

## ¿Existe el “leading case” en el derecho peruano?

por Domingo García Belaunde

### I

Hace un tiempo se empezó a hablar en nuestra literatura jurídica, y en especial, en el área constitucional, de en que determinadas situaciones estábamos ante la existencia de un leading case (cf. Javier Valle-Riestra, Borea, el leading case en “Ius et Veritas”, núm. 8, 1994). Y como quiera que son varios los casos que así hemos visto proclamar, estaríamos, para hablar en plural, ante la existencia de varios leading cases. Pero veamos bien que es lo que esto significa.

### II

El concepto de leading case, como es obvio advertirlo, proviene del idioma inglés, y más en concreto, del inglés jurídico. La palabra leading es un gerundio que viene de leader. Esta última palabra se usó así en castellano durante mucho tiempo, pero ya la Real Academia la castellanizó hace algunas décadas, y en lugar de escribir “leader”, podemos decir correctamente “líder”. Por tanto, “leading” implica transición, y está referido a algo que actúa, en forma permanente, como dirigente, jefe o conductor de algo. En realidad, la palabra leader se tradujo como líder por su extendido uso, pero igual

podría haberse traducido como conductor. En inglés, la palabra “leader” tiene múltiples aplicaciones, y se usa para todo aquel que en un lugar determinado conduce u orienta a los demás. Así se habla de un líder político, o de un profesional líder, o de una empresa líder. Y ahora también se hace en castellano.

### III

El segundo vocablo es case, en plural, cases, que es algo mucho más sencillo. En el inglés jurídico, case es un caso de orden judicial o si se quiere, un litigio, generalmente concluido. Además, y esto es lo importante, tiene un significado exacto, toda vez que el idioma inglés se mueve dentro de un sistema jurídico llamado common law que está hecho a base de casos. Puede decirse, pues, que el sistema jurídico sajón es un sistema de casos que se acumulan uno sobre otro. Por cierto, esto no es totalmente cierto, pues ya existen leyes y compilaciones en muchas áreas. Pero en sustancia, históricamente, y aun más, en sus grandes decisiones, sigue siendo un derecho de casos. A diferencia de nuestros sistemas romanistas que empiezan con la ley y terminan con un código, los sistemas sajones empiezan con casos, continúan con compilaciones de casos, y eventualmente con ordenamientos legales que no hacen más que sistematizar los casos preexistentes.

### IV

Ahora bien, dentro de esta masa de casos, lo peculiar es que el derecho avanza, evoluciona y se transforma, precisamente por casos. Muchas veces sientan huella, orientan acciones futuras y determinan el rumbo de los acontecimientos, por largo o corto tiempo, hasta que son -reemplazados o superados por otros.

Así, por ejemplo, cuando en determinada circunstancia se dan situaciones que provocan una respuesta judicial nueva, creadora, que deja atrás todo lo existente, estamos ante una resolución judicial verdaderamente importante. Pero si además esta resolución empieza a modelar las situaciones que vienen detrás de ella, y se vuelve vinculante para las cortes, estamos ante un caso líder o un leading case. En estas circunstancias, el leading case se asienta, orienta conductas, los jueces la invocan y los abogados recurren a ella como precedente. Y en virtud del stare decisis, se vuelve vinculante para todo el ordenamiento jurídico.

Por cierto, el carácter líder de un caso no siempre se aprecia de inmediato. A veces, se afirma como tal en un par de años, pero a veces demora más. El más célebre leading case del derecho norteamericano es decididamente el “Marbury versus Madison” de 1803, mediante el cual el juez Marshall y su corte, declararon como competencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, inaplicar una ley cuando era inconstitucional.

Lo resuelto por Marshall fue de una dimensión descomunal, pero en realidad, no fue de fácil aceptación, sobre todo tratándose de leyes federales. Sólo después de la guerra civil (1861-1865) y más en concreto, entrado ya el siglo XX, es cuando el principio fue unánimemente aceptado, y dicha sentencia se convierte en un auténtico leading case. Y así existen en materia penal (por ejemplo, el caso Miranda), y otros similares en áreas delicadas, si bien en las últimas décadas el tiempo para su reconocimiento se ha acortado, en vista de la celeridad de la vida política y jurídica.

## V

Ahora bien ¿qué dice la doctrina sobre lo que significa un leading case?. Quizá lo mejor sea ver lo que dicen los diccionarios jurídicos más autorizados. Veamos, como simple muestra, tres de los más usados:

1) El The guide to American Law, vol. 7, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota 1984, en la voz "leading case", dice que es una importante decisión judicial que es frecuentemente mencionada como habiendo asentado o determinado el derecho, y que comprende los problemas envueltos en esa problemática y que se utiliza como guía para las subsecuentes decisiones que se toman. Agrega que el Brown v. Board of Education of Topeka de 1954, que declaró que la segregación racial en las escuelas públicas viola la cláusula de igual protección de acuerdo a la enmienda decimocuarta de la Constitución norteamericana, es un ejemplo de "leading case".

2) El Black's Law Dictionary, varias ediciones (utilizo aquí la de 1979), dice lo siguiente: "Entre los varios casos que son presentados y decididos en las cortes, algunos, por su especial característica e importancia, han reclamado mucho más de los jueces que los casos habituales, y por esta circunstancia, son generalmente vistos como habiendo fijado y determinado el derecho aplicable en esas situaciones, y son considerados como guías para futuras decisiones. Y por la importancia que han adquirido, son familiarmente conocidos como "leading cases".

3) El Ballentine's Law Dictionary (The Lawyers Co-operative Publishing Company, Rochester, N.Y. 1969), dice textualmente lo siguiente: "un caso utilizado en las cortes (ante los jueces) por los abogados, como aquel que finalmente ha determinado y fijado un punto de vista sobre el derecho".

Los textos antes indicados, que aquí hemos traducido libremente pero sin desnaturalizar su sentido, se confirman en los diccionarios de uso habitual en el idioma inglés, como es el célebre diccionario Webster, en sus múltiples versiones.

Sin embargo, la literatura especializada tiende a emplear términos más sofisticados, como "landmark cases" (en donde "landmark" es hito, marca o punto destacado), o "watershed cases" (en donde "watershed" es un equivalente a línea divisoria de las aguas, y que se usa metafóricamente). Este último término es el preferido por una notable

autoridad en la materia, como es Bernard Schwartz (cf. su A history of the Supreme Court, Oxford University Press, N. Y. 1995).

## VI

Visto lo anterior, podemos preguntarnos si es que la figura del leading case es aplicable al Perú.

Lo primero que debemos advertir es que para que exista un leading case, deben darse resoluciones judiciales de alto nivel, esto es, de grandes reflexiones, que representen una visión muy elaborada y con enfoque jurídico de la materia sujeta a revisión judicial, y que a su vez, represente un avance sobre lo que hay en ese momento y con carácter creador. Y esto por desgracia, no ocurre entre nosotros, ya que nuestra judicatura no sólo no tiene el nivel necesario para llegar a esas alturas, sino que tampoco tiene la costumbre de hacerlo. Y al parecer, tampoco está con el ánimo de intentarlo.

Esto se ha observado desde siempre. Si revisamos las sentencias de la Corte Suprema desde el siglo XIX y algunas de las sentencias y vistas fiscales de algunos magistrados célebres, podemos confirmarlo. Esto no significa que no hayan existido magistrados honorables y talentosos que tuvieron un buen desempeño, pero lamentablemente no hicieron una labor de esa envergadura.

Y todo esto se agrava cuando, como ha sucedido en los últimos diez años, la magistratura ha caído en forma estrepitosa, y los niveles de ignorancia, desidia, corrupción y descuido son verdaderamente alarmantes. Nada bueno puede esperarse en estas condiciones; por lo menos, mientras no cambien radicalmente las cosas.

Pero lo anterior no niega que existan magistrados honorables-pocos lamentablemente- que fallen adecuadamente y brinden justicia a las partes, o a quien realmente se lo merecía. Pero aun así, las sentencias son sobrias, con reflexiones breves y legalistas, y con remisión estricta a los códigos. Parece, pues, que nos movemos entre estos dos extremos: o la resolución sobria, austera, que da justicia en el caso concreto, pero

sin mayores revestimientos. O la sentencia torcida y mal hecha, por las razones que ya he señalado.

## VII

Hay otro elemento que debemos tener presente y que es característico de todo leading case. Y es que provoca seguimientos y cambios de rumbo. Y para que eso suceda en forma continuada, habría que considerar a la jurisprudencia como fuente de derecho, como lo es, decididamente, en los países del common law. Pero esto no sucede entre nosotros, no obstante que varios juristas peruanos lo han reclamado durante décadas, y así lo han estipulado numerosas leyes (quizá la primera que lo hizo fue la 23506 de 1982, en materia de habeas corpus y amparo). Pero en la práctica, nada de esto se concretó. Ni siquiera tenemos a disposición de jueces y abogados, compilaciones confiables, ordenadas y completas de la jurisprudencia emanada del Poder Judicial (si bien esto está parcialmente cubierto en lo que se refiere al Tribunal Constitucional, pero no de su predecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales, que funcionó una década: 1982-1992).

## VIII

Pero hay otro argumento que añadir. Y es el problema de nuestro sistema jurídico. Nosotros, como se sabe, pertenecemos al sistema romanista, que está hecho sobre la base de normas escritas, y en donde lo normal es legislar todo lo que hay que resolver jurídicamente. Esto es, el accionar de los jueces, siendo importante y eventualmente creador, está condicionado por la legislación existente.

No sucede así en los sistemas del common law, en donde no obstante existir legislación, el derecho avanza a golpe de casos y que adicionalmente, de vez en cuando, dan enormes saltos cualitativos que

permiten a los demás poder seguirlos, configurándose así un leading case. Esto sucede, pues, en un derecho de casos. El sistema jurídico peruano, al igual que los demás sistemas romanistas, no es de casos, y por eso, es difícil decir que existan casos líderes.

Por tanto, mi opinión, hasta ahora, es que el concepto de leading case, aplicado a alguna jurisprudencia que existe o haya existido en el derecho peruano, es sin lugar a dudas, un abuso del lenguaje. O en el mejor de los casos, un recurso literario.

## IX

Sin embargo, podemos reflexionar sobre qué puede suceder en el futuro, en relación con las resoluciones que emitan nuestros jueces en el ámbito de sus competencias.

Pienso que de inmediato no va a pasar nada. Existe una medianía tan extendida en el ámbito judicial, que es difícil que esto pueda cambiar fácilmente. Aun más, el Poder Judicial se ha convertido, en la mayoría de las veces, en un huesero forense, al cual van los que no tienen otro lugar donde ir. De hecho, los más brillantes alumnos de las facultades de derecho del país, públicas y privadas, generalmente no son tentados por la judicatura. Y cambiar esto no es fácil. Si bien no hay que renunciar a buscar mejores jueces en el futuro.

## X

¿Y que podría pasar en un futuro, al cual podríamos imaginar?. Veamos otros países, como son la Argentina, Brasil y México. En todos ellos la jurisprudencia es importante, se sistematiza y es objeto de estudio y representa, por lo general, aspectos importantes a tomar en cuenta por los operadores del Derecho. Y muchas veces se vuelven

vinculantes. Pero en puro rigor, no hay leading cases, pues por más importantes que sean los casos resueltos, siempre lo hacen dentro del marco de una ley. Y esto por la sencilla razón de que las familias jurídicas son distintas: Claro, algunos estudiosos a veces se refieren a leading cases, pero son conscientes de los límites de este uso. Y cuando así lo hacen, constituye un lujo que pueden darse los juristas de otros países, con una mejor tradición judicial que la peruana.

Nosotros, más que preocuparnos por los leading cases, deberíamos esperar que los jueces funcionen bien dentro del marco adecuado de la ley y con honestidad. Y si hacen esto, les quedaremos eternamente agradecidos. El resto, si viene, será con los años. Y por añadidura, como dice el Evangelio.

Lima, diciembre de 2001.