexibilización del principio de congruencia procesal y la aplicación procesal de la nulidad de oficio del acto jurídico regulada por el artículo 220 del Código Civil, abordadas en el Pleno.
- Finalmente, y sin perjuicio de lo ya señalado, la presente investigación permite concluir además que, frente a la posibilidad de que un precedente vinculante establezca normativa diferente a la que ha introducida por el legislador en la ley positiva, no se trata de un conflicto de fuentes real, sino más bien de un conflicto de normas, dado que cada fuente del derecho contrastada introduce una norma diferente, por lo que la solución de sus eventuales conflictos debe solucionarse por sus propios mecanismos de solución.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda desarrollar en nuestro ordenamiento, una teoría actual de las fuentes del derecho procesal jerárquicamente estructurada, que permita que los operadores puedan percibir las mismas con coherencia, y delimitar los alcances del precedente vinculante como herramienta de interpretación y no como mecanismo de creación normativa, debiendo consolidar su función aclaratoria, y no como un sustituto del legislador.
- Se recomienda se precisen los límites del precedente vinculante en la jerarquía de fuentes nacional, particularmente en materia procesal, a fin de evitar que la jurisprudencia suprima o sustituya funciones propias del legislador, garantizando el principio de legalidad y separación de poderes, así como de predictibilidad y seguridad jurídicas.
- Se recomienda adicionalmente una racionalización del uso del precedente vinculante en la práctica del ámbito procesal, por medio de una capacitación especializada para los jueces en técnica del precedente, la creación de mecanismos de revisión institucional de precedentes que contradicen el orden positivo.
- Se recomienda fortalecer la capacitación judicial sobre técnica del precedente y jerarquía normativa, impulsando una política de capacitación sistemática dirigida a operadores jurídicos sobre teoría de las fuentes del derecho, técnica del precedente y jerarquía normativa; para aplicar los precedentes con mayor rigor, sin caer en errores de interpretación o en una obediencia mecánica que genere incertidumbre jurídica.
- Se recomienda establecer espacios permanentes de diálogo institucional entre el Poder Judicial y el Congreso de la República para abordar los efectos normativos de los precedentes vinculantes, a fin de detectar lagunas legales, actualizar disposiciones procesales y evitar contradicciones entre la jurisprudencia y el derecho positivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Águila Grados, G. (2010). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Egacal.
- Alayza y Paz Soldán, T. (1927). *Derecho administrativo general y del Perú*. Lima: Sanmartí y Cía.
- Alcalá-Zamora, N. (1992). *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa S.A.
- Alfaro Aguila-Real, J. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. *Anuario de derecho civil*, 46(1), 57-122.
- Alfaro Pinillos, R. (2014). Análisis comparativo del proceso civil y constitucional (Las "nuevas reglas procesales" sui generis del Código Procesal Constitucional"). *Revista del Instituto Jurídico de la Universidad San Martín de Porres*, 45. http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/ANALISIS_COMPARATIVO_DEL_PROCESO_CIVIL_Y_CONSTITUCIONAL.pdf
- Alsina, H. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal y Civil y Comercial* (Vol. I). Buenos Aires: Ediar S.A.
- Alvarado Velloso, A. (1989). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (Vol. III). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. <https://es.scribd.com/doc/141517526/Introduccion-Al-Estudio-Del-Derecho-Procesal-Tomo-i-Adolfo-Alvarado-Velloso>
- Alvarado Velloso, A. (1997). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Rubinzal - Culzoni Editores.
- Alvarado Velloso, A. (1999). El Garantismo Procesal. *I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista* (págs. 4,5). Buenos Aires: Azul.
- Alvarado Velloso, A. (2010). *El garantismo procesal*. Rosario: Juris. <http://cporesolucionesjudiciales.blogspot.pe/2012/08/el-garantismo-procesal-alvarado-velloso.html>

- Alvarado Velloso, A. (2010). *La prueba judicial: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Rosario: Universidad del Rosario.
- Alvarado Velloso, A. (2013). *El proceso judicial*. Lima: San Marcos.
- Alvarado Velloso, A. (2014). *Acción procesal, pretensión y demanda, acumulación y eventualidad: el derecho de defensa en juicio del actor*. Lima: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Álvarez Gómez, M., & Paredes Martín, M. d. (2013). *Derecho, historia y religión: Interpretaciones sobre la filosofía del Derecho de Hegel*. Aquilafuente: Fondo editorial de la Universidad Salamanca.
- Álvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la constitución peruana. *Ius et Veritas*, 24(48), 256-269.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11921>
- Alvim, T. (2010). La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho-Civil law y Common law. *Themis*(58), 71-80.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9119/9530>
- Alzamora Valdez, M. (1985). *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. (Octava ed.). Lima: EDDILI.
- An-NaÀim, A. A. (2008). *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of ShariÀa*. Harvard University Press. https://eltearabszak.hu/wp-content/uploads/2019/01/Abdullahi-Ahmed-An-Na-im-Islam-and-the-Secular-State_-Negotiating-the-Future-of-Sharia.pdf
- Arata Solís, M. (2015). *Análisis sistemático del Código civil: a tres décadas de su promulgación*. (J. Espinoza Espinoza, Ed.) Instituto Pacífico.
- Ariano Deho, E. (2003). Sobre el poder del juez de "declarar" de oficio la nulidad ex art. 220 C.C. *Problemas del Proceso Civil, Jurista Editores*, 135 y ss.
- Ariano Deho, E. (2011). *Hacia un Proceso Civil Flexible: Crítica a las Preclusiones Rígidas del Código Procesal Civil Peruano de 1993*. Lima: Tesis para optar por el grado de Magíster con mención en Derecho Procesal de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Ariano Deho, E. (28 de Abril de 2017). *Lo bueno, lo malo y lo feo del IX Pleno Casatorio Civil*. LP - Pasión por el Derecho: https://lpderecho.pe/lo-bueno-lo-malo-lo-feo-del-ix-pleno-casatorio-civil-eugenia-ariano-deho/?utm_source=chatgpt.com
- Artavia Barrantes, S. (2004). *Derecho Procesal Civil* (Vol. III). San José: Dupas.
- Ashworth, A., & Redmayne, M. (2005). *The Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press.
- Atienza, M. (2004). *Las Razones del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2006). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- Attenborough, F. L. (1922). *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/ISBN 978-1-86143-101-1>
- Avendaño Leyton, I. (2016). El Principio de Congruencia y su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del C.P.C. *Lex Web*. https://lexweb.cl/el-principio-de-congruencia-su-regulacion-en-el-proceso-civil-actual-y-en-el-proyecto-de-ley-del-cpc/#_edn8
- Ayarragaray, C. (1962). *Lecciones de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Perrot.
- Baker, J. (1979). *An introduction to English legal history*. Cambridge: Butterworths.
- Basadre Grohmann, J. (2005). *Historia de la República del Perú (1822-1933) - Tomo I. (P. C. SAC, Ed.) El Comercio*. <https://bibliotecacarmelitas.weebly.com/uploads/2/8/9/5/2895662/254708803-historia-de-la-republica-del-peru-t-1-1.pdf>
- Becerra Ramírez, M. (2018). *Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Belaúnde López de Romaña, J. d. (1974). Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales. *Derecho PUCP*(32), 93-124.
- Belisario, O. (18 de Julio de 2015). *Fuentes del Derecho Romano y Evolución*. LinkedIn: <https://www.linkedin.com/pulse/fuentes-del-derecho-romano-y-evolucion-omar-belisario-1/>

- Bentolila, J. J. (1997). Iura Novit Curia: esa omnisciencia judicial. *Derecho Procesal Garantista*, 2.
- Berman, H. J. (1948). The Spirit of Soviet Law. *Washington Law Review*, 23(2), 152-155.
<https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2755&context=wlr>
- Berman, H. J. (1983). *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bidart Campos, G. (2007). Rotulos, casilleros y categorías de cara al activismo judicial. *El Derecho*, 164.
- Bidart Campos, G. (2008). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Ediar.
- Blackstone, W. (1979). *Commentaries on the Laws of England*. University of Chicago Press.
- Blumenwitz, D. (2003). *Einführung in das anglo-amerikanische Recht*. München: C.H.Beck.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del Derecho* (Segunda ed.). (J. Guerrero R., Trad.) Santa Fe de Bogotá: TEMIS.
https://api.pageplace.de/preview/DT0400.9789583514418_A42960237/preview-9789583514418_A42960237.pdf
- Bodenheimer, E. (1964). *Teoría del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bogdan, M. (2007). The Influence of Roman Law on Contemporary Legal Systems. *European Journal of Legal Studies*, 45-63.
- Bogdanor, V. (2009). *The New British Constitution*. Bloomsbury Publishing.
- Bonfante, P. (1996). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Jurídica Continental.
- Bossuet, J. B. (1974). *Política sacada de las sagradas escrituras*. Madrid: Tecnos.
- Botto, H. (2007). *La Congruencia Procesal*. Editorial de Derecho.
- Bowes, M. (1972). Voir dire: Strategy and tactics in the defense of social and political activist. *Akron Law Review*, 265-294.
<https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2271&context=akronlawreview>

- Brand, P. (2012). Henry II and the Creation of the English Common Law. En C. Harper-Bill, & N. Vincent, *Henry II: New Interpretations* (págs. 215-241). Cambridge University Press.
- Brownlie, I. (1990). *Principles of Public International Law*. Clarendon Press.
- Broyde, M. J. (2012). Custom as a Source of Jewish Law: Some Religious Reflections on David J. Bederman vid J. Bederman's Custom as a Sour om as a Source of Law. *Emory Law Journal*, 61, 1037-1076. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1294&context=elj>
- Brunner, H. E. (2023). *Historia del Derecho Germánico*. Ediciones Olejnik.
- Bucher, E. (2004). *Zu Europa gehört auch Lateinamerika! Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. Zürich: University of Zurich.
- Bullard, A. (2002). Un nuevo paradigma: la Jurisprudencia es la Ley, ¿es el "Common Law" más eficiente que el Sistema Romano Germánico? *Asociación Civil Derecho & Sociedad: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 253-265. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17270/17558>
- Burdeau, G. (1985). *Tratado de Ciencia Política*. (E. Serna Elizondo, Trad.) México D.F., México D.F., México: Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLAN - UNAM. <https://books.google.com.pe/books?id=VQGwcn1rPwC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Enciclopédico Jurídico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliastas.
- Calderón Sumarriva, A. C., Aguila Grados, G., & Castillo Arredondo, V. (2011). *El precedente constitucional vinculante y su doctrina jurisprudencial: guía de estudio sistemático*. EGACAL.
- Calderón Sumarriva, A., & Picado Vargas, C. (2015). *Cómo Litigar: Técnica & Estrategia Procesal*. Lima: San Marcos E.I.R.L.

- Calvinho, G. (17 de Julio de 2010). *La regla iura novit curia en beneficio de los litigantes*. En Web del Estudio Petruzzo SC.
- Camp, J. M. (2000). Gortyn: The First Seven Hundred Years. En P. Flensted-Jensen, T. H. Nielsen, & L. Rubinstein, *Polis and Politics: Studies in Ancient Greek History* (págs. 67-79). Copenhagen: Museum Tusculanum Press.
- Cano, M. (2006). *De locis theologicis*. (J. Belda Plans, Trad.) Ediciones Biblioteca de Autores Cristianos.
- Cantarella, E. (2002). *Derecho griego arcaico y clásico*. Madrid: Trotta.
- Capitant, H. (1977). *Vocabulario Jurídico* (Sexta ed.). Buenos Aires: Editorial De palma.
- Cappalli, R. (1992). Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica. *Revista Chilena de Derecho* 19, 243.
- Cappelletti, M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Clarendon Press - Oxford.
- Carbonnier, J. (1965). *Derecho civil*. Bosch.
- Cárdenas Gracia, J. (2007). *La argumentación como Derecho*. Ciudad de México: Serie Doctrina Jurídica de la UNAM.
- Cárdenas-Krenz, R. (1999). Las fuentes formales del derecho civil peruano y la Constitución de 1993. *Ius Et Praxis*, 30(30), 135-148. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1999.n030.3611>
- Carnap, R. (1963). *Filosofía y Sintaxis Lógica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Argentina: UTEHA.
- Carnelutti, F. (1982). *La Prueba Civil*. (G. P. Augenti, Ed., & N. Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo: Un Análisis Comparativo. En S. Y. Castañeda Otsu, *Derecho Procesal Constitucional* (Vol. Tomo II, págs. 717-720). Lima: Jurista Editores.

- Castillo Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional* (Segunda ed., Vol. I). Lima: Palestra.
- Castillo, Y. (2014). *Estructura de la familia romano-germánica*. Santiago de los Caballeros: Galeon. Tesis de grado.
- Catalano, P. (2008). El derecho romano actual de la América Latina. *University of pennsylvania Law Review*, 887.
- Cavani, R. (2016). Jurisprudencia: ¿fuente del derecho peruano? *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/jurisprudencia-fuente-del-derecho-peruano/>
- Chemerinsky, E. (2019). *Constitutional Law: Principles and Policies* (Sexta ed.). Aspen Treatise.
- Chevalier-Cheshire, G. (1998). *Il concetto del trust, secondo il Common law inglese*. Torino: Giapiccheli.
- Chiegboka, A. B., & Nwadiakor, K. L. (2013). The Jurisprudence of the Tribunal of Roman Rota as Precedents to the Local Church Tribunals. *UJAH Unizik Journal of Arts and Humanities*, 1(14), 185-224. <https://doi.org/10.4314/ujah.v14i1.11>
- Chiovenda, G. (1925). *Principios de Derecho Procesal Civil*. (J. Casáis y Santaló, Trad.) Madrid: Reus. Retrieved 16 de Enero de 2018, from <https://es.scribd.com/doc/97757461/Giuseppe-Chiovenda-Principios-Del-Derecho-Procesal-Civil-Tomo-II>
- Chuquicallata Reategui, F. (2022). Las fuentes del derecho. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/fuentes-derecho-clasificacion/>
- Churruga, J. d., & Mentxaka, R. (2015). *Introducción histórica al Derecho Romano* (Décima ed.). Universidad de Deusto.
- Cisneros Farias, G. (2003). *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos*. México, México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Clayton, R., & Tomlinson, H. (2009). *The Law of Human Rights*. Oxford University Press.

- Coke, E. (1628). *The First Part of the Institutes of the Lawes of England*. Londres: Societie of Stationers.
<https://archive.org/details/firstpartofinsti011628coke/page/n7/mode/1up>
- Coleman, J. (2020). *The common law tradition: A comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Collazos, E. (07 de Febrero de 2014). *Calaméo*. [www.calameo.com: http://es.calameo.com/read/003164076c795a79b1f2b](http://es.calameo.com/read/003164076c795a79b1f2b)
- Collins, H. (2008). *The law of contract* (Cuarta ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Columna Jurídica. (23 de Septiembre de 2018). *Columna Jurídica*. Columna Jurídica: <http://columnajuridica.blogspot.com/2013/06/el-principio-de-congruencia-procesal.html>
- Constant, B. (1970). *Principios de política*. Madrid: Aguilar.
- Cornford, T. (2008). *Towards a Public Law of Tort*. Routledge.
- Cossio, C. (1967). *El Derecho en el Derecho Judicial*. Abeledo-Perrot.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos de derecho procesal civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Roque Depalma. Retrieved 15 de Enero de 2018, from <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>
- Couture, E. (1977). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Couture, E. (2019). Las garantías constitucionales del proceso civil. En E. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil y otros ensayos* (págs. 153-213). Leyer.
- Cross, R., & Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law* (Cuarta ed.). Oxford: Clarendon Law Series.
- D'Ors, Á. (2016). *Elementos de Derecho Privado Romano* (Sexta ed.). Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA).
<https://es.scribd.com/document/655524819/d-Ors-J-A-Elementos-de-Derecho-Privado-Romano-6a-ed-EUNSA-2016>

- Danós Ordóñez, J. (2009). El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano. En E. Ferrer Mac Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador de Derecho* (págs. 169-230). Idemsa.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/15.pdf>
- David, R. (2007). *Tratado de Derecho Comparado* (Tercera ed.). México D.F.: Editora Mc Graw-Hill Interamericana.
- David, R., & Jauffret-Spinozi, C. (1998). *Les Grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000027852>
- David, R., & Jauffret-Spinozi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Décimoprimer ed.). México D.F.: Editora Mc Graw-Hill Interamericana.
<https://bibliotecavirtualceug.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/06/los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos.pdf>
- Davis, D. R. (2010). *The Spirit of Hindu Law*. Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511674754>
- Dawson, J. (1965). Las funciones del juez. En H. J. Berman, *Diversos aspectos del Derecho en los Estados Unidos* (pág. 75). Letras.
- De Eizaguirre Bermejo, J. M. (2012). Civil Law, la vigencia de una categoría convencional. En L. Fernández de la Gándara, J. M. Embid Irujo, A. Recalde Castells, & F. J. León Sanz, *"Liber amicorum" prof. José María Gondra Romero* (págs. 63-74). Madrid: Marcial Pons.
- De la Puente y Lavalle, M. (1945). *Las lagunas del Derecho y la interpretación*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De los Santos, M. A. (2005). La flexibilización de la congruencia. *La Ley. Sup.Esp.Cuestiones Procesales Modernas*, 80.
- De Prada Rodríguez, M., De Prada Segovia, M., & Cuquerella Jiménez-Díaz, A. (2011). *Español Jurídico para Extranjeros* (Primera ed.). Oleiros, La Coruña, España: Netbiblo. Retrieved 9 de Agosto de 2016.

- De Sousa Santos, B. (2009). *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social* (Primera ed.). (J. G. Gandarilla Salgado, Ed.) Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Clacso Coediciones. <https://secat.unicen.edu.ar/wp-content/uploads/2020/03/BONAVENTURA-SOUSA-EPISTEMOLOGIA-DEL-SUR..pdf>
- Delgado Castro, J., & Díaz García, L. (2021). El civil law frente al precedente judicial vinculante: diálogos con académicos de América Latina y Europa. *Derecho PUCP*(87), 105-138. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.004>
- Della-Rocca, F. (1957). Equita. *Novissimo Digesto Italiano*, 625-637.
- Devis Echandía, H. (1985). *Compendio de Derecho Procesal - Estudios de Derecho Procesal* (Vol. II). Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (1985). *Teoría General del Proceso* (Vol. II). Argentina: Universidad.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría de la Prueba Judicial*. Temis.
- Díaz Colchado, J. C. (2022). Fuentes del Derecho y precedentes constitucionales: encuentros y desencuentros en el sistema de justicia del Perú. *Derecho y Sociedad*(58), 1-20. <https://doi.org/10.18800/dys.202201.005>
- Díaz, E. (2013). *Actividad del abogado en torno a la prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Dicey, A. V. (1915). *Introduction to the study of the law of the constitution*. Londres: Macmillan Publishers. http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf
- Diez Picazo, L., & Gullón, A. (1982). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tomos.
- Doe, N. (2015). *Christian Law: Contemporary Principles*. Cambridge University Press.
- Doe, N. (2018). *Comparative Religious Law: Judaism, Christianity, Islam*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316711569>
- Donati, D. (1910). *Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico*. Milan: Societa Editrice Libreria.
- Duguit, L. (2011). *Lecciones de derecho público general*. Marcial Pons.

- Duverger, M. (1970). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (Segundo ed.). (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Descargue-en-PDF-Los-derechos-en-serio-de-Ronald-Dworkin-LP.pdf>
- Dworkin, R. (2012). *EL IMPERIO DE LA JUSTICIA. De la teoría del derecho de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa S.A.
- Edge, P. W., & Harvey, G. (2000). *Law and Religion in Contemporary Society: Communities, individualism and the State*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315250694>
- Escudero, J. A. (2003). *Curso de historia del Derecho, fuentes e instituciones político-administrativas*. Madrid: Solana e Hijos. [https://doi.org/ISBN 84-398-4903-6](https://doi.org/ISBN%2084-398-4903-6).
- Esposito, J. (2003). *The Oxford Dictionary of Islam*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acref/9780195125580.001.0001>
- Eto Cruz, G. (2011). *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Adrus.
- Ezquiaga, F. J. (2000). *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex nova.
- Facultad de Derecho - Universidad de Chile. (14 de Agosto de 2009). *Facultad de Derecho - Universidad de Chile*. Garantismo procesal - Adolfo Alvarado Velloso: "El proceso es un método, no una meta": <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/53526/adolfo-alvarado-veloso-el-proceso-es-un-metodo-no-una-meta>
- Fadeyev, I., & Anikyeu, I. (2014). The 1917 Code of Canon Law: Codification and Development of Latin canon law in the First Half of the 20th Century. *Novaia i noveishaia istoriia*, 4(1), 184-201. <https://doi.org/10.31857/S013038640014890-7>
- Fazio Vengoa, H. (2009). *El presente histórico. Una mirada panorámica (1968-2009)*. Ediciones Uniandes. <https://ediciones.uniandes.edu.co/gpd-el-presente-historico-una-mirada-panoramica-1968-2009-978958695454-9-680d1c44a910e.html>

- Fernández Bulté, J. (2005). *Teoría del Estado y del Derecho*. Félix Varela.
- Fernandez de Buján, A. (2016). *Derecho Privado Romano* (Novena ed.). Iustel.
- Fernández Ruiz, A. (2020). *La función del juez en el derecho germánico*. . Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral.
- Fernández Sessarego, C. (2003). *La persona humana y el derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). *Derecho procesal constitucional transnacional: interacción entre le Derecho nacional y el Derecho internacional*. Porrúa.
- Fikentscher, W. (1975). *Methoden des Rechts. In vergleichender Darstellung*. Friburgo: Mohr Siebeck Verlag.
- Fiz-Zamudio, H., & Ovalle Favela, J. (1991). Derecho Procesal. *UNAM*, Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 77 .
- Flaiani, E. (2013). The Tribunal of the Roman Rota and its archives. *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, 2(121), 379-399. <https://doi.org/10.7767/miog.2013.121.2.379>
- Flaiani, E. (2016). Storia dell'Archivio della Rota romana. *Archivio Segreto Vaticano*, 277. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6672244.pdf>
- Flatto, D. C., & Porat, B. (2022). *Law as Religion, Religion as Law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108760997>
- Fletcher, G. P., & Sheppard, S. (2005). *American Law in a Global Context*. The Basics.
- Fon, V., & Parisi, F. (2006). Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, 522.
- Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. (A. p. Ledesma, Ed.) Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- French, R. R., & Nathan, M. A. (2014). *Buddhism and Law: An Introduction*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139044134>
- Freund, P. A. (1957). Mr. Justice Brandeis: A Centennial Memoir. *Harvard Law Review*(70), 73-96.

- Friedman, L. M. (2005). *A History of American Law* (Tercera ed.). Touchstone Books - Simon & Schuster Publishing.
- Furnish, D. B. (1972). La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano. *Derecho PUCP*(30), 61-80.
- Gagarin, M. (2005). *Writing Greek Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- García Amado, J. A. (8 de Marzo de 2010). *Dura lex - Robert Alexy sobre reglas y principios en el Derecho. Algunas críticas*. García Amado Blogspot: <https://garciamado.blogspot.com/search?q=car%C3%A1cter+prioritariamente+subjetivo+de+la+decisi%C3%B3n+jur%C3%ADdica>
- García Belaunde, D. (2019). *La constitución y su dinámica*. Palestra.
- García Belaunde, D., & Palomino Manchego, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*(18), 223-241.
- García Chávarri, M. A. (2012). La Transformación de un Proceso Constitucional en Otro. Anotaciones sobre la Figura Procesal Constitucional de la Reconversión.”. En J. M. Sosa Sacio, *Compendio de Instituciones Procesales creadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (pág. 43). Lima: Gaceta Jurídica.
- García Martínez, L. (2019). El derecho canónico y su influencia en las legislaciones germánicas. *Estudios de Derecho Medieval*, 89-110.
- García Máynez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa. https://dmd.unadmexico.mx/contenidos/DCSA/MODULOS/DE/M1_DEHASD/MA/introduccion-al-estudio-del-derecho-eduardo-garcia-mayne.pdf
- García Melgarejo, Flavia. (2006). *VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*. Azul, Buenos Aires: Instituto Panamericano de Derecho Procesal.
- García Moran, G. (2005). *Cuestiones actuales de Derecho Comparado*. La Coruña: Universidad de la Coruña.
- Gherzi-Silva, E. (2003). El carácter competitivo de las fuentes del derecho. *Advocatus*(008), 261-272. <https://doi.org/10.26439/advocatus2003.n008.2427>

- Gillespie, R., & Santos Fontenla, F. (1991). *Historia del Partido Socialista Obrero español*. Alianza.
- Gilmore, G. (2014). *The Ages of American Law* (Segunda ed.). Yale University Press.
- Glenn, P. (2014). *Legal Traditions of the World* (Quinta ed.). Sustainable Diversity in Law.
- Godoy Tena, F. (2019). Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o common law) y el sistema judicial español (civil law). *Boletín mexicano de derecho comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, LII(154)*, 513-538. <https://doi.org/https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14152>
- Goldschmidt, J. (1989). *Derecho procesal civil*. Paris: Adventure Litis.
- Goldschmidt, J. (2015). *El proceso como situación jurídica: Una crítica al pensamiento procesal*. Marcial Pons.
- Gómez Lara, C. (2000). La teoría general del proceso y sus conceptos generales. En C. Gómez Lara, *Ensayos jurídicos en memoria de José Ma. Cajica C.* (págs. 377-398). Oxford University Press.
- Gómez Montoro, Á. J., & Simón Yarza, F. (2016). La influencia del derecho extranjero en el derecho público español. *Revista Española de Derecho Constitucional(106)*, 73-118. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.106.02>
- González Martin, N. (2000). Sistemas Jurídicos Contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica Romana-Germánica. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 621-672.
- González Monzón, A. (2021). La ideologización de los principios jurídicos en la teoría soviética del derecho. Entre el legalismo y la teoría estatalista de las fuentes formales del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, I(44)*, 189-218. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.08>
- González Pérez, M. (2015). *La costumbre en el derecho germánico: fundamentos y evolución*. Madrid: Editorial Jurídica Europea.

- González-Varas, S. (2021). La ideologización de los principios jurídicos en la teoría del derecho socialista soviético. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, I(44), 199-222. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.08>
- Goodhart, A. (1930). Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, 161-183. <https://doi.org/https://doi.org/10.2307/790205>
- Góralski, W. (2015). An Infant in "Codex Iuris Canonici". *Ecumeny and Law*, I(3), 171-186. https://bazhum.muzhp.pl/media/texts/ecumeny-and-law/2015-tom-3/ecumeny_and_law-r2015-t3-s171-186.pdf
- Gozaini, O. (1996). *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediar S.A.
- Graziano & Raulin. (5 de Mayo de 2019). *Examples of Studies Using Meta-Analysis*. Graziano & Raulin: graziano-raulin.com
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trotta.
- Guasp, J. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposiciones de las partes sobre el material de hecho del proceso)*. Barcelona: Bosch.
- Guastini, R. (1999). Concepción de las fuentes del derecho. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*(11), 167.
- Guastini, R. (2005). Problemas de interpretación. *Razonamiento Jurídico*. Lima: Programa de Formación de Aspirantes del VI Curso del PROFA.
- Guibourg, R. A. (2008). *Una concepción analítica del derecho*. Bogota: Temis.
- Guzmán, A. (1985). Las fuentes del derecho en el Nuevo Código Civil Peruano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 43-52.
- Habermas, J. (1989). "Teorías de la verdad", *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. (M. Jiménez, Trad.) Madrid: Cátedra.
- Habermas, J. (1998). *Factibilidad y validez* (Primera ed.). Madrid, Madrid, España: Trotta.
- Hall, D. E. (2021). *Administrative Law: Bureaucracy in a Democracy* (Séptima ed.). Pearson. https://www.pearson.com/en-us/subject-catalog/p/administrative-law-bureaucracy-in-a-democracy/P200000001182/9780137525737?srsId=AfmBOoq_3YzA4zd1PjfqUI4ZG1kSTbvS_jWa2FwVVO-_GFPsv41b6D7T&tab=accessibility

- Hall, E. G. (2019). *The Contribution of Roman Law to Modern Legal Systems*. VoegelinView.
- Hallaq, W. B. (2009). *An Introduction to Islamic Law*. Cambridge University Press. <https://soerenkern.com/pdfs/islam/IntroductionToIslamicLaw.pdf>
- Hart, H. L. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press. <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/ajj/7.1.169>
- Hassa, M. (2021). On the Significance of Roman Jurisprudence for the Formation and Development of Future Law. *Futurity Economics & Law*, 32-36. <https://doi.org/https://doi.org/10.57125/FEL.2021.06.25.5>
- Hazell, R. (2011). Constitutional Reform in the United Kingdom: Past, Present and Future. En C. Morris, J. Boston, & P. Butler, *Reconstituting the Constitution* (págs. 83-86). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-642-21572-8_5
- Hernández Canelo, R. (2015). *Historia del derecho procesal civil : vigencia del procedimiento civil romano en el derecho peruano*. Jurista Editores.
- Hernández, G. (Junio de Marzo de 2020). *En Significado*. Derecho Germánico: <https://significado.com/derecho-germanico/>
- Herrera Oris, A. (1994). *El principio de la congruencia en el proceso civil panameño*. Panamá: Universidad de Panamá (Tesis).
- Hinojosa, E. d. (2019). *El elemento germánico en el derecho español*. (M. Martínez Neira, & Á. Salgado Carranza, Edits.) Madrid: Dykinson. <http://hdl.handle.net/10016/28877>
- Hinostraza Minguez, A. (2012). *Derecho Procesal Civil I: Sujetos del Proceso*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hobsbawm, E. (1996). *The Age of Extremes: A History of the World, 1914-1991*. Vintage.
- Holdsworth, W. S. (1922). *A History of English Law*. Boston: Methuen & Co. <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.32453/page/n1/mode/1up>
- Holdsworth, W. S. (1932). Some Aspects of Blackstone and His Commentaries. *Cambridge Law Journal*, 4(3), 261-285. <https://doi.org/10.1017/S0008197300131927>

- Holland, J., & Webb, J. (2019). *Learning Legal Rules: A Students' Guide to Legal Method and Reasoning* (Décima ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Holmes, O. W. (2005). *The Common Law*. Nueva Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Honores, R. (2021). El derecho canónico en la etapa virreinal. *Allpanchis*, 48(87), 9-11. <https://doi.org/10.36901/allpanchis.v48i87.1320>
- Horowitz, T., Rabinovitch, M., & Simcha Schorr, Y. (1993). *Talmud de Schottenstein. Bava Metzia*. Mesorah Publications Ltd.
- Huaco Palomino, M. A. (2005). *Derecho de la religión : el principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano*. Fondo Editorial: Universidad Peruana de Unión.
- Hudson, J. (2016). *The formation of the English common law: Law and society in England from the Norman Conquest to Magna Carta*. Routledge. <https://doi.org/ISBN9781138189348>
- Hurtado Pozo, J., & Prado, V. (2011). *Manual de derecho penal: parte general*. IDEMSA. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20220108_01.pdf
- Hurtado, M. (2015). La incongruencia en el proceso civil. *Blog PUCP*, 5-17. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-incongruencia-en-el-proceso-civil-HURTADO-REYES-M.-A.-.pdf>
- Hutchinson, A. C. (2012). *Is Eating People Wrong? Great Legal Cases and How They Shaped the World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Iglesias, J. (2010). *Derecho Romano: Historia e Instituciones* (Décimo Novena ed.). Ariel. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/11/Derecho-Romano-Iglesias-Espa%C3%B1a.pdf>
- Ikhlas, A., Yusdian, D., Alfurqan, Murniyetti, & Nurjanah. (2021). *The Concept of Maqasid al-Shariah As an Instruments of Ijtihad According to Imam al-Shatibi in al-Muwafaqat fi Ushuli Al-Shariah*. Sharia and Law Faculty. <https://doi.org/10.22373/jms.v23i2.10138>

- Indacochea Prevost, U. (2015). La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho. *Themis*(67), 309-318. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14477>
- Infante Caffi, H., & Rojas Preter, N. (2023). *Fuentes del derecho procesal*. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile. https://www.studocu.com/cl/document/universidad-de-chile/derecho-procesal-i/fuentes-del-derecho-procesal-escuela-de-derecho-u-de-chile/126140838?utm_source=chatgpt.com
- Instituto Pacífico. (28 de Abril de 2017). *Actualidad Civil*. Boletín Civil Semanal N° 135: <http://boletines.actualidadcivil.com.pe/resumen-de-la-jurisprudencia-civil-procesal-civil-y-registral/procesal-civil/por-el-principio-iura-novit-curia-se-puede-adaptar-una-demanda-de-nulidad-de-acto-juridico-a-una-de-ineficacia-si-se-invocan-las-causales->
- Iñiguez, E. (11 de Marzo de 2016). *El rol de las decisiones judiciales en el Civil Law*. EnfoqueDerecho.com: <https://enfoquederecho.com/el-rol-de-las-decisiones-judiciales-en-el-civil-law/>
- Ishak, M. S. (2022). The Role of Istihsan in Applying Maslahah in Islamic Finance. *Journal of Islamic Finance*, 1(11), 113-120. <https://doi.org/10.31436/jif.v1i11.640>
- Ishak, M. S., & Mohd Sharoni, S. M. (2022). The Role of Istihsan in Applying Maslahah in Islamic Finance. *Journal of Islamic Finance*, 1(11), 113-120. <https://doi.org/10.31436/jif.v1i11.640>
- Islas Colín, A. (2008). Importancia del derecho romano en la época actual. *AMICUS CURIAE*, 1-14.
- Isserles, M. (1993). *HaMapah*. Vagshal Publishing Ltd.
- Jaeger-Fine, T. (1999). *American Legal Systems: A Resource and Reference Guide*. Cincinnati: Carolina Academic Press.

- Jellinek, G. (2000). *Teoría General del Estado*. (F. De los Ríos, Trad.) Fondo de Cultura Económica de México. <https://archive.org/details/jellinek-georg.-teoria-general-del-estado-ocr-2000/page/n1/mode/1up>
- Jiménez Campo, J. (2000). Política de la constitucionalidad (una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley). *Revista española de derecho constitucional*(59), 11-27. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79685>
- Johnson Raisch, M. (2022). Religious Legal Systems in Comparative Law - A Guide to Introductory Research. *GlobaLex*. https://www.nyulawglobal.org/globalex/Religious_Legal_Systems1.html?utm_source=chatgpt.com
- Karo, J. (1565). *Shulján Aruj*. Rab Abraham Hassan. http://books.chabadlibrary.org/sifrey_yesod/shulchan_oruch/index.php
- Kaser, M. (1971). *Roman Private Law*. . Georgia: University of Georgia Press.
- Kelly, D. (2020). *Slapper and Kelly's The English Legal System (17th ed.)*. (Décimo Novena ed.). Londres: Routledge. <https://doi.org/https://doi.org/10.4324/9781003019046>
- Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1953). *Théorie Pure du Droit. Introduction a la Science du Droit*. (Decimoctava: Agosto de 1982 ed.). (M. Nilve, Trad.) Neuchâtel: Baconière.
- Kelsen, H. (1979). *Die allgemeine Theorie der Normen*. (M. Losano, Ed., & M. Torre, Trad.) Torino: Einaudi.
- Klabbers, J. (2021). *International Law*. University of Helsinki.
- Kunkel, W. (1966). *Historia del Derecho Romano* (Sexta Reimpresión (2003) ed.). (J. Miquel, Trad.) Barcelona: Ariel. <https://books.google.com.ec/books?id=ifX1VWuRc4sC&printsec=copyright#v=onepage&q&f=false>
- Kuran, T. (2003). The Islamic Commercial Crisis: Institutional Roots of Economic Underdevelopment in the Middle East. *The Journal of Economic History*, II(63), 414-446.

- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano: A Veinte Años de la Constitución Política del Perú (1993). *Derecho PUCP*(71), 13-36. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>
- Landes, W., & Posner, R. (1976). Legal precedent: A theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law & Economics*, 250.
- Langbein, J. H., Lettow Lerner, R., & Smith, B. (2009). *History of the common law: The development of Anglo-American legal institutions*. Aspen Publishers. https://doi.org/ISBN-10_0735562903
- Ledesma Narváez, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica.
- Lee, T. (1999). Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court. *Vanderbilt Law Review*(52), 647-735. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss3/2/>
- Leftwich, A. (2015). *What is Politics? The Activity and its Study* (1. Auflage edición ed.). York: Wiley.
- Legrand, P. (1996). European legal systems are not converging. *The International and Comparative Law Quarterly*, 52-81. <http://links.jstor.org/sici?sici=0020-5893%28199601%2945%3A1%3C52%3AE2.0.CO%3B2-S>
- Leyland, P. (2016). *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. Hart Publishing.
- Libreria Editrice Vaticana. (2020). *Catecismo de la Iglesia Católica* (Segunda ed.). Editrice Vaticana.
- Liebman, E. T. (1953). *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. Roma: Problemi del processo civile.
- Lizana, E. A. (Julio de 2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho "Iuris"*, XXIII(1), 79-102.

- Lizcano Rubio, I. (2020). *C. 1103: La violencia y el miedo grave en el matrimonio*. Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. <https://riucv.ucv.es/bitstream/handle/20.500.12466/1750/TESINA%20Iv%C3%A1n%20Lizcano%20-%201103%20La%20violencia%20y%20el%20miedo%20grave%20en%20el%20matrimonio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Lohmann, J. (2002). La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio. *Ius et Veritas, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*(24), 56-63.
- López Medina, D. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogota, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-16.pdf>
- López Medina, D. (2020). La historia de otros: ideología del derecho procesal europeo y su trasplante a América Latina. *Via Iuris*(29), 1-92. <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n29a1>
- López-Muñiz Goñi, M. (1997). *Proceso y Derecho Procesal* (Tercera ed.). Madrid: Colex.
- Lorenzetti, R. L. (2005). *Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal.
- MacCormick, N. (1979). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Law Series.
- MacCormick, N., & Summers, R. (1997). Interpreting Precedents: A Comparative Study. *The American Journal of Comparative Law*, *I*(46), 211-224. <https://doi.org/10.2307/841084>
- Maitland, F. W. (2016). The forms of action at Common Law. En W. Hamilton Bryson, *The formation and transmission of Western legal culture* (págs. 431-433). Richmond: University of Richmond. School of Law. UR Scholarship Repository. <https://core.ac.uk/download/pdf/232782138.pdf>

- Manrique Zegarra, C. E. (2003). Estructura del Sistema Jurídico Político. En C. d. Poder Judicial, *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia N° 2* (págs. 9-26). Normas Legales Editora.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4973238046d466779f7d9f44013c2be7/1.+presentaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4973238046d466779f7d9f44013c2be7>
- Margadant S., G. F. (1998). *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea* (Vigésimo Tercera ed.). México D.F.: Esfinge.
<https://es.scribd.com/document/675160356/pdfcoffee-com-derecho-romano-guillermo-floris-margadant-s-pdf-pdf-free-de>
- Martínez López, J. (2018). Las codificaciones germánicas y su impacto en el derecho medieval. *Revista de Historia del Derecho*, 123-146.
- Martínez Ríos, Z. (2003). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Segunda ed.). México D.F.: Editora Mc Graw-Hill Interamericana.
- Marx, K., & Engels, F. (1848). Manifesto of the Communist Party. En L. a. Wishart, & L. a. Wishart (Ed.), *Obras seleccionadas de Marx y Engels* (S. Moore, & F. Engels, Trads., Vol. I, págs. 98-137). Progress Publishers Moscow.
<https://www.marxists.org/archive/marx/works/sw/progress-publishers/sw.pdf>
- Mattei, U. (1992). Common law and civil law: what is in a name? *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, 25-29.
- Maulana, D. F., & Rozak, A. (2021). Istihsan as a Finding Method of Progressive Islamic Law in the Industrial Revolution Era 4.0. *El-Mashlahah*, 2(11), 127-145.
<https://doi.org/10.23971/elma.v11i2.2981>
- Mayer, A. E. (2013). *Islam and Human Rights: Tradition and Politics* (Quinta ed.). Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429495120>
- Melón Infante, C. (1955). Apéndice al Tratado de Derecho Civil. En L. Enneccerus, T. Kipp, & M. Wolf, *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.

- Merryman, J. H., & Pérez-Perdomo, R. (2018). *La tradición del derecho civil: Introducción a los sistemas jurídicos de Europa y América Latina*. (R. Pérez-Perdomo, Trad.) Stanford University Press.
- Mesía Ramírez, C. (2013). *Exégesis del Código Procesal Constitucional* (Cuarta ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Millar, R. W. (1995). *Los principios formativos del proceso civil*. Madrid.
- Milsom, S. F. (1969). *Historical foundations of the Common law*. Burlington: Butterworths.
- Milsom, S. F. (2003). *A natural history of the common law*. Cambridge: Columbia University Press.
- Monroy Cabra, M. (1974). *Principios de derecho procesal civil*. Bogota: Temis.
- Monroy Gálvez, J. (1987). *Temas de Proceso Civil*. Lima: Communitas.
- Monroy Gálvez, J. (1988). *Proceso civil en el Perú: origen y destino*. Lima: Comunidad: La formación del proceso civil.
- Monroy Gálvez, J. (1992). Conceptos Elementales del Proceso Civil. *Advocatus*(4), 53-59. <https://doi.org/10.26439/advocatus1992.n004.2164>
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil* (Vol. Tomo I). (D. B. Monroy, Ed.) Santa Fe de Bogotá, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Monroy Gálvez, J. (2003). Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992. En J. Monroy Gálvez, *La Formación del Proceso Civil Peruano. Escritos reunidos* (págs. 280-282). Lima: Comunidad.
- Monroy Gálvez, J. (2004). *La función del juez en el derecho contemporáneo*. Lima: Communitas.
- Monroy Gálvez, J. (2007). *Teoría General del Proceso*. Lima: Palestra.
- Monroy Gálvez, J. (2009). *La reforma del proceso civil peruano - quince años después*. Lima: Communitas: Código Procesal Civil.
- Monroy Gálvez, J. (2010). *La Formación del Proceso Civil Peruano*. Lima: Communitas.

- Monroy Gálvez, J. (2017). *Teoría General del Proceso*. Lima: Communitas.
- Monroy Palacios, J. J. (2008). El Código Procesal Civil del Perú: Una Presentación. *Gaceta Jurídica*, 6-14.
- Montero Aroca, J., Colomer, G., Vilar, B., & Cuadrado, C. (2012). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (Vigésima Segunda ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montoro Ballesteros, A. (1984). Ideologías y fuentes del derecho. *Revista de Estudios Políticos*(40), 59-84. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26795.pdf>
- Montoya Chávez, V. H., & Feijóo Cambiaso, R. (2015). El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos. *Ius et Veritas*(50), 314-343. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/14824/15379>
- Morales Godo, J. (1995). El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*(49), 169-186. <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.199501.009>
- Morales Godo, J. (2002). *Derecho a la intimidad*. Lima: Palestra Editores.
- Morello, A. M. (1986). *La apelación y la casación. Aspectos comparativos en un tiempo de desplazamiento y ajustes*. Buenos Aires: La Ley.
- Morineau Iduarte, M., & Iglesias González, R. (2008). *Derecho Romano*. Oxford University Press. <https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/05/14.-derecho-romano-4a.-ed.-oxford-university-press-mc3a9xico-2016.-oxford-university-press-mc3a9xico-2016.pdf>
- Mosquera, S. (2018). Fuentes y principios del derecho eclesiástico peruano. *Vox Juris*, II(36), 59-76. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6523164.pdf>
- Muñoz, E. (2018). *Un Gran Viaje: Manual de Derecho Comparado*. México D.F.: Tirant lo Blanch.
- Murillo, J. (3 de Junio de 2014). La pretensión como límite del IURA NOVIT CURIA y su aplicación práctica. *IUS* 360.

- Neusner, J. (2000). *The Halakhah, An Encyclopaedia of the Law of Judaism: Vol 1 Between Israel and God Part A (Brill Reference Library of Ancient Judaism)*. Brill.
- Ninamanco Córdova, F. (31 de Enero de 2017). La nulidad manifiesta y el IX Pleno Casatorio Civil. *Suplemento "Jurídica" de El Peruano*.
<https://www.peruweek.pe/fort-ninamanco-la-nulidad-manifiesta-y-el-ix-pleno-casatorio-civil/>
- Nino, C. S. (1984). *Introducción al análisis del derecho* (Segunda ed.). Barcelona: Ariel S.A.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nirenberg, D. (2022). *Neighboring Faiths: Christianity, Islam, and Judaism in the Middle Ages and Today*. University of Chicago Press.
- Noonan Jr., J. T. (1972). *Power to Dissolve: Lawyers and Marriages in the Courts of the Roman Curia*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Novak Talavera, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *Themis*(63), 71-88.
- Obando Blanco, V. R. (2012). Fundamentos Constitucionales e Interpretación del Derecho Procesal Civil. *Derecho & Sociedad*(38), 69-75.
https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_078.pdf
- Orts Llopis, M. A. (2001). El sistema legal inglés y su hermenéutica: La importancia del Common Law. *Revista de Lenguas para Fines Específicos*(7-8), 263-280.
<https://doi.org/ISSN 1133-1127>
- Ovalle Favela, J. (2016). *Teoría General del Proceso* (Séptima ed.). Oxford University Press.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49283.pdf>
- Oyarce-Yuzzelli, A. (28 de Diciembre de 2019). *Influencia del Common law en el sistema jurídico peruano*. Repositorio Académico de la Universidad de San Martín de Porres:
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/5923/oyarce_ya.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Padilla Sahagún, G. (2004). *Derecho Romano* (Tercera ed.). México D.F.: Mac Graw Hill.
- Padilla Sahagún, G. (2008). *Derecho Romano* (Cuarta ed.). México D.F.: McGraw-Hill/Interamericana Editores. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/11/Derecho-Romano-Padilla-M%C3%A9xico.pdf>
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho Civil* (Décimo Séptima Edición ed.). Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Pampillo Baliño, J. P. (2014). *Contribución de la antigua Grecia al derecho occidental*. México D.F.: Revista Jurídicas.
- Parker, J. (2009). Comparative civil procedure and transnational ‘harmonization’: A law-and-economics perspective. *Eleventh Travemunder Symposium on the Economic Analysis of Procedural Law*, 7.
- Parodi Remón, C. (1994). Comentarios al Código Procesal Civil. La postulación del proceso. *Revista DERECHO. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*(48), 13-28. https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_048.pdf
- Partington, M. (2013). *Introduction to the English Legal System 2013-2014*. Oxford University Press. <https://doi.org/ISBN-10:0199670536>
- Pasco Arauco, A. (Julio de 2016). IX Pleno Casatorio y otorgamiento de escritura pública. Mucho más que un análisis de validez y una posible rectificación “suprema”. *GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL*(37), 95-115. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Comentario%20IX%20Pleno%20Casatorio_stamped.pdf
- Pascual López, S. (2006). El Derecho Germánico y la paz de la casa. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, XXIV, 225-231. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2165562>
- Pashukanis, E. B. (1976). *Teoría general del Derecho y marxismo*. (V. Zapatero, Trad.) Calabria, Barcelona, España: Labor. https://www.proletarios.org/books/Pashukanis-Teoria_general_del_Derecho_y_Marxismo.pdf

- Pease, H., Rubio Correa, M., & Madalengoitia, L. (1978). *Mitos de la democracia*. Lima: DESCO.
- Peces-Barba, G. (1999). *Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía jurídica y política*. Dykinson.
- Pemberton, B., & Pope, D. (8 de Julio de 2024). *After Chevron: Deference, respect, and agency policymaking*. Reuters: <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/after-chevron-deference-respect-loper-bright-agency-policymaking-2024-07-08/>
- Perelman. (1988). *La lógica Jurídica y la nueva retórica*. (L. D. Picazo, Trad.) España: Civitas.
- Pérez Luño, A. (2017). *Contribución a la historia de la cultura jurídica*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez Porto, J., & Gardey, A. (2014). *Definicion.de*. Definición de Sistema Jurídico: <https://definicion.de/sistema-juridico/>
- Pérez-Bustamante, R. (1994). *Historia del Derecho español, las fuentes del Derecho*. Madrid: Dykinson. [https://doi.org/ISBN 84-8155-035-3](https://doi.org/ISBN%2084-8155-035-3)
- Peters, E. (1992). *Penal Procedural Law in the 1983 Code of Canon Law*. The Catholic University of America Press.
- Petersen, B. (1984). Trial Court Discretion in Conducting the Voir Dire Subjected to More Stringent Scrutiny: Cordero v. United States. *Catholic University Law Review*, 1121-1135.
- Peyrano, J. W. (1978). *El Proceso Civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Peyrano, J. W. (1992). *Derecho Procesal Civil de acuerdo al Código Procesal Civil Peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas Lima-Perú.
- Peyrano, J. W. (2003). Eficiencia del sistema de justicia. *Revista peruana de derecho procesal*, 371-383.
- Pico Junoy, J. (1998). *La actividad probatoria del juez y sus límites*. Lima: Estudio Monroy y abogados.

- Pinedo Aubián, F. (2016). Comentario al artículo 475 del Código Procesal Civil. En R. Cavani, *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas* (págs. 11-27). Gaceta Jurídica.
- Platón. (1988). *Diálogos. IV República* (Primera ed.). (C. García Gual, Ed., & C. Eggers Lan, Trad.) Madrid, Madrid, España: Gredos. Retrieved 12 de Diciembre de 2024, from <https://pubhtml5.com/dizf/jdjn/basic/>
- Poder Judicial de la federación; Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*. (E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez, & G. Figueroa Mejía, Edits.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pollock, F., & Maitland, F. W. (2010). *The History of English Law before the Time of Edward I*. Liberty Fund. <https://doi.org/ISBN-13: 978-0865977495>
- Pound, R. (1966). *The spirit of the Common law*. Boston: Marshall Jones Company. <https://core.ac.uk/download/pdf/188047771.pdf>
- Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, Universidad Carlos III.
- Priori Posada, G. F. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. <https://doi.org/10.18800/9786123175009>
- Quiroga León, A. (1994). Sobre la reforma del proceso civil. *Ius et veritas*, 39-46. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15419/15871/>
- Racimo, F. M. (2015). EL ACTIVISMO JUDICIAL. SUS ORÍGENES Y SU RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL. *AdHoc*.
- Radbruch, G. (2007). *Filosofía del Derecho*. (J. Medina Echavarría, Trad.) Madrid, Madrid, España: Reus. https://www.editorialreus.es/media/pdf/primeraspaginas_9788429014853_filosofia-del-derecho_reus.pdf
- Ramírez Jiménez, N. (2016). Crónica del IX Pleno Casatorio: Validez del acto jurídico y la escritura pública. *Peruweek.pe*.

- Ramírez Jiménez, N. (2018). *El Acceso a la Corte Suprema en el Proyecto de Reforma del CPC*. Lima: IUS 360 - Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez Taimán & Olaya Abogados.
- Ramos Núñez, C. (2011). *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX* (Tomo VI: El Código de 1936 ed., Vol. III: El Bloque Institucional). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://doi.org/20.500.14657/173114>
- Raselli, A. (1927). *Il potere discrezionale del giudice civile* (Vol. II). Podava: C.E.D.A.M.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. (M. D. González, Trad.) Fondo de Cultura Económica.
- Recursos de Autoayuda. (4 de Mayo de 2019). *¿Qué es el método analítico? Características, reglas, clasificación y demás*". Recursos de Autoayuda: <https://www.recursosdeautoayuda.com/metodo-analitico/>
- Reynaldi, R. C. (18 de Febrero de 2017). Derogación por consenso: nuevas formas de inaplicación normativa. A propósito de la condena del absuelto. *Legis.pe*. Retrieved 05 de Marzo de 2017, from <http://legis.pe/derogacion-consenso-nuevas-formas-inaplicacion-normativa-proposito-la-condena-del-absuelto/>
- Reynolds, T. H. (1992). Socialist legal systems: reflections on their emergence and demise. *International Journal of Legal Information*, III(20), 215-237. <https://doi.org/10.1017/S0731126500007927>
- Rigoni, A. (2014). Common law-Judicial reasoning and analogy. *Legal theory*, 133-156.
- Rioja Bermudez, A. (2016). *Compendio de Derecho Procesal Civil*. Lima: Adrus.
- Rodríguez Blanco, M. (2018). *Derecho y Religión. Nociones de derecho eclesiástico del estado* (Segunda ed.). Navarra, España: Civitas.
- Rodríguez, A. W., & Galetta de Rodríguez, B. (2008). *Diccionario Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Ed. García Alonso.
- Rogowski, R. (1996). *Civil Law. International library of essays in law and legal theory, Legal cultures*. Nueva York: New York University Press.

- Rohman, F. (2017). Maqasid al-Syari'ah dalam Perspektif al-Shatibi. *Isti'dal: Jurnal Studi Hukum Islam*, 4(2). <https://doi.org/10.34001/istidal.v4i2.833>
- Rohman, F. (2017). Maqasid Al-Syari'Ah Dalam Perspektif Al-Syatibi. *Jurnal Studi Hukum Islam*, 4(2), 163-175. <https://doi.org/10.34001/istidal.v4i2.833>
- Rojas-González, G. (2018). Fuentes del Derecho. En G. Rojas-González, *Filosofía del Derecho* (págs. 47-62). Bogotá: Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/22584>
- Rosensweig, I. (2022). *Minhag Ha-Sochrim: Jewish Law's Incorporation of Mercantile Custom and Marketplace Norms*. Beth Din of America.
- Ross, D. (2003). *The Right and the Good*. Oxford: Published to Oxford.
- Rousseau, J.-J. (1966). *El contrato social*. Madrid: Taurus Ediciones.
- Rubio Correa, M. (1978). La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico. *Revista de Ciencias Sociales*, 8, 81-98.
- Rubio Correa, M. (1980). La legislación como fuente de Derecho en el Perú. *Derecho PUCP*(34), 3-35. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198001.001>
- Rubio Correa, M. (2008). *El Título Preliminar del Código Civil* (Décima ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Retrieved 18 de Enero de 2018, from <https://andrescusi.files.wordpress.com/2017/05/el-titulo-preliminar-del-codigo-civil-marcial-rubio.pdf>
- Rubio Correa, M. (2009). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. (Décima ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Retrieved 20 de Enero de 2018, from <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/webma/EL%20SISTEMA%20JUR%203%8DDICO%20Introduci%C3%B3n%20al%20Derecho%20-%20Marcial%20Rubio%20Correa.pdf>
- Rubio Correa, M. (2011). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (Décima ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Rubio Correa, M., & Arce, E. (2017). *Teoría esencial del Ordenamiento Jurídico Peruano*. Fondo Editorial PUCP.
- Ruiz Limón, R. (2006). *Historia y evolución del pensamiento científico*. Mexico: Euler Ruiz.
- Ruiz-Tagle Vial, P. (1990). Análisis comparado de la función judicial. *Revista de Estudios Públicos* 39, 146.
- Sacco, R. (1989). *Introduzione al Diritto comparato*. Torino: Utet.
- Sagastegui Urteaga, P. (2003). *Exégesis y Sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley.
- Samper Polo, F. (2000). *Instituciones Jurídicas de Gayo*. Editorial Jurídica de Chile.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - Fondo Editorial. <https://blog.idra.pe/wp-content/uploads/2022/07/Derecho-Procesal-Penal-Lecciones-CESAR-SAN-Martin-CASTRO.pdf>
- Sánchez Viamonte, C. (1957). *El poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Sandberg, R. (2014). *Religion, Law and Society*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139226356>
- Sanmartín, J. (1999). *Códigos legales de tradición babilónica*. Trotta.
- Savigny, F. C. (2019). *Los fundamentos de la ciencia jurídica*. Olejnik.
- Schauer, F. (1989). *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schauer, F. (2011). Precedent. *University of Virginia School of Law*, 1-25. https://download.ssrn.com/11/05/09/ssrn_id1836384_code119225.pdf?response-content-disposition=inline&X-Amz-Security-Token=IQoJb3JpZ2luX2VjEGoacXVzLWVhc3QtMSJIMEYCIQCbQ2E0FsA3O24lyOrAOuNAbJ8fMTpPbMVK3HUi5FNUNwIhAIeqzYMPlysGqhRYNuI4AaP7G%2FvWgLn2oxNhMZFap%2

- Scholem, G., & Hellner-Eshed, M. (2007). Zohar. En M. Berenbaum, & F. Skolnik, *Enciclopedia Judaica* (Segunda ed., Vol. 21, págs. 647-664). Detroit: Macmillan.
- Scialoja, V. (1879). Del diritto positivo e dell'equità. *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 179-205.
https://afg.unicam.it/sites/afg.unicam.it/files/Scialoja_ok.pdf
- Scribd. (4 de Mayo de 2019). *Analytical Research*. Scribd: es.scribd.com
- Sellers, M. (2008). The doctrine of precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, 1-19.
https://www.researchgate.net/publication/228211504_The_Doctrine_of_Precedent_in_the_United_States_of_America
- Sesma Iturralde, V. (2004). *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión Judicial*. Valencia : Juris Legis.
- Shaw, M. N. (2017). *International Law*. Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/9781316979815>
- Sieyes, E.-J. (1973). *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Aguilar S.A.
- Sirvent Gutiérrez, C. (2006). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Porrúa.
<https://es.scribd.com/document/402711874/SISTEMAS-JURIDICOS-CONTEMPORANEOS-Sirvent-PDF>
- Sirvent Gutiérrez, C. (2020). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Porrúa México.
https://doi.org/ISBN_9789700767826
- Smith, D. (1996). The historical and constitutional contexts of Jury reform. *Hofstra Law Review*, 376-505.
- Smith, W. C. (1991). *The Meaning and end of religion*. Augsburg, Baviera, Alemania: Fortress Press.
https://books.google.com.pe/books?id=PN11QexhUIIC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Statman, D. (2010). Halakha and Morality: A Few Methodological Considerations. *Journal of Textual Reasoning*, 6(1), 7-22. <https://doi.org/10.21220/s2-hgxx-wt32>

- Stein, P. (1997). *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stein, P. G. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica*. Siglo XXI de España.
- Stirk, P. M. (2009). *The Politics of Military Occupation*. Edimburgo, Edimburgo, Escocia: Edinburgh University Press. <https://kalamkopi.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/04/peter-m-r-stirk-the-politics-of-military-occupation.pdf>
- Stučka, P. I. (1974). *La función revolucionaria del Derecho y el Estado* (Segunda ed.). (J. R. Capella, Trad.) Barcelona: Península.
- Sun, P. (2014). *Human Rights Protection System in China*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-39663-2>
- Tamayo y Sallmorán, R., & Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. México: Dirección General de la Pùblicación.
- Taruffo, M. (2002). *Sui confini: Scritti sulla giustizia civile*. (D. Palomo Vèlez, Trad.) Bologna: Il Foro Italiano, Il Mulino, Universidad de Talca.
- Taruffo, M. (2006). El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, 12(1), 69-94. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>
- Taruffo, M. (2010). *Precedente y jurisprudencia*. (C. Martínez Vallecilla, & F. Grandini, Trads.) Cali: Revista Jurídica Precedente. Facultad de Ciencias Humanas. Editorial Universidad ICESI.
- Taruffo, M., Priori Posada, G., Mitidiero, D., Nieva Fenoll, J., Oteiza, E., & Ramírez Carvajal, D. M. (2022). *Los principios en el proceso civil*. Palestra Editores.
- Tavárez, J. (1974). *Historia del Derecho Comparado*. Santo Domingo: Editora Distribuidora Colonial.
- The Judicial Office International Team. (2020). Judges in England and Wales. En T. J. Team, *The Judicial System of England and Wales: A Visitor's Guide* (págs. 32-36). Judicial Governance.

- Thompson, B., Gordon, M., & Tucker, A. (2021). *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.
<https://doi.org/https://doi.org/10.1093/he/9780198867883.001.0001>
- Thür, G. (2019). Greek Law in the Hellenistic Period. En M. Gagarin, & D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law* (págs. 264-289). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ticona Postigo, V. (1998). *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: San Marcos.
- Ticona Postigo, V. (1999). *El Debido Proceso y la Demanda Civil* (Vol. I). Lima: Rodhas.
- Tobal, R. (2009). *Derecho Comparado* (Cuarta ed.). Buenos Aires: Editorial De palma.
- Tobal, V. (2001). *Derecho Comparado Contemporáneo* (Segunda ed.). Santo Domingo: Editora Alfa y Omega.
- Tomas y Valiente, F. (2004). *Manual de Historia del Derecho Español*. Tecnos.
- Torres Escudero, B. (2024). The good of the spouses and matrimonial nullity (El bien de los cónyuges y nulidad de matrimonio). *REDC*, *1*(81), 436-468.
<https://doi.org/10.36576/2660-9541.81.435>
- Torres Vásquez, A. (2017). Nulidad declarada de oficio – IX Pleno Casatorio Civil. *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *15*(19).
<https://doi.org/10.21503/lex.v15i19.1373>
- Torres Vásquez, A. (2019). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. (Sexta ed.). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Trazegnies Granda, F. d. (2011). Pluralismo jurídico en el derecho indiano. *THEMIS Revista de Derecho*(60), 341-345. Retrieved 17 de Agosto de 2021, from <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9073>
- Trojanowski, B. (2018). Difficulties in Interpretation of Canon 868 § 2 of the 1983 Code of Canon Law. Legal and Theological Questions. *Kościół i Prawo*, *7*(1).
<https://doi.org/10.18290/kip.2018.7.1-13>

- Tunc, A., & Tunc, S. (1957). *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. Imprenta Universitaria de la Universidad Nacional de Autónoma de México. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5007407>
- Turpin, C., & Tomkins, A. (2011). *British Government and the Constitution: Text and Materials*. Cambridge University Press. https://doi.org/https://assets.cambridge.org/97805211/85110/frontmatter/9780521185110_frontmatter.pdf
- Van Caenegem, R. C. (1988). *The Birth of the English Common Law*. Universiteit Gent. <https://doi.org/https://doi.org/10.1017/CBO9780511607974>
- Vescovi, E. (1999). *Teoría General del Proceso*. Bogota: Temis.
- Vidal Riveroll, C. (1994). Conflicto Aparente de Normas. En S. C. México, *Diccionario Jurídico Mexicano de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México* (pág. 38). México D.C.: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Retrieved 14 de Marzo de 2018, from <http://mexico.leyderecho.org/conflicto-aparente-de-normas/#Bibliografia>
- Vile, J. R. (2021). *A Companion to the United States Constitution and Its Amendments* (Séptima ed.). Bloomsbury Publishing.
- Vishnevsky, A. (2017). Sources of Law in a Religious Legal System: Common Paradigm Behind External Differences. *Law Journal of the Higher School of Economics*(4), 46–58. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2017.4.46.58>
- Von Bülow, O. (2017). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. (M. Á. Rosas Lichtschein, Trad.) Olejnik. <https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24089w/presupuesto%20y%20excepciones.pdf>
- Wallerstein, I. (2005). *Análisis de Sistemas-Mundo: Una introducción*. (C. D. Schroeder, Trad.) Siglo Veintiuno Editores. <https://labiblioteca.mx/llyfrgell/1316.pdf>
- Weber, M. (1922). *Economía y sociedad* (Segunda ed.). (J. Winckelmann, Ed., J. Medina Echavarría, J. Roura Farella, E. Imáz, E. García Maynez, & J. Ferrater Mora, Trads.) Madrid, Madrid, España: Fondo de Cultura Económica. <https://zoonpolitikonmx.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/08/max-weber-economia-y-sociedad.pdf>

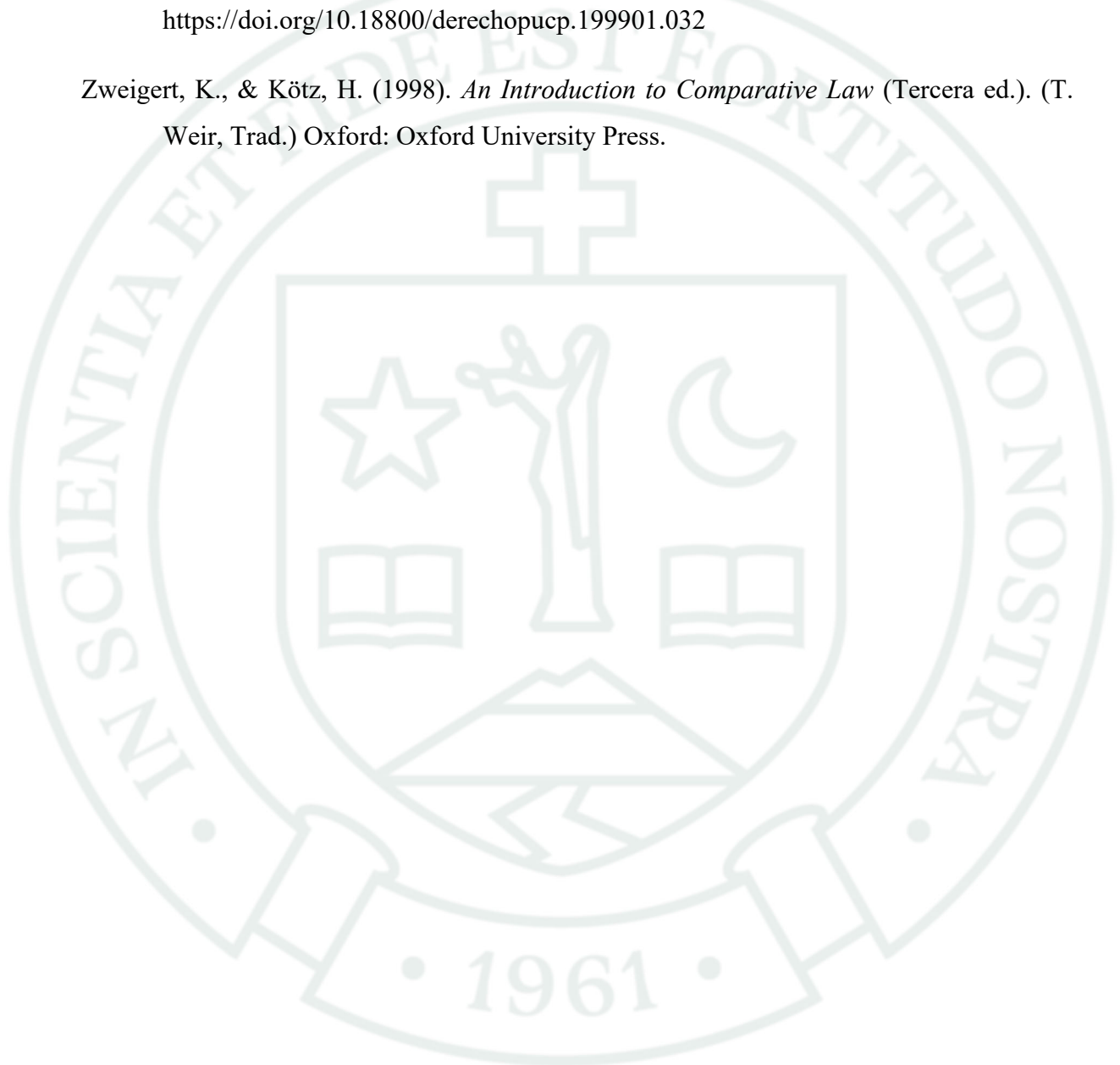
- Wei, J. C. (2022). *Gratian the Theologian*. Catholic University of America Press.
- Weiss, B. (2006). *The Spirit of Islamic Law*. University of Georgia Press.
- Witte, J. (2022). *Law and Theology in the Western Legal Tradition*. Andrews Encyclopaedia of Theology.
- Wolff, H. J. (1976). *La historia del derecho griego: su función y posibilidades*. (N. E., & G. R., Edits.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
<https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/7>
- Wolkmer, A. C. (2018). *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Dykinson.
<http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/20.500.14624/1333/1/Wolkmer-Pluralismo.pdf>
- Woolf, H. (1996). *Access to justice : final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. Stationery Office. <https://doi.org/ISBN:0113800991>
- Zagrebelsky, G. (1999). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zakariyah, L. (2012). Custom and Society in Islamic Criminal Law: A Critical Appraisal of the Maxim ‘al-‘Ādah Muḥakkamah’ (Custom is Authoritative) and its Sisters in Islamic Legal Procedures. *Arab Law Quarterly*, 1(26), 75-97.
<https://doi.org/10.1163/157302512X612159>
- Zavaleta Revilla, L. M. (2013). Criterios para la conversión de un proceso constitucional de libertad en otro. *Gaceta Procesal Constitucional*(15), 18.
- Zepos, P. J. (1962). Los antecedentes históricos y comparativos del Código Civil Griego. *Derecho PUCP*(21), 150-164.
<https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.196201.010>
- Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198764267.001.0001>
- Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.
<https://global.oup.com/academic/product/the-law-of-obligations-9780198764267?cc=pe&lang=en&>

Zimmermann, R. (2000). *El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre el Civil law y el Common Law*. Madrid: Civitas.

Zohar, Z. (2017). Halakhah. En D. Diner, *Encyclopedia of Jewish History and Cultures Online*. Brill.

Zolezzi Ibárcena, L. (1999). La teoría general del proceso. *Derecho PUCP*(52), 705-714.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.032>

Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law* (Tercera ed.). (T. Weir, Trad.) Oxford: Oxford University Press.



ANEXOS

La presente investigación contiene como documento necesario para anexar al mismo, el IX Pleno Casatorio Civil, el mismo que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, por lo que se encuentra en su versión digital, en el siguiente enlace:

https://www.google.com.pe/search?source=hp&ei=JiyYWwShN8yyzwKCrqbQDQ&q=noveno+pleno+casatorio+civil&oq=noveno+pleno+casatorio+civil&gs_l=psy-ab.3..015.169929.175962.0.176191.47.22.2.12.13.0.350.2750.0j3j7j1.11.0....0...1c.1.64.psy-ab..25.22.2095.0..0i131k1j0i13k1j0i13i30k1.0.cRo_VM7r-5g#

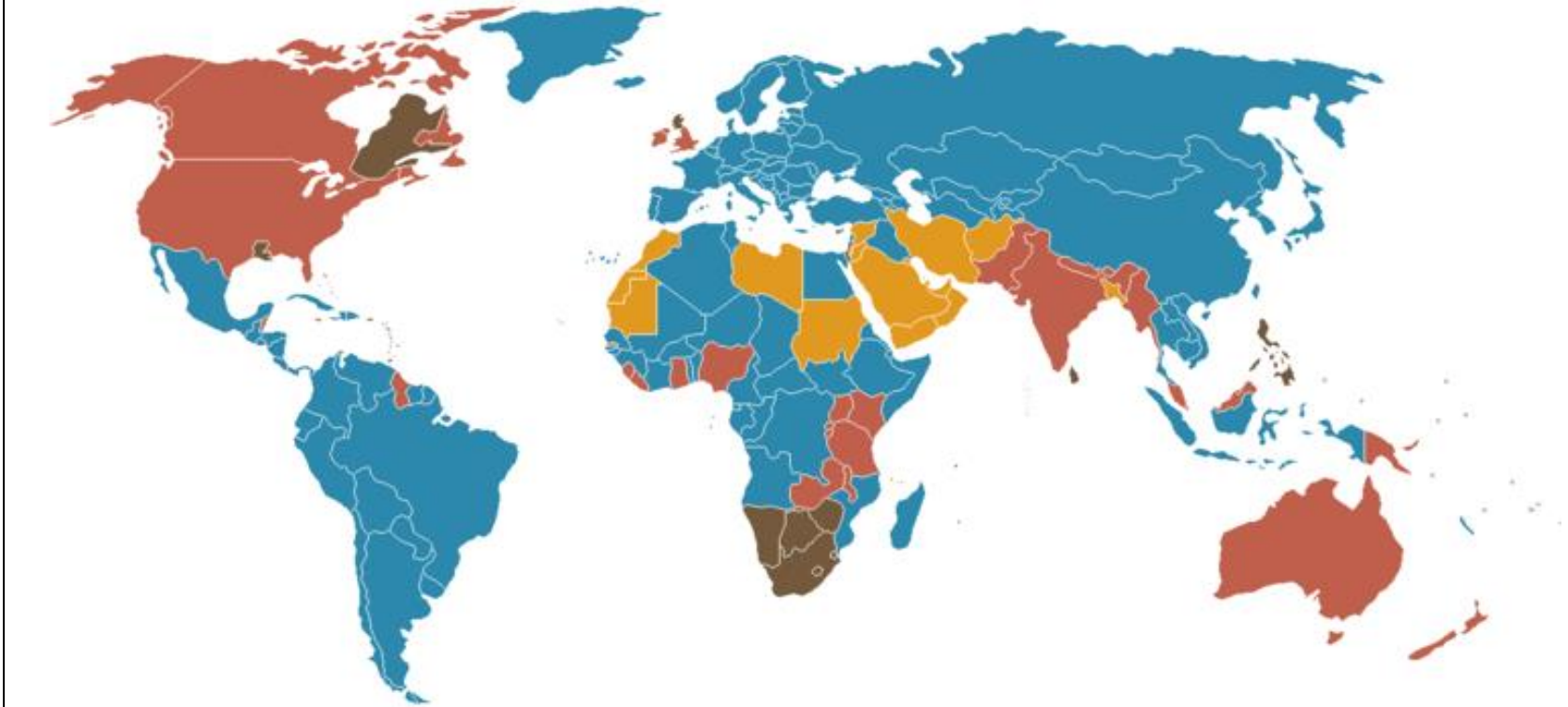
Así mismo, se encuentra publicado en la página oficial del Poder Judicial del Perú, en el siguiente enlace:






[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/90b17a804fbf2645be51be5a56224ace/Sentencia del Pleno Casatorio Casacion_N_4442_2015_Moquegua.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=90b17a804fbf2645be51be5a56224ace](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/90b17a804fbf2645be51be5a56224ace/Sentencia%20del%20Pleno%20Casatorio%20Casacion%20N%204442%202015%20Moquegua.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=90b17a804fbf2645be51be5a56224ace)

Además de ello, se anexan documentos, como el Mapa de Sistemas Jurídicos en el Mundo, a fin de que ejemplifiquen el sistema de fuentes y su influencia en los demás ordenamientos.


ANEXO

MAPA DE SISTEMAS JURÍDICOS EN EL MUNDO



	Derecho continental
	Derecho anglosajón
	Sistema híbrido
	Derecho consuetudinario
	Derecho islámico

Resumen

Descripción	Inglés: Mapa de los sistemas legales del mundo (ruso) Русский: Карта правовых систем мира
Fecha	15 de septiembre de 2007
Fuente	http://commons.wikimedia.org/wiki/Image:LegalSystemsOfTheWorldMap.png
Autor	PullUpYourSocks, Grebenkov
Permiso	 <p>Este trabajo ha sido liberado al dominio público por su autor, PullUpYourSocks. Esto se aplica en todo el mundo.</p> <p>En algunos países, esto puede no ser legalmente posible; Si es así: <i>PullUpYourSocks otorga a cualquier persona el derecho de usar este trabajo para cualquier propósito, sin ninguna condición, a menos que tales condiciones sean requeridas por ley.</i></p>
Otras versiones	commons: Imagen: LegalSystemsOfTheWorldMap.png