



Derecho PUCP
ISSN: 0251-3420
ISSN: 2305-2546
revistaderechopucp@pucp.edu.pe
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Neme Villareal, Martha Lucía

La importancia de la tópica en la renovación del sistema:
el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes

Derecho PUCP, núm. 80, 2018, Junio-Noviembre, pp. 49-117
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.003>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533657308004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org


Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La importancia de la tópica en la renovación del sistema: el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes

The Importance of Topics in the Renewal of the System: The Peruvian Case and its System of Precedents

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL*

Universidad Externado de Colombia

Resumen: El texto propone revalorizar las enseñanzas del método romano de creación del derecho, basado en el entendimiento del *ius* como *ars boni et aequi*, lo cual pone en evidencia que el derecho posee una finalidad práctica y, en consecuencia, la tópica es el saber propio del derecho, en el que se destaca la centralidad del caso y la realización de la justicia en términos de lo que hoy llamaríamos «tutela efectiva de los derechos». Un entendimiento tal supone la comprensión del carácter dinámico del derecho, de su naturaleza artificial en cuanto creado por el ser humano y, por ende, perfectible, del rol activo del jurista en la construcción de un derecho más *equo*, que haga posible la realización de la igualdad ponderada en la preservación de los valores de razonabilidad que propone la buena fe, mediante la consideración de las exigencias del caso, en armonía con los principios que rigen el sistema, en una permanente reconstrucción del equilibrio entre tópica y sistema. En este repensar la aplicación del derecho atendiendo a su naturaleza, a la función esencial de servir a la convivencia y de hacer realidad los valores de un Estado social de Derecho, se analiza la experiencia de la jurisprudencia peruana en los «Plenos Casatorios» de la Corte Suprema de Justicia, examinando varios de sus fallos más emblemáticos, bajo la perspectiva de la tópica y, en general, del método romano de creación del derecho.

Palabras clave: derecho romano, *ius est ars boni et aequi*, tópica, jurisprudencia, precedente, tutela efectiva de los derechos, fuentes del derecho, dialéctica, Plenos Casatorios, teoría de los actos propios

Abstract: This paper suggests reassessing the teachings of the Roman method of creation of law, based on the understanding of the *ius* as *ars boni et aequi*, which makes evident that the law has a practical purpose and, consequently, topics is the knowledge itself of the law, in which the centrality of the case is highlighted and the realization of justice in terms of what we would today call «effective protection of rights». The text argues that such an understanding presupposes the understanding of the dynamic nature of law, of its artificial nature as created by human beings and, therefore, perfectible, of the active role of the jurist in the construction of a more equitable right, which makes possible the realization of the balanced equality in the preservation of the values of reasonableness that good faith proposes, by considering the

* Abogada, profesora titular e investigadora a tiempo completo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Doctora en Derecho y Magíster de la Università Degli Studi di Roma «Tor Vergata». Código ORCID: 0000-0002-0605-2018. Correo electrónico: martha.neme@uexternado.edu.co

requirements of the case, in harmony with the principles that govern the system, in a permanent reconstruction of the balance between topic and system. In rethinking the application of law according to its nature, to the essential function of serving coexistence, and of making the values of a social State of Law a reality, the paper analyzes the experience of Peruvian jurisprudence in the «precedents» of the Supreme Court of Justice, examining several of its most emblematic judgments, under the perspective of topics and, in general, of the Roman method of creating the law.

Key words: Roman law, *ius est ars boni et aequi*, topics, jurisprudence, precedent, effective protection of rights, sources of law, dialectics, Precedents of the Supreme Court of Justice, doctrine of estoppel

CONTENIDO: I. EL DERECHO ROMANO CLÁSICO OSCILÓ ENTRE TÓPICA Y SISTEMA.- II. LA TÓPICA ENFRENTA AL JURISTA A UNA PERMANENTE BÚSQUEDA ENTRE TRADICIÓN Y LA NOVEDAD QUE PERMITE RENOVAR EL SISTEMA A TRAVÉS DE CASOS PARADIGMÁTICOS.- III. LA EXPERIENCIA DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA EN LOS «PLENOS CASATORIOS» DE LA CORTE SUPREMA: UN EXAMEN BAJO LA PERSPECTIVA DE LA TÓPICA.- IV. CONCLUSIÓN.

I. EL DERECHO ROMANO CLÁSICO OSCILÓ ENTRE TÓPICA Y SISTEMA

I.1. La definición celsina de *ius* como *ars boni et aequi* pone en evidencia que el derecho posee una finalidad práctica y que, en consecuencia, la tópica es el saber propio del *ius*

I.1.1. El modelo celsino de *ius*, un modelo de sujeción al derecho

Celso¹ define magistralmente el concepto de *ius* como *ars boni et aequi* en un texto recordado por Ulpiano, que fuera ubicado en el primer lugar del *Digesto* (Dig. 1.1.1pr. [Ulpiano, *Institutiones* 5])². El sentido de este texto, comúnmente traducido como «el derecho es el arte de lo bueno y equitativo», es reconstruido por Filippo Gallo, quien evidencia en el mismo la utilización de la técnica aristotélica de la definición por género próximo y diferencia específica³. El término *a definir*, *ius*, es subsumido en el género próximo, *ars* —con el que los romanos indicaban a la vez el conjunto de conocimientos teóricos, las capacidades prácticas y las

¹ Celso, el hijo, fue un destacado jurista romano que vivió entre los siglos I y II a.C. Fue sucesor de su padre, Pegasus Celsus, en la conducción de la escuela proculeyana, fue pretor, gobernador de Tracia, cónsul y procoñsul de Asia.

² «*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi* (Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra *ius* (derecho). Llámase así de *iustitia* (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo)» (traducción de D. Ildefonso L. García del Corral).

³ Aristóteles, *Categorías*, 1b16-24, 3a21-b9, *Sobre la interpretación*, 20b33; *Analíticos primeros*, 46b22; *Analíticos segundos*, 83b1, 96b25-97b6, *Tópicos*, *Refutaciones sofísticas*, 123a7-10.

actividades necesarias para dar vida a los primeros haciéndolos operantes en la realidad—, y es *definido por sus diferencias específicas*, plasmadas en el *bonum et aequum*, binomio que en términos modernos expresaría la razonabilidad e igualdad proporcional (véase Gallo, 2007).

Los términos *boni et aequi* forman los criterios para encontrar la mejor solución posible en la ponderación de los intereses contrapuestos o divergentes en las relaciones jurídicas (véase Gallo, 1987). De manera que *boni et aequi* constituyen «las características esenciales del derecho en defecto de las cuales el derecho no existe» (Gallo, 2007).

El modelo celsino no es un modelo de *sujeción a la ley ni de sujeción a las decisiones de los jueces*, es un modelo de «*sujeción al derecho*»⁴. En este modelo, solo puede ser llamado derecho aquello que reúna las características de *bonum et aequum*, esto es, bueno (la mejor solución posible y por ende la racional) e igual en el sentido de igualdad proporcional. De suerte que la norma general y abstracta no puede asumir la condición de «*amo*» y «*señor absoluto*» frente a los casos que han de someterse a ella, sino que ha de ser considerada como de carácter meramente instrumental en la realización de los fines del derecho: el logro de lo bueno y lo igual. Por ello, la norma general habrá de ser adaptable y corregible frente a las necesidades del caso concreto, así como tampoco puede la decisión judicial erigirse en el mandato supremo del *ius* sino la sujeción a sus fines (Gallo, 2015, p. 12).

I.1.2. El equívoco común de la interpretación celsina de *ius* como «arte de lo bueno y equitativo»

Gallo sostiene lo siguiente:

cada elemento de la definición celsina ha sido objeto de interpretaciones equívocas, tendientes a homologarla a nuestras concepciones actuales. Así, *ius*, que expresa el término a definir, ha sido entendido como *sciencia iuris*, sin que ningún indicio favorezca tal interpretación; al término *ars*, con el cual está indicada en la definición el género próximo, se le ha otorgado el significado de *sistema*, en contraste con su significado común y específicamente con aquel que representa en la definición de actividades humanas; el término *aequum*, que junto con *bonum* enuncia siempre la diferencia específica, ha sido entendido con el significado de *justo* —en términos genéricos—, en oposición a lo que resulta de las fuentes (1987, p. 8; las cursivas son mías).

Esta interpretación reductiva del texto de Celso ha conducido a propagar una concepción positivista del *ius* en la que el derecho, entendido como ciencia y no como *ars*, opera dentro de un sistema de

⁴ Véase cómo Filippo Gallo enfrenta el modelo de *ius* del derecho romano clásico conforme a la definición celsina de *ius* con el propuesto por Kelsen, basado en la teoría pura del derecho, cuyos orígenes traza hasta el derecho justiniano (2015, p. 12).

normas cuya vocación es un abstracto sentido de justicia limitado por la formalidad y rigidez del sistema normativo. En el modelo celsino, por el contrario, las exigencias de racionalidad (propia de los valores contenidos en la buena fe) y de igualdad ponderada (equidad) se erigen en características esenciales del derecho, más allá de las formalidades en las que este pretenda resguardarse, pues «a pesar del revestimiento de la formalidad normativa, si la regla no posee tales características no debe ser observada» (Garofalo, 2003, p. 28).

I.1.3. El *ius* es una actividad enteramente humana, destinada a una finalidad práctica, cuya aplicación se encuentra inescindiblemente atada a la realidad

Existen cosas que se producen por obra de la naturaleza y otras que se crean por obra del hombre, de allí surge «la *summa divisio*, entre lo natural y lo artificial». El derecho, como experiencia jurídica en su conjunto, comprende su producción, interpretación y aplicación, todo lo cual es el fruto de un *ars*, es decir, de una actividad del hombre. Por ende, es un elemento enteramente artificial, de manera que, siendo el ser humano el que ejerce dicho *ars*, él también es exclusivamente responsable del mismo, pues la totalidad de la experiencia jurídica refleja la esencia humana (Gallo, 2015, p. 36)⁵.

Ahora bien, esta actividad humana ha de estar orientada al logro del *bonum* y del *aequum*: razonabilidad que encarna la *fides bona* e igualdad ponderada, en los que se conjugan criterios que imponen una clara consideración de las exigencias de la realidad, dado que lo razonable está apegado necesariamente a la experiencia. De otra parte, el *aequum* se realiza considerando las circunstancias del caso, bajo el presupuesto de que a situaciones iguales corresponden tratamientos iguales y a situaciones dispares tratamientos dispares, de manera que la subsunción del derecho en el *ars* debe realizarse de conformidad con la realidad. Pretender desligar el derecho de la realidad, como hace la denominada «teoría pura del derecho», conduce a no considerar los fines del *ars iuris*, los criterios que lo informan, los datos que la realidad proporciona para resolver las cuestiones que a él se someten. En fin, lleva a desconocer las exigencias humanas⁶.

5 El autor, refiriéndose a las definiciones de *ius*, sostiene que «Celso propone una perspectiva dinámica (en claro contraste con la perspectiva estática que consagran las definiciones actualmente predominantes), individualizando el “género próximo” en el *ars*, lo que expresa que el derecho se enumera entre los “elementos artificiales” (esto es en el contexto de la distinción entre elementos “elementos naturales” y “elementos artificiales”)). Sobre el carácter enteramente artificial del derecho véase (Ferrajoli, 2007, pp. 290ss.; Scarpelli, 1989, p. 3).

6 Así, en la crítica de Gallo a la teoría pura del derecho de Kelsen y a su neta afirmación de que no existe comportamiento humano que como tal, a causa de su contenido, no podría formar el contenido de una norma jurídica y, en consecuencia, que no tiene importancia cual sea el contenido de la Constitución ni si el ordenamiento jurídico fundado sobre esta es justo o no, ni siquiera si este ordenamiento garantiza una situación relativamente pacífica al interior de la comunidad que regula (véase Losano, 1966, pp. 222, 226). En castellano, puede consultarse la obra del propio Kelsen, quien sostiene que la validez de las normas jurídicas no resulta de su contenido: «el derecho

I.2. El sistema romano poseía un sistema abierto de fuentes

Las enseñanzas de Celso circulan al interior de un sistema abierto de fuentes, como claramente lo expresa Juliano (Dig. 1.3.12). En dicho sistema domina el *ius controversum*⁷. En un sistema de este tipo, las opiniones, incluso discordes de los jurisprudentes, son consideradas derecho vivo (Garofalo, 2003, p. 28).

Las reglas que componían el ordenamiento provenían en una muy pequeña medida de fuentes de autoridad, como leyes rogadas (aprobadas por la asamblea del entero pueblo), plebiscitos (votados por los concilia de la plebe) y las *constitutiones principium* de carácter general (*edicta* y *mandata*), los *senatus consulta*, destinados a su vez a transformarse en *orationes principum in senatu habitae* (véase Robleda, 1977, pp. 77ss.).

I.3. Los jurisprudentes eran creadores de derecho en una concepción de *ius* que privilegia el carácter controvertido del derecho y la atención a la realidad por encima de toda aplicación deductiva del mismo

El núcleo originario del derecho privado compuesto por las *mores* y la Ley de las XII Tablas era apenas una gota dentro del amplísimo ordenamiento que ya en el siglo II a.C. constituía el derecho civil. Todo lo demás que fue agregado se debe a la interpretación de los jurisprudentes. Incluso en el período sucesivo, la jurisprudencia⁸ ocupa el primer lugar en cuanto se refiere al desarrollo del derecho privado (Robleda, 1977, pp. 107-108), al punto que la jurisprudencia republicana no pueda ser considerada solamente como una parte del *iura populi romani*, porque la actividad de los juristas «representa el momento central y unificador de la experiencia jurídica romana» (Talamanca, 1990, p. 31).

puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera» (2009, p. 112). Gallo sostiene que dicha teoría conduce a renegar de la razón y a conculcar las exigencias y aspiraciones humanas, pues Kelsen «no considera los fines del *ars ius*, los criterios que lo informan [...] para él no cuentan las exigencias humanas, como no cuentan los datos de la realidad, no importa ni siquiera la ineptitud al desarrollo de la función para la cual el derecho ha sido creado, es decir, garantizar una situación relativamente pacífica al interior de la comunidad por este regulada» (Gallo, 2007).

7 Según Schipani, la elaboración del derecho romano comprendía «una combinación entre propuestas de esquemas jurídicos y valoraciones críticas de los mismos a través de la discusión y de la divergencia, que también constituyen derecho (*ius controversum*) en una fatigosa continua tensión hacia la construcción de aquello que es bueno y equitativo» (2006, p. 290).

8 Debe aclararse que en la experiencia romana, el término jurisprudencia es usado con un significado diverso del que se otorga actualmente al mismo, vale decir, no se trata del conjunto de soluciones emanadas de los jueces, tribunales y cortes que constituyen el fundamento de sus decisiones en relación con los casos sometidos a su conocimiento y que hoy se contrapone a la doctrina, entendida como las opiniones de los juristas por fuera del marco de una actividad jurisdiccional. Por el contrario, en el derecho romano los jurisprudentes son los juristas que expresan sus opiniones por fuera del ámbito judicial y la jurisprudencia, el conjunto de tales opiniones, la cual, entonces se identifica con la doctrina en sentido contemporáneo. Véase, al respecto, Talamanca (1990, p. 31).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:

EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

En la época clásica, los canales principales a través de los cuales se creaba el derecho eran sustancialmente dos: primero, la actividad creadora de los juristas que generalmente se realizaba en relación con casos prácticos, sea que estos hubieran realmente acaecido o fueran imaginarios. En segundo lugar, los edictos de algunos magistrados como los pretores, los cuales precedían la preparación de las causas. Dichos magistrados no incluían en sus edictos disposiciones generales y abstractas, sino que concedían tutelas a los interesados en llevar a cabo un litigio procesal, a fin de que pudieran hacer valer sus derechos o enervar las acciones de la contraparte, cuando los esquemas procesales existentes no les brindaban la posibilidad de hacer valer sus propios derechos o cuando resultaba que la carencia de medios procesales adecuados para tutelar el respectivo derecho podría conducir a una injusticia⁹.

Las reglas directamente emanadas de los jurisprudentes constituían el *ius civile* (Dig. 1.2.2.5 ([Pomponio, Enchirion 1.S.]), mientras que aquellas emanadas de los pretores contribuían a conformar una parte del *ius honorarium*¹⁰. De manera que el aporte de los juristas era notable, tanto más si se considera que no raramente eran justamente los juristas quienes sugerían a los magistrados la inserción en sus edictos de ulteriores medios de tutela (Vacca, 2012, pp. XVI, 86ss.)¹¹.

Ahora bien, en cuanto a lo que se refiere propiamente al carácter de fuente de la jurisprudencia romana, debe resaltarse que la jurisprudencia laica conservó sustancialmente el prestigio y la autoridad de la jurisprudencia pontifical. Y si bien ella no crea formalmente la norma a la manera de una autoridad que la impone, sino que como intérprete de una tradición revela dicha norma, la reconoce y la traduce en instrumento adecuado a la realización del *ius* mediante su aplicación a los casos concretos. De este modo, la torna capaz de operar en una realidad social que se desarrolla continuamente, al punto que se puede afirmar que histórica y sustancialmente la jurisprudencia posee una función creativa del derecho y, en cuanto tal, es fuente del *ius* (Grosso, 1965, p. 124).

En este sentido, los jurisprudentes en su *interpretatio* se comportaban con gran libertad. No actuaban como exégetas de un texto legislativo, sino que declaraban aquello que es el derecho. Esto permitió que la jurisprudencia desarrollara un rol trascendental de carácter esencialmente creativo

9 Sobre el papel de los pretores en la creación del derecho, véase la obra de Gallo (1997).

10 Al respecto véase Grosso (1973), Gallo (1996, pp. 39ss.), Frezza (1949); asimismo, véase Talamanca (1990, p. 27), quien le reconoce el carácter de subsistema normativo contrapuesto al *ius civile*, dada la importancia fundamental del mismo en el desarrollo del sistema normativo romano a partir del siglo III a.C.

11 En este sentido, Letizia Vacca sostiene que el derecho romano era un derecho prevalentemente jurisprudencial (no en el sentido moderno de decisiones de los jueces, sino en el sentido antiguo de pareceres de los juristas). Esto quiere decir que, no obstante estar presentes otras fuentes de producción del derecho, como la ley, la costumbre, los edictos de los pretores, las constituciones imperiales, «el tejido fundamental del ordenamiento está constituido, por lo menos en lo que concierne al derecho privado, por las soluciones concretas de los juristas» (2012, p. XVI).

(Burdese, 1998, p. 33) en el desarrollo del ordenamiento privado romano en edad republicana (Talamanca, 1990, p. 32), el cual se expresó no solo en la interpretación de las normas, sino en la formulación de reglas, en la sistematización del *ius*, en la individualización de conceptos y principios, en la integración y guía de los órganos destinados a la producción del derecho plasmadas en la colaboración entre juristas y, finalmente, en la propia producción del derecho mediante la sugerencia de medios procesales idóneos a la tutela judicial de derechos específicamente adecuados a un caso concreto (Pugliese, Sitzia & Vacca, 1986, p. 220).

I.3.1. Los jurisprudentes se pronunciaban a través de diversos mecanismos, pero por sobre todos el *respondere* era el medio de creación del *ius*

Cicerón sostiene que el jurista cumple su tarea a través de tres medios: *cavere*, *agere*, *respondere* (*De oratore*, 1.49.212). En ellos se conjuga la forma de producción del derecho por parte de los jurisprudentes.

El *cavere* consiste en la asistencia a los ciudadanos que estaban por realizar cualquier negocio jurídico. Los jurisprudentes prestaban su ayuda al informarles a los ciudadanos de las solemnidades a fin de que se cumplieran todos los requisitos para evitar la nulidad del acto. En algunos casos incluso redactaban el documento en el que estaba contenido dicho negocio.

El *agere* lo realizaban los jurisprudentes cada vez que asistían a las partes en un proceso judicial. Les enseñaban las palabras que debían pronunciar, tratándose del proceso de *legis actionis*, y la manera de llenar la fórmula en el proceso formulario.

El *respondere* se ejercía cuando los jurisprudentes expresaban su parecer sea a los privados o a los magistrados, los cuales los consultaban acerca de una específica cuestión.

De ahí que el mismo Cicerón sostuviera: «si se buscase al que de verdad merece ser llamado jurisconsulto, señalaría a quien, experto en las leyes y costumbres a las que recurren los particulares en una comunidad, también lo fuese en aconsejarles legalmente, dirigir los pasos de la acción y para que se tomen las precauciones necesarias» (*De oratore*, 1.48.212).

De manera que los juristas no se limitan a un simple reconocimiento del derecho vigente aplicándolo al caso concreto, en un razonamiento lógico deductivo, sino que reelaboran y acrecientan su contenido, adaptándolo a las exigencias de la *praxis*¹². Mediante la realización de esta triple actividad (*cavere*, *agere*, *respondere*), los jurisprudentes eran

12 Cabe resaltar la complejidad del sistema romano de creación del derecho que, como más adelante traremos, oscila entre tópica y sistema. Así lo hace ver Vacca cuando sostiene que al método romano «no se le puede llamar simplemente método casuístico, si con ello se entiende simplemente que la ocasión para la reflexión jurídica nace de la necesidad de dar solución al caso concreto y no de

creadores de derecho, sobre todo y de manera principal con el *respondere*, por cuanto es precisamente en la *interpretatio* de los jurisprudentes en la que, según el texto de Pomponio¹³, se plasma el derecho civil, formado por la autoridad de los jurisconsultos más allá de todo derecho escrito, con tal poder que pueden alcanzar fuerza de ley¹⁴ como producto de la recepción de tales pareceres¹⁵.

Esta interpretación no era considerada en modo alguno pura exégesis del derecho, sino una actividad que colaboraba con la norma preexistente a dirimir controversias sociales, a alcanzar los fines del derecho (Robleda, 1977, p. 109). Ahora bien, el jurista no busca la solución justa en su conciencia, sino que la busca en el ordenamiento y en su capacidad técnica de interpretar la estructura de la realidad, entendida en una dimensión contingente e históricamente variable según las diversas categorías jurídicas presentes (Robleda, 1977, p. 110). Así las cosas, los jurisprudentes, en cuanto creadores del *ius civile*¹⁶, son conscientes de que representan y expresan el pensamiento del pueblo cuando utilizan los principios jurídicos tradicionales para resolver controversias sociales nuevas (Robleda, 1977, p. 110).

I.3.2. Los romanos tenían predilección por el jurista creativo antes que por el sistematizador

La trascendencia de esta función creadora de la jurisprudencia se evidencia en la predilección que mostraron los romanos por el jurista creativo, como explícitamente lo manifiesta Cicerón en su texto *Brutus*. Ahí, Cicerón compara a Quinto Mucio Escévola con Servio Sulpicio

la formulación de una concepción abstracta que debe ser coordinada dentro de un sistema racional dentro del conjunto del ordenamiento» (Vacca, 2012, pp. 57-58).

13 «Promulgadas estas leyes, comenzó, según naturalmente suelte acontecer, a requerir la interpretación que la discusión en el foro fuese necesaria, apoyándose en la autoridad de los jurisconsultos. Esta discusión y este derecho, que sin estar escrito resultó formado por los jurisconsultos, no toma su nombre de alguna parte propia, cual las demás partes del derecho se designan por sus nombres, pues a todas ellas se les dio nombres especiales; sino que con la denominación común es llamada derecho civil». (Dig. 1.2.2.5 [Pomponio, Enchirion 1.S.]).

14 «Los dictámenes de los jurisconsultos son los pareceres y opiniones de aquellos a quienes les está permitido fijar el Derecho. En relación con ellos si sus opiniones son coincidentes el parecer resultante alcanza fuerza de ley; en cambio, si hay disenso se le permite al juez que siga el parecer que quiera; y esto fue lo que quedó expresado por Adriano, de consagrada memoria, en un rescripto» (Instituciones de Gayo [G. Inst.] 1.7).

15 Este proceso de formación del *ius* ocurría en atención a la realidad social en la que operaban los pareceres de los juristas, dado que, según señala Gallo, la *interpretatio* de los jurisprudentes, no obstante la autoridad de la que estos gozaran, no crea por sí derecho, pues toda nueva interpretación de un jurista debía valorarse a la luz de la aceptación que esta suscitara en los demás juristas y frente al conglomerado social, de forma que, si era aceptada por ambos, era recibida y se consolidaba en el ambiente social, pero si era aceptada solo por una parte de dicho ambiente o de los juristas, se convertía en *ius controversum* y podía ser aplicada por el juez o no. Aquellas opiniones que no encontraban respaldo ni siquiera parcialmente no formaban parte del *ius*, de suerte que es la recepción social de los pareceres de los juristas y el grado en que esta tiene lugar, lo que determinaba el poder de la *interpretatio* como fuente de *ius* (véase Gallo, 1993, p. 3).

16 Esto era así por lo menos durante el período de la república y, en particular, en la fase precedente al imperio, en el que la *interpretatio* alcanza su fase culminante, como señala Gallo. El citado autor restringe el carácter creador de la jurisprudencia en cuanto constitutivo del *ius civile* a aquellos eventos en los que la *interpretatio* lograba consolidarse a través de la recepción de las *mores*, circunscribiendo el alcance del citado texto de Pomponio a los juristas que gozaban del *ius respondendi ex autoritate principis* (1993, pp. 23, 36).

Rufo¹⁷. Quinto Mucio Escévola es reconocido como el más grande jurista desde la perspectiva del perfil sistemático del derecho romano, a él se debe en mucho la construcción del pensamiento jurídico romano en forma científica y racional a través de su organización mediante en un orden lógico y la utilización de esquemas diairéticos¹⁸, utilizando el derecho preexistente (Vacca, 2012, p. 52), como lo exalta Pomponio¹⁹. Mientras que Servio Sulpicio Rufo desarrolló la técnica del responso mediante la dialéctica para elaborar un saber científico que se basa en el caso. Mediante este método, el jurista es capaz de dar claridad al ordenamiento en todo aquello oscuro, ambiguo o que hay necesidad de corregir. Estas son virtudes que de nuevo exalta Cicerón en la novena filípica, la cual contiene el elogio fúnebre pronunciado en el año 43 a.C., en el que sostiene que Sulpicio Rufo «fue, en efecto, tan experto en derecho como en administrar justicia»²⁰.

I.3.3. Los juristas romanos creaban derecho utilizando recursos que apelaban a la jurisdicción, a la dialéctica, a la analogía, a la interpretación del contenido de las mores, a la differentiatio, a la sistematización, a la dialéctica y a la equidad, entre otros

I.3.3.1. En la creación del *ius*, los juristas acudían en primer término al recurso de la interpretación del contenido de las *mores*, cuya fuerza como fuente del *ius* es claramente expresada por Juliano, quien resalta que debe observarse lo que el uso y la costumbre han introducido, de manera que las *mores* inveteradas han de respetarse como ley, dado que es *ius* en cuanto proviene de la voluntad del pueblo y, aunque no escrita, fue aprobada por la fuerza de los hechos²¹. De manera

17 «¿Qué dices? replicó Bruto. ¿Antepones nuestro Servio al mismo Quinto Scévola?

— Sí contesté, porque Scévola y otros muchos tuvieron la práctica del derecho civil; pero solo Servio ha tenido la ciencia, a la cual nunca hubiera llegado, sin aprender antes el arte de dividir un asunto, explicar y definir, explanar o interpretar las cosas oscuras, distinguir las ambigüas, y, finalmente, tener una regla para separar lo verdadero de lo falso y, las consecuencias reales de las ilegítimas. Él trajo la luz de este arte, el primero y más excelente de todos, a las confusas respuestas y consultas de los jurisconsultos anteriores.

— ¿Hablas de la dialéctica? dijo Bruto.

— De esa hablo, respondí yo. Pero a ella agregó la ciencia de las letras y cierta elegancia de hablar, la cual en sus escritos, que no tienen igual, puede verse» (Bruto, o de los ilustres oradores, 41.152-153).

18 La *dairesis* es la técnica divisoria de los conceptos en géneros y especies.

19 «Después de estos Quinto Mucio, hijo de Publio, Pontífice Máximo, fue el primero que ordenó todo el derecho, compilándolo en diez y ocho libros» (Dig. 1.2.2 [Pomponio, Enchirion 1.S.]).

20 «...su verdaderamente admirable e increíble y casi divina capacidad para interpretar las leyes y aplicar la justicia. [...] fue, en efecto, tan experto en derecho como en administrar justicia. Así, los principios que se derivaban de las leyes y del derecho civil (*ius civilis*) los aplicaba siempre a la buena convivencia y la equidad (*equa*)...» (Cicerón, Filípicas, IX.10-11; véase también Vacca, 2012, p. 53).

21 «En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma.

§ 1. No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque, así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido,

que el *ius* instituido mediante las *mores* ha de ser tutelado de la misma manera que la ley mediante la *interpretatio* de los jurisprudentes, habida consideración de que en época clásica se operaba en un contexto en el que la recepción de las *mores* constituía el modo normal de producción del derecho, sea en sentido productivo o abrogativo. Mientras que la *lex* era un instrumento al que se recurría en especiales circunstancias para dar paso de manera inmediata a saltos cualitativos (Gallo, 1993, p. 67). Así, las costumbres no eran una fuente del derecho estática, ni algo ya formado, sino una manifestación que provenía directamente del poder que entraña la soberanía popular, que se manifestaba de forma dinámica a través de comportamientos sociales (Gallo, 2015, pp. 99-102).

En el derecho contemporáneo, afrontamos la pérdida de la conciencia de que la costumbre es fuente principal y directa del derecho y de que su carácter no es subsidiario y restringido respecto de la ley (al punto que se admite exclusivamente aquella *secundum legem* y *praeter legem*). Esto constituye una manifestación de algo más complejo: la pérdida del concepto de «soberanía popular» en relación con las fuentes del derecho y, en general, como modelo de concepción de forma de gobierno²². Ello trae como consecuencia la pérdida del nexo entre formación consuetudinaria del *ius* y la realidad propia del mismo y, a su vez, la desaparición del fundamento y de la justificación de la formación consuetudinaria del derecho (Gallo, 2015, p. 43).

I.3.3.2. De otra parte, estaba el *recurso a la jurisdicción de los pretores* para que introdujeran normas nuevas. Este constituyó un mecanismo muy socorrido²³, bajo la concepción romana de que todo el *ius* no está contenido en la ley²⁴. Partiendo,

que las leyes se deroguen no solo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del *desuso*» (Dig. 1.3.32pr-1 [Juliano, Digesta 84]).

22 La Corte Constitucional colombiana reconoce el valor constitutivo de la costumbre: «No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre» (*Alexandre Sochandomandou, c. Ley 153/87, art. 13: La costumbre y la moral cristiana*).

23 Se recurrió al mencionado instrumento particularmente con posterioridad a la expedición de la *lex aebutia* (primera mitad del siglo II a.C.), como quiera que en el período precedente regía el proceso por *legis actiones*, en el que existía una estricta correspondencia entre los derechos conferidos en la ley civil y las acciones que los tutelaban. En efecto, la ley *aebutia* permitía la introducción del proceso por fórmulas, en el que los términos de la *litis* eran concordados por el actor y el demandado en documento admitido por el pretor. De este modo, la acción dejó de estar revestida del formalismo y de la rigidez propia de la *legis actionis* y, en cambio, esta podía ser determinada y propuesta libremente por las partes con la ayuda del pretor, quien no solo la aceptaba sino que concurría a estructurarla. Así, las partes podían pedir al pretor una nueva solución que bien podía ser aceptada aunque no prevista en el derecho civil, o rechazada por el pretor, no obstante encontrar respaldo en el *ius civile*, si contravenía la equidad dadas las especiales circunstancias del caso (Robleda, 1977, pp. 128-159).

24 «No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia» (Dig. 1.3.12 [Juliano, Digesta 15]).

entonces, de que todo el *ius* no está contenido en la ley, habrá de recurrirse a otros medios para alcanzar los fines del derecho, tarea en la que los pretores desempeñaron un papel trascendente (véase Gallo, 1997) mediante el otorgamiento o enervación de instrumentos procesales a través de los que se tutelaban los derechos de las partes en disputa. Así, en el *ius honorarium*, la promesa y el otorgamiento de un instrumento procesal, del cual inducir el derecho sustancial, emanaba formalmente de la autoridad del pretor (véase Grosso, 1965, p. 303).

Entre tales tutelas se destacan las siguientes fórmulas pretorias. Las fórmulas *fictitiae*, mediante las cuales el pretor concedía la acción correspondiente, como si se dieran los presupuestos formales en relación con el objeto o el sujeto del negocio según las estrictas exigencias del derecho civil, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades previstas para la tutela del derecho (véase, por ejemplo, G. Inst. 4.34, respecto de la *actio publiciana*). Las fórmulas *útiles*, mediante las que el pretor extendía acciones existentes de manera directa a casos análogos para los cuales no estaba prevista dicha acción (véase, por ejemplo, G. Inst. 2.53, 3.219; Dig. 2.14.16pr. ([Ulpiano, ad Edictum 4])). Las fórmulas *in factum conceptae*, concedidas por el pretor sobre la base de algún precedente del derecho civil, pero basadas en su autoridad o imperio (véase, por ejemplo, G. Inst. 4.46). Las fórmulas *in ius*, mediante las que se concedía, por la sola autoridad del pretor, una excepción para neutralizar la pretensión del actor (G. Inst. 4.119). Asimismo, se destacan las decisiones del pretor tendientes a agilizar el proceso o a enervarlo, en cuanto manifestaciones dirigidas a realizar la justicia en el caso. Dichas decisiones incluyen las *stipulationes praetoriae*, entendidas como pactos impuestos por el pretor a las partes para asegurar una situación de hecho, o como caución por el resarcimiento de un futuro daño posible. También tenemos las *restitutiones in integrum*, por medio de las cuales se recomponía una situación jurídica precedentemente alterada por un acto jurídico cuyos efectos se entendía justo rechazar. Asimismo, se encuentran los *interdicta*, por medio de los cuales se protegía una situación de hecho o se imponía a un tercero un determinado modo de actuar (Robleda, 1977, pp. 136-138).

I.3.3.3. Asimismo, en la *interpretatio* los jurisprudentes realizaban una actividad intelectual de la que se desprendía una gran posibilidad de extensión del derecho: *el recurso a la analogía*. Conforme a este, partiendo del *ius* preexistente se llega a su aplicación a otros eventos no contenidos expresamente en la regla, con fundamento en la identificación de una *ratio* común. De ahí se desprende que se trata de un procedimiento

objetivo que tiene presente el contenido, el alcance y la finalidad de la norma en virtud de su naturaleza, sobre la base de la posibilidad de su aplicación en una sociedad bien constituida y organizada (Robleda, 1977, pp. 227).

La analogía recurrió en muchos de los pasajes en que los juristas realizaban su labor de interpretación. Podemos citar, entre muchos ejemplos, el caso de Javoleno y Casio sobre la analogía de las cosas recuperadas del naufragio y las cosas echadas al mar²⁵. Asimismo, podemos mencionar el caso de Africano y la analogía sobre la privación del derecho al goce por causa no controlable por el dueño de la cosa arrendada, caso en el cual se introduce una distinción que genera la inaplicación de la regla por analogía. La distinción consiste en la imposibilidad de ejercer control sobre quien impide el disfrute de la cosa arrendada, caso en el cual la obligación de reparar todos los daños e incluso el lucro esperado, en lo que hoy llamaríamos interés positivo, se ve reducida al mero reconocimiento del valor de la pensión²⁶. Consideremos también el caso de Labeón, que aplica la categoría contrato que él mismo define como *sinalagma* (Dig. 50.16.19 [Ulpiano, ad Edictum 11]), al depósito y al mandato (negocios gratuitos en el derecho romano), que hoy llamaríamos contratos sinalgmáticos imperfectos, al identificar una misma *ratio* «el acuerdo que le dio vida y su función»²⁷. En todo caso, la analogía encontraba límites en la racionalidad que habría de sustentar dicha extensión²⁸.

25 «Aquello que después de un naufragio ha sido restituido sobre la rivera, no puede ser usucapido, porque no debe ser considerado abandonado definitivamente sino solo perdido. § 2 Considero que la misma solución jurídica debe adoptarse para las cosas votadas de la nave para aligerar la carga en caso de tempestad: de hecho no se puede considerar que *pueda tenerse por abandonado definitivamente* aquello que ha sido abandonado temporalmente por motivos de seguridad» (Dig. 41.2.21.1-2 ([Javoleno, ex Cassio 7]; las cursivas son mías).

26 «Si hubiera sido confiscado el fundo que me hubieres dado en arrendamiento, estás obligado por la acción de conducción a que me sea lícito disfrutarlo, aunque en ti no consista que no me cumplas esto. A la manera que, dice, si hubieses dado en arrendamiento la edificación de una casa, y se hubiese hundido el solar, estarás, sin embargo, obligado; porque también si me hubieres vendido un fundo, y antes que se me entregase libre hubiere sido confiscado, te obligarías por la acción de compra. Lo cual será verdad solamente para que restituyas el precio, no también para que me cumplas esto, si me importara más, que aquel se me entregara libre. Así, pues, opino, que se ha de observar lo mismo también respecto a la conducción, para que me restituyas el alquiler que yo hubiere pagado, por supuesto, de aquel tiempo en que yo no hubiere disfrutado; y no serás obligado a responder de más por la acción de conducción. Porque también si a tu colono se le prohíbe disfrutar el fundo por ti, o por uno a quien tú puedas impedirle que lo haga, le responderás de tanto cuanto a él le hubiere importado disfrutarlo, en lo que se comprenderá también su lucro; pero si se le impidiere por uno a quien tú no pudieres prohibírselo por su mayor fuerza o poder, no estarás obligado a nada más que a condonarle la pensión, o devolvérsela» (Dig. 19.2.33 [Africano, Quaestiones 8]; las cursivas son mías).

27 «Si he nombrado un procurador el cual no me restituye los documentos de la causa, ¿de cuál acción será obligado frente a mí? Labeón es del parecer que él sea obligado por la *actio mandati* y que no sea plausible la opinión de aquellos que consideran posible interponer en este caso la *actio depositi* dado que para cada contrato, es necesario tener en cuenta el acuerdo que le ha dado vida y su función» (Dig. 17.1.8pr. [Ulpiano, ad Edictum 31]; la traducción es de Gallo, 1992, p. 211).

28 «En aquello que está constituido contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla del derecho» (Dig. 1.3.15 [Juliano, Digesta 27]). «Mas lo que está recibido contra la razón del derecho, no debe ampliarse a las consecuencias» (Dig. 1.3.14 [Paulo, ad Edictum 54]).

I.3.3.4. De otra parte, *el recurso a la dialéctica* en la creación del *ius* resulta ser una de las características fundamentales de la *interpretatio* realizada por los jurisprudentes romanos, reacios a soluciones definitivas y totalizadoras, como lo demuestra el carácter restringido que se otorgó a las reglas. Esto se evidencia en la propia definición de regla de Paulo, en la que sostiene que el derecho no se deriva de la regla, sino que es la regla la que se hace con arreglo al derecho existente, por lo que la pérdida de uno de sus elementos la torna ineficaz²⁹. Esta postura se encuentra reforzada por la concepción que encuentra peligrosas las definiciones, en cuanto puedan entenderse como límite pétreo de un concepto³⁰. Esta posición encuentra eco en la opinión de Celso sobre la dificultad de realizar generalizaciones, dado que el *ius* debe ser apto para resolver las situaciones que se verifican fácil y frecuentemente, antes que aquellas que se verifican raramente³¹. Asimismo, puede reconocerse en las advertencias de Quinto Mucio Escévola, acerca de los graves los problemas que se generan cuando se pretende cubrir bajo una misma *ratio* todos los casos, cuando en verdad una decisión justa que se aadecue a las circunstancias específicas solo puede encontrarse en la equidad³².

En efecto, las soluciones que los juristas presentaban a los problemas que les eran propuestos no pretendían resultados definitivos ni reglas cerradas, sino criterios de soluciones probables y, por ende, de modificaciones y adecuaciones sucesivas. Los responos precedentes no deben ser necesariamente aplicados, deben ser necesariamente utilizados en el razonamiento dirigido a individualizar la regla aplicable al caso concreto, pues al jurista, en cada caso, le corresponde establecer si es procedente la aplicación del principio o regla expreso en el respono precedente o si hay necesidad de modificarlo introduciendo excepciones o ampliar el efecto de la regla antes individualizada (Vacca, 2012, p. 57). En consecuencia, los juristas se servían de la dialéctica para encontrar soluciones diversas cuando los matices del caso así lo ameritaban o

29 «Regla es aquella que describe brevemente su objeto. No es el derecho el que se deriva de la regla, sino que es la regla la que se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cuestiones, y como dice Sabino, su estructura es como un compendio de la causa, que tan pronto como pierda uno de sus elementos, pierde su eficacia» (Dig. 50.17.1 [Paulo, ad Plautium 16]).

30 «En el derecho civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser cambiada» (Dig. 50.17.202 [Javoleno, Epistulae 11]).

31 «El derecho no se puede construir a partir de las situaciones de hecho que se verifican casualmente en un único caso» (Dig. 1.3.4 [Celso, Digesta 5]). «De hecho el derecho debe ser apto para resolver las situaciones que se verifican fácil y frecuentemente antes que aquellas que se verifican raramente» (Dig. 1.3.5 [Celso, Digesta 17]).

32 «...no podemos realizar una definición única en el tiempo y general: de hecho su fundamento debe ser buscado solo en la equidad» (Dig. 44.3.14pr. [Escévola, Quaestionum publice tractarum 1.S.]).

cuando había operado un cambio en el sentir social (véase Castro Sáenz, 2010, pp. 391-392).

I.3.3.5. En este contexto, el recurso a la *differentiatio* resultaba indispensable, pues mediante su utilización y gracias al conocimiento que los juristas tenían del ordenamiento jurídico en su totalidad y al dominio de la técnica en su labor de interpretación del *ius*, era posible individualizar los elementos que permiten cualificar jurídicamente una situación concreta. En consecuencia, también, los elementos que permiten establecer si dos casos son o no iguales y que, por ende, ameritan idéntica solución o si, en cambio, requieren una solución diversa. A esta última conclusión se arriba en los eventos en que se individualiza una diversa circunstancia cualificante cuya valoración, a la luz de los principios que orientan el sistema, imponga una diferenciación que exija una solución diversa a las soluciones anteriormente otorgadas, a efecto de lo cual sea necesaria la introducción de una nueva regla o la creación de una excepción respecto a cuanto ha sido establecido precedentemente (véase Vacca, 2012, pp. 55-56).

El recurso a la *differentiatio* constituye una técnica con perfiles claramente delineados. Esta supone lo siguiente: identificar los hechos relevantes del caso separándolos de los que no lo son; identificar la *quaestio* o problema jurídico que se debate en el caso; establecer cuáles son las categorías que la solución del caso involucra; establecer cuál ha sido la *ratio decidendi* utilizada por los juristas precedentes en la resolución del caso, sobre cuya base se ha individualizado una regla; establecer si el nuevo caso presenta elementos de hecho sustancialmente idénticos a los casos que subyacen a la regla individualizada y, si no es así, identificar el elemento de *facto* que se erige en la «diferencia» justificante del apartarse de la regla precedente para, finalmente; establecer el alcance de la separación de la regla precedente: crear una excepción, ampliar la regla precedente, crear una nueva regla (Vacca, 2012, pp. 59-60).

Encontramos un ejemplo relevante en los *Pithana* de Labeón. Se trata del caso en que un constructor se obliga a la ejecución de un canal, prevista en el contrato como obligación de resultado, conforme al cual, el cumplimiento de la obligación solo tiene lugar con la aprobación de quien la encarga (*opus probatum*). La obra que había sido terminada, aunque no entregada, sufre un derrumbe a consecuencia de un *casus*³³.

33 «Si un derrumbe destruye un canal cuya construcción tú has efectuado en ejecución de un contrato de locación de obra, antes que sea efectuado la aceptación definitiva, el daño es a tu cargo. Paul: si ello tuvo lugar por un defecto del suelo, el daño es a cargo del locador, si en cambio tuvo lugar por un vicio de la obra, el daño es a cargo tuyo» (Dig. 19.2.62 [Labeón, *Pithana* 1]).

La regla general que se había consolidado precedentemente sostenía que los riesgos en desarrollo de una actividad producidos por un *casus* están a cargo de quien la realiza, de manera que, conforme a la misma, los «riesgos típicos de una actividad» son atribuidos al profesional que se ha comprometido a su realización. Esta regla fue aplicada en el caso del lavandero y del sastre³⁴.

Tratándose del derrumbe del canal, el jurista plantea una *diferentatio* que lo conduce a apartarse de la regla general para adoptar una postura completamente diversa. En efecto, siguiendo la línea de la regla general precedente, el riesgo del derrumbe correría por cuenta del constructor, a cargo de quien se encuentra la actividad. Sin embargo, el jurista encuentra una *diferentatio*: la inestabilidad del terreno como causa del derrumbe. Esta es una circunstancia determinante en la elección que realiza de adoptar una regla diversa para resolver el caso, esto es, la del traslado del riesgo al dueño del predio. Esto da lugar, en consecuencia, a que el daño deba ser soportado por el dueño, en cuanto los riesgos del suelo le corresponden. Adicionalmente, en un proceso de exclusión de la regla apenas establecida, el jurista aclara que, si el derrumbe es causado por negligencia del constructor, es a este a quien le corresponde asumir el daño. De este modo, diferencia entre vicio de la obra (culpa del constructor) y vicio del suelo (*casus* a cargo del dueño).

Otro ejemplo de diferenciación puede verse en Africano, quien recuerda la opinión de Servio en el caso de la imposibilidad de goce del arrendatario de una casa arrendada, la cual tuvo lugar como consecuencia de las reparaciones a la misma. En este caso, se parte de una regla que aminora la responsabilidad basada en la buena fe del arrendador, sea que la reparación se origine en la vetustez de la casa o en un hecho de un tercero que no pueda impedir. Excluye empero de la aplicación de esta regla el comportamiento del arrendador de mala fe que arrienda cosa ajena y no puede impedir que el dueño realice las reparaciones que impiden el goce de la cosa arrendada, pues en este caso opera la distinción en función de la mala fe del arrendador³⁵.

34 «Si el lavandero hubiere tomado vestidos para lavarlos, y los hubieren roído los ratones, se obliga por la acción de locación, porque debió preaverse de esto; y si el lavandero hubiere cambiado una capa, y dado a uno la del otro, se obligará por la acción de locación, aunque lo hubiere hecho por ignorancia» (Dig. 19.2.13.6 [Ulpiano, ad Edictum 32]). «Asimismo, si mediante una retribución determinada un tintorero ha recibido vestidos para limpiarlos y arreglarlos, y un sastre para coserlos, y los pierden por causa de un furtum, ellos mismos tienen la acción del furtum, no el dueño, ya que no hay ningún interés en el dueño que no perezcan, desde el momento en que puede perseguir una indemnización del tintorero o del sastre o por medio de la acción de arrendamiento, siempre que el tintorero o el sastre tuvieran lo suficiente para responder de la cosa, pues si no son solventes, puesto que el dueño no puede conseguir una indemnización de ellos, le compete la acción de furtum, ya que en este caso él mismo está interesado en que la cosa se conserve» (G. Inst. 3.205).

35 «También esta distinción conviene con aquella que se introdujo por Servio, y por casi todos fue aprobada, que si reedificando la casa dada en arrendamiento toda por un precio, el dueño hubiere hecho que no pudiera disfrutar de ella el arrendatario, se vea si esta obra se demolió por necesidad, o sin ella. Porque ¿qué importa que el arrendador de la casa se vea obligado a reedificarla por causa de su vejez, o que el arrendador del fondo se vea obligado a soportar la injuria de aquél a quien no

I.3.3.6. De otra parte, los juristas acudían *al recurso a la sistematización*, pues, en el derecho jurisprudencial romano, las soluciones de los jurisprudentes se otorgan teniendo presente todo el conjunto del derecho, al interior del cual se fijan las varias hipótesis, trazando fronteras y asegurando la coherencia y armonía de la decisión con los principios que orientan la totalidad del ordenamiento (Lombardi, 1967, pp. 580-584). Dicha sistematización tenía lugar a través de mecanismos como la definición, la partición y la división, según lo recordado por Cicerón en los *Tópicos*³⁶.

pudiera impedírsela? Pero se ha de entender que nosotros usamos de esta distinción respecto de aquel que hubiere dado en arrendamiento un predio suyo para que se disfrute, y hubiere contratado de buena fe el negocio, no respecto de aquel que por fraude hubiere dado en arrendamiento un predio ajeno, y no pudiera impedir al dueño que este prohibida que el colono lo disfrute» (Dig. 19.2.35pr. [Africano, *Quaestiones* 8]).

36 «Basta decir el modo de la definición. Los antiguos dan estas reglas: separando lo que la cosa que quieras definir tiene de común con otras, debes buscar lo que lo sea propio, la última diferencia que no puede aplicarse a ninguna otra cosa, v.g.: "La herencia es dinero". Hasta aquí lo común, porque hay muchos géneros de dinero. Añade lo siguiente: "Que por muerte de alguno recae en otro". Todavía no es definición, porque sin herencia se puede adquirir de muchos modos el dinero del muerto. Añade dos palabras: "Según el derecho". Ya has separado la última diferencia, y tienes completa la definición: así: "herencia es el dinero que por muerte de uno recae en otro, según ley". Todavía puedes añadir: "y que no ha sido legada por testamento ni retenida por posesión". Del mismo género es esta otra definición: "Pertenecen a la misma gens los que tienen el mismo nombre". Esto no basta, «los que han nacido de hombres libres». Tampoco basta: «ninguno de cuyos mayores ha padecido servidumbre». Todavía falta algo: «ni diminutio capit is». Este quizá baste, y creo que el mismo pontífice Scevola añadiría una palabra a esta definición. Vale este método para las definiciones de cosa real y para las de cosa inteligible.

Hemos visto en qué convienen las particiones y las divisiones. Veamos ahora en qué difieren. La *partición* se divide en miembros, como el cuerpo en cabeza, hombros, manos, rodillas, pies, etc. La *división*, en formas, que los Griegos llaman *ideas*, y *algunos* de los nuestros (y son muy pocos los que de esto tratan) *especies*, no mal del todo, aunque me parece inútil este cambio de palabras. Si podemos decirlo en latín, no sé por qué hemos de decir *especies* y no formas; significando las dos palabras lo mismo, creo que debe preferirse la pureza en el lenguaje.

El género y la forma se definen de este modo: Género es una noción que se aplica a muchas diferencias; forma es una noción cuya diferencia se refiere al género como a su fuente. Llamo *noción* lo que llaman los Griegos ya ἔννοια ya πρόληψις. Es un conocimiento innato, anterior a la percepción de toda forma. En las *formas* se divide el género sin emisión de ninguna, v.g., se divide el derecho en ley, costumbre, *equidad*. El que cree que *formas* es lo mismo que partes, confunde el arte, y engañado por cierta semejanza, no distingue con bastante claridad lo que debe distinguirse. Muchas veces definen los oradores y poetas por traslación de las palabras y por semejanza; pero yo no dejaré de poner ejemplos jurídicos, sino en caso necesario. Solía mi colega y familiar Aquilino decir que *litus* (costa) se llamaba así *qua fluctus eluderet* (porque rompía las olas). Es como si definiéramos a la adolescencia; flor de la edad, y a la vejez, ocaso de la vida. Por medio de la traslación pasan las palabras de su valor propio a otro metafórico. Basta ya, de la definición. En la *división* no ha de omitirse ninguna de las partes, a la manera que no puedes omitirla cuando divides alguna herencia o tutela; pero si divides las fórmulas de las estipulaciones y de los juicios, no es vicioso el omitir algo en un asunto casi infinito. Solo lo es cuando hay cierto número de formas dentro de cada género. La *distribución* de las partes es muchas veces casi infinita, como la de los hilos de agua que salen de una fuente.

En toda arte oratoria, una vez propuesto el género de la cuestión, se añaden sus formas; pero cuando se trata de los ornamentos de palabras y de sentencias que se llaman σχήματα, no sucede lo mismo, porque la materia es casi infinita: en lo cual se ve clara la diferencia que hay entre la partición y la división. Aunque los vocablos parecen significar lo mismo, las cosas difieren bastante entre sí. Cuando se funda el argumento en el valor de la palabra, se usa la *notación* que los Griegos llaman ἔτυμολογία, esto es, palabra de palabra. Pero nosotros, huyendo la novedad en las palabras, llamamos a este género *notación*, porque las palabras son como las notas de los objetos. Por eso Aristóteles las llama también σύμβολον, que es lo mismo que en latín *nota*. Pero una vez que estamos conformes en la inteligencia de la cosa, poco importa el nombre» (*Tópicos*, 6.29-8.35).

Cicerón sigue las enseñanzas aristotélicas³⁷, conforme a las cuales el conocimiento de algo requiere establecer «qué es» esa cosa. Para ello es necesario determinar la entidad de cada cosa en concreto mediante la predicación última de las características que diferencian lo que se quiere conocer. Esto se logra a través de un procedimiento de identificación del género al cual pertenece el objeto de estudio, el establecimiento de las especies que conforman dicho género y, finalmente, mediante la individualización de la última diferencia que caracteriza la especie en la que ha confluido la cosa que se quiere conocer, al punto que no admite ninguna otra diferencia de especie. Allí se habrá logrado definir ese «algo» mediante lo que se ha denominado la «definición por género próximo y diferencia específica».

Las definiciones podrían ser realizadas también por partición cuando se divide la totalidad de la cosa en partes y por división cuando la cosa es dividida en todas las especies que abarcan el género del cual forman parte³⁸. Un ejemplo de los más trascendentales en materia de sistematización a través de la definición por género próximo y diferencia específica lo presenta Labeón con su definición de *contractus*³⁹, en la que el género próximo es identificado en el acto (contentivo del acuerdo) y la diferencia específica en la reciprocidad de las obligaciones que de este surgen⁴⁰.

37 Véase Aristóteles, *Categorías*, 1b16-24, 3a21-b9; Sobre la interpretación, 20b33; *Analíticos* primeros, 46b22; *Analíticos* segundos, 83b1; *Tópicos*, 123a7-10 y, en particular, *Analíticos* segundos, 96b9-96b24: «En efecto, hay que admitir que el género es de un tipo tal que se da potencialmente en más de una cosa. Así, pues, si no se da en ninguna otra cosa más que en las tríadas concretas, eso será el ser para la tríada (puesto que hay que admitir también esto, a saber, que la entidad de cada cosa en concreto es esa clase de predicación última aplicada a los individuos); por consiguiente, también en cualquiera otra de las cosas que se demuestran así, será de manera semejante el ser para ella. Cuando uno trata de algo global, conviene dividir el género en las primeras cosas indivisibles en especie, v.g.: el número, en tríada y díada, y a continuación intentar tomar así las definiciones de ellas, v.g.: la de la línea recta y la del círculo, así como la del ángulo recto; y después de eso, una vez admitido qué es el género, v.g.: si es de los *cuantos* o de los *cuales*, observar las afecciones propias a través de las primeras <propiedades> comunes. En efecto, para las cosas compuestas de individuos estarán claros, a partir de las definiciones, los <caracteres> que las acompañan, porque el principio de todos ellos es la definición y lo simple...».

38 Así, Cicerón sostiene que las definiciones pueden ser hechas o por particiones o por divisiones: «Por partición, cuando se divide en miembros la cosa propuesta, diciendo, v.g., que el derecho civil es el que está fundado en las leyes, semadoconsultos, sentencias, autoridad de los jurisperitos, edictos de los magistrados, costumbre y equidad. La definición por división abraza todas las especies comprendidas en un mismo género...» (*Tópicos*, 5.28).

39 «Labeón define en el libro primero del *Pretor urbano*, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra acto es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero contrato significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman *sinalagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; gestionado significa cosa hecha sin el uso de palabras» (Dig. 50.16.19 [Ulpiano, ad *Edictum* 11]).

40 Una aplicación de este método de definición romana a la reconstrucción del concepto de contrato en el subsistema romano jurídico latinoamericano ha sido espléndidamente propuesto por Esborraz (2006. pp. 45ss.).

- 1.3.3.7. La sistematización es implementada mediante la *partitio* por Gayo en la *summa divisio*⁴¹ y en la tripartición de las fuentes de las obligaciones con ocasión de la reflexión que le suscita la obligación que surge de restituir aquello recibido como consecuencia del pago de lo no debido, el cual no entraba ni en el contrato ni en el delito⁴². Por su parte, Ulpiano utiliza la definición por división en la clasificación de las acciones en civiles y honorarias⁴³.
- 1.3.3.8. Conforme a las enseñanzas de Celso, uno de los elementos esenciales del *ius* es la equidad, entendida como igualdad ponderada, de ahí que los juristas romanos usasen en su proceso creativo el *recurso a la equidad* bajo el entendido de que la igualdad ponderada solo se logra cuando se otorga un tratamiento igual a los casos iguales y desigual a los desiguales. Labeón utiliza el recurso analógico a la equidad a fin de otorgar un tratamiento paritario frente a la aplicación de un edicto previsto para sancionar con el cuádruple a los saqueadores en eventos de derrumbe, incendio o naufragio o ataques de piratas, extendiéndolo a los casos en que la rapiña es cometida en una casa o en una residencia de campo ya saqueada⁴⁴. En el mismo sentido, Labeón usa el recurso a la equidad para permitir la utilización de acciones procesales en situaciones análogas, pues, aunque se carezca de derecho positivo (de acción específica), la equidad manda que sea lícito ejercitar una acción para obligar al dueño de un predio a reparar un dique que perjudica el

41 «Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división comprende dos clases, pues toda obligación nace de contrato o de delito (quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto)» (G. Inst. 3.88).

42 «También se obliga por la cosa el que aceptó lo no debido por aquel que le pagó por error, pues se pueden entablar contra él una condicatio con las palabras si resulta que debe dar, como si se hubiese recibido un mutuo. Por eso algunos piensan que el pupilo y la mujer a quienes sin la autorización del tutor les es dado por error algo no debido, no están sujetos a la condicatio, al igual que sucede en la entrega en mutuo. Pero esta clase de obligación no parece surgir de contrato, porque el que entrega con intención de pagar quiere más disolver un negocio que contraerlo» (G. Inst. 3.91).

43 «Dos son las especies de acciones: la real, que se dice reivindicación, y la personal, que se llama condicición. Acción real es aquella por la cual pedimos una cosa nuestra, que es poseída por otro; y es siempre contra el que posee la cosa. Es acción personal aquella con la que litigamos contra el que se nos obligó a hacer o a dar alguna cosa; y siempre tiene lugar contra él mismo. § 1. Mas algunas acciones corresponden por un contrato, otras por un hecho, y otras contra el hecho. La acción corresponde por un contrato siempre que uno contrata con otro por causa de lucro propio, por ejemplo, comprando, vendiendo, dando o tomando en arrendamiento, y haciendo otras cosas semejantes. La acción es por el hecho, siempre que alguno comienza a estar obligado por lo que él mismo hizo, como si cometió hurto o injuria, o causó daño. Se dice que la acción es contra el hecho, como es, por ejemplo, la acción que se le da al patrono contra el liberto, por quien contra el Edicto del Pretor es llamado a juicio. § 2. Pero se dice que todas las acciones son civiles, u honorarias» (Dig. 44.7.25pr.-2 [Ulpiano, *Regulae 1.S.*]; las cursivas son mías).

44 «Labeón escribe que es justo que sea aplicado este edicto en el caso en el cual sea cometida una rapiña en una casa o en una residencia de campo ya saqueada: de hecho podemos ser dañados o turbados de los depredadores tanto sobre el mar como en una residencia de campo» (Dig. 47.9.3.2 [Ulpiano, ad *Edictum 56*]).

fundó vecino porque, si bien nadie puede ser obligado a beneficiar al vecino, sí se está obligado a no perjudicarle, o a no impedirle que haga lo que pueda hacer con derecho. Por eso se le otorga acción al perjudicado, como si se tratara de la acción, esta sí específicamente prevista, para la contención de aguas de lluvia de un dique natural, siendo que en el caso se trata de un dique artificial⁴⁵.

De otra parte, encontramos el caso en el que Labeón recurre a la equidad para delimitar en sentido restrictivo el ámbito de responsabilidad en la acción procesal introducida por el pretor en materia de gestión de negocios para restringir la responsabilidad del gestor oficioso solamente al dolo y no hacerlo responsable por la culpa⁴⁶. De este modo se equilibra la tutela de las partes en atención a las circunstancias del caso (la gratuitud de la gestión y la motivación altruista de las acciones del gestor oficioso que obra movido por afecto), creando con ello y en nombre de la equidad un tratamiento dispar frente a la regla general de la responsabilidad por dolo y culpa, en clara aplicación de la *utilitas contrahemtium*. En este mismo sentido de trato dispar ante una solicitud de trato igualitario, Labeón califica de inicuo permitir al actor frente al cual ha sido opuesta una *exceptio doli* contraponer una *replicatio doli*, «porque es bastante justo que el actor no deba derivar ventaja de su comportamiento malicioso»⁴⁷.

I.3.4. El carácter esencialmente controvertido del *ius dio* lugar al *ius controversum* que era, a su vez, fuente de derecho

Los juristas se encontraban subdivididos durante el siglo I d.C. y hasta la mitad del siglo II d.C. en dos escuelas contrapuestas: proculeyanos y sabinianos (Dig. 1.2.2.47 ([Pomponio, Enchiridion 1.S.]) —a—. Cada escuela bien podía profesar opiniones diferentes tanto a nivel de

45 «También dice Varo: la fuerza del agua rompió el dique, que había en el fundo del vecino, por lo cual resultó que me perjudicaba el agua llovediza; dice Varo, que si el dique era natural, yo con la acción para que se contenga el agua llovediza no puedo obligar al vecino a repararlo, o a que deje que sea reparado. Y lo mismo opina, también si hubiera sido hecho a mano, y no hubiera memoria de él; pero si la hubiera, opina que él está obligado por la acción para que se contenga el agua llovediza. Pero dice Labeón, que si el dique hubiera sido hecho a mano, aunque no haya memoria de él, se puede ejercitar acción para que sea reparado; porque con esta acción nadie puede ser obligado a beneficiar al vecino, sino a no perjudicarle, o a no impedirle que haga lo que pueda hacer con derecho. Mas aunque falte la acción para que se contenga el agua llovediza, opino, sin embargo, que me compete contra el vecino la acción útil o el interdicto, si yo quisiera reparar en su campo el dique, que, hecho, me puede ser ciertamente provechoso, y a él en nada le ha de perjudicar; y esto es lo que sugiere la equidad, aunque carezcamos de derecho positivo» (Dig. 39.3.2.5 [Paulo, ad Edictum 49]; las cursivas son mías).

46 «Escribe Labeón, que en la acción de gestión de negocios, a veces se presta solamente el dolo; porque si movido de afecto te hubieres consagrado a mis negocios, para que no sean vendidos mis bienes, es muy justo que tan solo te obligues por el dolo. Cuya opinión es conforme a equidad» (Dig. 3.5.3.9 [Ulpiano, ad Edictum 10]).

47 «Marcelo considera que contra la excepción de dolo no se concede la réplica de dolo. Del mismo parecer es Labeón, quien de hecho considera que es injusto que el mismo comportamiento malicioso sea de ventaja para el actor y en cambio de perjuicio para el demandado, porque es bastante justo que el actor no deba derivar ventaja de su comportamiento malicioso» (Dig. 44.4.4.13 [Ulpiano, ad Edictum 76]).

reconstrucción de las reglas derivadas de fuentes externas, como a nivel de producción de reglas nuevas⁴⁸ (esto dio lugar al particular fenómeno que se ha denominado *ius controversum* —a—. Como consecuencia de este fenómeno, todo aquello que sobre el plano jurídico pensaban los juristas, aunque de manera no unívoca, era considerado derecho vigente y, en consecuencia, atendible por el juez llamado a decidir las controversias particulares (Talamanca, 1990, p. 33).

De otra parte, cuando el parecer de los juristas, no obstante controvertido, lograba imponerse como derecho aplicable, esto se justificaba por la *auctoritas* de la que estaban investidos quienes lo emitían. Se trataba de una *auctoritas* fundada particularmente sobre el saber técnico, a través del cual los juristas eran capaces de mediar entre las necesidades sociales y el ordenamiento jurídico, lo cual era reconocido por la colectividad dentro de la cual vivían (Vacca, 2012, p. 84). Los pareceres de los jurisprudentes representaban, de hecho, el fruto de una reflexión realizada con método científico y no el resultado de caprichosas valoraciones de sello puramente político y menos de intuiciones personales hacia una vaga idea de justicia. Por el contrario, la naturaleza de esta *interpretatio* es de carácter objetivo y apunta a la preservación del orden social (véase Vacca, 2012, p. 110). El derecho romano se erige, así, como producto de una especulación racional, lo que lo convierte en atemporal y universal.

Este cuadro no fue sustancialmente alterado por la presencia del principio que operó como órgano que se valió de *edicta* y *mandata* para introducir normas generales y abstractas aptas a disciplinar las relaciones entre privados mediante constituciones de carácter particular. Estas no eran otra cosa que disposiciones de casos concretos que asumían la forma de *decretum* cuando decidían una controversia judicial y aquella del *rescriptum* y de la *epistula* cuando indicaban al solicitante (que podía ser una persona cualquiera o bien un magistrado o un funcionario) la solución que en materia de derecho se debía adoptar respecto a un determinado asunto: tal solución replicaba la aproximación casuística particular de los jurisprudentes. Las opiniones de estos, mediadas por el otorgamiento del *ius respondendi*, permanecían como precedentes. A pesar de que estas nuevas fuentes poseían particular autoridad, no era tanta para precluir una sucesiva valoración crítica mediante debate científico. Por demás, quienes predisponían las constituciones en examen eran los juristas de la cancillería imperial, en demostración de que entre estos y los jurisprudentes existía una especie de simbiosis y no un antagonismo (Vacca, 2012, pp. 93-94).

48 Ambas escuelas con juristas muy destacados. V. gr. entre los proculeyanos: Próculo (su fundador), Labeón (su principal representante), Javoleno, Nerazio y Celso. Entre los sabinianos: Capitón (su fundador), Sabino, Casio y Juliano. Entre otros juristas. Sobre el origen de las escuelas y la naturaleza de sus diferencias en el ámbito jurídico véase Robleda (1979, pp. 113-114, nota 219).

I.4. El derecho romano clásico se forma a través de un método de razonamiento jurídico basado en la construcción de categorías a partir del examen de casos, en un devenir entre tópica y sistema

El derecho romano, más que un cúmulo inagotable de conocimientos, constituye «un método», un método de razonar y de llegar a las soluciones de los problemas jurídicos, mediante conceptos con los que se construyen categorías jurídicas a partir de casos paradigmáticos. En él, el jurista desempeña un papel dinámico al contribuir con la producción del derecho como guía en su desarrollo, buscando siempre los principios ético-jurídicos que animan las soluciones y precaviendo o denunciando posibles inequidades (Gallo, 2000, pp. 238ss.).

El derecho romano, como lo señala Cicerón⁴⁹, utilizó de manera esplendida la tópica.

La tópica era entendida, siguiendo a Aristóteles (*Tópicos*, 100a18-21)⁵⁰, como «la *techne* del pensamiento de problemas» (véase el prólogo de García de Enterría a Viehweg, 1964). Ella se veía reflejada en la participación del jurisprudente en la creación del derecho a través de la solución de casos, actividad mediante la cual predisponía nuevos instrumentos jurídicos para responder a situaciones y exigencias nuevas (Gallo, 1993, p. 19).

Los romanos entendieron que las leyes no proveen ni pueden proveer solución a todos los casos (Muratori, 1933, pp. 47ss.), por ello es ilusorio pensar que resulta posible sanear el derecho eliminando la interpretación o haciendo caso omiso de ella (Gallo, 1971, p. 269). El propio *Digesto*, pese a la original prohibición justiniana de interpretar dicho texto⁵¹

49 La importancia de la tópica para el mundo romano se refleja en los diversos trabajos que Cicerón dedicó al tema: *Sobre el orador*, *Bruto* o de los ilustres oradores, *El orador*, *Particiones oratorias* y *Tópicos* a Cayo Trebacio. En esta última obra, Cicerón escribe lo siguiente:

«Todo sistema dialéctico consta de dos partes: la invención y el juicio. En ambas fue Aristóteles (a mí ver) el principio. Los estoicos trabajaron solo en una de las dos: en la ciencia del juicio, que llamaron dialéctica, y abandonaron del todo la Tópica o arte de invención, que es más útil y, en el orden de la naturaleza, la primera. Nosotros, encontrando en ambas suma utilidad, nos proponemos tratar de las dos, comenzando por la Tópica» (*Tópicos*, 2.6-7). Sobre este particular véanse también las apreciaciones de Guzmán Brito (2010, pp. 161-195).

50 «El propósito de este estudio es encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga...».

51 «...los juristas, en futuro, no osen dedicarle comentarios ni alterar con su verbosidad el mesurado diseño del libro; así como ha sucedido en tiempos pasados [...]. Basta que de aquél libro se hagan sumarios y paráfrasis sólo por medio de índices y explicaciones de los títulos, en modo que la actividad interpretativa no produzca daño». (De conceptione Digestorum [Const. Deo auctore], 12-13). Con tales previsiones, Justiniano pretendía conservar la autenticidad e integridad de los textos, no obstante, el *corpus iuris* fue objeto de innumerables comentarios en las etapas sucesivas. Al respecto, resulta ilustrativo el análisis de Gallo: «El defecto capital imputable a Justiniano y a sus consejeros jurídicos [...] [es] su presunción ingenua de haber resuelto de una vez por todas los problemas jurídicos; la reducción del fenómeno jurídico a la dimensión de autoridad, la proscripción de la historia y de su comparación, instrumentos indispensables para la crítica del derecho vigente y para el progreso de la ciencia jurídica, el intento de erradicar las disputas y las confrontaciones entre juristas, las mismas que habían sido determinantes para el desarrollo del derecho en la edad clásica, el prohibir el estudio y la enseñanza crítica del derecho, el eliminar el momento crítico y, con

(que en verdad no fue atendida), testimonia la existencia de los criterios identificados por los juristas romanos para una correcta producción, interpretación y aplicación del derecho en la que el examen del caso ocupa un lugar central.

En efecto, los juristas romanos trabajaban en el reconocimiento de la existencia de un derecho consuetudinario presente en la realidad social (Gallo, 1993, pp. 16-24). Eran proclives a las distinciones sutiles (*differentiatio*), a las elaboraciones jurisprudenciales de carácter eminentemente práctico y se servían de la dialéctica a través del estudio de los casos, mediante los cuales promovían las permanentes adaptaciones del *ius civile* recibidas en las *mores* (véase Castro Sáenz, 2010, pp. 391-392).

Ciertamente, en una realidad como la romana clásica, en la que coexistían dos sistemas —el ordenamiento formal del *ius strictum* y el nuevo y más flexible ordenamiento del *ius gentium*, más dúctil y orientado por la *bona fides* y la *aequitas* (Grosso, 1965, pp. 260ss.)—, surge la necesidad de recuperar el antiguo *ius civile* y la tradición a este aparejada. Asimismo, se crean nuevos esquemas que se apropián de la antigua tradición jurídica, pero que se dirigen a crear un nuevo derecho derivado fundamentalmente de la praxis. En este nuevo sistema, la libertad interpretativa del jurista posee un límite fundamental: la *ratio* general del ordenamiento, en un proceso en el que dicho ordenamiento se mueve entre la cristalización de las reglas mediante las que se sistematiza y la posibilidad de mantenerse abierto, de suerte que cada solución pueda ser sucesivamente modificada si se revela inadecuada a los nuevos casos (Vacca, 2012, p. 51). Si bien es cierto, como vimos, que la sistematización del *ius* revestía gran importancia, el verdadero *ars* del derecho solo puede ser poseído por los juristas, cuya maestría consiste en que están en grado de descubrir la íntima esencia de la *aequitas*, proyectándola sobre el plano del ordenamiento positivo (Vacca, 2012, p. 52).

II. LA TÓPICA ENFRENTA AL JURISTA A UNA PERMANENTE BÚSQUEDA ENTRE TRADICIÓN Y NOVEDAD QUE PERMITE RENOVAR EL SISTEMA A TRAVÉS DE CASOS PARADIGMÁTICOS

II.1. La tópica es la técnica del pensamiento por problemas, cuyo conocimiento pone a disposición un método para encontrar con facilidad los argumentos o las razones probables en torno a cualquier tema puesto en discusión para resolver problemas que no pueden resolverse de manera deductiva

Para Aristóteles, el arte de disputar comienza por realizar la pregunta adecuada⁵². Esta pregunta debe formularse identificando el *topos* del cual debe derivar la conclusión dialéctica. Entiéndase la tópica como la teoría de los lugares comunes, de las clases generales en las cuales pueden ser organizados todos los argumentos y desarrollos.

Los tópicos cumplen una función de guía en cuanto fungen de «hilos conductores del pensamiento» en el proceso argumentativo que conducirá a la solución de los problemas que se plantea el juez o el intérprete del derecho en general (Viehweg, 1964, p. 56). Ahora bien, el pensamiento problemático opera por ajustes concretos sobre la base de los tópicos. Por eso es importante la técnica de la *diferentiatio*, cuya utilización contribuye con la resolución de problemas singulares, partiendo de las directrices que otorgan los *topoi* o lugares comunes revelados por la experiencia. Estos poseen valor relativo y circunscrito, pero en ellos se condensan valores superiores contenidos en los principios generales del derecho socialmente valorables de manera objetiva en atención a las condiciones históricas en las que se desarrollan y, por ello, «fruto de la razón artificial y no natural del derecho» (García de Enterría en el prólogo a Viehweg, 1964, p. 16).

En consecuencia, como habían ya entendido los juristas romanos, la tópica es la técnica propia del razonamiento jurídico. Ciertamente, el derecho no puede ser concebido como un sistema lógico deductivo o axiomático dado su carácter esencialmente problemático. En el derecho continuamente irrumpen problemas cuya resolución genera rupturas en un tipo de razonamiento deductivo y cuyas particularidades exigen que sea el problema el que asuma el papel orientador de los razonamientos mediante los que se resuelve dicho problema (García Amado, 1988, pp. 143-144). Estas rupturas, bajo la concepción de un sistema abierto, antes que denotar incoherencia, expresan la manera en que el jurista concede relevancia prioritaria a la consideración del problema en aras

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

52 «Los argumentos surgen de las proposiciones; y aquello sobre lo que versan los razonamientos son los problemas» (Tópicos, 101b16-17).

de adaptar el sistema a las exigencias de justicia que plantea la realidad a la que está destinada a servir el derecho.

II.2. El *sensus communis*: el razonamiento jurídico a partir del *topos* (caso) requiere de sentido común humano como presupuesto de la construcción del derecho; el sentido de lo justo y del bien común

El adecuado ejercicio del derecho requiere una sólida preparación humanista basada en la formación integral, en el cultivo del sentido común y en la maduración del juicio ético, en orden a hacer posible la realización de los principios que sostienen la sociedad humana sobre el fundamento de la justicia. De la tradición humanista romana que agudamente evocan Di Martino⁵³ y La Pira⁵⁴, hemos aprendido que este método se funda en el *sensus communis*. Cicerón apela a dicho *sensus communis* cuando, a propósito del conocimiento común y necesario para el ejercicio del derecho, sostiene lo siguiente: «Yo, jueces, en el caso de que me dedicara a defender a los hombres que se ven en peligro, no valdría para defender ninguna causa si no viera lo que ha sido puesto y aun fijado en el sentir común de los hombres y en la misma naturaleza han fijado» (*En defensa de Aulo Chuencio*, 6.17)⁵⁵.

El sentido común no es entendido aquí como capacidad humana individual y abstracta de razonar, sino —como sostiene Vico— como aquél que se encuentra en la verosimilitud que puede abstraerse de manera concreta del común pensamiento de los hombres y de aquello que les parece verdadero⁵⁶, es decir, «la generalidad concreta que representa la comunidad de un grupo, de un pueblo o del género humano en su conjunto», esto es, «el sentido de lo justo y del bien común que vive en

53 Según Di Martino, «En el derecho de las obligaciones las ideas y tendencias sociales tienen una fuerza predominante. Con equilibrio límpido y sabios de los intereses opuestos, los clásicos construyeron un sistema, que por muchos aspectos es más avanzado que el sistema moderno [...] con base en la fides bona, es decir, conforme a un criterio eminentemente social y ético [...], ejemplo del influjo esplendoroso de las ideas sociales sobre el derecho [...] para hacer que el derecho se aproxime lo más posible a la necesidad de una justicia concreta y de su tiempo» (1978, pp. 79ss.).

54 La Pira sostiene que «una cosa no podrá jamás ser reprobada a los jurisconsultos de Roma aquella de haber limitado su competencia a la elaboración puramente formal de la ciencia jurídica: no obstante haber sido los fundadores del método jurídico no se consumieron en problemas de pura técnica: supieron valorar la sustancia del hecho jurídico que debía ser elaborado por ellos: vieron en él un perfil humano; fueron, en suma, conscientes de ser sacerdotes de justicia, portadores de bondad y de solidaridad fraterna entre los hombres» (1997, p. 299).

55 Consideréñense también los siguientes pasajes de diversas obras de Cicerón: *Non essem ad ullam causam idoneus, iudices, si hoc, quod in communibus hominum sensibus atque in ipsa natura positum atque infixum est, id ego, qui ad hominum pericula defendenser, non viderem*. «An ego poteram [...] communem naturae sensum ripudiare?» (*De domo sua ad pontifices oratio*, 36.97); «valerem [...] communis sensu omnium et dolcissima commendatione naturae» (*Pro Cn. Plancio Oratio*, 13.31); y, finalmente, el pasaje en que afirma que es sumamente reprobable para el orador «a consuetudine communis sensus abhorrente».

56 De nostri temporis studiorum ratione VII-49; «El sentido común se genera de lo verosímil como la ciencia se genera de lo verdadero» (III-21); «¿Qué otra cosa es en verdad la elocuencia sino sapiencia que habla en modo adornado, copioso y adecuado al sentido común? (XV-121).

todos los hombres», un sentido que «se adquiere por la comunidad de vida» y a la vez «funda la comunidad» misma (Gadamer, 2007, p. 50).

Este *sensus communis*, en cuanto concreto, «se nutre no de lo verdadero sino de lo verosímil» (Gadamer, 2007, p. 50) y, por ende, se funda en un saber práctico, al que alude Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* (1141b33). Se trata de una forma de saber distinto, orientado hacia la situación concreta y que, por eso mismo, tiene que «acoger las “circunstancias” en toda su infinita variedad» (Gadamer, 2007, p. 51). Este saber conduce al jurista al entendimiento del derecho como una experiencia dinámica que se produce, interpreta y aplica estrechamente ligada a la realidad (véase Gallo, 2000, p. 249) y, por lo tanto, racional⁵⁷.

II.3. El retornar en el derecho contemporáneo a la tópica como técnica de pensamiento por problemas resulta conveniente en términos de plena satisfacción de las necesidades de justicia a las que está destinado el derecho, de la preservación del carácter dinámico del mismo y de la coherencia y armonización del sistema

El derecho posee una función práctica, por lo que su finalidad no está en la norma, sino en las exigencias humanas. Por eso, y retomando a Vico, coincidimos con él cuando sostiene, en sus *Instituciones de Oratoria* (§ 22), que «es, en efecto, cometer un fraude a la ley el mostrarse reverente con su letra y despreciar la voluntad del legislador, y es una suerte de traidor quien se protege bajo el manto del derecho y ataca su razón de ser» (§ 22). Por ello, la tópica ha de ser el modo de pensar que conviene a la jurisprudencia (García Amado, 1987, p. 164), pues la estructura que conforman sus partes, «sus conceptos y sus proposiciones tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y solo pueden ser comprendidos desde él» (Viehweg, 1964, p. 129), de manera tal que la resolución del problema esté orientada por la justicia.

Así, el derecho positivo cumple una limitada «función de respuesta, como parte integrante de la búsqueda del derecho», es decir, como respuesta a la gran pregunta de cuál es el ordenamiento justo (Viehweg, 1964, p. 132) «aquí y ahora» (García Amado, 1987, p. 163). Por ello, se encuentra sujeto a la interpretación flexible que la tópica propone ante la necesidad de hallar aquello que es lo justo en cada caso frente a situaciones distintas alrededor de un mismo tópico (García Amado, 1987, p. 173).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

⁵⁷ Landa Arroyo se refiere a sentido común y racionalidad interna de la sociedad en el marco de las teorías de interpretación constitucional (2003, p. 217).

Como ya se ha expuesto, el *ius* es un *ars*. En este mismo sentido, Heinrich Lausberg definía el *ars* como una formulación teórico sistemática que trasciende los casos concretos y que confluye en un sistema de reglas extraídas de la experiencia, pero pensadas después lógicamente; reglas que nos enseñan la manera de realizar una acción repetible a voluntad —tendiente a su perfeccionamiento— la cual no forma parte del curso natural del acontecer y que no queremos dejar al capricho del azar (1966, p. 61). En consecuencia, el *ijs* como *ars* debe tener en cuenta la realidad, que de suyo plantea exigencias concretas, de manera que el *bonum et aequum* se haga posible en las relaciones específicas que se dan en la convivencia humana (Gallo, 2007).

Así, concluye Gallo que la ley se encuentra subordinada al derecho y no viceversa. Tal subordinación debe traducirse en los hechos, de forma que «cuando sea necesario, las previsiones normativas generales y abstractas deben ser integradas o modificadas de modo que cada solución resulte adecuada al *ijs*» (2007). De suerte que el método que nos legara el derecho romano que opera entre los casos, las colecciones de *regulae* a manera de catálogos de tópicos y los *principia iuris* (Schipani, 1997, pp. 3ss.)⁵⁸, nos plantea una relación entre «pensamiento problemático» y «pensamiento sistemático» (Viehweg advierte claramente esta relación al concebir el derecho como «una permanente búsqueda» en la que está presente una continua oscilación entre tradición y novedad (1964, pp. 50, 76). En este vaivén, la tópica juega un papel determinante en cuanto nos enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes, elaborando «una trama de puntos de vista» (Viehweg, 1964, p. 27) que permite tener presentes las razones a favor y en contra de una solución dada (p. 50). Esto, a su vez, evidenciará la necesidad de generar, mediante la interpretación, nuevos entendimientos de las reglas consolidadas (p. 61) o el requerimiento de sustituirlas. Esto sucede como resultado de una determinada realidad contenida en el caso o en el *topos*, cuya tutela resulta imperiosa a la luz de los *principia iuris*.

En este complejo proceso, los principios constituyen el puente entre la tópica y la perenne reconstrucción del sistema (Viehweg, 1964, p. 74). Gracias a su ductilidad, permiten que el sistema sea remozado continuamente al darle cabida a «la realidad mediante la cual se realiza la justicia» (Gadamer, 2007, p. 56), «como si un caso cualquiera fuera el punto de arranque de toda la ciencia», según los términos alborozados con que Savigny⁵⁹ se refiere a la jurisprudencia romana. De manera que

58 Schipani sostiene que «para Cicerón los principia iuris fundan el derecho, sirven como tamiz a las leyes y, de ello es expresión el derecho de Roma». A ese efecto, reconstruye el significado del uso de las expresiones *natureae principia* y *principium* en diversos textos de Cicerón (De Re Publica, 3.7 y 6.27; de Legibus, 1.5.17, 1.13.38, entre otros) y en el comentario de Gayo a la Ley de las XII Tablas: «et certe cuiusque rei potissima pars principium est» (Dig. 1.2.1 [Gayo, Ad legem XII tabularum 1]).

59 «Cuando tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de este, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda

el incentivar un razonamiento tópico en la interpretación del derecho contribuye con la armonización del sistema a través de la valoración de los principios que lo inspiran. Esto es así dado que la tópica pone en evidencia la perenne movilidad del sistema, la cual no puede ser realizada sino en la flexibilidad de los principios. Asimismo, la racionalidad, verosimilitud y jerarquía de los tópicos deberán valorarse a la luz de los principios del sistema mismo.

Así, la tópica promueve una concepción dinámica del derecho y bajo tal concepción emerge la conciencia del carácter necesariamente abierto del derecho⁶⁰, en la medida en que los casos paradigmáticos no pueden ser resueltos al interior del ordenamiento positivo. En efecto, el derecho se transforma gradual y orgánicamente (Zimmermann, 2010, p. 37). Justamente es en este proceso en el que la tópica opera como una especie de antídoto para evitar que la codificación sofoque el desarrollo del derecho (p. 35). Simultáneamente, la tópica promueve la transformación del derecho y la preservación del orden social (Landa Arroyo, 2003, pp. 227-234) mediante la coherencia que proponen los principios, únicos garantes de la verdadera estabilidad jurídica (Neme Villarreal, 2014b). Por su parte, el derecho romano, como base de una «teoría contemporánea del derecho privado» (Zimmermann, 2010, p. 32), orienta la selección de los tópicos que nos conducirán a repensar el derecho privado por un sendero que, en palabras de Zimmermann, nos llevará «más allá del derecho romano a través del derecho romano mismo» (2010, p. 69, retomando a von Ihering, 1873, p. 14).

II.4. La recuperación de la «herencia perdida del derecho romano» en lo relacionado con la idea de «derecho», su creación y aplicación conduce a una concepción humanista del *ius* que se traduce en una tutela más efectiva de los derechos

Se dice que el derecho justiniano cambió la perspectiva procesal por una sustancial, pero, en verdad, el modelo justiniano, conocido como la *legum permutatio*⁶¹, transformó el objeto y la forma de «decir el derecho».

la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica véase siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental véase a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo cómo en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa» (Savigny, 1977, p. 44).

60 En ese sentido, García Amado sostiene que «el pensamiento aporético no conduce a la tópica como contrapuesta a la mera idea de sistema, sino a la conciencia del carácter necesariamente abierto de todo sistema científico» (1988, p. 142).

61 «Comenzad pues bajo la guía de Dios a enseñarles la doctrina legal y revelarles la vía que hemos creado, de modo que se vuelvan óptimos servidores de la justicia y del Estado y os siga la máxima gloria por todos los siglos; porque en vuestra época ha ocurrido un cambio de las leyes, tal como también hicieron, según Homero, padre de toda virtud, Glauco y Diómedes que intercambiaron cosas desiguales: oro por cobre...» (Constitutio Omnem, 11).

Esta transformación generó una antítesis, pues en la cúspide del sistema jurídico ya no estaba más la solución al caso concreto y la salvaguarda de los intereses de los sujetos entre los que se instaura el derecho, sino la preservación de la norma general y abstracta, aunque ello implicara el sacrificio de los mencionados intereses (Gallo, 2015, p. 56).

En efecto, como hemos señalado, Justiniano reservó al emperador la producción normativa así como la interpretación del derecho, actividad doctrinal que había estado siempre en manos de los jurisprudentes (Gallo, 2015, p. 26). De este modo, el emperador produjo una dramática concentración de las fuentes del derecho: los senadoconsultos y los *responsa prudentium* que gozaban de la misma jerarquía que la ley fueron eliminados. Se conservaron las constituciones imperiales con un nuevo rol. No quedó espacio para las *mores*, ni para la *iurisdictio* de los prudentes; los edictos de los magistrados se eliminaron como fuentes y, con ellos, el *ius honorario*, pues pasaron a ser leyes al ser incorporados en el *Digesto* (2015, pp. 57-58).

En efecto, con la nueva doctrina de Justiniano, la labor de los juristas es devastadoramente cercenada. Queda prohibida toda labor de creación del derecho y toda intervención suya en este sentido es calificada como perversión en cuanto usurpación de las prerrogativas propias del emperador⁶². Asimismo, es desechada la centralidad del caso, del proceso y de los instrumentos procesales dirigidos a corregir la aplicación de las normas cuando los fines del derecho no se lograban en el caso concreto (Gallo, 2015, pp. 55, 75).

La *legum permutatio justiniane* inaugura una nueva era de la historia del derecho. El emperador pretende establecer leyes que duren para siempre. El derecho occidental adoptó el modelo absolutista de poder impuesto por Justiniano en una elaboración que luego fue conocida como «doctrina pura del derecho» (Gallo, 2015, pp. 20-22). Esta formulación ha tenido gran eco en el derecho occidental, resonando de diversas maneras:

- En primer lugar, en la tridivisión de poderes elaborada en el siglo XVIII, la cual reproduce la visión justiniana en torno a la relación entre legislador y jueces (Gallo, 2015, pp. 59-60). Esta relación es representada eficazmente en la metáfora que Montesquieu emplea en libro XI, capítulo VI del *Espíritu de las leyes*: «los jueces de la nación [...] no son más que el órgano que pronuncia las palabras de la ley» (1820, p. 53).

⁶² «No les permitiremos exponer otras interpretaciones de las leyes, mejor dicho tergiversaciones de los textos que producen derecho, para evitar que mediante la excesiva verbosidad reste respetabilidad a nuestros textos de derecho a causa de la confusión que puedan generar» (Const. Tanta, 21).

- La doctrina de la teoría pura del derecho de Kelsen es la gran encarnación del positivismo, en el que el *ius* es sustituido por la ley en una vana búsqueda de científicidad (Gallo, 2015, p. 60), al amparo de una concepción conforme a la cual la ley está revestida de un carácter sacro, a la manera en que Justiniano se refería a las leyes como «templo de justicia» (Const. Tanta, 19).
- La *iurisdictio* deja de ser la tarea de «decir el derecho» para convertirse en «jurisdicción», entendida como «tarea asignada a los jueces de aplicar la ley». Surge así el principio de sujeción del juez a la ley, hoy presente en muchas constituciones (Gallo, 2015, p. 21).
- Esto implica la pérdida de la conciencia de que la costumbre es fuente principal y directa del derecho y no subsidiaria y sometida al respeto a la ley (Gallo, 2015, p. 43).

La propuesta de Filippo Gallo está dirigida a la recuperación de la herencia perdida del derecho romano, esto es, de la peculiar forma de creación, interpretación y aplicación del derecho. Esta recuperación supone comprender que el derecho posee un carácter meramente instrumental: «el derecho es un instrumento en manos del hombre, jamás su señor» (Gallo, 2015, p. 93). Asimismo, no podría reducirse el concepto de «derecho» al género «norma», ni al de las «decisiones de los jueces», pues el rol instrumental de la regla es consonante con la función del *ius* en la resolución de los casos. Por ello, la regla no puede presentar una solución satisfactoria para todos los casos y debe ser modelada continuamente en función del logro del *bonum et aequum* en las soluciones concretas (2015, p. 98).

Ello supone dejar en claro que el derecho no puede ser entendido ni abordado como un fenómeno natural, inmutable, sino, por el contrario, debe ser abordado como una creación enteramente artificial, producto de la «inventiva y de la creatividad humana» y, por ello, dúctil y dinámica en atención a las realidades sobre las que debe operar. Esto conlleva recuperar, en el ámbito de la elaboración del derecho, la conexión con la sabiduría humana. Así, el derecho, en cuanto creación humana, debe subordinarse al entendimiento humano, pues es este el que le da vida y no los elementos técnicos que revisten ciertas expresiones del *ius*, los cuales, por lo demás, no lo contienen, como la ley o la jurisprudencia. Por lo tanto, resulta impropio pretender que las exigencias humanas sean las que deban someterse al formalismo de la ley (Gallo, 2015, pp. 115-122)⁶³.

⁶³ Finalmente, Gallo resalta que la eliminación de la artificialidad del derecho ha ocasionado otras distorsiones como la personificación del derecho, la negación de existencia de lagunas en el sistema

Todo esto exige un cambio de mentalidad del jurista hacia una concepción no positivista del derecho que, por el contrario, privilegie la realidad inherente al derecho y permita la recuperación del propio rol del jurista en la elaboración del *ius*. Los estudiosos del derecho deberán superar su tendencia a reducir el derecho a las normas puestas o a las sentencias pronunciadas por los jueces y, en cambio, resaltar la supremacía de la elaboración doctrinal en el fenómeno jurídico, con la conciencia plena del carácter artificial del derecho (Gallo, 2015, p. 78).

Asimismo, en este proceso de recuperación de lo que significa una verdadera tutela efectiva de los derechos, resulta sustancial el rol de las cortes o salas constitucionales de los tribunales encargados de juzgar la constitucionalidad de la ley. Claro está, siempre que ejerzan su labor con la conciencia de que la Constitución, en cuanto ley superior⁶⁴, no se encuentra exenta de los defectos de una ley. Algunos de estos defectos son las lagunas, la inadecuación respecto a la realidad regulada, los problemas de interpretación e incluso posibles contradicciones al interior de la misma. Es decir, la Constitución no escapa a los problemas del positivismo, maximizados en una ley de mayor linaje, lo cual nos pone en riesgo de encasillar la garantía constitucional en la tutela del texto de la Constitución, en lugar de orientarla hacia los principios que inspiran el *ius* (Gallo, 2015, p. 105). De otro lado, a fin de que dicho control contribuya a subsanar los problemas de la concepción justiniana del derecho, en el examen de constitucionalidad se deberá estar atentos a no limitar el pronunciamiento a una función abrogativa de la norma o de una específica interpretación de la misma, sin asumir la labor de disponer de un nuevo derecho para el caso concreto y para aquellos análogos (pp. 105-106)⁶⁵.

jurídico y la elaboración de la teoría de la norma fundamental, conforme a la cual el derecho existe por sí mismo y se renueva *ex novo*.

64 Sobre el carácter de «ley» de la Constitución, véase el ensayo de Gallo acerca de qué cosa es la Constitución (2011), en el que se refieren los aspectos principales de la polémica sostenida por el autor con Zagrebelsky (2008).

65 Un pronunciamiento reciente de la Corte Constitucional colombiana podría erigirse en ejemplo de una manera proactiva y novedosa de tutela de los derechos que propende por una real eficacia de los mismos en cuanto en pro de la realización de la tutela efectiva de los derechos que impone un Estado social de Derecho. El pronunciamiento crea una categoría jurídica nueva, imparte órdenes concretas a entidades públicas y privadas, creando mecanismos específicos de tutela, y extiende los efectos de la sentencia a casos análogos. Me refiero a la sentencia de la Corte Constitucional que reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una «entidad sujeto de derechos» y ordena su tutela mediante «la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas» de su entorno (*Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna c. Presidencia de la República y otros*). Le asigna tutor que ejerza la tutela y representación legal de sus derechos, a quienes les imparte concretas labores al efecto del diseño y ejecución de un programa con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, sus afluentes y comunidades. Determina los sistemas de control de dicho programa y ordena al ejecutivo el suministro de los recursos económicos y administrativos para su realización. Asimismo, la Corte Constitucional estableció efectos inter comunitis de su providencia al extender el fallo de tutela a las personas que, si bien no promovieron el amparo constitucional, si se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular de la misma naturaleza, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales.

III. LA EXPERIENCIA DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA EN LOS «PLENOS CASATORIOS» DE LA CORTE SUPREMA: UN EXAMEN BAJO LA PERSPECTIVA DE LA TÓPICA

III.1. El Sexto Pleno Casatorio: la tutela del crédito versus la tutela del titular de la garantía inmobiliaria

La Corte, al no considerar la centralidad del caso, omitió evidenciar los riesgos de abuso inherentes a las garantías abiertas (sábana) y, al inaplicar los principios del sistema como guía en la resolución del caso, no valoró los alcances de la tutela del crédito. Tampoco consideró la promoción del acceso al mismo versus la tutela del deudor, ni tomó en consideración los efectos de la garantía sobre el derecho de propiedad en los eventos de transferencia de los bienes sobre los que recae la garantía.

III.1.1. El asunto debatido

El Sexto Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia del Perú, emitido el 3 de enero de 2013, versa sobre el incumplimiento de una obligación dineraria y la consecuente ejecución de una garantía abierta (sábana) por parte del acreedor cesionario de la obligación (*Corporación Financiera de Desarrollo sociedad anónima c. Marciano Fernández González (†) y Aura Violeta Salas González*)⁶⁶. Una vez surtidos los trámites procesales de primera y segunda instancia⁶⁷, el proceso llega a la Corte Suprema en vía de casación⁶⁸.

66 Los hechos descritos en la sentencia refieren que 1) el Banco Regional del Norte, sucursal Chiclayo, concedió crédito al señor Marciano Fernández en el año 1994 (originalmente un sobregiro de 2 750 soles, deuda que en virtud de intereses compensatorios y moratorios se elevó a la suma de 32 000 soles en el año 1998). 2) La deuda fue documentada en pagaré renovado sucesivamente en múltiples oportunidades, el cual suscribió la señora Violeta su esposa. 3) El 08 de mayo de 1998, los demandados constituyeron garantía hipotecaria abierta primera y preferente sobre un inmueble de su propiedad, en favor del Banco Regional del Norte, sucursal Chiclayo, en su condición de acreedor presente o futuro. Con el fin de respaldar las deudas de los titulares o de terceros, la cual fue debidamente inscrita en el registro de propiedad inmueble de Lambayeque. 4) La garantía sobre el inmueble de propiedad de los deudores, ubicado en La Victoria y evaluado en 40 478 dólares americanos, fue constituida por 20 000 dólares americanos. 5) El banco cedió el crédito y las garantías a la Corporación Financiera de Desarrollo sociedad anónima mediante escritura pública de 03 de octubre de 2005. 6) La Corporación Financiera de Desarrollo notificó al deudor la cesión mediante carta notarial de 04 de enero de 2008. 7) Una vez hecha exigible la obligación y pese a los requerimientos, los demandados no cumplieron con el pago del crédito, por lo que los plazos se encuentran vencidos.

67 La actuación procesal referida en la sentencia señala que 1) el 14 de mayo de 2008 se admite la demanda en el proceso ejecutivo; 2) en ejercicio del derecho de contradicción, la demandada alega extinción de la obligación por muerte del deudor ocurrida el 12 de octubre de 2005 y por operar el «seguro de desgravamen ante la muerte del deudor» no obstante estuviera en mora, prescripción de la obligación por haber transcurrido más de diez años desde la suscripción del pagaré; 3) en primera instancia se declaran infundadas las alegaciones de la demandada pues se estima que no hay extinción de la obligación por muerte del deudor dado que las obligaciones del causante han de hacerse valer ante la sucesión; que no operó el seguro de desgravamen como quiera que el deudor se encontraba en mora; que no se ejerce la acción cambiaria sino la acción de ejecución de garantías reales, por lo que los términos de prescripción son otros y no operaron; 4) la sentencia de primera instancia fue apelada; la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirma la sentencia de primera instancia y ordena que se saque a remate el bien dado en garantía.

68 La demandada interpuso recurso de casación alegando 1) que se infringe el artículo 149 inciso 5 de la Constitución: violación del debido proceso por insuficiente motivación, pues a su juicio la obligación que se cobra es excesiva frente a la consignada en la escritura pública; 2) aplicación

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

III.1.2. Las consideraciones y el fallo de la Corte

La Corte Suprema de Justicia peruana pasa a realizar una serie de consideraciones relativas a la importancia de la garantía del debido proceso, en cuanto este garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Dado que tiene como eje central la tutela de los derechos fundamentales de la persona, se erige en instrumento de paz y, por ende, de control de ejercicio abusivo y arbitrario de derecho o de poderes. Por esta razón, la motivación de las sentencias se torna esencial e implica fundamentación y explicación clara de las razones que convencieron al juez de su decisión.

Los problemas teóricos que se vislumbran en el caso en cuestión son múltiples y de trascendental importancia, si bien no fueron explicitados por la Corte: en primer lugar, la constitución de garantías sobre obligaciones futuras y las tensiones que este mecanismo genera entre la promoción del acceso al crédito y la adecuada tutela del acreedor frente a los riesgos de abuso en contra del deudor; el eventual desequilibrio contractual y la mengua de la autonomía en desmedro del *favor debitoris*, regla por la que el sistema propende en cuanto el deudor ostente a la vez la calidad de parte débil de la contratación. Además, pueden suscitarse graves problemas en el ámbito de la propiedad con la ejecución de estas garantías constituidas por el mecanismo de hipoteca abierta respecto del sucesivo propietario del bien sobre el cual se constituye la garantía, cuando este no es, a su vez, deudor del crédito garantizado con una garantía no determinada. El sucesivo propietario se encontraría expuesto igualmente al riesgo de abuso no solo de parte del acreedor, sino del propio deudor beneficiario del crédito y de la garantía sobre un bien que ya no le pertenece. Todo lo cual habría debido generar diversos interrogantes a la Corte⁶⁹.

En segundo lugar, el caso en estudio pone en evidencia los problemas inherentes a la aplicación de la ley en el tiempo, el carácter imperativo de la misma sobre las estipulaciones contractuales y los efectos de la nulidad sobrevenida frente a sucesivas modificaciones de la ley que

indebida del artículo 1099 inciso segundo del Código Civil, pues sostiene que no se identifica la obligación garantizada; 3) inaplicación del artículo 1099 del Código Civil, «el cual señala que la hipoteca se constituye para garantizar un supuesto préstamo, el cual nunca existió, sino que fue un sobreírgo, pero por el cual se firmó un pagaré, así como la hipoteca»; 4) el 23 de julio de 2012, la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia declara procedente el recurso de casación.

69 A título de ejemplo: ¿Bajo qué presupuestos sería viable la constitución de garantías sobre obligaciones futuras a fin de preservar adecuadamente la tutela del crédito, de promover el acceso al crédito y a la vez conjurar los riesgos de abuso en contra del deudor? ¿Qué límites impone la buena fe al otorgamiento de garantías abiertas (sábana)? ¿En un Estado Constitucional, en el que prima la tutela de los derechos fundamentales de la persona, con base en que principios valorar la manera en que habría de tutelarse adecuadamente tanto la tutela del crédito como la tutela del deudor? ¿Cuál es el alcance de la extensión de la obligación de garantía abierta («sábana») constituida mediante una hipoteca en favor de una entidad del sistema financiero respecto del propietario del bien sobre el cual se constituye la garantía, cuando este no es a su vez deudor del crédito garantizado?

eliminan la causa de la nulidad precedente. Esto puede estudiarse a partir de varios interrogantes⁷⁰.

En efecto, según señala la Corte en extensísimo relato que ocupa la mayor parte de las consideraciones de la sentencia, en el Perú existen en la actualidad tres regímenes diferentes en materia de garantías «sábana», constituidos para respaldar obligaciones del sector financiero sin perjuicio de la permisión expresa en materia civil. A continuación, presentamos brevemente los tres regímenes de garantías «sábana»⁷¹:

- a) *Las garantías sábana «de primera generación»*: creadas bajo el régimen permisivo de la constitución de garantías desde la expedición de la ley de bancos, hasta el 10 de marzo de 2002⁷², fecha en la que entró a regir la ley 27682 que modificó el artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero (ley 26702), prohibiendo las garantías «sábana». Señala la Corte que, durante este período —desde su creación hasta el 10 de marzo de 2002—, las garantías eran válidas y se extendían a las deudas presentes, futuras, directas e indirectas del consumidor financiero que no hubiese pactado en contrario, excluidas las garantías hipotecarias.
- b) *El período de prohibición de las garantías «sábana»*, que va desde el 10 de marzo de 2002 —fecha en que entró a regir la ley 27682— hasta la restitución de tales garantías con la entrada en vigencia de la ley 27851, el 22 de octubre de 2002. Durante el período de prohibición, no solo no pudieron otorgarse nuevas garantías «sábana», sino que las pactadas en vigencia de la permisión de las garantías que hemos llamado de primera generación devienen nulas respecto de los créditos concedidos a partir del 10 de marzo de 2002. Esto se debe a que la nulidad de los pactos contemplada en la ley es de orden público. Y agrega la Corte que, dado que esta ley no tiene efectos retroactivos, las garantías sábana pactadas

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

70 A título de ejemplo: ¿La nulidad sobrevenida de una estipulación contractual se enerva por la posterior expedición de una norma que elimine la prohibición? ¿La modificación legal que prohíbe el otorgamiento de una garantía originalmente prevista puede erigirse en una causal de desequilibrio contractual que dé lugar a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*? ¿La inestabilidad normativa en materia de garantías abiertas (sábana) en el sector financiero podría generar responsabilidad del legislador por eventual violación de la confianza legítima de los consumidores financieros como de las entidades financieras?

71 El Código Civil permite la figura de garantías hipotecarias para créditos futuros. El artículo 1104 dispone que un acreedor podrá asegurar el cumplimiento de cualquier crédito que otorgue en el futuro mediante la constitución de una garantía hipotecaria que otorgue el futuro deudor. Ello permite que el acreedor se beneficie del rango de la garantía respecto de las deudas futuras sin tener que esperar a verificar la prelación en la fecha de su surgimiento.

72 Las garantías «sábana» de primera generación se caracterizan por la operatividad automática salvo pacto en contrario y por la exclusión de la posibilidad de pactarlas en materia hipotecaria. En efecto, el artículo 172 de la ley 26702 reguló el tema en materia financiera. La ley de bancos originalmente preveía que «Con excepción de hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant, a favor de una empresa del sistema financiero respaldan todas las deudas y obligaciones, directas e indirectas, existentes o futuras asumidas para con ellas por quien los afecta en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario».

respecto de créditos concedidos con anterioridad al 10 de marzo de 2002 resultan válidas.

- c) *Las garantías sábana «de segunda generación»:* a partir del 23 de octubre de 2002, las garantías «sábana» pudieron constituirse de nuevo en el sistema financiero, bajo el nuevo alcance de la ley 27851 que exige el pacto expreso de tal modalidad. A falta de pacto, las garantías solo respaldan las obligaciones expresamente señaladas en el instrumento respectivo. Ahora bien, afirma la Corte que por el hecho de que la nueva ley 27851 reincorpora al ordenamiento jurídico las garantías «sábana», no recobran vigencia los pactos que devinieron nulos por efectos de la ley 27682. Así, si las partes desean, deberán volver a pactar la modalidad «sábana» de dichas garantías, es decir, la nulidad sobrevenida no se subsana y resulta permanente.
- d) *El retorno al régimen original del artículo 172 de la ley 26702:* surtido mediante la ley 28677, vigente a partir de los 90 días de su publicación, que derogó la ley 27851, quedando vigente el texto originario del artículo 172 de la ley 26702⁷³. A partir de la vigencia de la ley 28677, rigen las modificaciones previstas respecto al régimen de permisión que hemos llamado de segunda generación y que fueron explicados.

La Corte, en la parte motiva relativa a este punto, se limita a concluir que «La libertad contractual que puede conferir o no la ley de bancos al deudor para otorgar garantías sábanas a favor de instituciones del sistema financiero no es absoluta, pues termina donde el Código Civil, supletoriamente, empieza a prohibir» y, de otro lado, agrega que «si el otorgante de la garantía es persona diferente al deudor, [...] solo respaldarán las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía» (*Corporación Financiera de Desarrollo c. Marciano Fernández González y Aura Violeta Salas González*, consideración 9, § 49).

Posteriormente y tratándose de las consideraciones de la Corte al caso concreto esta se limita a señalar, a grandes rasgos, lo siguiente (véase §§ 55ss.).

- Los títulos ejecutivos deben contener la obligación clara expresa y exigible.
- Cuando se está ante la ejecución de una garantía abierta, donde por su naturaleza no aparece la obligación, es necesario adjuntar un título donde esta aparezca de manera clara.

73 «Con excepción de hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant, a favor de una empresa del sistema financiero respaldan todas las deudas y obligaciones, directas e indirectas, existentes o futuras asumidas para con ellas por quien los afecta en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario».

- Si bien las liquidaciones de saldo del deudor presentadas por el sistema financiero son consideradas títulos ejecutivos, cuando la obligación está contenida en un título valor, tal liquidación no suple el título valor.
- Cuando la obligación está contenida en un título valor y se pretende la ejecución de la garantía, se está ejercitando la acción cambiaria. Las instancias de mérito partieron de una premisa falsa, la de que el pagaré no es el fundamento de la acción y, por ende, no se trataba de acción cambiaria.
- Lo que se cedió no fue el crédito, sino un pagaré, por lo que la causa de la emisión, el crédito, no se cedió, de manera que la acción no puede ser otra que la acción cambiaria. Para lo cual el demandante debe presentar el título debidamente protestado, que en el caso en cuestión la acción cambiaria se encuentra prescrita.
- Existe evidencia de violación de la prohibición de anatocismo. En dos años, una obligación de 22 500 soles creció a 311 595 soles.

Sobre la base de estas consideraciones, la Corte emite su fallo, ordenando la nulidad de lo actuado, remitir al juez de la causa, a fin de que se requiera la presentación original del pagaré protestado y la liquidación detallada de las sumas adeudadas. Y, finalmente, fija como precedente obligatorio que la ejecución de garantías reales con personas ajenas al sistema financiero debe requerir la presentación del pagaré y del estado de cuenta.

III.1.3. Las falencias del fallo de la Corte en el Sexto Pleno Casatorio

La Corte realiza una extensa motivación teórica en materia de las garantías abiertas (sábana) sobre obligaciones futuras, sin embargo, no entra a aplicarla en el caso concreto. En efecto, a pesar de haber abierto el fallo con una ponderación de las bondades de la motivación y su función en la tutela efectiva de los derechos, esta permanece como una mera aspiración, en cuanto no puede sostenerse que un fallo está motivado porque exponga una extensa argumentación cuando esta no se pone en consideración directa con el caso concreto que se examina. La motivación de un fallo no puede ser abstracta, debe guardar una correlación directa y expresa con el caso y con los problemas jurídicos que se propone resolver, los cuales, claro está, emergen del caso mismo. Con este lacónico precedente, la Corte una vez más denota en su fallo una ausencia de centralidad del caso, una falta de claridad en el planteamiento de los problemas que no explicita, una inaplicación de los principios del sistema como guía en la resolución del caso y una falta de sistematización en la elección del precedente.

En efecto, la Corte desaprovechó una magnífica oportunidad para utilizar las herramientas de la tópica y así, a partir del caso, evidenciar los riesgos de abuso inherentes a este tipo de garantías, revisando los principios del sistema que le permitían valorar los alcances de la tutela del crédito y de la promoción del acceso al mismo versus tutela del deudor y, luego, frente a los derechos de propiedad, examinar la incompatibilidad o no de la hipoteca abierta (sábana) con la transferencia de la propiedad. Se echa de menos un precedente que aborde el problema de la tutela del consumidor financiero y los posibles abusos de la banca con ocasión de las mencionadas garantías. Nada dice a título de precedente sobre el necesario equilibrio entre la tutela del acreedor y del deudor como lo promueve la tradición romanista, nada dice sobre la relativización de las características de los títulos valores (verbigracia, carácter abstracto) frente a la tutela del consumidor financiero. Tampoco sienta un precedente sobre la aplicación ultractiva de la ley, sobre la relevancia del objeto del contrato (causa) en relación con la validez de la garantía abierta. Nada dice sobre la necesidad de mantener el equilibrio sinalagnático del contrato en el marco de las garantías abiertas, nada tampoco sobre los problemas que tal garantía genera en el ámbito de la determinación del contenido de las obligaciones. En fin, la Corte tenía en sus manos un caso espléndido a partir de cual valorar los principios del sistema jurídico en miras a la dinamización del ordenamiento y de la realización de la justicia contractual y, sin embargo, soslayó los problemas de fondo y emitió, en cambio, un tímido pronunciamiento reiterativo de la ley.

III.2. Quinto Pleno Casatorio: el régimen de impugnación de los acuerdos colectivos en los que se cuestiona la validez del acto social con fundamento en la existencia de dolo y, en general, de deshonestidad

Un desconocimiento de la función hermenéutica propia de un sistema abierto de fuentes conduce a la Corte a proponer la inconcebible disyuntiva entre «justicia» y «seguridad jurídica». Asimismo, la Corte retorna a una visión netamente positivista y fragmentaria del ordenamiento, fundada en el uso de los criterios tradicionales de interpretación que provocan la transgresión de la tutela efectiva de los derechos al amparo de una concepción formalista y estrecha del *ius*.

III.2.1. El asunto objeto de debate

La cuestión controvertida se centra en determinar si las causas de invalidez previstas en el libro II del Código Civil, son aplicables de forma autónoma a los acuerdos colectivos, o si esas mismas causas de invalidez tienen que someterse al régimen específico del artículo 92 del Código Civil.

Señala la Corte, como tema objeto de la sentencia, la interposición de demandas de nulidad de un acto jurídico emanadas en el marco de acuerdos asociativos en los que se cuestiona, ante el órgano jurisdiccional, la eficacia de un acto luego de vencido el plazo de caducidad de la acción (Código Civil del Perú [C.C.] art. 92). Al efecto, la Corte resalta como categorías en conflicto en el caso en cuestión, «la justicia y la seguridad jurídica» y plantea la necesidad de elegir entre una de ellas.

Como premisa introductoria del Pleno Casatorio, sostiene la Corte que la interpretación del derecho debe hacerse dentro de los límites del texto normativo, de lo contrario, sería ingresar en el caos y la anarquía interpretativa, lo que finalmente redundaría en la deslegitimación del sistema jurídico. Por eso señala que ha de propenderse por la justicia, pero con seguridad jurídica: «los fallos judiciales deben ser el fiel reflejo de la normativa vigente, pero sobre todo de los valores y principios que inspiran a nuestro sistema jurídico», todo lo cual, sostiene la Corte, ha sido el fundamento de su fallo: «lograr la seguridad jurídica pero con justicia» (*Rodrigo Sánchez de la Cruz c. Asociación de Vivienda Chillón y Homero Castillo Alva*, Introducción, § 6).

III.2.2. Los hechos de la demanda

La pretensión principal era la de la nulidad por ausencia de voluntad y simulación absoluta del acto jurídico contenido en el acta de asamblea general extraordinaria de asociados de la Asociación de Vivienda Chillón, celebrada el 10 de octubre de 2004, mediante la cual se nombró el comité eleccionario y al presidente del comité directivo, a quien se le otorgó facultades especiales. La nulidad deviene del carácter fraudulento del acto jurídico inscrito, dado que 121 de los asociados que se registran como participantes no asistieron, como se constata en declaración jurada suscrita por estos y aportada al proceso. Incluso algunos de quienes figuran como participantes de dicha asamblea habían fallecido para la época de la reunión, como se acreditó con los certificados de defunción. Por lo demás, se sostiene que la convocatoria no reunió los requisitos previstos legalmente. Señala además el demandante que no puede haber caducidad de la acción impugnatoria si tales actos no existieron.

III.2.3. Los hechos de la contestación

Sostiene la asociación demandada que realizó la convocatoria con el lleno de los requisitos exigidos en la ley y en los estatutos, que la asamblea sesionó con el *quorum* legal y tomó las decisiones impugnadas válidamente de conformidad con el artículo 140 del Código Civil. Además, que el demandante no aportó prueba de la inasistencia respecto de los 121 socios que sostiene no asistieron. Asimismo, señala que la acción impugnatoria no puede impetrarse por tratarse de un acto asociativo, de manera que el demandante debió manifestar su

inconformidad en la asamblea o dentro de los sesenta días subsiguientes en caso de que no hubiera asistido.

III.2.4. Las actuaciones procesales precedentes

La sentencia de primera instancia declara fundada la demanda, como consecuencia de haber probado la muerte de algunos miembros que se declararon asistir a la citada reunión, así como la ausencia de la condición de miembro respecto de otro de ellos. La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Lima Norte declaró la nulidad de la sentencia apelada y de todo lo actuado, incluido el auto admisorio, por considerar que la actuación no puede surtirse como proceso de conocimiento, dado que la ley señala un trámite específico, el cual ya ha caducado.

III.2.5. Las consideraciones y el fallo de la Corte en el Pleno Casatorio

En primer lugar, la Corte Suprema destaca la necesidad de garantizar el acceso a la jurisdicción como una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual se concreta con el derecho de acción. Con ocasión del señalamiento de las infracciones normativas de orden material interpuestas por la parte demandante, la Corte identifica las categorías en cuestionamiento dentro del caso a resolver: «sujeto de derecho», «negocio jurídico (ineficacia)», «interpretación», «impugnación de acuerdos de Asociaciones civiles», «derecho fundamental a la asociación».

La Corte plantea una concepción de sistema abierto del *ius*, en cuanto asume como propia la idea conforme a la cual la Constitución de un Estado democrático es falible y, por ende, revisable en aras de su adaptación a los cambios sociales, en un continuo redescubrir nuevos ámbitos de tutela de los derechos fundamentales. Subsiguientemente, la Corte pasa a destacar la importancia del derecho de asociación como derecho fundamental, que entiende como una expresión de la dignidad humana, como una manifestación de la autonomía de quienes la conforman, tanto en la decisión misma de asociarse, como de desvincularse del ente asociativo, así como en la elección del tipo asociativo y la forma de organización. Por ello señala que tal derecho abarca el derecho a «establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo, dentro del marco de la Constitución y de las leyes» (*Rodrigo Sánchez de la Cruz c. Asociación de Vivienda Chillón y Homero Castillo Alva*, consideración 2.1., § 19).

Asimismo, la Corte destaca que el derecho de asociación comporta también obligaciones, entre ellas la del ejercicio diligente de los derechos de impugnación de los actos emitidos en desarrollo de dicha asociación. En la cadena argumentativa que sustenta su fallo, la Corte pasa a desarrollar el «derecho a contratar» (consideración 2.2., §§ 30ss.), el que entiende como un ejercicio de libertad en el que se plasma la libre iniciativa privada y, en última instancia, el principio de «autonomía

de la voluntad», cuya concreción por excelencia se encuentra en el «contrato», «negocio jurídico» mediante el que las partes otorgan efectos a lo acordado.

Señala la Corte que las asociaciones se expresan por conducto de sus órganos y de conformidad con las reglas dispuestas en sus estatutos, mediante acuerdos o actos asamblearios, que solo adquieren el carácter de verdaderas manifestaciones de voluntad de la persona jurídica cuando se adoptan con la plenitud de requisitos de *quorum*, mayoría y exigencias legales. Ahora bien, agrega la Corte, el acto de voluntad de la persona jurídica se expresa mediante una voluntad colectiva conformada por la voluntad de sus integrantes y tal manifestación de voluntad no es un contrato de partes contrapuestas, sino un negocio jurídico unilateral producido mediante un acto colegiado, imputable a la persona jurídica y no a la pluralidad de miembros del órgano colegiado que conforman los asociados.

En punto a la ineficacia del negocio jurídico (consideración 4.4., §§141ss.), diferencia entre las ineficacias estructurales y funcionales. En las primeras, la carencia de efectos del negocio jurídico es originaria y puede tener lugar como consecuencia de la nulidad (en este tipo de ineficacia destaca la ausencia de voluntad y la simulación absoluta) o de la anulabilidad, según el vicio sea insubsanable o subsanable, caso este último en el que el acto produce efectos, pero pueden ser extinguidos. Por su parte, la ineficacia funcional tiene lugar cuando el negocio jurídico produce efectos originalmente, pero posteriormente es afectado por un vicio sobrevenido. No deja la Corte de recordar que para los eventos graves se ha acuñado la categoría de la inexistencia del negocio jurídico frente a la cual no es necesario invocar la nulidad; inexistencia que, a su juicio, sin embargo, no es de aplicación en el derecho peruano, por no estar contemplada expresamente en el ordenamiento y por no encontrarse en un evento de vacío legal (véase consideración 4, §§ 103-160). Lo que denota un apego a las fuentes formales, no obstante haber declarado su tendencia a considerar el sistema de fuentes como abierto y permeable a la función de los principios en la adaptación del sistema.

En relación con el derecho a impugnar las decisiones de una persona jurídica, la Corte lo caracteriza como una manifestación del «derecho de acción», ligado a la garantía de acceso a la justicia y, en cuanto tal, derecho fundamental. La Corte califica este derecho como «subjetivo, público, abstracto y autónomo», un derecho que no es absoluto, sino que encuentra límites en el derecho de contradicción, que comparte las mismas características y, en tal sentido, se encuentra limitado en los términos contenidos en la ley para su ejercicio, en este caso, el artículo 92 del Código Civil (véase consideración 5.1., §§ 164-187).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

En el desarrollo del proceso a que da lugar el ejercicio del derecho de acción, señala la Corte, se explicitan una serie de cargas, facultades y poderes propios de los derechos subjetivos que se debaten. Por lo tanto, «no corresponde a la normativa vigente establecer cargas adicionales, que no se condicen con el ejercicio del derecho de acción o contradicción en perjuicio de la parte actora o de la demandada ni tampoco corresponde a los órganos jurisdiccionales actuar como abogado de parte de quien fue negligente en la tutela de sus derechos» (consideración 5.2., § 189). Ahora bien, tratando de la caducidad, señala que esta tiene como consecuencia la pérdida del derecho no actuado, de manera automática, por el mero transcurso del plazo fijado en la ley, como consecuencia de la negligencia del titular del derecho, sin perjuicios de las acciones penales o de otra naturaleza que fueren pertinentes, dentro de los plazos de caducidad previstos para las mismas (véase consideración 5.2., §§ 196-201).

De otra parte, la Corte destaca la labor hermenéutica de la jurisprudencia en su función de mantener la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a partir de su concepción como un sistema estructural cuya interpretación debe estar regida por los principios que lo inspiran más que por el conjunto de normas que lo componen, en cuanto sistema dinámico e inacabado, en el que es necesario eliminar toda contradicción (véase consideración 6, §§ 205-211). A tal efecto, señala la pertinencia de acudir a los criterios jerárquicos, de especialidad y al cronológico, de suerte que, apelando a ellos, el intérprete ha de resolver los conflictos normativos con razonabilidad y preservando los valores del sistema. Entre estos valores pone de relieve, para este caso particularmente, los de seguridad jurídica y de justicia (véase consideración 6.1., §§ 212ss.).

Tratándose de la justicia, sostiene la Corte que se trata de un valor inmanente al ordenamiento jurídico que ha estado ligado al derecho mismo desde la antigüedad y, al efecto, recuerda la noción justiniana de justicia: «vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo», valor que, en cuanto meta jurídico, resalta, no ha podido ser desconocido ni siquiera por el positivismo clásico kelseniano y que, en concepciones más cercanas como la Rawls, constituye una conducta relacional que atañe a las necesidades sociales y, por ende, se refleja en los consensos que legitiman los valores que subyacen en el ordenamiento, al que, además, le reconoce expreso arraigo constitucional⁷⁴.

En relación con el valor de la «seguridad jurídica» la Corte la entiende como la seguridad que proporciona el derecho, tanto desde la perspectiva del conocimiento de la existencia de la norma y de su

74 Se refiere a título de ejemplo a los artículos 44, 138 y 139 de la Constitución de 1993; véase *Rodrigo Sánchez de la Cruz c. Asociación de Vivienda Chillón y Homero Castillo Alva*, consideración 6.2.1., §§ 231-235.

carácter obligatorio, así como de la predictibilidad de los fallos judiciales, sobre la base de la correcta aplicación de las disposiciones normativas. Por ende, no es la norma jurídica en sí, sino el ordenamiento en general el que otorga la seguridad jurídica; todo bajo el presupuesto de que «la seguridad sin justicia carece de sentido [...] [y de que] la seguridad jurídica es consustancial a la justicia» (consideración 6.2.2., § 238).

Recuerda la Corte que la demanda busca que se declare la nulidad del acta de asamblea de la asociación, invocando la falta de manifestación de voluntad del agente y la simulación absoluta, cuestionando los requisitos de validez del acto jurídico contenido en ellas y sin que la pretensión se refiera a la impugnación de los acuerdos de la asociación. Por ende, no se encuentra sujeta al término de prescripción del artículo 92 del Código Civil.

En el proceso hermenéutico requerido para dilucidar si resultan aplicables las normas generales de validez del acto jurídico —sujeta a un término de caducidad más largo— o las normas sobre impugnación de acuerdos asociativos con término de caducidad breve —ya surtido en el caso en cuestión—, la Corte acude a los cánones tradicionales de interpretación y sobre la base del método sistemático teleológico procede a aplicar el criterio de especialidad. Como quiera que se trata de disposiciones del mismo grado en cuanto contenidas ambas en el Código Civil, que fueron promulgadas simultáneamente por lo que no resulta procedente ni el criterio de jerarquía ni el de temporalidad, de manera que, a juicio de la Corte, deberá proceder a valorar el asunto acudiendo al criterio de especialidad (véase consideración 7.2., §§ 274ss.).

Al efecto, la Corte sostiene que en el caso en estudio se está ante una norma general: las causales de ineficacia del negocio jurídico (C.C. artículos 219⁷⁵ y 221⁷⁶, título IX, libro II). En tanto recaen en la categoría «vicios estructurales de los negocios jurídicos», la norma resulta de aplicación a todos los libros del Código Civil; mientras que, de otra parte, se encuentra una norma especial: el artículo 92

75 «El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declara nulo.
- 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa» (Causales de nulidad, C.C. art. 219).

76 «El acto jurídico es anulable:

- 1.- Por incapacidad relativa del agente.
- 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
- 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4.- Cuando la ley lo declara anulable» (Causales de anulabilidad, C.C. art. 221).

del Código Civil⁷⁷ que regula la impugnación de acuerdos de asociación. Este artículo se encuentra en el título II, relativo a las personas jurídicas, y hace parte del libro I, referido al derecho de las personas. De esto, la Corte concluye que la aplicación de lo que denomina «principio de especialidad» determina que, en todos los casos en que se promueva una pretensión de impugnación de acuerdo de asociación, el artículo 92 deberá ser aplicado (*Rodrigo Sánchez de la Cruz c. Asociación de Vivienda Chillón y Homero Castillo Alva*, consideración 6.3., § 250).

La Corte refuerza el criterio de la especialidad con el que entiende una aplicación de los valores de justicia y seguridad jurídica al sostener que la decisión judicial debe reflejar la cultura jurídica que inspira el ordenamiento jurídico y al efecto alude a la seguridad jurídica como «soporte de la convivencia pacífica [...] [y] fundamento de la existencia del ordenamiento jurídico». Luego pasa a decir, a renglón seguido y sin que medie ningún razonamiento de correlación, que «el ideal de justicia tiene y debe expresarse en el máximo respeto de la dignidad humana y en la promoción y desarrollo de los derechos fundamentales, que sirven de bases inquebrantables de todo ordenamiento jurídico vigente, como es el caso del derecho fundamental de asociación» (consideración 6.3., § 248).

En relación con el argumento de inexistencia de las decisiones adoptadas por la asamblea en razón a los vicios que se les imputa, propuesto en la demanda, razón por la cual no podrían establecerse plazos de caducidad, señala la Corte que la aplicación de dicha institución no resulta procedente en el derecho peruano, que solo prevé dos casos de invalidez o ineficacia estructural: la nulidad y la anulabilidad. Por lo demás, la inexistencia solo procede en los sistemas que no aceptan, a diferencia del peruano, la nulidad virtual, pero si en gracia de discusión fuera procedente su alegación, debería observar los plazos del artículo 92 del Código Civil (consideración 7.2., § 281).

En razón de lo expuesto, la Corte declara infundado el recurso de casación interpuesto, lo que conduce a dejar incólume las decisiones contenidas en las actas de Asamblea cuestionadas. Además, establece como doctrina jurisprudencial vinculante que «la impugnación de todo

77 «Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.

Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo. La acción impugnatoria se interpone ante el juez de primera instancia del domicilio de la asociación y se sujet a al trámite del juicio de menor cuantía» (Impugnación judicial de acuerdos, C.C. art. 92).

acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma» (fallo, § 1).

III.2.6. Las falencias del fallo de la Corte en el Quinto Pleno Casatorio
Diversas son las falencias de la sentencia mediante la que se produce el Quinto Pleno Casatorio.

III.2.6.1. La disyuntiva entre «justicia» y «seguridad jurídica» que propone la Corte conduce al retorno a una visión netamente positivista y fragmentaria del ordenamiento, con lo que las pregonadas intenciones de reconocer la existencia de un sistema abierto de fuentes permanecen vacías de todo contenido y realización. Al respecto, la Corte plantea la necesidad de escoger entre justicia y seguridad jurídica y opta por la segunda, en un entendimiento que identifica la seguridad jurídica con la observancia de disposiciones de carácter normativo bajo una interpretación exegética de la ley. En primer término, los valores de seguridad jurídica y de justicia no pueden ser considerados al interior del sistema como disyuntivos. En segundo lugar, jamás podría desecharse el valor supremo de la justicia, pues esta constituye el fin mismo del derecho. Así, la seguridad jurídica contribuye a la realización de la justicia, en la medida en que los ciudadanos pueden confiar con cierto grado de certidumbre en que se preservarán los valores que inspiran el sistema jurídico, no las meras normas aisladamente consideradas. Pero en ninguna medida la «seguridad jurídica» puede llegar a suplantar o sustituir a la «justicia», pues no puede expresar todos los valores ínsitos en esta última.

Hablar de «seguridad jurídica» comporta una referencia obligada a la coherencia del ordenamiento, la cual solo podrá lograrse por vía de la observancia de las directrices que brindan los principios del sistema jurídico. Solo en la preservación de los valores que subyacen en los principios es posible encontrar seguridad jurídica, en cuanto las normas del ordenamiento son expresiones de tales principios y, por ende, el proceso hermenéutico que conlleva su aplicación debe realizarse a la luz de las orientaciones que los mismos principios brindan para evitar que las normas, vistas fuera de contexto, excedan o desconozcan las orientaciones del principio (o principios), al cual deben su existencia. Al respecto, hemos ya sostenido que los principios cumplen la función de dotar de criterios de ordenación al sistema jurídico. En consecuencia, los principios son elementos fundantes, originarios, estructurales y

articuladores del sistema, son inherentes a los derechos que contienen y, en cuanto tal, estructuran tales derechos. Operan como discursos ordenadores de las relaciones humanas y en tal virtud organizan y ordenan la sociedad al hacer posible una determinada realidad, por ejemplo, la propia de un Estado social de Derecho, que comporta para los ciudadanos un cúmulo de garantías. Así, a los derechos se llega a través de una decisión política, pero las decisiones políticas no tienen el poder de organizar una realidad, se limitan a motivar a los ciudadanos a tomar una decisión. Por ello, el sistema jurídico requiere de un discurso ordenador, el cual es proveído por los derechos estructurados a partir de los principios (véase Neme Villarreal, 2014b).

Ahora bien, el entendimiento que realiza la Corte de la categoría «seguridad jurídica» es equívoco y se contradice con la visión sistemática que teóricamente sostiene prohijar. En efecto, no resulta coherente afirmar, como lo hace la Corte, que el ordenamiento peruano se inscribe en la concepción de un sistema abierto de fuentes, «cuya interpretación debe estar regida por los principios que lo inspiran más que por el conjunto de normas que lo componen», por lo que «no es la norma jurídica en sí, sino el ordenamiento en general el que otorga la seguridad jurídica», para luego proceder, en la decisión concreta, a optar por una concepción netamente positivista en la que se privilegia una disposición normativa por encima de los principios del sistema.

III.2.6.2. Lo desueto del uso de los criterios tradicionales de interpretación que conducen a la transgresión de la tutela efectiva de los derechos al amparo de una concepción formalista y estrecha del *ius*

En torno a las dificultades que propone la interpretación al interior de un determinado ordenamiento jurídico, hemos esbozado algunas ideas que ponen de manifiesto la imposibilidad de seguir utilizando, como lo hace la Corte en el presente Pleno Casatorio, criterios hermenéuticos rígidos inspirados en una concepción positivista del derecho. La pertinencia de la discusión acerca de dichas dificultades en el análisis del presente «Pleno Casatorio», basado todo sobre la aplicación del denominado «criterio de especialidad», nos permite pensar que resulta adecuado retomar aquí tales planteamientos⁷⁸:

El ordenamiento constitucional y los principios que lo integran proporcionan un criterio de correlación entre las fuentes de derecho. Este criterio se encuentra dotado de una particular autoridad jerárquica en la medida en que reúne los valores considerados esenciales al

⁷⁸ Recogemos en este apartado algunas de las ideas expuestas sobre el particular en Neme Villarreal (2014b).

sistema jurídico del cual abrevan. Ahora bien, al interior de dicho sistema constitucional, las propias antinomias y lagunas, reales o aparentes, deberán solucionarse mediante el establecimiento del peso de los principios y la valoración del grado de aplicabilidad o incluso de primacía en términos de ponderación de las reglas que desarrollan el núcleo axiológico contenido en dichos principios, así como mediante la determinación de la influencia recíproca entre estos que en la aplicación a un caso determinado pueda suscitarse. Todo ello exige la realización de un proceso hermenéutico como mecanismo ineludible en la aplicación del derecho, que excluye las soluciones absolutas basadas sobre la derogación tácita de normas incompatibles y, por el contrario, impone criterios de coordinación que consideren la recíproca influencia que las diversas fuentes del derecho pueden llegar a tener entre sí (véase Alexy, 2005, pp. 39-46).

Este complicado proceso hermenéutico pone en evidencia la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación, como la «temporalidad en la expedición» (la ley más nueva supera y sustituye del sistema la ley anterior en conflicto); «la especialidad» (una ley general nueva no deroga una ley especial antigua a no ser que la incorpore o incorpore su materia totalmente); la jerarquía formal de una ley sobre otra⁷⁹.

Queda al descubierto la consecuente necesidad de acudir a un método que permita absolver de manera adecuada las mencionadas complejidades. Por eso se ha propuesto como alternativa el denominado «método del diálogo de las fuentes»⁸⁰, que a nuestro juicio constituye no una novedad, sino más bien una renovación de la forma de razonar de los antiguos juristas romanos en la construcción del sistema jurídico⁸¹.

La teoría del diálogo de las fuentes entiende que, en pro de un sistema eficiente y justo en cuyo centro destaca la protección de los derechos

79 «Los criterios clásicos de solución de los conflictos de leyes eran, por orden de importancia creciente: 1.- la anterioridad (la ley más nueva supera y sustituye del sistema la ley anterior en conflicto); 2.- la especialidad (una ley general nueva no deroga una ley especial antigua a no ser que la incorpore o incorpore su materia totalmente (...); 3.- La jerarquía (una ley jerárquicamente superior, por ejemplo por su origen constitucional o una ley complementaria en relación a una ley ordinaria, una ley en relación con una ordenanza administrativa, tiene prioridad de aplicación y puede derrogar una ley de jerarquía inferior en conflicto» (Marques, 2012, p. 33).

80 Expresión promovida por Erik Jayme para referirse a un método de interpretación y aplicación del derecho, (1995, pp. 60ss.; 1997, pp. 251ss.; 2003a, pp. 59-68; 2003b, pp. 85ss.).

81 Recuérdese que los juristas romanos eran proclives a las distinciones sutiles, a las elaboraciones jurisprudenciales de carácter eminentemente práctico y que se servían de la dialéctica (véase Castro Sáenz, 2010, pp. 391-392). Asimismo, realizaban aplicaciones indefinidas y a la vez que trabajaban en el reconocimiento de la existencia de un derecho consuetudinario presente en la realidad social, promovían las permanentes adaptaciones del ius civilis recibidas en las mores (véase Gallo, 1993, pp. 16-24). En el proceso de elaboración del ius modelaban esquemas y negocios a las nuevas finalidades que imponía la mayor complejidad de la vida; buscaban y elaboraban definiciones, generalizaciones y reglas que conformaban un pensamiento jurídico nutrido de la gran ductilidad de la intervenciones del pretor y, por ende, atento a las exigencias de flexibilidad que requería la dualidad de ordenamientos y de fuentes que operaban sobre planos diversos. Todo ello le permitió a los romanos construir un sistema jurídico sensible a las exigencias de la equidad en consonancia con la concreta realidad de las exigencias sociales (véase Grosso, 1965, p. 302).

fundamentales de la persona⁸², la solución de los conflictos de leyes emerge de un diálogo entre las más diversas fuentes, pues «todas estas fuentes no se excluyen más, no se derogan mutuamente; al contrario, ellas hablan unas con otras y los jueces están llamados a coordinar estas fuentes “escuchando” lo que estas fuentes “dicen”» (Jayme, 1995, pp. 60, 251). El método del diálogo de las fuentes permite la armonía entre los diversos niveles del ordenamiento jurídico en procura de un equilibrio del mismo y de una plena realización de los valores constitucionales (Schenk Duque, 2012, p. 150) que, por supuesto, recogen muchos de los principios ancestrales del derecho privado, los cuales, a su vez, se nutren de otros valores constitucionales y de toda la tradición de nuestro sistema jurídico.

Así, la teoría del diálogo de las fuentes permite la funcionalidad de un ordenamiento jurídico plural y complejo, en cuanto apunta al logro de la coherencia del mismo (véase Schenk Duque, 2012, p. 128), bajo el presupuesto de los beneficios que se desprenden de la construcción de la unidad del ordenamiento y del sistema en términos de la preservación de los principios, sin los que resulta irrealizable la justicia. En efecto, las condiciones presentes en la cultura posmoderna resultan propicias para la utilización del método propuesto, toda vez que en el posmodernismo está presente un retorno a la «refinación de la sensibilidad por la “diferencia” y un refuerzo de nuestra capacidad de soportar lo incommensurable» (Lyotard, 1987, p. 5)⁸³. Se trata de un entorno de una sociedad dinámica y pluralista que se aleja de las estructuras fijas y se acomoda a un «flujo continuo», en el que están presentes simultáneamente todos los niveles de la vida social. Por ello resulta relevante el derecho a la diferencia, lo que supone la necesidad de aceptar la existencia de alternativas y el consecuente derecho a su tutela (Jayme, 1997, pp. 251ss.).

Ahora bien, dicha protección de las diversas alternativas no sería posible bajo el entendido de que toda cuestión jurídica posee solo una respuesta válida y que solo con ella se logra la pretensión de corrección que caracteriza al derecho (Alexy, 1989, pp. 208ss., 2001, 2005). De ahí que la unidad del ordenamiento jurídico se establece a partir del momento en que todos los ámbitos jurídicos son reconducidos a un principio fundamental común: la dignidad humana, lo que excluye un sistema cerrado y, por el contrario, supone una unidad abierta que refleje la complejidad de las relaciones humanas (Schenk Duque, 2012, p. 130).

La peculiaridad del método reside en que, de una parte, exige el establecimiento de un procedimiento de interpretación sistemático

82 Destaca justamente Gadamer que «el hacerse capaz de entrar en diálogo a pesar de todo es [...] la verdadera humanidad del hombre» (2010, p. 209).

83 «El saber postmoderno no es solamente el instrumento de los poderes. Hace más útil nuestra sensibilidad ante las diferencias, y fortalece nuestra capacidad de soportar lo incommensurable. No encuentra su razón en la homología de los expertos, sino en la paralogía de los inventores».

que privilegie la coherencia y la unidad del ordenamiento jurídico en el marco del sistema al que pertenece. De otra parte, admite *a priori* la posibilidad de aplicación a un mismo caso, de manera simultánea y con carácter complementario, de normas distintas, aparentemente antinómicas (véase, en este sentido, Miragem, 2012, p. 80). Lo cual es posible en el entendimiento de que se trata de un método que parte del «diálogo», lo que supone un discurso que comprende dos posiciones diferentes y no necesariamente contrapuestas. Esto es, una composición de la diferencia a través de discursos que se alternan —e— y en la que los criterios que guían el diálogo de las fuentes podrían resumirse en los de coherencia, subsidiariedad o complementación, adaptación o coordinación, y subordinación (para una mayor explicación sobre la manera de operar de estos criterios, véase Neme Villarreal, 2014a).

Estas reflexiones resultan útiles para comprender que la Corte no debió realizar el proceso hermenéutico bajo el entendido de que las fuentes aparentemente no compatibles se excluyen necesariamente y, en consecuencia, se derogan mutuamente. Esto la condujo a la conclusión inadmisible de sacrificar el principio de justicia en pro del criterio de legalidad, fundada en la aplicación del criterio hermenéutico de la «especialidad». Tal razonamiento de la Corte condujo, igualmente, al desconocimiento de los principios de autonomía, de buena fe, de igualdad y, con ello, a negar la tutela efectiva de los derechos de los asociados. Más bien, los derechos de los asociados se vieron cercenados por vía de esta decisión en aras de la salvaguarda de la formalidad de una norma entendida como especial y excluyente de la garantía general que regula el término de impugnación de los actos jurídicos, dejando de lado principios fundamentales del sistema, incluso el de justicia, so pretexto de la aplicación de una norma que ni siquiera refleja de manera íntegra la manera en que el legislador quiso regular el problema de la impugnación de los actos colectivos de las personas jurídicas, como se verá a continuación. Además, la Corte desconoció la necesidad de privilegiar, como corresponde en un sistema abierto de fuentes en el que dice inscribirse, un procedimiento interpretativo sistemático que promueva la coherencia y la unidad del ordenamiento jurídico.

III.2.6.3. La Corte omitió considerar la relación sistemática entre la categoría «validez del negocio jurídico» y la de «impugnación del acto asociativo», en cuanto separa esta última del régimen general de invalidez que constituye su género, con gravísimas consecuencias en términos de desprotección de los derechos de los asociados y patente violación de principios constitucionales como la autonomía, la buena fe, la igualdad y el debido proceso.

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

La sentencia que contiene el Quinto Pleno Casatorio optó por la concepción doctrinal conforme a la cual la impugnación, en los términos concebidos en el artículo 92 del Código Civil, es la única vía a través de la cual resulta posible refutar los vicios de que adolezcan los acuerdos emitidos por una Asociación Civil, incluso todos aquellos relativos a la invalidez por nulidad o anulabilidad del acto jurídico. Con ello, desestimó la postura de la doctrina que sostiene que la tutela prevista para los vicios de invalidez, a que aluden los artículos 219 y 221 del Código Civil, coexiste con la prevista en el artículo 92 en materia de impugnación de los actos de dichas asociaciones. La doctrina mayoritaria ha estimado, por diversas razones, que la postura de la Corte resulta insostenible en el ordenamiento jurídico peruano (Gonzales Barrón, 2013)⁸⁴.

En relación con los aspectos sistemáticos que deslegitiman la postura de la Corte en el Quinto Pleno Casatorio ha señalado la doctrina peruana que esta desconoce que los actos colectivos de la persona jurídica constituyen verdaderos «negocios jurídicos» (Morales Hervías, 2014a), cuya plena protección se sustenta en la tutela general y amplia de la invalidez por nulidad y anulabilidad prevista en los citados artículos 219 y 221 del Código Civil, la cual no puede ser reducida al tenor de la particular y restringida tutela otorgada por vía de la impugnación, dado que el régimen general de invalidez se sustenta en principios constitucionales, como la libertad y la autonomía, cuya trascendencia no admitiría una tutela reducida como la que propone la Corte y porque además la naturaleza, finalidad, alcance y función de las tutelas de invalidez y la previstas por vía de impugnación de actos colegiados, son diversas⁸⁵, de manera que el reducir la tutela a la vía del artículo 92

84 Quien sostiene la inviabilidad de la tesis de la Corte por razones tanto sociales, como ético jurídicas, filosóficas y sistemáticas. En contra (Cieza Mora, 2013), quien fundado en el criterio de especialidad y acogiendo la postura de la Corte en torno a la seguridad jurídica y a su interpretación de justicia, comparte la postura del Pleno Casatorio en estudio, como se lee en el resumen de su artículo sostiene que «para impugnar acuerdos de las asociaciones existe una regulación especial que señala un plazo breve, por lo que no rige la nulidad ni su plazo prescriptorio (sic) de diez años. Un plazo largo perjudicaría el buen funcionamiento de la asociación creando inseguridad jurídica. Frente a los cuestionamientos de tratarse de una visión carente de connotación en la realidad o una expresión del modelo neoliberal, se responde que la seguridad y la predictibilidad sirven tanto al fomento de las inversiones como a las asociaciones y organizaciones sociales de base: sin seguridad no hay justicia».

85 Gonzales Barrón (2013) sostiene, al efecto, que «los acuerdos colegiales de las personas jurídicas tienen una doble dimensión (voluntad de la persona jurídica-voluntad de los asociados individuales), lo que implica que en este tipo de negocio se presenta un problema específico, que no existe en otros actos; y que consiste en la posible disociación entre el interés social y el interés individual, aun cuando este último sea mayoritario [...]. Por el contrario, la invalidez negocial se refiere a las fallas en el procedimiento de formación de voluntad, por vicios de la voluntad, por voluntad simulada o por voluntad dirigida a un fin ilícito o en contravención de normas imperativas [...]. [De manera que] la legitimación en la impugnación se reduce a los asociados que no votaron o que votaron en contra del acuerdo, y dejaron constancia de tal hecho; en consecuencia, los votantes a favor y los terceros quedan excluidos de tal potestad. Por tanto, esta figura se refiere exclusivamente a los defectos cuya relevancia se circunscribe al interés particular de los asociados, por lo que la voluntad favorable puede convalidar los vicios [...]. En los eventos en que ello sea legítimo a la luz del ordenamiento, entendemos nosotros.

del C.C. por demás «vulnera el derecho constitucional del debido proceso» (Morales Hervías, 2014b).

Asimismo, desde esta perspectiva sistemática se evidencia una «inadecuada comprensión de la interrelación entre el derecho procesal y el derecho material» que en el ámbito de la invalidez de los negocios jurídicos ha conducido a la confusión entre la pretensión de nulidad de un negocio jurídico y la de impugnación de acuerdos asociativos emanados de una asamblea, a la vez que a un entendimiento asistemático de la categoría «ineficacia» (Campos García, 2014, p. 64)⁸⁶.

Todo ello ha conducido a que, por vía del Quinto Pleno Casatorio, se hayan cercenado los mecanismos de tutela con los que contaban los afectados por la decisión de una asamblea de una asociación para defender sus derechos a la autonomía (que exige la legitimidad como supuesto de validez del acto), de buena fe (a la luz de la cual resulta inadmisible reconocer validez a actos viciados de dolo y en general faltos de honestidad y lealtad), de igualdad (en cuanto a los miembros de una asamblea de una asociación se otorga una tutela injustificadamente reducida e incluso inane frente a otros sujetos del ordenamiento que frente a los mismos vicios gozan de protección plena y amplia) y del debido proceso para defender sus derechos. Esto ha sucedido debido a que les ha sido impuesta como única vía la pretensión de impugnación (artículo 92 del C.C.), eliminando así la posibilidad de acudir a la demanda de nulidad prevista en los artículos 219 y 221 del Código Civil (Campos García, 2014, p. 85).

III.3. Primer Pleno Casatorio

En el Primer Pleno Casatorio Civil se discute, a propósito de la contaminación de varias poblaciones con mercurio de propiedad de la minera Yanacocha, la viabilidad de demandar indemnización por daños a pesar de haberse suscrito un contrato de transacción. Este fallo, con grave desconocimiento del contenido de los principios de sistema, en nombre de la buena fe, traiciona los valores que subyacen al propio principio, desprotegiendo a los débiles y humildes con el uso caprichoso y absolutamente inapropiado de una regla que, como la teoría de los actos propios o confianza legítima, jamás habría prohijado la resolución a la que llega la Corte. La sentencia acarrea, además, una infame confusión acerca del contenido de la regla, desacredita su uso en el ámbito peruano y conduce al desconocimiento de la bondad que esta

⁸⁶ Campos García agrega, además, que la distinción entre la «ineficacia estructural» (vicios intrínsecos en su conformación originaria que dan lugar a la nulidad o a la anulabilidad) y la «ineficacia funcional» (vicios sobreviniente a su emisión) «no permite una cabal comprensión del fenómeno de la "ineficacia" en tanto es confusa e inconsistente», dado que pretender reducir a una unidad dos criterios clasificatorios que responden a diferentes parámetros de referencia: el momento en el que surge y la causa que motiva la inefficacia (2014, pp. 67-68).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

contiene en términos de la justicia que evoca la primacía de la realidad sobre la forma.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Perú resolvió la demanda presentada por *Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por su propio derecho y en representación de sus menores hijos; Walker Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz c. Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A.* (transportadora) y *Arturo Blanco Bar* (conductor), en un caso de contaminación por derrame de mercurio en el proceso de transporte del mismo. Los demandantes solicitaron el pago de una indemnización por daños y perjuicios proveniente de responsabilidad civil extracontractual por daño material a la salud y al medio ambiente y por daño moral.

III.3.1. Asunto que se debate

La procedencia de la demanda de indemnización extracontractual por daños causados por contaminación debido al derrame de mercurio transportado por cuenta de una sociedad minera, a pesar de haber suscrito la parte demandante (una maestra de escuela de una pequeña población y sus menores hijos) un contrato de transacción con la sociedad minera demandada. Vale decir, se discute si la transacción extrajudicial celebrada puede hacerse valer como excepción procesal con efectos de cosa juzgada. De otra parte, se debate la legitimación activa que pueda tener una persona natural para promover proceso judicial en la defensa de intereses difusos de acuerdo con lo previsto en el artículo 82 del Código Procesal Civil.

III.3.2. Hechos de la demanda

El 02 de junio del año 2000, el chofer Arturo Blanco Bar, que conducía el camión de propiedad de la empresa Ransa Comercial S.A., transportaba mercurio, de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., con destino a la ciudad de Lima. En desarrollo de tal actividad, se produjo un primer derrame de mercurio en el centro poblado de San Juan. Como resultado del derrame, aproximadamente cuarenta pobladores del lugar se contaminaron con dicho metal.

Posteriormente, entre las 5:30 y 5:40 p.m. del mismo día, se produjo un segundo derrame de aproximadamente 152 kilos de mercurio, en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, el Tingo, San Sebastián y Magdalena, en una longitud aproximada de 27 kilómetros de la carretera. La contaminación tuvo lugar como consecuencia de un embalaje, transporte y tratamiento deficiente del mercurio por parte de la minera, conforme ha establecido la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional. Esta concluyó que la responsabilidad por el derrame de mercurio se debió a la imprudencia y negligencia en su envasado.

De otra parte, no existió un plan de contingencia ni información oportuna por parte de la minera sobre la naturaleza del líquido. Los habitantes, desconociendo la naturaleza tóxica del material, procedieron a recogerlo y almacenarlo en sus viviendas. La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica y limitó sus esfuerzos a recuperar el mercurio, lo que propició un mayor nivel de intoxicación.

Por su parte, la minera alegó que había obrado con diligencia una vez que conoció tardíamente del desastre, que existió culpa de la víctima y ausencia de prueba del nexo de causalidad entre los hechos y el daño. No obstante, de todos modos la empresa celebró transacciones extrajudiciales a favor de la demandante y sus hijos, razón por la cual excepcionó, entre otros, cosa juzgada, en razón de que los acuerdos de transacción revisten tal calidad en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil peruano.

III.3.3. Las consideraciones y el fallo de la Corte

La decisión de la Corte en el Primer Pleno Casatorio declara infundada la casación con fundamento en la teoría de los actos propios y los principios de autonomía y buena fe. Sobre dicha base, desestima las peticiones de la demandante y sus menores hijos, fallando a favor de la minera demandada.

Sostuvo la Corte que las partes acordaron el pago de una suma indemnizatoria por parte de la Minera Yanacocha S.R.L. Por medio de dicho acuerdo, la ahora accionante renunciaba a iniciar cualquier proceso judicial o reclamo al respecto, puesto que se daba por indemnizada completamente por los daños irrogados a su persona y a sus menores hijos como producto de la manipulación del mercurio que se derramó del camión de la empresa Ransa S.A.

Señala la Corte que las transacciones fueron celebradas entre las partes de común acuerdo y, en el caso de los menores, se contó con las correspondientes autorizaciones judiciales para dar legalidad a dichos negocios jurídicos. Por ello, se entiende que las transacciones tienen plena validez y eficacia: «ergo, resulta contradictorio que la accionante, pretendiendo desconocer actuaciones anteriores, interponga demanda por indemnización alegando haberse producido un daño mayor al que fue materia de transacción» (*Giovanna Angélica Quiroz Villaty y otros c. Empresa Minera Yanacocha y otros*, consideración E, § 45).

Asimismo, señala la Corte que los negocios jurídicos transaccionales aludidos no fueron tachados de falsos o nulos por la actora cuando absolvió las excepciones que le opusieran los demandados. Además, de acuerdo con el tribunal, el artículo 1361 del Código Civil dispone la obligatoriedad de los contratos y el artículo 1362 del mismo Código prevé

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:

EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

la aplicación de la buena fe en la ejecución de los contratos. Por último, la sentencia declara que el artículo 1455 del Código Civil prescribe que no procede la acción de rescisión por lesión en la transacción.

III.3.4. Las falencias del Primer Pleno Casatorio

III.3.4.1. La naturaleza de los derechos objeto de transacción y de los titulares de los mismos: la Corte omite una reflexión sistemática propia de los principios que orientan un Estado social de Derecho en torno a la naturaleza de inalienables e indisponibles de los derechos a la vida y a la salud en cuanto derechos humanos, así como que sus titulares eran «sujetos de especial protección constitucional»

En cuanto se refiere a la naturaleza de la transacción, la Corte recuerda que en la doctrina se discute arduamente si la transacción es una convención, un contrato o un acto jurídico, inclinándose la mayoría por concebirla como un contrato. A tal efecto, concluye que en el

ordenamiento jurídico nacional la transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciendo concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso. A nivel formal, al ser un contrato, apunta a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones (*Giovanna Angélica Quiroz Villatay y otros c. Empresa Minera Yanacocha y otros*, consideración c.3, § 10).

Pero lo que la Corte no advierte es que este contrato tiene como objeto particularísimos derechos, pues versa sobre los derechos a la vida y a la salud de los afectados con la contaminación por mercurio. La responsabilidad respecto del agente a quien debe atribuirse el daño se limita por virtud del acuerdo y, por ende, opera una renuncia a los derechos que no puedan cubrirse dentro del estrecho margen fijado en la transacción.

La Corte se limita a señalar, en relación con la proporcionalidad de los derechos involucrados en la transacción, que «mientras exista una reciprocidad, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, puesto que la ley no exige paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición» (consideración c.3, § 11). De esta manera, a la Corte no le merece ningún tipo de reflexión sistemática la naturaleza de los derechos objeto de transacción, es decir, el hecho de que los derechos sobre los que se transige son justamente de carácter intransigible.

En efecto, los derechos a la vida y a la salud⁸⁷, como derechos humanos fundamentales, son inviolables, irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, en tanto inherentes a la dignidad de la persona⁸⁸. «Todo derecho humano es un bien sobre cuyo dominio no puede caer ni la renuncia ni la transferencia» (*Acción de tutela instaurada por Guillermo Escobar Quijano con respecto al derecho a la vida*, consideraciones sobre la materia: La transacción y el derecho a la vida como inalienable), de suerte que todo pacto que involucre derechos de esta naturaleza es ilícito (*Acción de tutela instaurada por Gustavo Alberto Reyes Aguirre contra Alfonso Clavijo González y demás miembros de la Junta Directiva de la Corporación «Hatogrande Golf & Tennis Country Club»*).

De otra parte, la Corte no toma en consideración que, además, en el mencionado contrato se transige sobre derechos cuya titularidad radica en «sujetos de especial protección». Son «sujetos de especial protección» los tres menores de edad, quienes sufrieron graves afectaciones a su salud que ponen en riesgo su vida, como consecuencia de la contaminación con mercurio. Ciertamente los niños y niñas constituyen «sujetos de especial protección»⁸⁹, por lo que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás y con mayor énfasis cuando se trata de su derecho a la salud⁹⁰. Por lo tanto, en todos los casos relacionados con la protección de sus

87 La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que «proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es derecho constitucional fundamental inalienable» (Luz Stella Gutiérrez Reyes, *Derecho a la vida, derecho a la salud, medio de defensa judicial, fundamento 2.1.*). Sobre la naturaleza del derecho a la salud, véanse, además, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: *Cecilia Alexandra Serna Aponza c. Comenfalcó EPS; José Abdonas Velásquez y otros c. Nueva EPS y otros; Andrés Felipe Pallares Sulbarán c. Saludcoop EPS; Rodrigo Acuña Cock c. Coomeva EPS; Víctor Eli Ceballos Giraldo c. Servicio Occidental de Salud EPS; Adriana María Ortiz Repizo y otro c. Caprecom EPS y otro; Edna Rocío Campos Oliveros c. Caprecom EPS y otro; César Augusto Bernal Zamudio c. EPS Sanitas y otro; Elsa León Acosta c. Secretaría Distrital de Salud de Bogotá; Leonor Vargas González c. Caprecom EPS y otros; Marlene Murillo de Espitia c. Emdisalud EPS; Rosa Arango de Vallejo y otro c. Coomeva y otro; Libia Patricia Díaz Díaz c. Comfacor EPS; María del Pilar Leguizamó Melo c. Comparta EPS-S; Revisión de constitucionalidad c. Decreto legislativo 4827 del 29 de diciembre de 2010 y Jaime León Gañán Ruiz c. Ley 1438 de 2011 y, particularmente, XX en representación de su hijo YY c. Coomeva EPS, en torno al carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable.*

88 Ha sostenido la Corte Constitucional colombiana que la razón de ser de la irrenunciableidad de tales derechos fundamentales es su conexidad con la dignidad humana (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 39 (parcial) y 40 del decreto 1647 de 1991 (C-023/94), Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa) y, por ende, su carácter de necesarios y no contingentes «por ello no sería coherente que un Estado que se funda en igualdad y en dignidad humanas permitiese que una persona se desligara de un bien que razonablemente es irrenunciable e imprescriptible» (Sentencia de unificación en tutela solicitada por Germán Humberto Rincón Perfetti – Liga Colombiana de Lucha contra el Sida, en los temas de derecho al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad, a la dignidad, consideración 2.2.).

89 Su carácter de sujetos de especial protección constitucional ha sido reconocido por la Corte Constitucional colombiana en las siguientes sentencias: *Blanca Libia Londoño en representación del menor Daniel Trujillo Londoño c. Coomeva EPS; Sandra Milena Meneses Osorio en representación de su hijo c. Coomeva EPS; Ana María Guerra Rendón c. Dirección Seccional de Salud de Antioquia; Luz Margarita Andrade Rodríguez c. Dirección de Sanidad Militar de las Fuerzas Militares; y Acción de tutela instaurada por María Victoria Mendoza Villamil contra el Colegio Municipal Metropolitano del Sur Floridablanca (Santander), por la presunta violación de los derechos al debido proceso, a la educación y los de los niños, entre otras.*

90 Véanse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: *Daniela Ditta Pérez actuando en representación de su hija c. Secretaría de Salud de César y otra; XX en representación de su hijo YY c. Coomeva EPS.*

derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.

Este «amparo reforzado» de los sujetos de especial protección constitucional se funda en el reconocimiento de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. Dicha desigualdad los pone en circunstancia de debilidad manifiesta y, por ende, los vuelve proclives a ser objeto de abusos (véase *Alirio Tique Portilla c. Ever Tique Prieto*). Esta especial protección se traduce en la garantía del otorgamiento de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos (véase *Blanca Libia Londoño en representación del menor Daniel Trujillo Londoño c. Coomeva EPS*; en el mismo sentido, véanse también *Ana Tulia Pérez Carmona c. Saludcoop; Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2...*; *Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria N°62/98...*). Asimismo, conlleva la exigencia de valorar concienzudamente la intensidad del perjuicio a los mentados derechos y el tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos de protección de derechos a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas (*Alirio Tique Portilla c. Ever Tique Prieto*), vale decir, de la aplicación de la equidad en términos de igualdad ponderada. Estas garantías y consideraciones se echan de menos en el presente caso, pues la Corte hizo caso omiso tanto de la naturaleza de los derechos como de sus titulares, limitándose a sostener que en materia de transacción resulta irrelevante la equivalencia o la desigualdad entre los derechos transigidos. Además, el tribunal afirma que la valoración de estos derechos es eminentemente subjetiva y no requiere examen alguno, soslayando que se trataba de derechos de menores, cuya debilidad manifiesta e indefensión natural debió motivar a la Corte para otorgarles un tratamiento de protección reforzada, aquí del todo inexistente.

III.3.4.2. Extensión, efectos y presupuestos de la transacción: la Corte realiza un razonamiento ambivalente de exclusiva tutela de los intereses de una de las partes que desconoce la plenitud del caso y, con ello, el principio de igualdad y de justicia

En materia de efectos de la transacción, la Corte señala que la misma abarca efectos de vinculatoriedad, de extinción, declarativos y de cosa juzgada. Con respecto a este último, la Corte advierte que se debate si la transacción extrajudicial no homologada por un juez tiene o no la calidad de cosa juzgada. A pesar de que la mayoría de la doctrina sostiene la opinión contraria, el tribunal concluye que «no existe basamento lógico que sirva de obstáculo para que la Transacción Extrajudicial se oponga

como defensa de forma, de lo contrario se estaría desconociendo sus efectos extintivos así como su utilidad como medio eficaz para solucionar futuros litigios, además de instrumento para alcanzar la paz y armonía entre las partes» (*Giovanna Angélica Quiroz Villaty y otros c. Empresa Minera Yanacocha y otros*, consideración c.5.2., § 29). De lo contrario, opina la Corte, se estaría favoreciendo una interpretación meramente literal y formalista del texto de la ley (artículo 453, inciso 4, del Código Procesal Civil), en desmedro de una interpretación sistemática, pues «la sumisión del juez a la ley no equivale a la sujeción a un texto literal, admite un margen que, dentro de esa vinculación, permite soluciones más abiertas» (*Giovanna Angélica Quiroz Villaty y otros c. Empresa Minera Yanacocha y otros*, consideración d, § 38).

Sin embargo, a reglón seguido, la Corte parece olvidar lo apenas dicho, cuando se trata de realizar el control judicial acerca de si las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces, según lo prevé el artículo 220 del Código Civil peruano. Dado que, resalta la Corte, tal cuestionamiento no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito ni alegado por la demandante y que

tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que (aún existiendo pareceres en sentido diferente) en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del *iura novit curia*, al ser la Casación un recurso extraordinario que solo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio (consideración d, § 39).

En efecto, cuando se trata de establecer la fuerza y efectos de la transacción, la Corte realiza razonamientos sistemáticos que le permiten apartarse del tenor literal de la ley en pro de favorecer la aplicación *a priori* como excepción procesal de los efectos de cosa juzgada de la transacción. En cambio, cuando se trata de algo aún más sustancial —a saber, establecer si tales acuerdos, cuya fuerza ha vehementemente favorecido, son en verdad legítimos en tanto constituyen o no verdaderas manifestaciones de la autonomía fundadas en la legitimidad del consentimiento libre, informado, no errado y del cual se excluya todo abuso—, allí sí la Corte se ampara en el formalismo del carácter restrictivo del recurso. Precisamente, en el formalismo que apenas acaba de repudiar, para denegar la tutela de los derechos de la parte débil en la transacción. No se entiende por qué razón aquí no resultan procedentes los argumentos previamente expuestos en el sentido de que el juez debe contar con un margen de libertad cuando realiza la conexión de la norma que interpreta con los valores en los que descansa todo el ordenamiento.

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

Los principios de un sistema jurídico moldean el entendimiento de la totalidad de sus normas porque en todo caso el intérprete deberá optar, entre las varias posibles, por la solución hermenéutica que mejor se adapte a ellos.

En esta labor tendrá a su favor los criterios de la razonabilidad, puesto que, ante la pluralidad de exigencias provenientes de diversas fuentes, su única solución será la de acudir a lo que la doctrina y la jurisprudencia han venido denominando «juicio de razonabilidad», que no es otra cosa que un juicio sensato y lógico desde un punto de vista constitucional (consideración d, § 32).

¿Será acaso que no resulta razonable y lógico a la luz de las exigencias de justicia que propone un Estado social de Derecho como el peruano examinar de oficio si la transacción en la que se funda la entera decisión del Pleno Casatorio es en verdad válida? ¿Será que no resulta razonable examinar acusiosamente las condiciones en las que se celebraron las transacciones que involucraban el consentimiento de personas humildes, angustiadas por los inminentes riesgos gravísimos de daños a su vida y salud por contaminación con metales como el mercurio, que no conocían ni tenían porqué conocer la gravedad de la afectación futura de sus derechos fundamentales, personas con escasos recursos y nulo poder de negociación frente a una poderosa empresa y en el que, además, se transigían derechos de sujetos de especial protección como los de menores que, además, recaían sobre derechos fundamentales como la vida y la salud?

Creemos, por el contrario, que la Corte, en el citado Pleno Casatorio, usa como comodín el carácter sistemático del derecho, el entendimiento de la hermenéutica como mecanismo de adaptación del *ius* y la razonabilidad como elemento definidor de lo jurídico. Esto se evidencia a partir del hecho de que los aplica de manera selectiva para defender únicamente la postura de una de las partes. En cambio, acude a la rigidez del positivismo, al formalismo, a pesar de que con este se traicionen los valores constitucionales, y acude al tradicional papel del juez «como mera boca de la ley», cuando se trata de tutelar los derechos de los menos favorecidos. Así, termina por abandonar la centralidad del caso, pues «el caso» es el panorama completo de los intereses de ambas partes, respecto de los cuales los valores y el método de interpretación han de ser unívocos, so pena de transgredir el principio de igualdad y la imparcialidad que presupone la justicia.

Esta injusticia palmaria en el caso Yanacocha permanecerá indeleble en la historia de la jurisprudencia peruana, no obstante que la Corte, en el Noveno Pleno Casatorio, haya cambiado su postura al señalar que una nulidad manifiesta puede ser declarada de forma oficiosa aunque las instancias inferiores no lo hayan hecho, o a pesar de que no haya sido

alegada en el recurso de casación, habida consideración de que *no existe limitación que impida aportar medios probatorios relativos al tema de fondo y, en consecuencia, haya modificado expresamente en este aspecto el Primer Pleno Casatorio Civil*⁹¹.

III.3.4.3. En el Primer Pleno Casatorio, la Corte se equivoca al pretender aplicar la teoría de los actos propios o confianza legítima, pues en el caso Yanacocha no se daban sus presupuestos

La Corte desestima en el Primer Pleno Casatorio (*Giovanna Angélica Quiroz Villaty y otros c. Empresa Minera Yanacocha y otros*) los elementos sin los cuales el derecho no existe —en términos del jurista romano Celso—. Desconoce el papel de la equidad como igualdad ponderada e inaplica de manera flagrante la razonabilidad, pues, como veremos, su resolución transgrede en un todo el principio de buena fe.

La exigencia de ser coherente con las propias actuaciones, de asumir las consecuencias que de ellas se deriven y la consecuente necesidad de protección de la confianza suscitada en las demás personas, en virtud de la conducta adoptada, constituyen el núcleo central de la regla romana *venire contra factum proprium non valet*. En el derecho contemporáneo, dicha regla se conoce como prohibición de obrar contra los actos propios o «confianza legítima». Dicha regla constituye una exigencia que emanaba del principio de buena fe. Así lo demuestran la totalidad de los elementos que conforman la regla, pues la prohibición de desconocer los propios actos se fundamenta en que, con tal comportamiento, se transgreden reglas como la fuerza vinculante de los acuerdos, la exigencia de deberes de corrección, y lealtad y la necesaria consideración de los intereses de la contraparte, todos los cuales emanan de la buena fe y conducen a la tutela de la apariencia jurídica generada por los comportamientos de las partes en el desarrollo del negocio (sobre el particular, véase Neme Villarreal, 2003).

De suerte que la buena fe protege la confianza de las partes en que los acuerdos expresos o tácitos, alcanzados por las mismas con posterioridad a la manifestación inicial de consentimiento y materializados en

91 Me permite, a continuación, citar in extenso, el Noveno Pleno Casatorio Civil. En este sentido, la Corte:

«modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubstancialidad de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta» (*Liliana Amanda Mejía García y Jubert Alberto Barrios Carpio c. Rosa Estrella Reátegui Marín y Ángel Gabriel Collantes Arimuya*, segunda decisión, § 7).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

comportamientos positivos o en omisiones, serán llevados a término a pesar de que se aparten de la declaración de voluntad inicialmente expresada por las partes. Como consecuencia, será preservada la confianza creada con las conductas de las partes, así como protegidos sus derechos en la medida en que, sobre la base de dicho actuar, se ha generado un nuevo acuerdo en virtud del cual una de las partes ha adecuado su conducta al nuevo estado de cosas.

Así, la buena fe obliga al respeto de la confianza suscitada en las partes de que serán observadas las consecuencias jurídicas que se derivan de la conducta adoptada por ellas en el curso de la relación negocial, en apego a un deber de coherencia en el actuar que impone preservar la apariencia de un estado jurídico creado por la conducta de una de las partes que determina ulteriores pasos de la contraparte. Por lo tanto, no concilia con la buena fe el que uno de los contratantes actúe de forma tal que contrarie su conducta precedente, desconociendo los actos o aseveraciones que haya realizado —los silencios u omisiones— que hayan hecho creer que actuará de determinada manera, al punto que la contraparte haya adecuado su conducta contando con ello.

Como puede observarse, la regla que prohíbe ir contra los actos propios no se reduce a un mero incumplimiento, reviste una complejidad mayor. Involucra tres momentos en la relación negocial: un primer momento en el que las partes llegan a un acuerdo inicial y determinan su contenido; un segundo momento en el que una de ellas o las dos se apartan del contenido inicialmente acordado y la otra coadyuva u omite evidenciar el incumplimiento al aceptar expresa o tácitamente el nuevo contenido contractual que ha surgido en virtud de comportamientos de las partes; y un tercer momento en el que una de las partes, a pesar de haber desconocido el acuerdo inicial o tolerado su incumplimiento, pretende hacer valer el contenido original del contrato contrariando así sus propios actos, pues ella, en ese segundo momento, se separó del contrato o admitió que la otra parte lo hiciera. De este modo se evidencia que, en ese tercer momento, incurre en un comportamiento incoherente, inadmisible a la luz de la buena fe.

Cuando existe un mero incumplimiento de un acuerdo previamente celebrado, estaremos simplemente en presencia de una violación a la regla del *pacta sunt servanda*, en la que solo existen dos momentos en la relación negocial: el acuerdo original y el sucesivo incumplimiento del mismo objetado por la otra parte. A diferencia de la regla que prohíbe ir contra los propios actos, en la que como se explicó, existen tres momentos: el acuerdo original, el desconocimiento mutuo o tolerado del acuerdo inicial y el acto de incoherencia de pretender el cumplimiento del acuerdo inicial cuyo tenor fue tácitamente modificado o renunciado

en virtud de los comportamientos de las partes mediante los que desconocieron el contenido original del acuerdo.

Así las cosas, resulta palmario que la Corte se equivocó en el Primer Pleno Casatorio al aplicar la regla que prohíbe ir contra los actos propios. Esta regla no resultaba aplicable, pues en la relación negocial solo existieron dos momentos, el de la celebración de la transacción y el, en principio, desconocimiento de sus efectos al haberse instaurado una demanda a pesar de haberse renunciado a la iniciación de cualquier reclamación posterior que excediera los términos de la transacción convenida. De suerte que el asunto ha debido tratarse dentro del ámbito del *pacta sunt servanda* y no dentro del de la prohibición de contravenir los propios actos. Ámbito dentro del cual, en todo caso, no le asiste tampoco razón a la Minera Yanacocha, en razón a que el consentimiento aparentemente otorgado en la transacción por las víctimas de la contaminación con mercurio se encontraba viciado, como pasa a demostrarse.

III.3.4.4. El Primer Pleno Casatorio desconoce el entronque de la teoría de los actos propios con la autonomía y la libertad

Ahora bien, aún si hubiere tenido aplicación la teoría de los actos propios —que no la tiene en el presente caso—, la Corte ha debido considerar que la prohibición de incoherencia no es ajena al análisis de la legitimidad de las manifestaciones del consentimiento. De una parte, porque la manifestación del consentimiento inicial deberá ser eficaz⁹². De otra parte, no es ajena al análisis porque tanto el acto de desconocimiento como el acto incoherente debieron ser comportamientos que manifiesten un consentimiento libre y eficaz.

De manera que el acto propio requiere autonomía, la autonomía presupone conciencia y conocimiento y estos no existen sin libertad. Si no hay libertad, no puede hablarse de un acto propio. De suerte que la conducta que se ha de estimar como acto propio (aquí supuestamente la transacción) deberá ser válida y libre de vicio. Como pasaremos a demostrar, estos presupuestos no se dieron en el presente caso.

III.3.4.5. El Primer Pleno Casatorio omite de manera injustificada realizar una valoración de la validez del consentimiento otorgado por las víctimas en la aceptación de la transacción, de haberlo realizado en atención a los principios que

⁹² El magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Alejandro Martínez Caballero, ha sostenido que, para que se configure la violación de la teoría de los actos propios, se requiere: a) una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz; b) la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto contradictorio con la primera; y c) la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas (Acción de tutela instaurada por Alberto Rebollo Bravo con respecto al respeto al acto propio, las situaciones jurídicas particulares y concretas, y la no disminución de la pensión de jubilación).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

orientan el sistema jurídico, habría tenido forzosamente que concluir que no existió un consentimiento válido que pudiere justificar la fuerza vinculante de la transacción celebrada

La Corte desestimó el estado de necesidad, de inferioridad y de peligro de las personas que realizaron la transacción de sus derechos, inalienables por lo demás. Estas condiciones se erigen en un verdadero vicio del consentimiento, agravado en el caso de los menores en los que los jueces que legitimaron el acto no fueron capaces de tutelar los derechos superiores de los niños, quienes vieron, por tal omisión, gravemente lesionados sus derechos a la salud y a la vida.

En efecto, la Corte decidió expresamente omitir todo análisis de las circunstancias en las que las partes celebraron dicha transacción, por lo que no entró a analizar que la necesidad, apremio económico, debilidad mental, ignorancia, inexperiencia, dependencia, desigualdad de poder de negociación, confianza especial entre las partes, dependencia, son los estados sobresalientes que, encontrándose en ellos una persona, fácilmente la determinan a aceptar contratar o modificar el contrato en términos o condiciones de desequilibrio grave, con aprovechamiento de la otra parte, que bien puede haber causado aquel clima o contribuido a él, o que simplemente saca ventaja de dicha situación (Hinestrosa, 2005, p. 112).

Estas circunstancias han sido valoradas en el derecho comparado. Es el caso, por ejemplo, del vicio del consentimiento, el cual encuentra diversos sustentos: bien sea en la violencia económica, en el dolo, cuando la contraparte contractual ha aprovechado tal situación a fin de obtener del otro contratante ventajas excesivas, en el estado de necesidad, en el peligro, en la ignorancia o, en general, en el estado de debilidad, que en los instrumentos de armonización ha sido contemplado como «el provecho injusto o la ventaja inicua» y que, en general, se ha afrontado por la vía de la nulidad, la rescisión por lesión, la indemnización o la adaptación del contrato. Esto tiene como finalidad que, más allá del mero mantenimiento formal de la llamada seguridad y estabilidad jurídicas, se considere «la exigencia de asegurar la equidad y por ende la protección de quienes al disponer de sus intereses se encuentran en “estado de debilidad” por la razón que sea, sancionar el aprovechamiento indebido de este y la efectividad del equilibrio prestacional, todo sin perder de vista el apremio de salvación del negocio» (Hinestrosa, 2005, p. 133).

En fin, olvida la Corte que al acuerdo contenido en el contrato ha de llegar libre de toda subyugación. Los pactos han de ser equilibrados y honestos, y deben respetar y tomar en consideración las aludidas

situaciones de fragilidad de alguna de sus partes, bajo el entendimiento de que la obligatoriedad del acuerdo se encuentra circunstanciada por otra serie de valores que emanan de la buena fe⁹³.

IV. CONCLUSIÓN

Todas estas reflexiones propuestas en torno al método de creación del derecho antiguo —las enseñanzas que nos prodigan, su pervivencia como mecanismos de realización de la justicia en términos de la tutela efectiva de los derechos, la comprensión del carácter dinámico del derecho y del rol del jurista en la construcción de un derecho más *equo*, en cuanto ajustado a las exigencias del caso en armonía con los principios que rigen el sistema, de forma tal que hagan posible la realización de la igualdad ponderada en la preservación de los valores de razonabilidad que propone la buena fe, el entendimiento de la naturaleza artificial del derecho en cuanto creado por el ser humano y, por ende perfectible—, nos invitan a revalorizar las enseñanzas de los juristas romanos, a retomar sus métodos, a repensar la aplicación del derecho atendiendo a su naturaleza y a la función esencial de servir a la convivencia, en fin, a hacer realidad los valores de un Estado social de Derecho.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2001). *La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aristóteles (1988). *Tratados de lógica (Órganon) II: Sobre la interpretación, Analíticos primeros, Analíticos segundos* (M. Candel San Martín, trad.). Madrid: Gredos.
- Burdese, A. (1998). *Manuale di diritto privato romano*. Turín: Utet.

93 En este sentido, considérense los hallazgos de Zimmermann y Whittaker: «nuestro estudio enfatiza el hecho de que todos los sistemas legales incluidos dentro de nuestro estudio [se refiere al derecho europeo tanto Civil Law como Common Law] se han alejado o están en el proceso de alejarse del paradigma del contrato, el cual se enfoca casi exclusivamente en la autonomía de las partes. Por el contrario, nosotros encontramos un incremento en el significado dado a la lealtad de las partes, a la protección de la confianza, a las exigencias de cooperación, la necesidad de considerar el interés de la otra parte o la justicia sustantiva del contrato, sean estos o no los términos con los cuales este cambio de énfasis se realice en cualquier sistema dado. Esta es la cualificación del paradigma de la autonomía de las partes del siglo XIX [...] lo cual puede ser visto como un reflejo del regreso, al menos en los sistemas del Civil Law, a un modelo más antiguo de contrato que realiza un acercamiento menos exagerado a la autonomía de las partes» (2000, p. 700).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

- Campos García, H. (2014). Apuntes introductorios a la pretensión de nulidad de negocio jurídico desde la perspectiva civil: análisis crítico de la posición del Quinto Pleno Casatorio Civil respecto de la impugnación de negocios colegiales asociativos. *Themis- Revista de Derecho*, 66, 59-84.
- Cardilli, R. (2004). *Bona fides tra storia e sistema*. Turín: Giappichelli.
- Castro Sáenz, A. (2010). *Cicerón y la jurisprudencia romana*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cellulare, M. (2009). *Locus e ius*: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano. *Revista de Derecho Privado*, 16, 31-48. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537596003>
- Cicerón, M.T. (1995). *En defensa de Aulo Cluencio*. En *Discursos V* (J. Aspa Cereza, trad., pp. 155-284). Madrid: Gredos.
- Cicerón, M.T. (2000a). *Bruto, o de los ilustres oradores*. El Aleph.
- Cicerón, M.T. (2000b). *Tópicos a Cayo Trebacio*. El Aleph.
- Cicerón, M.T. (2002). *Sobre el orador* (J.J. Iso, trad.). Madrid: Gredos.
- Cortelazzo, M. & Zolli, P. (2004). *Dialogo*. En *Dizionario etimologico della lingua italiana*. Bolonia: Zanichelli.
- Esborrax, D.F. (2006). *Contrato y sistema en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzel Culzoni.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia* (vol. 1). Roma-Bari: Laterza.
- Frezza, P (1949). *Ius gentium*. *Révue des Droits de l'Antiquité* (RIDA), 2, 259-308.
- Gadamer, H.-G. (2007). *Verdad y método I* (12ma ed.). Salamanca: Sígueme.
- Gadamer, H.-G. (2010). *Verdad y método II*. Salamanca: Sígueme.
- Gallo, F. (1971). *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto: Lezione di diritto romano*. Turín: Giappichelli.
- Gallo, F. (1987). Sulla definizione celsina del diritto. *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI), 53, 7-52.
- Gallo, F. (1992). *Synallagma e conventio nel contratto: Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*. Turín: Giappichelli.
- Gallo, F. (1993). *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto: Lezione di diritto romano. Ed. completata con la pt. relativa alla fase della codificazione*. Turín: Giappichelli.
- Gallo, F. (1996). Un nuovo approccio per lo studio del *ius honorarium*. *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI), 62, 1-68.
- Gallo, F. (1997). *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*. Turín: Giappichelli.

Gallo, F. (2000). Un modelo de romanista. *Roma e America: Diritto Romano Comune*, 10, 237-262.

Gallo, F. (2007). *La «verità»: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*. Ponencia presentada en las jornadas de estudio sobre valores y principios del derecho romano, en conmemoración de los cien años del profesor Silvio Romano, maestro de instituciones. Recuperado de http://www.dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Gallo-Verit-valore-definizione-celsina-diritto.htm#_2._-Non_degradabilità_a_Leerformel

Gallo, F. (2011). Che cos'è la costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica. *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1. Recuperado de <http://www.rivistaaic.it/che-cos-la-costituzione-una-disputa-sulla-rifondazione-della-scienza-giuridica.html>

Gallo, F. (2015). *Celso y Kelsen: para la refundación de la ciencia jurídica*. Buenos Aires-Roma: Eudeba-Università di Roma Tor Vergata.

García Amado, J.A. (1987). Tópica, derecho y método jurídico. *Doxa*, 4, 161-188. doi: 10.14198/DOXA1987.4.12

García Amado, J.A. (1988). *Teoría de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas.

Garofalo, L. (2003). *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*. En autores varios, *L'humanitas nel mondo antico: filantropia, cultura, pietas*. Treviso: Fondazione Cassamarca.

Gonzales Barrón, G.H. (2013). La impugnación de acuerdos es un tercer remedio autónomo, distinto de la nulidad y anulabilidad. *Derecho y Cambio Social*, 10(33). Recuperado de www.derechoycambiosocial.com/revista033/indice.htm

Grosso, G. (1965). *Lezioni di storia del diritto romano*. Turín: Giappichelli.

Grosso, G. (1973). Riflessioni su «ius civile», «ius gentium», «ius honorarium» nella dialettica fra tecnicismo tradizionalismo giuridico e adeguatezza allo sviluppo economico e sociale in Roma. En *Studi in memoria di Guido Donatutti I* (pp. 439-453). Milán: Cisalpino-La Goliardica.

Guzmán Brito, A. (2010). Dialéctica y retórica en los «Topica» de Cicerón. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 32, 161-195. doi: 10.4067/S0716-54552010000100007

Hinestrosa, F. (2005). Estado de necesidad y estado de peligro: ¿Vicio de debilidad? *Revista de Derecho Privado*, 8, 111-134.

Jayme, E. (1995). Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. doi: 10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789041102614.009_267

Jayme, E. (1997). Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, 43(1), 813-829.

Jayme, E. (2003a). Direito Internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir/UFRGS)*, 1(1), 105-114. doi: 10.22456/2317-8558.43487

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

- Jayme, E. (2003b). O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir/UFRGS)*, 1(1), 133-146. doi: 10.22456/2317-8558.43490
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (4ta ed.). Buenos Aires: Eudeba.
- La Pira, G. (1997). *Sistematica e giustizia nella giurisprudenza romana. Roma e America: Diritto Romano Comune*, 4.
- Landa Arroyo, C. (2003). *Teoría del derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra.
- Lausberg, H. (1966). *Manual de retórica literaria: Fundamentos de una ciencia de la literatura* (vol. I). Madrid: Gredos.
- Lausberg, H. (1975). *Elementos de retórica literaria*. Madrid: Gredos.
- Lombardi, L. (1967). *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milán: Giuffrè.
- Losano, M.G. (1966). *La doctrina pura del diritto*. Turín: Einaudi.
- Lyotard, J.F. (1987). *La condición postmoderna: Informe sobre el saber*. Madrid: Cátedra.
- Marques, C.L. (2012). Diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito. En C.L. Marques (ed.), *Diálogo Das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro* (pp. 17-66). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Martino di, F. (1978). *Individualismo y derecho romano privado* (F. Hinestrosa, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Miragem, B. (2012). Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. En C.L. Marques (ed.), *Diálogo Das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro* (pp. 67-109). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- [Montesquieu] De Secondat, C.L. (1820). *Del espíritu de las leyes* (J. López de Peñalver, trad., tomo II). Madrid: Villalpando.
- Morales Hervías, R. (2014b). *¿La impugnación o la invalidez de los negocios jurídicos unilaterales colegiales asociativos? Dialogo con la jurisprudencia*, 190, 21-44.
- Muratori, L.A. (1933). *Dei difetti della giurisprudenza* (A. Solmi, ed.). Roma: Formiggini.
- Neme Villarreal, M.L. (2003). *Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima: tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos: Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de Rectoría 1963-2003* (tomo III, pp. 11-56). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neme Villarreal, M.L. (2014a). *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual*. Ciudad de México: Universidad Panamericana.

Neme Villarreal, M.L. (2014b). Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico. En *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa* (vol. I, pp. 303-322). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pugliese, G., Sitzia, F. & Vacca, L. (1986). *Istituzioni di diritto romano*. Padua: Piccin.

Robleda, O. (1977). *Introduzione allo studio del diritto privato romano*. Roma: Università Gregoriana.

Savigny, F.C. (1977). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (A. González Posada, trad.). Buenos Aires: Heliasta.

Scarpelli, U. (1989). Il positivismo giuridico rivisitato in omaggio a Norberto Bobbio. *Rivista de filosofia*, 80(3), 461-475.

Schenk Duque, M.S. (2012). O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria constituição. En C.L. Marques (ed.), *Diálogo Das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro* (pp. 125-157). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Schipani, S. (1997). *Principia iuris. Principium potissima pars*. Principios generales del derecho. *Roma e America: Diritto Romano Comune*, 3.

Schipani, S. (2006). Trenta anni di dialogo con i giuristi latinoamericani. *Roma e America: Diritto Romano Comune*, 21, 287-312.

Schenk Duque, M.S. (2012). O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria constituição. En C.L. Marques (ed.), *Diálogo Das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro* (pp. 125-157). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Sosa Sacio, J.M. (2011). *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Talamanca, M. (1990). *Istituzioni di diritto romano*. Milán: Giuffrè.

Vacca, L. (2012). *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. Turín: Giappichelli.

Vico, G. (2004). *Obras II: Retórica (Instituciones de Oratoria)* (F.J. Navarro Gómez, trad.). Barcelona: Anthropos.

Vico, G. (2012). De nostri temporis studiorum ratione. (L. Pica Gamarra, ed.) *Laboratorio dell'ISPF*, IX(1/2), 6-44. Recuperado de http://www.ispf-lab.cnr.it/2012_1-2_101.pdf

Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia* (L. Diez-Picazo, trad.). Madrid: Taurus.

Viehweg, T. (1974). *Topik und Jurisprudenz* (5ta ed.). Múnich: Beck.

Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Bolonia: Il Mulino.

Zimmermann, R. (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo: La tradición del derecho civil en la actualidad* (J. Rodríguez Olmos, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

Zimmermann, R. & Whittaker, S. (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Derecho romano

Constitutio Omnem [Const. Omnem].

De conceptione Digestorum [Const. Deo auctore].

De confirmatione Digestorum [Const. Tanta].

Digesto [Dig.]. Se utiliza la siguiente traducción: Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral (1898).

Instituciones de Gayo [G. Inst.].

Jurisprudencia colombiana

Acción de tutela instaurada por Alberto Rebollo Bravo con respecto al respeto al acto propio, las situaciones jurídicas particulares y concretas, y la no disminución de la pensión de jubilación, T-295/99 (Corte Constitucional [Colombia], 04 de mayo de 1999).

Acción de tutela instaurada por Guillermo Escobar Quijano con respecto al derecho a la vida, T-374/93 (Corte Constitucional [Colombia], 03 de setiembre de 1993).

Acción de tutela instaurada por Gustavo Alberto Reyes Aguirre contra Alfonso Clavijo González y demás miembros de la Junta Directiva de la Corporación «Hatogrande Golf & Tennis Country Club», T-544/95 (Corte Constitucional [Colombia], 23 de noviembre de 1995).

Acción de tutela instaurada por María Victoria Mendoza Villamil contra el Colegio Municipal Metropolitano del Sur Floridablanca (Santander), por la presunta violación de los derechos al debido proceso, a la educación y los de los niños, T-143/99 (Corte Constitucional [Colombia], 05 de marzo de 1999).

Adriana María Ortiz Repizo y otro c. Caprecom EPS y otro, T-668/10 (Corte Constitucional [Colombia], 31 de agosto de 2010).

Alexandre Sochandamandou c. Ley 153/87, art. 13: La costumbre y la moral cristiana [demanda de inconstitucionalidad], C-224/94 (Corte Constitucional [Colombia], 05 de mayo de 1994).

Alirio Tique Portilla c. Ever Tique Prieto, T-736/13 (Corte Constitucional [Colombia], 17 de octubre de 2013).

Ana María Guerra Rendón c. Dirección Seccional de Salud de Antioquia, T-754/05 (Corte Constitucional [Colombia], 14 de julio de 2005).

Ana Tulia Pérez Carmona c. Saludcoop, T-355/05 (Corte Constitucional [Colombia], 07 de abril de 2005).

Andrés Felipe Pallares Sulbarán c. Saludcoop EPS, T-650/10 (Corte Constitucional [Colombia], 26 de agosto de 2010).

Blanca Libia Londoño en representación del menor Daniel Trujillo Londoño c. Coomeva EPS, T-881/08 (Corte Constitucional [Colombia], 11 de setiembre de 2008).

Cecilia Alexandra Serna Aponza c. Comenfalco EPS, T-224/10 (Corte Constitucional [Colombia], 23 de marzo de 2010).

Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna c. Presidencia de la República y otros [acción de tutela], T-622/16 (Corte Constitucional [Colombia], 10 de noviembre de 2016).

César Augusto Bernal Zamudio c. EPS Sanitas y otro, T-730/10 (Corte Constitucional [Colombia], 13 de setiembre de 2010).

Daniela Ditta Pérez actuando en representación de su hija c. Secretaría de Salud de César y otra, T-200/14 (Corte Constitucional [Colombia], 01 de abril de 2014).

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales, de la ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la ley 979 de 2005, C-075/07 (Corte Constitucional [Colombia], 07 de febrero de 2007).

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 39 (parcial) y 40 del decreto 1647 de 1991 («Por el cual se establece el régimen de personal, de carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de gestión tributaria y se dictan otras disposiciones»), C-023/94 (Corte Constitucional [Colombia], 27 de enero de 1994).

Edna Rocío Campos Oliveros c. Caprecom EPS y otro, T-685/10 (Corte Constitucional [Colombia], 02 de setiembre de 2010).

Elsa León Acosta c. Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, T-815/10 (Corte Constitucional [Colombia], 11 de octubre de 2010).

Jaime León Gañán Ruiz c. Ley 1438 de 2011, C-791/11 (Corte Constitucional [Colombia], 20 de octubre de 2011).

José Abdónias Velásquez y otros c. Nueva EPS y otros, T-246/10 (Corte Constitucional [Colombia], 08 de abril de 2010).

Leonor Vargas González c. Caprecom EPS y otros, T-835/10 (Corte Constitucional [Colombia], 22 de octubre de 2010).

Libia Patricia Díaz Díaz c. Comfacor EPS, T-009/11 (Corte Constitucional [Colombia], 14 de enero de 2011).

Luz Margarita Andrade Rodríguez c. Dirección de Sanidad Militar de las Fuerzas Militares, T-907/04 (Corte Constitucional [Colombia], 17 de setiembre de 2004).

LA IMPORTANCIA
DE LA TÓPICA EN
LA RENOVACIÓN
DEL SISTEMA:
EL CASO DEL
DERECHO
PERUANO Y SU
SISTEMA DE
PRECEDENTES

THE IMPORTANCE
OF TOPICS IN
THE RENEWAL OF
THE SYSTEM: THE
PERUVIAN CASE
AND ITS SYSTEM
OF PRECEDENTS

Luz Stella Gutiérrez Reyes, Derecho a la vida, derecho a la salud, medio de defensa judicial, T-613/92 (Corte Constitucional [Colombia], 16 de diciembre de 1992).

María del Pilar Leguizamo Melo c. Comparta EPS-S, T-022/11 (Corte Constitucional [Colombia], 18 de enero de 2011).

Marlene Murillo de Espitia c. Emdisalud EPS, T-864/10 (Corte Constitucional [Colombia], 03 de noviembre de 2010).

Revisión de constitucionalidad c. Decreto legislativo 4827 del 29 de diciembre de 2010, C-225/11 (Corte Constitucional [Colombia], 29 de marzo de 2011).

Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y 158/98 Cámara, «por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones», C-371/00 (Corte Constitucional [Colombia], 29 de marzo de 2000).

Rodrigo Acuña Cock c. Coomeva EPS, T-654/10 (Corte Constitucional [Colombia], 30 de agosto de 2010).

Rosa Arango de Vallejo y otro c. Coomeva y otro, T-874/10 (Corte Constitucional [Colombia], 04 de noviembre de 2010).

Sandra Milena Meneses Osorio en representación de su hijo c. Coomeva EPS, T-307/06 (Corte Constitucional [Colombia], 19 de abril de 2006).

Sentencia de unificación en tutela solicitada por Germán Humberto Rincón Perfetti – Liga Colombiana de Lucha contra el Sida, en los temas de derecho al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad, a la dignidad, SU-256/96 (Corte Constitucional [Colombia], 30 de mayo de 1996).

Víctor Eli Ceballos Giraldo c. Servicio Occidental de Salud EPS, T-664/10 (Corte Constitucional [Colombia], 30 de agosto de 2010).

XX en representación de su hijo YY c. Coomeva EPS, T-121/15 (Corte Constitucional [Colombia], 26 de marzo de 2015).

Jurisprudencia peruana

Corporación Financiera de Desarrollo sociedad anónima c. Marciano Fernández González (†) y Aura Violeta Salas González, Casación 2402-2012-Lambayeque (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Sexto Pleno Casatorio Civil, 03 de enero de 2013).

Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos; Walker Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz c. Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar, Casación 1465-2007-Cajamarca (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Primer Pleno Casatorio Civil, 22 de enero de 2008).

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, *Diario Oficial El Peruano*, 09 de diciembre de 1996, 144950-145012.

Ley 27682, Ley que modifica el artículo 172º de la ley nº 26702 y declara que son nulos los acuerdos, declaraciones y/o pactos que hubieran asumido o pudieran asumir los usuarios frente a las empresas del sistema financiero, según los cuales no pueden gravar, vender o enajenar sus bienes, ni incrementar deudas fianzas y/o avales, sin la previa intervención de las referidas empresas, *Diario Oficial El Peruano*, 09 de marzo de 2002, 219025.

Ley 27851, Ley que modifica el artículo 1º de la ley nº 27682, que modificó el primer párrafo del artículo 172º de la ley nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, *Diario Oficial El Peruano*, 22 de octubre de 2002, 231760.

Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, *Diario Oficial El Peruano*, 01 de marzo de 2006, 313457-313466.

Liliana Amanda Mejía García y Jubert Alberto Barrios Carpio c. Rosa Estrella Reátegui Marín y Ángel Gabriel Collantes Arimuya, Casación 4442-2015-Moquegua (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Noveno Pleno Casatorio Civil, 09 de agosto de 2016).

Rodrigo Sánchez de la Cruz c. Asociación de Vivienda Chillón y Homero Castillo Alva, Casación 3189-2012-Lima Norte (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Quinto Pleno Casatorio Civil, 03 de enero de 2013).

Otros documentos

Asamblea General [ONU], Res. 217 (III) A, Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).

Código Civil [C.C.] [Perú].

Consejo Económico y Social [ONU], Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (11 de agosto de 2000). E/C.12/2000/4

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948).

Recibido: 15/02/2017
Aprobado: 22/03/2017