

PRECEDENTES OBLIGATORIOS

Luiz Guilherme Marinoni

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Federal de Paraná - Brasil

PRECEDENTES OBLIGATORIOS

Traducción:
Christian Delgado Suárez

PALESTRA EDITORES
Lima — 2013

Nº 1

COLECCIÓN

Proceso, Derecho y Sociedad

Directores:

Luiz Guilherme Marinoni
Giovanni Priori Posada

Coordinador:

Christian Delgado Suárez

Precedentes Obligatorios

Luiz Guilherme Marinoni

Primera edición, junio 2013

*Traducción de la obra original del autor, Precedentes Obrigatórios (Capítulos 1 al 3).
São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010.*

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin el consentimiento expreso de los titulares del Copyright.*

© Copyright : LUIZ GUILHERME MARINONI

© Copyright 2013 : PALESTRA EDITORES S.A.C.

Jr. Ica 435 of. 201 - Lima 1 - Perú

Telf. (511) 7197628 / Telefax: (511) 7171661

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

© Copyright de la traducción : CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ

Impresión y encuadernación:

Grández Gráficos S.A.C.

Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

www.grandezgraficos.com

DISEÑO DE CARÁTULA Y DIAGRAMACIÓN: ALAN OMAR BEJARANO NÓBLEGA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2013-02607

ISBN: 978-612-4047-94-7

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

Contenido

Prefacio de la edición peruana	11
Introducción.....	13

CAPÍTULO 1

Aproximación crítica entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law* y la necesidad de respeto a los precedentes

1. Introducción	19
2. El <i>Common Law</i> : las teorías declaratoria y constitutiva de la jurisdicción.....	20
3. <i>Common Law</i> y <i>stare decisis</i>	31
4. ¿Creación jurisprudencial del derecho en virtud de la omisión del Legislativo?	33
5. ¿Creación judicial del derecho como consecuencia del <i>stare decisis</i> ?	37
6. Verdadero significado del <i>law-making authority</i>	38
7. De la " <i>supremacy of the English parliament</i> " al " <i>judicial review</i> " estadounidense	43
8. Un esclarecimiento: los diferentes significados de la "supremacía del parlamento" en Inglaterra y en Francia	49
9. La superación del iusnaturalismo racionalista por el positivismo y las concepciones de <i>judge make law</i> y de <i>juge bouche de la loi</i>	52
10. El juez como " <i>bouche de la loi</i> "	54
11. El problema de la interpretación de la ley en el <i>Civil Law</i>	62

12.	La certeza jurídica como garantía de seguridad	67
13.	El individualismo del juez del <i>Civil Law</i>	69
14.	El impacto del constitucionalismo en el <i>Common Law</i>	72
15.	El control de constitucionalidad de la ley en el Brasil	79
16.	Adopción del sistema de control difuso de constitucionalidad y la imprescindibilidad del <i>stare decisis</i>	82
17.	El juez delante de los conceptos indeterminados y de las reglas abiertas	95
18.	<i>Judge make law</i> y decisión judicial, en la ausencia de ley, en el <i>Civil Law</i>	99
19.	El Superior Tribunal de Justicia y la uniformidad de la interpretación del derecho federal	110
20.	La aproximación entre los sistemas del <i>Civil Law</i> y del <i>Common Law</i> y la imprescindibilidad del respeto a los precedentes en el sistema brasileiro	111

CAPÍTULO 2

Discusión sobre la oportunidad de respetar los precedentes

1.	Noción de precedente	115
1.1	Precedente y experiencia	115
1.2	Precedente y ejemplo	116
1.3	Precedente y costumbre	118
1.4	Precedente, poder y respeto al pasado	119
1.5	El precedente visto en relación al futuro	122
1.6	Precedente, hechos y derecho	123
1.7	Precedentes obligatorios y precedentes persuasivos	123
1.8	Eficacia vertical y horizontal de los precedentes	133
2.	Razones para seguir los precedentes	136
2.1	Precedente y seguridad jurídica	136
2.1.1	Estado de Derecho y seguridad jurídica	136
2.1.2	Previsibilidad	139
2.1.3	Estabilidad	147
2.1.4	La relación entre doble grado y respeto a los precedentes en la dimensión de seguridad jurídica	148
2.1.5	Tutela de la seguridad jurídica y de la confianza	155
2.1.6	La cosa juzgada y el precedente vinculante delante de la tutela de la seguridad jurídica y de la confianza	157

2.1.7	Precedente y cosa juzgada <i>erga omnes</i>	159
2.2	Precedente e igualdad	161
2.2.1	El principio de igualdad y su incidencia.....	161
2.2.2	Igualdad ante la jurisdicción: igualdad en el proceso, igualdad al proceso e igualdad delante de las decisiones judiciales.....	162
2.2.3	Igualdad ante la ley e igualdad ante la interpretación judicial de la ley	171
2.2.3.1	La plussignificación del texto de la Ley	171
2.2.3.2	La técnica legislativa de las cláusulas abiertas .	173
2.2.3.3	La legalidad substancial	184
2.2.3.4	El control de la constitucionalidad de las leyes	188
2.3	Coherencia del orden jurídico.....	192
2.3.1	La lógica del sistema estructurado sobre los tribunales y recursos	192
2.3.2	El respeto a la jerarquía	195
2.3.3	La coherencia en la afirmación del orden normativo ..	196
2.4	Control del poder del juez. Garantía de imparcialidad	202
2.5	Posibilidad de orientación jurídica.....	205
2.6	Definición de expectativas	207
2.7	Desestímulo al litigio	209
2.8	Favorecimiento de acuerdos.....	212
2.9	Despersonalización de las demandas. Mayor facilidad de aceptación de la decisión.....	213
2.10	Racionalización del doble grado de jurisdicción.....	215
2.11	Contribución a la duración razonable del proceso	216
2.12	Economía de los gastos	218
2.13	Mayor eficiencia del Poder Judicial.....	220
3.	Argumentos contrarios a la fuerza obligatoria de los precedentes	221
3.1	Obstáculo al desarrollo del derecho y al surgimiento de decisiones adecuadas a las nuevas realidades sociales	221
3.2	Obstáculo a la realización de la isonomía sustancial.....	228
3.3	Violación al principio de separación de poderes	231
3.4	Violación de la independencia de los jueces.....	239
3.5	Violación del juez natural	246
3.6	Violación de la garantía del acceso a la justicia.....	246

CAPÍTULO 3

Sobre la comprensión y la utilización de los precedentes

1.	Introducción	249
1.1	Primeras consideraciones	249
1.2	Precedente y decisión judicial	250
1.3	Precedente y sùmula	251
1.4	El esquema de la decisión judicial de <i>Civil Law</i>	254
2.	<i>Ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i> en el <i>Common Law</i>	257
2.1	<i>Ratio decidendi</i>	257
2.2	<i>Obiter dictum</i>	271
2.3	La <i>ratio</i> como propuesta necesaria y suficiente para alcanzar la decisión	277
2.4	Significado de juzgado con dos <i>rationes</i>	280
2.5	Particularidades del <i>Common Law</i> : la <i>ratio decidendi</i> como solución del caso	283
2.6	La consideración de lo juzgado anteriormente. La importancia de una adecuada visualización de la <i>ratio decidendi</i>	285
2.7	La formación paulatina de la <i>ratio</i>	287
2.8	La interpretación de la <i>ratio</i> : los puntos de derecho	289
2.9	La interpretación de la <i>ratio</i> : los hechos que dan composición al caso y los que fueron considerados en la decisión	290
3.	Elaboración de los conceptos de <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i> en el derecho brasileño	293
3.1	La importancia de los hechos y de los precedentes interpretativos	293
3.2	Particularidades de los precedentes en el derecho brasileño: las decisiones que tratan exclusivamente de cuestiones de derecho y las decisiones proferidas en el control abstracto de constitucionalidad	296
3.3	La <i>ratio decidendi</i> como premisa para la solución de problemas y no simplemente de casos	300
3.4	Nuevo fundamento y aplicación del precedente. Aplicación del precedente sin la invocación de su fundamento. De la eficacia preclusiva de la cosa juzgada a la necesidad de identificar los casos	303

3.5	Acción declarativa de (in)constitucionalidad y la aplicación del precedente. De la cosa juzgada <i>erga omnes</i> a la eficacia vinculante de los motivos determinantes de la decisión.....	313
3.6	Elementos para la caracterización de la <i>obiter dicta</i> en el derecho brasileño.....	322
3.7	La fundamentación de las decisiones en la nueva perspectiva	332
3.7.1	La fundamentación de las decisiones en la tradición del derecho procesal civil	332
3.7.2	La extensión de la eficacia vinculante de los fundamentos como consecuencia de la comprensión de la función y de la importancia de los precedentes	333
3.7.3	Motivos determinantes y <i>ratio decidendi</i>	336
3.8	Cosa juzgada, eficacia <i>erga omnes</i> y eficacia vinculante: el énfasis en la <i>ratio decidendi</i>	338
4.	<i>Distinguishing</i>	375
4.1	La cuestión en el <i>Common Law</i>	375
4.2	El desarrollo del derecho mediante la extensión y la limitación de los precedentes	380
4.3	Problematización del <i>distinguishing</i> ante las particulares técnicas de aplicación de precedentes.....	385
4.3.1	Técnica de señalización	385
4.3.2	<i>Transformation</i>	395
4.3.3	<i>Overriding</i>	399
4.3.4	La elaboración de distinciones inconsistentes.....	402
4.4	El <i>distinguishing</i> en el Supremo Tribunal Federal	406
4.4.1	<i>Distinguishing</i> frente a las súmulas	406
4.4.2	<i>Distinguished</i> frente a precedentes constitucionales	424
4.5	Contextualización del <i>distinguished</i> , adoptado en el Supremo Tribunal Federal, con las técnicas de tratamiento de precedentes aplicadas en los Estados Unidos.....	432
4.6	La cuestión de los "casos conflictivos" en el Tribunal Superior de Justicia.....	440

5.	Revocación del precedente (<i>overruling</i>).....	445
5.1	Criterios para la revocación de los precedentes.....	445
5.2	<i>Anticipatory overruling</i>	461
5.2.1	Primeras consideraciones.....	461
5.2.2	Fundamentos para el <i>anticipatory overruling</i>	463
5.2.3	Fundamentos adicionales.....	467
5.2.4	La razón de ser del <i>anticipatory overruling</i>	468
5.2.5	Argumentos favorables y desfavorables de la anticipación del <i>overruling</i>	470
5.2.6	Perspectivas de la legislación brasileña.....	475
5.2.7	Las sùmulas y el <i>anticipatory overruling</i>	479
5.3	Los efectos de la revocación del precedente.....	481
5.3.1	Los efectos prospectivos (<i>prospective overruling</i>) en los Estados Unidos.....	481
5.3.2	La cuestión de los efectos prospectivos en el Supremo Tribunal Federal.....	487
5.3.3	El problema de los efectos prospectivos en el Tribunal Superior de Justicia.....	499
5.4	El despropósito de la tesis de la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada material.....	511

PREFACIO DE LA EDICIÓN PERUANA

Es un gran placer presentar este libro a los colegas y estudiosos del Perú, especialmente cuando la relación entre los doctrinadores de los países latinoamericanos se torna más fecunda ante la maduración de la consciencia e imprescindibilidad del desarrollo de teorías jurídicas capaces de garantizar el florecimiento de una región que posee problemas y necesidades comunes.

El presente texto parte de la premisa de que la mitificación de la separación entre los sistemas del *Civil Law* y el *Common Law* dificulta la discusión de institutos e instrumentos que han generado beneficios al derecho del *Common Law* y que podrían, a partir de una elaboración doctrinaria crítica, contribuir para el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos de América Latina.

A pesar de los cambios que operaron en el ámbito del *Civil Law* —inclusive en las concepciones de derecho y de jurisdicción, marcadamente en virtud del impacto del constitucionalismo—, todavía se ignora el grave problema de las “decisiones judiciales diferentes para casos iguales”, como si el trabajo de los tribunales no debiese guardar coherencia y como si todos no fuesen iguales ante el derecho elaborado por los jueces.

Delante de este panorama, el libro pretende demostrar que el sistema de precedentes no es privilegio del *Common Law*, así como debatir las razones que acostumbran ser invocadas a favor y en contra de la eficacia obligatoria de los precedentes. Se pretende, sobretudo, llamar la atención para la relación entre el respeto a los precedentes, de un lado, y la seguridad jurídica, la coherencia del derecho y la igualdad, de otro lado.

La oportunidad de presentar el texto en el Perú contó con el estimado auxilio de Christian Delgado, joven estudioso peruano y mi orientado en la Maestría en Derecho de la Universidad Federal de Paraná, quien cuidadosamente realizó la traducción a la lengua española.

Lima, febrero del 2012

LUIZ GUILHERME MARINONI
Profesor Titular de Derecho Procesal
de la Universidad Federal del Paraná - Brasil

INTRODUCCIÓN

La contraposición entre *Common Law* y *Civil Law* cedió lugar a la idea de que estos sistemas constituyen dos aspectos de una misma y gran tradición jurídica occidental. No obstante, el *Civil Law* y el *Common Law*, habiendo surgido en circunstancias políticas y culturales diferentes, hicieron surgir tradiciones jurídicas particulares, caracterizadas por institutos y conceptos propios.

La tradición del *Civil Law* se basa en dogmas, propios de la Revolución Francesa, los cuales niegan postulados que paulatinamente fueron establecidos durante la transformación de la realidad social y del contenido de los Estados de países que se formaron a partir de la doctrina de la separación estricta entre los poderes y de la mera declaración judicial de la ley. Sin embargo, a pesar de los cambios que operaron en el ámbito del *Civil Law* —inclusive en las concepciones de derecho y de jurisdicción, marcadamente en virtud del impacto del neoconstitucionalismo¹—, existe todavía gran

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil — Teoria geral do processo*. 4 Ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. Vol. I, esp. Parte I.

resistencia —por no decir indiferencia— a institutos del *Common Law* de fundamental importancia para el perfeccionamiento del derecho brasileiro, como es el caso del respeto a los precedentes.

Recuérdese que, aunque los precedentes hayan sido fundamentales para el desarrollo del *Common Law*, el *stare decisis* —esto es, la eficacia vinculante de los precedentes—, tiene sustentación especialmente en la igualdad, en la coherencia, en la estabilidad del orden jurídico y en la previsibilidad. Aunque sea costumbre pensar el *stare decisis* como aspecto indisociable del *Common Law*, la verdad es que el primero surgió en el curso del desarrollo del segundo, sobre todo para dar seguridad a las relaciones jurídicas.

También es equivocado imaginar que el *stare decisis* —o la eficacia vinculante de los precedentes— existe o tiene razón de ser apenas donde el juez crea derecho. En tiempos recientes, como precisamente advierte MacCormick —especialmente en *Rethoric and the rule of law*—, inclusive en los países del *Common Law*, derecho jurisprudencial puro es relativamente raro. Mucho del derecho jurisprudencial, ahora, toma la forma de interpretaciones explicativas (*glosses*) de la ley.²

A propósito, considerándose la hoy fantásica suposición de que el *stare decisis* existe en derivación de la inacción del legislativo, conviene constatar que no hay déficit en la legislación en los Estados Unidos. Por el contrario, varios Estados americanos tienen más normas legales que muchos países del *Civil Law*³. De modo que no tiene cabida la alegación de que el precedente tiene fuerza vinculante por falta de actuación del legislador.

Por otro lado, la tradición del *Civil Law*, anclada en las razones de la Revolución Francesa, fue completamente descaracterizada

² MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law — A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press. 2005. p. 247.

³ MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law tradition: an introduction to the legal system of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press. 2007. p. 65 y ss.

con el paso del tiempo. El juez, inicialmente prohibido de interpretar la ley, pasó paulatinamente a interpretarla, cayendo luego en desuso las comisiones legislativas, instituidas para resolver las dudas de interpretación y, luego, el primer aspecto de la Casación, delineada como órgano de naturaleza no jurisdiccional para casar las interpretaciones judiciales incorrectas.

La evolución del *Civil Law* es la historia de la superación de una idea instituida para viabilizar la realización de un deseo revolucionario y, que, por lo tanto, nació con la marca de utopía. Como dogma, esta noción se mantuvo viva aunque la evolución del *Civil Law* la descaracterizase. La fuerza del constitucionalismo y la actuación judicial mediante la concretización de las reglas abiertas hizo surgir un modelo de juez completamente distinto del deseado por la tradición del *Civil Law*. El *Civil Law* vive, actualmente, la contradicción entre el juez real y el juez de las doctrinas acríticamente preocupadas solo en justificar que la nueva función del juez cabe dentro del modelo del principio de separación de poderes. En verdad, la doctrina olvida esclarecer que el juez de la Revolución Francesa nació muerto y que el principio de la estricta separación de poderes sufrió una mutación con el paso del tiempo, teniendo en los días que transcurren, una figura distinta.

No hay duda que el papel del actual juez del *Civil Law* y, principalmente, el del juez brasileiro, a quien es concedido el deber-poder de controlar la constitucionalidad de la ley en el caso concreto, se aproxima mucho a la función ejercida por el juez del *Common Law*, especialmente a la de la realizada por el juez americano. Sucede que a pesar de la aproximación de los papeles de los magistrados de ambos sistemas, solo el *Common Law* es devoto al respeto a los precedentes —lo que se configura altamente nocivo al sistema de distribución de justicia, a la afirmación del poder y a la estabilidad del derecho en el Brasil.

La ausencia del respeto a los precedentes está fundada en la falsa suposición inherente al *Civil Law*, de que la ley sería suficiente para garantizar la certeza y la seguridad jurídica. La tradición del

Civil Law afirmó la tesis de que la seguridad jurídica solo sería viable si la ley fuese estrictamente aplicada. La seguridad sería garantizada mediante la certeza advenida de la subordinación del juez a la ley. Sin embargo, es curioso percibir que la certeza jurídica adquirió aspectos antagónicos en el *Civil Law* y en el *Common Law*, ya que en el último fundamentó el *stare decisis*, mientras en el *Civil Law* fue utilizada para negar la importancia de los tribunales y de sus decisiones.

No obstante, ni al “descubrirse” que la ley es interpretada de diversas formas y, visiblemente, que los jueces del *Civil Law* de forma rutinaria deciden de diferentes modos los “casos iguales”, se abandonó la suposición de que la ley es suficiente para garantizar la seguridad jurídica. Ahora, al tornarse inocultable que la ley es interpretada de diversas formas, haciendo surgir distintas decisiones para los casos iguales, debería haber surgido, al menos en sede doctrinaria, la lógica conclusión de que la seguridad jurídica únicamente puede ser garantizada resaltándose la igualdad en las decisiones judiciales y, así, estableciéndose el deber judicial de respeto a los precedentes. Al final, la ley adquiere mayor significación cuando bajo la amenaza de violación o luego de haber sido violada, de forma que la decisión judicial que la interpreta no puede quedar en segundo plano o desmerecer algún respeto del propio Poder que la promulgó.

La seguridad jurídica, románticamente deseada en la tradición del *Civil Law* por la estricta aplicación de la ley, no puede más dispensar el sistema de precedentes hace mucho tiempo establecido en el *Common Law*, en el que la posibilidad de decisiones diferentes para casos iguales nunca dejó de ser percibida y, por eso, hizo surgir el principio de que los casos similares deben ser tratados del mismo modo.

Luego de demostrar que el sistema de precedentes no es privilegio del *Common Law*, el libro aborda en su Capítulo II, las varias razones que acostumbran ser invocadas a favor y en contra de la eficacia vinculante de los precedentes, demostrando no haber

más motivo para antipatizar con la idea de obligar a los jueces a respetar los precedentes de los tribunales superiores. La fuerza vinculante de los precedentes de esos tribunales es necesaria para garantizar la coherencia del orden jurídico, la igualdad, la estabilidad y la previsibilidad, además de favorecer la efectividad del sistema de decisiones. Mientras sucede eso, las tradicionales reclamaciones contra la obligatoriedad de los precedentes no resisten a un cuidadoso análisis de la cuestión, sobre todo una vez que es despojada de preconceptos, que, frecuentemente, están basadas en argumentos que fugan de la racionalidad.

Es claro que de nada ayudaría todo ese discurso sin que fuese trazado un método capaz de sustentar la aplicación de los precedentes en el Brasil. Es así que, en el Capítulo II, se aborda, inicialmente, la doctrina del *Common Law*, especialmente la norteamericana, para discutir los conceptos fundamentales para la operación con los precedentes. Se analizan, de tal suerte, los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*, indispensables para la comprensión de la esencia de los precedentes, llegándose, posteriormente, al análisis de sus modelos operacionales, como el *distinguishing* y sus semejantes: técnica de señalización, *transformation*, *overriding* y la elaboración de decisiones inconsistentes. Se estudia, todavía, el *overruling*, dándose atención al *anticipatory overruling* y a los efectos prospectivos de la revocación de precedentes cuya asimilación es absolutamente fundamental en un sistema que, dando énfasis a precedentes vinculantes, debe preocuparse tanto con la seguridad jurídica cuanto con el desarrollo del derecho y la confianza justificada en el orden jurídico.

El último capítulo es dedicado a demostrar la fuerza vinculante de los precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia. Ahí se trata, aún, de instrumentos que han sido discutidos en el derecho brasileiro —como las *súmulas*, la repercusión general, los recursos repetitivos, el juzgamiento monocrático del relator y el rechazo liminar de las demandas repetitivas— no obstante, bajo el enfoque de los resultados que

fueron conquistados en los capítulos antecedentes. En el último capítulo también abordan algunas normas del Proyecto del Código de Proceso Civil acerca del tema y se hace pública la propuesta (Propuesta de modificación del Código de Proceso Civil para reglamentar la eficacia obligatoria de los precedentes) presentada cuando se realizó la elaboración del Anteproyecto.

El libro es fruto natural de la evolución de los estudios en torno al perfeccionamiento de la jurisdicción y del proceso civil, especialmente influenciado por la necesidad de atribuir fuerza a las decisiones de los tribunales incumbidos con dar sentido a la Constitución y a la ley infraconstitucional, evitándose la ausencia de coherencia en el orden jurídico, la desigualdad ante el Poder que dice el derecho, la inseguridad y la falta de efectividad en la distribución de la justicia. Se espera que pueda contribuir para atenuar el caso y la falta de “sentido común” que marcan al sistema brasileiro.

Nueva York, verano del 2010

LUIZ GUILHERME MARINONI

CAPÍTULO 1

Aproximación crítica entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law* y la necesidad de respeto a los precedentes

1. INTRODUCCIÓN

El *Civil Law* y el *Common Law* surgieron en circunstancias políticas y culturales completamente distintas, lo que naturalmente llevó a la formación de tradiciones jurídicas diferentes, definidas por institutos y conceptos propios a cada uno de ambos sistemas.

El *Civil Law* carga, a partir de las banderas de la Revolución Francesa, dogmas que todavía sirven para negar conceptos e institutos que, aunque no se adhieren a su teoría y tradición, se muestran indispensables delante de la práctica y de la realidad de países que se formaron a partir de la doctrina de la separación estricta entre los poderes y de la mera declaración judicial de la ley.

No obstante las transformaciones que operaron en el *Civil Law* —inclusive en las concepciones de derecho y de jurisdicción, marcadamente en virtud del impacto del constitucionalismo— y las especificidades del sistema brasileiro —que se somete al control difuso de constitucionalidad de la ley—, existe notoria resistencia, por no decir indiferencia, a institutos del *Common Law* de gran importancia para el perfeccionamiento de nuestro derecho, como es el caso del respeto a los precedentes.

Este capítulo pretende demostrar, mediante un método histórico-crítico, la aproximación entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law*, y en tal dimensión, la necesidad de rendir respeto a los precedentes en el derecho continental. En un sistema que, al expurgar los dogmas, se depara con la realidad inapartable de que la ley es interpretada de diversos modos, no hay otra alternativa para preservar la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, elementos indispensables en un Estado de Derecho.

2. EL COMMON LAW: LAS TEORÍAS DECLARATORIA Y CONSTITUTIVA DE LA JURISDICCIÓN

En el *Common Law*, se discutió intensamente sobre el significado de la decisión judicial o, propiamente, sobre el significado de la función jurisdiccional. Se deseaba esclarecer si la decisión judicial creaba el derecho o solamente lo declaraba y, bien fue por eso que se intuyó que se estaba discutiendo una teoría de la jurisdicción.¹

Inicialmente, se sustentó en Inglaterra la tesis de que el juez solo declaraba el derecho, siendo uno de sus principales defensores, William Blackstone². En su entender, existiría la *lex non scripta* —el derecho no escrito en el *Common Law*— y la ley escrita —el derecho escrito o un *statute law*. El *Common Law* propiamente dicho reflejaría tantas costumbres generales, “costumbres establecidas” y “reglas y máximas establecidas”³, cuanto las costumbres

¹ WESLEY-SMITH, Peter. “Theories of adjudication and the status of *stare decisis*”. En: GOLDSTEIN, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 73 y ss.

² BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (faxsimil de la primera edición, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. vol. 1, p. 69.

³ Ídem, p. 68.

particulares de algunas partes del reino, bien como aquellas observadas solo en algunas cortes y jurisdicciones.⁴

La suposición de que el *Common Law* consiste en las costumbres generales hace sentir a la teoría declaratoria en otra perspectiva, esto es, la propia teoría declaratoria bajo disfraz⁵. Partiéndose de la idea de que el *Common Law* está en las costumbres generales observadas entre los *Englishmen*, el juez no la crea, sino simplemente la declara. De ahí la conclusión de Blackstone de que las decisiones de las Cortes constituían la demostración de lo que el *Common Law* es.⁶

No obstante, la naturaleza declaratoria también era resaltada cuando la decisión se basaba en un precedente judicial. Si los precedentes se destinan a desarrollar el *Common Law*, decisiones iguales sobre un punto de derecho significarían, igualmente, *Common Law*. Para la teoría en análisis, el juez estaba limitado a declarar el derecho fijado en los precedentes. Su autoridad no le daba poder para crear un nuevo derecho, sino apenas para mantener y declarar un derecho ya conocido.⁷

⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 168.

⁵ “La idea de que el *Common Law* consiste en costumbres generales es la teoría declaratoria sobre outro disfraz” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 168).

⁶ BLACKSTONE, William. Ob. cit., p. 86.

⁷ “Así, mientras el *case law*, a comienzos del siglo XIX, constituía una parte menor de reglas escocesas en comparación con las leyes inglesas, éste era explicado en los mismos términos en ambos países. El *Common Law* se pauta en costumbres de un país en el cual las decisiones judiciales son declaraciones de derechos que pueden o no ser precisas. Esas decisiones son dotadas de autoridad en la medida en que son declaradas por ellos (Cámara de Lords) pero nada más que eso” (En el original: “Thus while case-law at the beginning of the nineteenth century formed a smaller part of Scots than of English law, it was explained in the same terms in both countries. The *Common Law* is the custom of the country of which judicial decisions are declarations which may or may not be accurate.

Jeremy Bentham y John Austin condenaron de manera ácida e impiadosa la teoría declaratoria. Bentham la igualó al método adoptado para el entrenamiento de perros —llegó a calificarla, literalmente, de *dog-law*⁸— al paso que Austin la acusó de ficción infantil⁹. Para este autor, los jueces tendrían la noción ingenua de que el *Common Law* sería producido por ellos, pero se constituiría en algo milagroso, hecho por nadie, existente desde siempre y para la eternidad, meramente declarado de tiempo en tiempo¹⁰. El *Common Law*, en la concepción de la teoría positivista, existía por ser establecido por los jueces que poseían *law making authority*, siendo el derecho, entonces, producto de la voluntad de los magistrados: no algo meramente descubierto, sino creado.¹¹

They are authoritative in so far as they declare it, but no further”) (MAC-CORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished? Judicial Review*, 1966, p. 203).

⁸ BENTHAM, Jeremy. *Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is said to be. The works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring). Edinburgh: William Tait, 1843. vol. 5, p. 231-238.

⁹ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5. ed. rev. London: John Murray, 1911. vol. 2, p. 634.

¹⁰ Ídem. “Lo que impidió (a Blackstone) de percibir esto fue la ficción infantil empleada por nuestros jueces de que el *judiciary* o *Common Law* no es hecho por ellos, sino, es algo milagroso hecho por nadie, existiendo, yo imagino, a partir de la eternidad y siendo meramente *declarado* de tiempo en tiempo por los jueces” (En el original: “What hindered him from seeing this, was the childish fiction employed by our judges, that *judiciary* or *Common Law* is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely *declared* from time to time by the judges”).

¹¹ “El *Common Law*, aducen los positivistas, existía (si es que realmente existía) porque era puesto por jueces que poseían la *law-making authority* (autoridad de hacer la ley). La ley era un producto de la voluntad judicial. No era descubierta, sino, creada” (En el original: “The *Common Law*, said the positivists, existed (if it existed at all) because it was laid down by judges who possessed law-making authority. Law was the product of

Con la finalidad de ser mejor comprendida la disputa entre las dos teorías, es importante retornar la atención para la cuestión de la autoridad de la decisión judicial. El problema, por lo tanto, consiste en saber si el juez tenía autoridad para crear o solo para declarar el derecho. Cualquiera que sea la justificativa teórica empleada con la finalidad de concluir que el juez posee autoridad para crear derecho, existe, antes, la necesidad de conocer la realidad en que el Estado inglés se formó al admitir la *law making authority*. Aquí no importa saber si la decisión declara o crea derecho, pero sí conocer el motivo por el cual el *Common Law* admitió, al revés de lo que sucedió en el *Civil Law*, que el juez podía crear derecho.

No obstante, la naturaleza declaratoria o constitutiva de la decisión judicial podría tener relevancia para la cuestión del respeto obligatorio a los precedentes o, en otras palabras, para el *stare decisis*, mientras sea tomada en su acepción corriente en el derecho estadounidense¹². Se afirmó que, si el precedente repre-

judicial will. It was not discovered but created”) (WESLEY-SMITH, Peter. Ob. cit., p. 74).

¹² Generalmente, el término *stare decisis*, significa tanto la vinculación, por medio del precedente, en orden vertical (o sea, como representación de la necesidad de una Corte inferior respetar la decisión pretérita de la Corte superior), como horizontal, (la Corte poder respetar la decisión anterior emanada en su interior, aunque la constitución de los jueces sea alterada). Esta es la posición adoptada, entre otros, por Neil Duxbury y Melvin Aron Eisenberg. En otra senda, están aquellos que optan por distinguir el término *stare decisis de precedent*, como Frederick Schauer, para quien “técnicamente, la obligación de una corte de seguir sus decisiones previas de la misma corte es considerada como *stare decisis* (...) y el término más comprensivo *precedente* es usado para referirse tanto al *stare decisis* cuanto a la obligación de una corte inferior seguir las decisiones de una superior”. Ver DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 12-13; 28; EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1998. p. 48 y ss.; SCHAUER, Frederick. Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol13/papers>.

senta apenas una evidencia del derecho, ningún juez podría ser absolutamente obligado a seguirlo, toda vez que el juez siempre tendría el poder de declarar contrariamente al precedente o incluso a su *overruling* (revocación)¹³. En esta línea, el *stare decisis* (respeto obligatorio a los precedentes), exigiría, como antecedente lógico, la creación judicial del derecho.

De la relación entre la naturaleza constitutiva de la decisión judicial y el *stare decisis* se formaron tres mitos: i) el *Common Law* no existe sin el *stare decisis*; ii) el juez del *Common Law*, por crear derecho, realiza una función absolutamente diversa de aquella que realiza su colega del *Civil Law*; y iii) el *stare decisis* es incompatible con el *Civil Law*.

Sin embargo, la verdad es que la creación judicial del derecho no constituye un presupuesto para el *stare decisis*. El respeto al pasado es trazo peculiar a la teoría declaratoria, con la diferencia de que el precedente, en vez de constituir, declara el derecho consuetudinario o representa el propio desarrollo de las costumbres generales, o sea, el *Common Law*. Así, aunque se admitiese que la función judicial fuese meramente declaratoria, nada podría indicar que el juez estuviese menos dispuesto a respetar el pasado. Por otro lado, incluso que se aceptase la creación judicial del derecho, nada podría asegurar que el juez estaría obligado a respetar los precedentes. Déjese en claro, desde luego, que tanto la teoría declaratoria, cuanto la constitutiva, fueron obligadas a admitir la revocación del precedente cuyo contenido no pudiese ser presentado nuevamente sin generar injusticia en el caso concreto.

Neil MacCormick, en el trabajo sugestivamente titulado *Can stare decisis be abolished?*¹⁴, luego de alegar que Bentham y Austin demostraron el “disparate de la teoría declaratoria del precedente”,

cfm?abstract_id=1007001&rec=1&srcabs=1411716. Accedido: el 1 de octubre del 2009.

¹³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 30.

¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* p. 197 y ss.

y afirmar que sus doctrinas pasaron a ser parte de la “herencia [*bag-and-baggage*] intelectual del derecho”, realiza una interesante construcción¹⁵. El jurista escocés advierte que, como los jueces estaban sumergidos en la cultura jurídica que evidenciaba el colapso de la teoría declaratoria, los magistrados no más podrían esconderse atrás de esta teoría en caso desearan revocar los precedentes. De acuerdo con MacCormick, para seguir a Austin, el juez tendría que legislar abiertamente. Como la doctrina austiniana sustenta que el juez crea el derecho, su aceptación exigiría que los jueces también admitiesen que realmente podrían legislar, inclusive al revocar los precedentes.

Todavía relata MacCormick que la invitación de Austin no fue aceptada¹⁶. Es que los jueces se sentían cómodos al declarar y no querían asumir la responsabilidad de crear el derecho y de revocar los precedentes. Así, es realmente posible decir que los jueces tuvieron buenas razones para mantenerse presos en la teoría declaratoria, permitiéndole una larga vida, especialmente

¹⁵ Ídem, p. 204.

¹⁶ “A partir del momento en que esas teorías se tomaron como parte de la herencia cultural del derecho, quedó claro que los jueces no podrían esconderse más atrás de la teoría declaratoria en caso desearan divergir de autoridades anteriores. Si fuese para legislar, deberían legislar abiertamente. Sin embargo, la invitación de Austin no fue aceptada. Por consecuencia o no de la desaprobación de Bentham los jueces llegaron a aceptar que apartarse de decisiones anteriores era también legislar; y ellos no irían a hacer eso” (En el original: “Once these theories had become part of the intellectual bag-and-baggage of the law, it was clear that judges could no longer hide behind the declaratory theory if they wished to dissent from previous authorities. If they were to legislate they must legislate openly. But Austin’s invitation was not accepted. Whether or not in consequence of Bentham’s revilement of their legislation, the judges came to accept that to deviate from previous decisions was to legislate; and that they would not do”) (idem, p. 205).

por librarse del peso de las decisiones retroactivas que podrían ser consideradas como no democráticas.¹⁷

Nótese que la argumentación de MacCormick y la propia doctrina de Austin no solo sustentaron la impropiedad de la naturaleza declaratoria de la decisión judicial, habiendo también subrayado que el juez, al revocar el precedente, siempre estaría creando el derecho. Para Austin, la teoría declaratoria entraría en contradicción con la revocación del precedente, una vez que, si la primera Corte cometió un error, el juez que se encuentra con el caso en las manos tendría que legislar o hacer algo bien diferente de declarar el derecho contenido en el precedente.¹⁸

Reafirmese que no interesa aquí saber cuál de esas teorías estaba en lo correcto. Los propios partidarios de la teoría de que el juez crea derecho, al considerar la necesidad de la revocación del precedente, anunciaron que, en este caso, ocurriría un *remaking*¹⁹.

¹⁷ WESLEY-SMITH, Peter. Ob. cit., p. 76.

¹⁸ Neil Duxbury, al tratar del mencionado texto de MacCormick y, así también del impacto de la doctrina de Austin sobre la práctica de los jueces, escribe: "Si los jueces tienen el deber de encontrar y declarar la ley ellos mismos, ellos solo pueden ser obligados a seguir la decisión proferida por otras cortes en la hipótesis de esa decisión ser una correcta declaración de la ley. Si la Corte anterior cometió un equívoco, los jueces que están juzgando el caso en cuestión deben declarar la ley a través de otra manera que no sea siguiendo el precedente" (En el original: "If judges have a duty to find and declare the law themselves, they can only be bound to follow the ruling of another court where that ruling is itself a correct declaration of the law. If the earlier court made a mistake, judges deciding the case in hand must declare the law by doing something other than following the precedent") (DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 39).

¹⁹ De acuerdo con los adeptos de la teoría declaratoria, los precedentes deben ser seguidos, excepto cuando son "terminantemente absurdos o injustos" ("*flatly absurd or unjust*"). En este caso, los futuros jueces no elaboran un nuevo derecho. En el decir de Blackstone, cuando la sentencia anterior es manifiestamente absurda o injusta, el juez no declara que ahí existe "una ley mala" ("*bad law*"), sino que la sentencia "no era ley" ("*was not law*"), esto es, "que ella no es costumbre establecida del reino, una

No importa si el juez reconstruye el derecho o declara el error de la primitiva declaración del derecho cuando una u otra explicación sirve para justificar la revocación de precedentes. Ahora, al justificar tal revocación, ambas teorías estaban conscientes del deber judicial del respeto a los precedentes²⁰.

vez que fue erróneamente determinada" ("that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined") (BLACKSTONE, William. Ob. cit., p. 70).

- ²⁰ Por otro lado, desde 1981, cuando se pasó a admitir el *anticipatory overruling* en los Estados Unidos, existen cuestionamientos que consideramos significado de la anticipación de la revocación del precedente de la Suprema Corte, por parte de las Cortes de Apelación, en la perspectiva de las teorías declaratoria y constitutiva. En este sentido, escribe Margaret Kniffin, en un artículo publicado en la *Fordham Law Review*: "Al examinar si el *stare decisis* permite el *overruling* anticipatorio, una cuestión preliminar y generalmente debatida surge al respecto de la naturaleza del derecho. Las Cortes, al decidir los casos, 'descubren' el derecho, el cual siempre existió, o ¿ellas se crean? Si las Cortes descubren el derecho, una Corte de Apelación, al prever una acción de la Suprema Corte y tomar una actitud sin esperar que la Corte Superior lo haga, llega, antes de la Suprema Corte a un punto ya existente. Si, de otro lado, la Suprema Corte crea el derecho cuando revoca un precedente, una Corte de Apelación, anticipando, dibuja lo que cree que la Corte Superior le gustaría crear. La tentativa de escoger entre esos dos conceptos puede generar una confusión innecesaria. Cada cual puede ser considerado un mirar diferente sobre un mismo objeto. Al respecto, de saberse si la Corte Superior descubre o crea el derecho, ese solo tiene efecto después de la decisión. Luego de la edición de la norma por la Corte, su tesis (*holding*) es ley hasta ser revocada, también independientemente de si la Corte descubrió o creó el derecho" (En el original: "In examining whether *stare decisis* permits anticipatory overruling, a preliminary and oft-debated question arises concerning the nature of law. Do courts, in deciding cases, 'discover' the law, which has existed all along, or do they 'create' law? If courts discover law, a court of appeals, in predicting an action of the Supreme Court and taking that action without waiting for the High Court to do so, arrives, before the Supreme Court does, at an already existing point. If, on the other hand, the Supreme Court creates law when it overturns a precedent, a court of appeals, in anticipating, fashions what it believes the High Court would itself wish to create.

Lo que releva muchísimo, delante de la argumentación de MacCormick, es que los propios jueces llegaron a la conclusión de que la ruptura con los precedentes significaría legislar y, por eso, se mantuvieron adscritos a los precedentes, dando una bella demostración concreta, de por qué es perceptible en la historia de los precedentes, que la aceptación de la naturaleza declaratoria de la decisión judicial no es incompatible con el *stare decisis*.

Déjese bien en claro, no obstante, que no se está sustentando que la base del *stare decisis*, en Inglaterra, solo podría estar en la teoría declaratoria, o que esta teoría justifica de manera perfecta y adecuada el *stare decisis*. En verdad, ni la teoría declaratoria, tampoco la constitutiva o positivista, son capaces de coherentemente justificar el *stare decisis* en su estado absoluto o en su conformación pura²¹.

Para minar la teoría declaratoria, sería posible decir que el juez es obligado a respetar el derecho y no la declaración judicial de lo que es el derecho. En otras palabras, si el precedente no es derecho, pero sí la declaración de un juez acerca del derecho, no habría cómo imponer a los demás jueces el respeto al precedente.

Attempting to choose between these two concepts may generate unnecessary confusion. Each can be considered a different optical device for viewing a single entity. Regardless of whether the High Court discovers law or creates law, its decision becomes enforceable only when made and has no legal effect prior to that moment. After the Court has ruled, its holding is law until overturned, regardless also of whether the holding discovered or created law”) (KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. *Fordham Law Review*, 1982, p. 66).

²¹ “El resultado es que cualquier teoría adoptada por los jueces (declaratoria o positivista) es incompatible con el *stare decisis*” (En el original: “The result is that whichever theory [declaratory or positivist] of their function is adopted by judges it is incompatible with *stare decisis*”) (WESLEY-SMITH, Peter. Ob. cit., p. 87).

Esto se tornaría más fácil al suponerse que el juez puede crear derecho²².

En Inglaterra, el juez solo tiene capacidad para crear el derecho cuando hay, encima de él, cualquier Corte que pueda tratar de la materia que le fue sometida. Así, la noción de que el juez puede crear derecho solo justificaría el llamado efecto vertical del *stare decisis*, una vez que el precedente apenas obligaría a los jueces y Cortes inferiores. O sea, la teoría constitutiva, en la dimensión de la discusión en que fue insertada delante del *stare decisis* inglés, no sería capaz de obligar a la propia Corte que firmó el precedente o al propio juez que la profirió. Esto quiere decir que la idea del juez dotado de *making law authority* no sería capaz de dar fundamento al *stare decisis* exactamente en el local en que él es más importante.

Pues bien, no es necesario decir que, antes de exigirse el respeto de los demás, es necesario respetarse.

Si los precedentes pueden ser revocados, es evidente que el respeto debido a ellos depende de la fuerza de sus razones. Por lo tanto, no es porque la decisión es llamada de declaración judicial y no de derecho por la que ella perderá autoridad y dejará de merecer deferencia. De otra parte, si el respeto a los precedentes depende de que estos sean concebidos como derecho, nada impediría que una decisión judicial, vista entonces como derecho, afirmase que los propios jueces de la Corte Superior están, a partir de determinado instante, sometidos a sus propios precedentes, o que el legislativo editase una ley diciendo que las Cortes deben respetar sus precedentes y los de las Cortes superiores. En relación al fun-

²² “Cuando el juez es reconocido, no obstante, como capaz de *crear* la ley, la noción vertical de *stare decisis* — de una corte ser obligada a seguir decisiones proferidas por Cortes jerárquicamente superiores a ella — es perfectamente racional” (En el original: “When a judge is recognized, however, as able to *make* law, the notion of vertical *stare decisis* — of a court being bound by decisions of courts above it in the hierarchy — is perfectly rational”) (idem, p. 81).

cionamiento y a la eficiencia del *stare decisis*, la diferencia residiría solo en el aspecto forma. En un caso la obligatoriedad advendría de un precedente: en el otro, la obligatoriedad devendría de la ley.

Nótese, además, que el *stare decisis* solamente se solidificó en Inglaterra al final del siglo XIX, mucho tiempo después de la aparición de las doctrinas de Bentham y de Austin²³. *London Trainway v. London County Council*, decidido en 1898, constituyó la cumbre de una evolución en dirección a la vinculación de la House of Lords²⁴ a sus propias decisiones, pues el concepto de *rules of precedent* y la idea de vinculación (*binding effect*) fueron consolidados en el periodo entre 1863 y 1900. De hecho, cuando en este caso fue clara y objetivamente colocada la cuestión relativa a la posibilidad de la House considerar argumentos para contrariar sus decisiones, no hubo hesitación en decidirse que esto no podría ocurrir²⁵. Esto es, la vinculación horizontal, en la

²³ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 114 y ss.

²⁴ Recientemente, la *House of Lords*, fue “sustituida” por la *Supreme Court of the United Kingdom*, que asumió sus funciones judiciales. La *Supreme Court of the United Kingdom* fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), habiendo iniciado sus actividades el 1 de octubre del 2009. Se argumentó, en defensa de la creación de la *Supreme Court* que la histórica aproximación de la *House of Lords* con el Parlamento y con el Ejecutivo podría perjudicar el Reino Unido delante de la Convención Europea de Derechos Humanos. Se temía que las decisiones de la *House of Lords* pudiesen ser mal recibidas (como se no constituyesen *fair trial*) por la Corte Europea de Derechos Humanos.

²⁵ “Cuando en 1898, en *London Tramways Co. V. London County Council*, el problema fue claramente colocado sobre la posibilidad de la *House* escuchar argumentos solicitando que reconsiderase una decisión anterior, ella no hesitó en decir que no podría” (En el original: “When, in 1898, in *London Tramways Co. v. London County Council*, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not”) (EVANS, Jim. *Precedent in the nineteenth century*. In: GOLDSTEIN, L. (ed.) *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 58).

House of Lords, es deudora de un precedente con valor de rule of precedent (de regla concerniente a la eficacia de los precedentes) y no al derecho sustancial.

Conclúyase, así, en este tópico, que tanto la teoría declaratoria cuanto la teoría constitutiva se adaptaron a un sistema de respeto obligatorio a los precedentes.

3. COMMON LAW Y STARE DECISIS

Además, no hay que confundir *Common Law* con *stare decisis*²⁶. Ahora, el *Common Law*, comprendido como costumbres generales que determinaban el comportamiento de los *Englishmen*, existió, por varios siglos, sin *stare decisis* y *rule of precedent*.

Como escribe Simpson, cualquier identificación entre el sistema del *Common Law* y la doctrina de los precedentes, cualquier intento de explicar la naturaleza del *Common Law* en términos de *stare decisis* será insatisfactoria, una vez que la elaboración de reglas y principios regulando el uso de los precedentes y la determinación y aceptación de su autoridad son relativamente recientes, para no hablarse de la noción de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que es más reciente aún. Además de que el *Common Law* nació siglos antes de alguien preocuparse con tales cuestiones, este funcionó muy bien como sistema de derecho sin los fundamentos y conceptos propios de la teoría de los precedentes, como, por ejemplo, el concepto de *ratio decidendi*²⁷.

²⁶ En el derecho brasilero, acerca del concepto de *stare decisis*, ver TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 159 y ss.

²⁷ "Al menos para un historiador, cualquier identificación entre el sistema del *Common Law* y la doctrina de los precedentes, cualquier intento de explicar la naturaleza del *Common Law*, en términos de *stare decisis*, es condenada a parecer insatisfactoria, una vez que la elaboración de reglas y principios que regulan el uso de precedentes y su status de 'ley' es relativamente moderno y la idea de obligatoriedad de los precedentes es

El realce de la distinción entre *stare decisis* y *Common Law*, además de ser necesaria para apartar una vulgar confusión, se centra en la preocupación de este libro en sustentar que el sistema de precedentes puede constituir parte del sistema brasileiro²⁸

más reciente aún. El *Common Law* ya existía hace siglos antes de alguien interesarse por esas cuestiones, habiendo funcionado como un sistema, no obstante carente de fundamentos como el concepto de *ratio decidendi*; y dígase de paso, funcionó muy bien” (En el original: “To a historian at least any identification between the *Common Law* system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the *Common Law* in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The *Common Law* had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough”) (SIMPSON, A. W. B. *The Common Law and legal theory*. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973. p. 77).

²⁸ Cruz e Tucci, en un trabajo que contiene amplio e importante abordaje histórico, demuestra que el uso de los precedentes obligatorios es cíclico en la historia del *Civil Law*, como también no depende de la época, del sistema jurídico y de la naturaleza de la función de las personas que lo emplean: “Por paradójico que pueda parecer, viene afirmando que, bajo un prisma de la historia del derecho moderno, los sistemas de derecho codificado también conocieron, además de la fuerza natural de los *precedentes persuasivos*, *precedentes con eficacia vinculante*, siendo cierto que entre estos sobresalía la jurisprudencia de cortes superiores (*precedentes verticales*), como e.g., los *arrêts de règlement* del Parlamento francés; los juzgamientos de las “causas mayores” de la Ruta Romana, de la Italia pre-unitaria; el régimen de asientos de la Casa de Suplicación en Portugal; el *pre-juzgado* laboral en Brasil; y, todavía hoy, el control ejercido por el Tribunal Constitucional español sobre las decisiones que contrarían *precedentes judiciales*; y la inusitada regla constante del art. 1, al. 2 del Código Civil suizo, que otorga al juez, delante de la launa de la ley, el poder de crear la regla aplicable al caso concreto. (...) Si miramos aun más para el pasado, verificaremos que el *usus del precedente*, acentuado en la casuística, constituye un método cuya característica fundamental no depende de la época, del sistema jurídico o de la naturaleza de la

y por lo tanto, continental. En efecto, el *stare decisis* constituye apenas un elemento del moderno *Common Law*, que también no se confunde con el *Common Law* de tiempos inmemorables o con las costumbres generales, de naturaleza secular, que dirigían el comportamiento de los *Englishmen*. Es imprescindible tener en mente que, muy al margen el derecho jurisprudencial contemporáneo no tenga configuración distinta y más amplia de aquel de la antigüedad, y que el *stare decisis* sea algo que hace parte de la modernidad, no hay cómo identificar al *Common Law* de los días de hoy con el *stare decisis*²⁹. Así, la circunstancia de el *Common Law* iniciarse su existencia antes de hablarse del *stare decisis* no es única distinción entre ambos.

Pero, incluso siendo correcto que el *stare decisis* no es necesario para la existencia del sistema de derecho material ni para el funcionamiento del sistema de distribución de justicia, alguien podría decir que éste es indispensable en el *Common Law* bajo el argumento de que ahí las decisiones judiciales establecen el derecho no edificado por el legislativo.

4. ¿CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO EN VIRTUD DE LA OMISIÓN DEL LEGISLATIVO?

No hay cómo negar la importancia que el *stare decisis* tuvo para el desarrollo del *Common Law* en su faceta moderna, tampoco olvidar que los precedentes —al lado de la ley y de las costumbres— constituyen fuente de derecho en este sistema.

función ejercida por las personas que lo emplean” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., pp. 23-24).

²⁹ “Invero il contrapporre i sistemi di *Common Law* a quelli di *Civil Law* solo sulla base del fatto che i primi riconoscono al diritto giurisprudenziale il ruolo ed il rango di fonte del diritto non fa senso alcuno” (GAMBARO, Antonio. *Civil Law e Common Law: evoluzione e metodi di confronto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Numero Speciale: Due iceberg a confronto: le derive di *Common Law* e *Civil Law*, 2009, n. 4, p. 12).

El magistrado inglés tuvo fundamental importancia en la consolidación del *Common Law* —de ahí que se refiera al *judge make law*. El poder del juez era el de afirmar el *Common Law*, el cual se sobreponía al legislativo, que, por eso, debería actuar de modo a complementarlo.

A propósito, en la tradición del *Common Law* inglés, el Parlamento consideraba las decisiones proferidas por las Cortes en los casos concretos para, a partir de ellas, precisar y delinear la ley derivada de la voluntad común. Resulta interesante percibir que exactamente ahí surge una primitiva noción de *due process of law*, visto como el camino a ser seguido para la elaboración de la ley anclada en las costumbres³⁰.

En este sistema, el legislativo no se opuso al judicial, llegando, en realidad, a confundirse con éste³¹. En Inglaterra, el juez estuvo al lado del Parlamento en la lucha contra el arbitrio del monarca, reivindicando la tutela de los derechos y de las libertades del ciudadano. Por eso mismo, al contrario de lo que ocurrió de cara a la Revolución Francesa, no hubo clima para desconfiar del poder

³⁰ Ver GROTE, Rainer. *Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat — The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponible en: <www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>. Accedido el 15 abr. 2009, p. 3.

³¹ “Al mismo tiempo, la institución del Parlamento durante mucho tiempo se caracterizó por su función preferentemente judicial y declarativa de derecho: los actos de producción del Derecho por parte del Rey (en forma de Statutes o Acts) solían obedecer a peticiones del Parlamento. Pero esta estructura se irá disolviendo poco a poco a medida que el Parlamento reclame al monarca la capacidad de producir Derecho y que los tribunales vayan absorbiendo cada vez más, funciones jurisdiccionales. De esta manera, a finales del siglo XVI la función legislativa del Parlamento se consideraba ya independiente de su capacidad de administrar justicia” (ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la revolución inglesa. In: FERNÁNDEZ, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). *Historia de los derechos fundamentales — Transito a la modernidad: siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003. t. I, p. 770).

judicial o para suponer que los jueces se posicionarían a favor del rey o del absolutismo.

En el derecho inglés no hubo necesidad de elaborar el dogma de la aplicación estricta de la ley o de imaginar que el juez apenas podría actuar mediante la mera descripción de los términos de la ley³². El *Common Law* no necesitó negar la naturaleza de las cosas o crear una prohibición que solamente puede ser comprendida como una de esas reglas que adviene de las utopías de una revolución. El juez inglés no solo interpretaba la ley, como también extraía derechos y deberes a partir del *Common Law*. Pero —es importante resaltar— estaba sometido al *Common Law*; siempre actuaba a la luz y a partir de un derecho.

De cualquier forma, si es que en el derecho inglés primitivo había baja producción de leyes, eso no ocurre en el *Common Law* contemporáneo. La suposición de que, en Estados Unidos, la producción legislativa del derecho es baja, lo que impone su creación por los jueces, no solo es falsa (he aquí, calcada, a lo que parece, en suposiciones partidarias infundadas), sino que produce engaños en términos de derecho comparado. Es probable que un estado típico de los Estados Unidos tenga tanta legislación como un país europeo o latinoamericano, la cual debe ser obviamente aplicada e interpretada por los jueces³³.

Nótese, por lo tanto, que aunque se pueda admitir que el *Common Law*, en su origen inglés, era complementado por el legislativo,

³² “La importante distinción entre los procesos judiciales del *Civil Law* y del *Common Law* no está en lo que las Cortes realmente hacen, sino, en lo que el ‘folclore’ predominante dice lo que ellas hacen” (En el original: “The important distinction between the *Civil Law* and the *Common Law* judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do”) (MERRYMAN; John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 47).

³³ Ídem, p. 27 y ss.

o que la actuación de este poder era ahí poco intensa, la existencia de la ley no se opone al *Common Law*, o, más importante aun y mucho más fácil de ser visualizado; la profusión de las leyes no excluye la necesidad de un sistema de precedentes³⁴.

En el *Common Law*, la autoridad de la ley es superior a aquella de las decisiones judiciales³⁵, y no al contrario, lo que autoriza

³⁴ Como recuerda Antonio Gambaro, la experiencia continental europea concedió, en el siglo pasado, gran espacio al derecho jurisprudencial, de otro lado, una “orgia di legiferazione” dio forma y vestidura legislativa a gran parte de las reglas del *Common Law* clásico (GAMBARO, Antonio. Ob. cit., p. 11. Ver CALABRESI, Guido. *A Common Law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

³⁵ Es lo que se puede observar, por ejemplo, de la *Supremacy Clause* (Cláusula de Supremacía), constante del artículo VI, cláusula 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América, según la cual la Constitución, las Leyes Federales y los Tratados realizados bajo la autoridad de aquella nación, representan la “Ley Suprema del País”, estando los jueces de todos los Estados a ellas subordinadas, restando apartadas cualesquiera determinaciones en contrario, constante en la Constitución o en las Leyes Estatales (En el original: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby; any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”). Pierde efecto, igualmente, conforme la anotación de Caleb Nelson (apud Gary Lawson), cualquier interpretación judicial contraria a tales normas (NELSON, Caleb. *Stare decisis and demonstrably erroneous precedents*. *Virginia Law Review*, vol. 87, mar. 2001, p. 01-79). No se puede negar, todavía, que ni inclusive aquello que Maltz menciona como *supremacy of the statutes* (supremacía de los derechos legislados) es capaz de estancar, por completo, la doctrina constante en los precedentes anteriores a la legislación. Ella continúa, sí, ejerciendo influencia, aunque como “uno de los varios factores que influyen en la interpretación de la norma judicial de la norma específica” (En el original: “The point is that the mere fact the legislature has acted does not totally extinguish the influence of prestatutory judge-made law. Instead, legislative action simply changes the dynamic, with preexisting doctrine being one of a number of factors that influence judicial interpretation

decir que la cantidad de leyes y su grado de autoridad constituyen criterios absolutamente inútiles para distinguir este sistema del *Civil Law*.

5. ¿CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMO CONSECUENCIA DEL *STARE DECISIS*?

Cuando se dice que el juez del *Common Law* crea derecho, no se está pensando que su decisión tenga la misma fuerza y calidad que la del producto elaborado por el legislativo, esto es, de la ley. La decisión no se equipara a la ley por el hecho de tener fuerza obligatoria para los demás jueces.

No obstante, sería posible argumentar que la decisión, por tener fuerza obligatoria, constituye derecho. El *Common Law* considera el precedente como fuente de derecho³⁶. Nótese, pero, que cuando un precedente interpreta la ley o la Constitución, como ocurre especialmente en los Estados Unidos, hay, evidentemente, derecho pre-existente con fuerza normativa, de modo que sería absurdo pensar que el juez, en este caso, crea un derecho nuevo.

of the relevant statute”) (MALTZ, Earl. “The nature of precedent”. *North Carolina Law Review*, vol. 66, p. 367-392, jan. 1988).

³⁶ Al menos, esta es la regla general. Mary G. Algero (The sources of law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a *Civil Law* state in a *Common Law* nation, *Louisiana Law Review*, vol. 65, 2005; p. 775-785), citada por Jordan Wilder Connors, afirma que, con excepción del Estado de Louisiana, todos los demás cuarenta y nueve Estados que componen los Estados Unidos de América, tal cual el sistema de las cortes federales, siguen un modelo próximo a aquel operado en Inglaterra en lo que respecta al *stare decisis*, el cual toma el precedente como fuente de derecho (En el original: “The forty-nine states in the United States, other than Louisiana, as well as the United States federal court system follow a version of the doctrine of *stare decisis* that is similar to the English respect for precedent and its consideration of precedent as a source of Law”) (CONNORS, Jordan Wilder. *Treating like subdecisions alike: the scope of stare decisis as applied to judicial methodology*. *Columbia Law Review*, vol. 108, n. 3, p. 681-715, abr. 2008).

En verdad, también en el caso en que había solo costumbre, existía derecho pre-existente, el derecho consuetudinario.

La circunstancia de que el precedente sea admitido como fuente de derecho está muy lejos de constituir un indicio de que el juez crea el derecho a partir de su propia voluntad. En esta perspectiva, la fuerza obligatoria del precedente, o la admisión del precedente como fuente de derecho, no significa que el judicial tiene poder para crear el derecho.

6. VERDADERO SIGNIFICADO DEL LAW-MAKING AUTHORITY

Lo que permite decir que el juez del *Common Law* crea el derecho es la comparación de su papel con el del juez de la tradición del *Civil Law*, cuya función se limitaba a la mecánica aplicación de la ley. En este sistema, cuando se decía que al juez cabía apenas expresar las palabras dictadas por el legislador, el derecho era concebido únicamente como ley. La tarea del Poder Judicial se resumía a la aplicación de las normas generales.

El juez inglés no solo tuvo espacio para densificar el *Common Law*, como también oportunidad de, a partir de este, controlar la legitimidad de los actos estatales. En ese sentido, Edward Coke —cuyo papel fue muy importante, aunque en nivel doctrinario, para la contención del arbitrio del rey— decidió en el célebre caso *Bonham*, alrededor de los años 1610, que las leyes están sometidas a un derecho superior, el *Common Law* y, cuando eso no ocurriese, vale decir, cuando no se respetase este derecho, son nulas y desvirtuadas de eficacia. Dijo Coke, en esta ocasión que, “en muchos casos, el *Common Law* controlará los actos del Parlamento y algunas veces los juzgará absolutamente nulos: puesto que, cuando un acto del Parlamento fuere contrario a algún derecho o razón

común o repugnante, o imposible de ser aplicado, el *Common Law* irá a controlarlos y juzgarlos como si fuesen nulos³⁷.

Esclarézcase que, a pesar de que la decisión de Coke estuvo vinculada a la teoría declaratoria de la jurisdicción, y no a la teoría que afirma la *law-making authority* —la teoría constitutiva—, su remembranza es pertinente para demostrar que el juez del *Common Law* realizaba una especie de control de los actos del Parlamento. Se ve en la decisión proferida en el caso *Bonham*, el primer germen del control de constitucionalidad de las leyes y, así, es posible de ahí también extraer la noción de que el poder judicial, en el *Common Law* primitivo era ejercido mediante una lógica semejante a la que dirige la actuación del juez sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales³⁸.

La evolución del *Civil Law*, particularmente en virtud del impacto del constitucionalismo, dio a los jueces un poder similar a aquel del juez inglés sometido al *Common Law* y, claramente al poder del juez americano, dotado de poder de controlar la ley a partir de la Constitución. En el instante en que la ley pierde la supremacía sometiéndose a la Constitución, se transforma no solamente el concepto de derecho, sino igualmente el significado de jurisdicción. El juez deja de ser un siervo de la ley y asume el deber de dimensionarla en la medida de los derechos positivados en la

³⁷ Y parece que en nuestros libros, en muchos casos, el *Common Law* controlará los actos del Parlamento y algunas veces los juzgará absolutamente nulos: visto que, cuando un acto del Parlamento fuere contrario a algún derecho o razón común o repugnante o imposible de ser aplicado, el *Common Law* irá a controlarlo y juzgarlo como si fuere nulo" (En el original: "And it appears in our books, that in many cases, the *Common Law* will control acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the *Common Law* will control it and adjudge such act to be void") (GROTE, Rainer. Ob. cit., p. 2).

³⁸ Ver ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Ob. cit., p. 774.

Constitución³⁹. Si el juez puede negar la validez de la ley de cara a la Constitución o incluso instituyese una regla imprescindible para la realización del derecho fundamental, su papel no es más aquel concebido por juristas y procesalistas de épocas distantes⁴⁰. A propósito, el juez brasileiro, hoy, tiene poder creativo mayor que el juez del *Common Law*, una vez que al contrario de este, no presta el adecuado respeto a los precedentes.

En efecto, si alguien preguntara a cualquier teórico del *Common Law* el respecto de la naturaleza de la función del juez que no aplica la ley por reputarla inconstitucional, que se vale de la técnica de interpretación conforme la Constitución o que suple la omisión de un regla procesal que debería haber sido establecida en virtud de un derecho fundamental de naturaleza procesal, ciertamente se sorprenderá. Tal actividad obviamente no significa declaración

³⁹ Déjese claro que el sistema de control difuso de constitucionalidad es típico de los Estados Unidos y está presente en diversas y antiguas colonias inglesas, como Canadá, India y Australia. En Inglaterra, paradójicamente, en virtud de la *supremacy of the Parliament*, no se admitió el control judicial de la legislación. Ver CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968. p. 46 y ss.

⁴⁰ Chioyenda llegó a decir que, como la jurisdicción significa la actuación de la ley “no puede haber sujeción a la jurisdicción si no donde puede haber sujeción a la ley” (CHIOYENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 2, p. 55). Ese pasaje de la doctrina chioyendiana es bastante expresivo en el sentido de que el verdadero poder estatal estaba en la ley y de que la jurisdicción solamente se manifestaba a partir de la revelación de la voluntad del legislador. Chioyenda es un verdadero adepto de la doctrina que, inspirada en el Iluminismo y en los valores de la Revolución Francesa, separaba radicalmente las funciones del legislador y del juez, o mejor aún, atribuía al legislador la creación del derecho y al juez su aplicación. Ver BULYGIN, Eugenio. ¿Los jueces crean derecho? XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría y filosofía del derecho, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 8. Ver. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil — Teoria geral do processo*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. Vol. I, Parte I, item 2.5.

de derecho y, así, en la perspectiva de las doctrinas producidas en el *Common Law*, ciertamente revela una actividad productora, verdadera creación judicial del derecho.

Cuando algunos países de Europa Continental adoptaron “tribunales constitucionales” —entre ellos, Austria, Alemania, Italia y España—, se objetivó reafirmar el principio de separación de poderes, dejándose claro que el control de constitucionalidad no sería realizado por los jueces ordinarios pero sí por un cuerpo formado por miembros especialmente seleccionados. A propósito, se llegó a acusar de equivocada la denominación “tribunales” conferida a tales órganos, bien como inapropiado llamar “jueces” a los miembros de esa corte. Detrás de eso, estaba la idea de que el control de constitucionalidad de la ley no era una actividad jurisdiccional, o mejor, que declarar la inconstitucionalidad de la ley sería una forma de crear el derecho⁴¹.

No obstante, la concepción dogmática de que el derecho se restringe al producto del legislativo, anclada en la ideología de la Revolución Francesa y en el dogma de la estricta separación de poderes⁴², no sobrevivió a los hechos históricos de aquella conformación diversificada de los sistemas jurídicos de los varios países del *Civil Law* y, sobre todo, al advenimiento del constitucionalismo. Anótese que John Henry Merryman, uno de los mayores compa-

⁴¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 37-38.

⁴² No obstante la Revolución Francesa y Americana tengan en sus raíces la separación de poderes elaborada por Montesquieu, el papel de los jueces en los dos países tomó rumbos completamente distintos, al punto de los “padres de la Revolución Francesa”, entre ellos Robespierre y Le Chaplier, haber considerado que tan solo la ley escrita sería válida y que “el *judge-make law* era la más detestable de las instituciones, debiendo ser destruido” (En el original: *The fathers of the French revolution, such as Le Chaplier and Robespierre, were convinced that written law alone must dominate and that ‘the judge-made law was the most detestable of institutions, and should be destroyed’*) (WACHTLER, Sol. “Judicial lawmaking”. *New York University Law Review*, vol. 65, p. 1-22, 1990).

ratistas estadounidenses, admitiendo que el constitucionalismo hizo surgir una nueva fuente de derecho en el *Civil Law*, advierte que en la aceptación de que el juez puede decidir sobre la invalidez de una ley por estar en conflicto con la Constitución, se quiebra el dogma de la separación estricta entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial y, de esta forma, se abre oportunidad para decir que el juez del *Civil Law* también crea derecho⁴³.

En los días que corren, la diferencia entre el magistrado del *Common Law* y el del *Civil Law* no está en la elasticidad de sus elaboraciones o interpretaciones, sino, en la importancia que

⁴³ “Esta concepción dogmática de la ley, como muchas otras implicaciones de los dogmas de este período revolucionario, ha sido corroída por el tiempo y por los eventos. Tal vez la innovación más espectacular haya sido el fuerte movimiento en dirección al constitucionalismo con su énfasis en la rigidez funcional y, por consiguiente, la superioridad, como fuente de derecho, de las constituciones escritas. Tales constituciones, por eliminar el poder del legislador de alterarlas a través de la acción legislativa ordinaria, perjudicaron el monopolio legislativo sobre la *law-making*. Ellos insertan un elemento nuevo en la jerarquía de las fuentes del derecho, la cual ahora debe tener en cuenta ‘constitución, legislación y, regularmente, costumbre’. Además, si una Corte puede decidir que una resolución es nula por estar en conflicto con la constitución, el dogma de la separación acentuada del poder legislativo en relación al poder judicial es perjudicado” (En el original: “This dogmatic conception of what law is, like many other implications of the dogmas of the revolutionary period, has been eroded by time and events. Perhaps the most spectacular innovation has been the strong movement toward constitutionalism, with its emphasis on the functional rigidity, and hence the superiority as a source of law, of written constitutions. Such constitutions, by eliminating the power of the legislature to amend by ordinary legislative action, impair the legislature’s monopoly on lawmaking. They insert a new element into the hierarchy of sources of law, which now must read ‘constitution, legislation, regulations, and custom’. In addition, if a court can decide that a statute is void because it is in conflict with the constitution, the dogma of sharp separation of legislative power from judicial power is impaired”) (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 25).

ellos asumen en cada uno de los sistemas y, por consecuencia, en el respeto que les es debido. Y no es equivocado decir que uno de los principales responsables por el trazo fuerte de la figura del juez del *Common Law* es justamente el sistema de precedentes.

7. DE LA “*SUPREMACY OF THE ENGLISH PARLAMENT*” AL “*JUDICIAL REVIEW*” ESTADOUNIDENSE

En los ítems anteriores, se comparó el juez del *Civil Law* marcado por el constitucionalismo con el juez americano —que posee poder para controlar la constitucionalidad de la ley— y, de forma tímida y cautelosa, con el juez inglés, que, en las palabras de Coke, podía controlar la ley a partir del *Common Law*. Cabe evidenciar, ahora, que el control de los actos del legislador tiene historias y valores dinstintos en Inglaterra y en los Estados Unidos.

En este contexto, importa rememorar la disputa entre las teorías declaratoria y constitutiva de la jurisdicción. La teoría declaratoria no solo intentó demostrar que la función del juez es revelar el derecho —por ser éste, en las palabras de Blackstone, un “oráculo vivo”⁴⁴— sino, igualmente, tuvo el propósito de permitir al poder judicial declarar o afirmar el *Common Law* contra el soberano y contra el Parlamento, con la intención de viabilizar de esta forma, una especie de control judicial de los actos estatales.

⁴⁴ Luego de apuntar que alguno estudioso habrían dividido el *Common Law* en “dos bases o fundamentos principales” los cuales serían “costumbres establecidas” (“*establishe customs*”) y las “reglas y máximas establecidas” (“*established rules and maxims*”), cuestiona el autor: ¿Cómo estas costumbres y máximas deben ser conocidas y por quien debe ser determinada su validez? La respuesta es, por los jueces en las varias cortes de justicia. Ellos son los depositarios de la ley; los oráculos vivos, que deben decidir en todos los casos de duda y que son obligados por un juramento a decidir de acuerdo con la ley de la tierra” (BLACKSTONE, William. Ob. cit., pp. 68-69).

La doctrina de Coke afirmó que el *Common Law*⁴⁵ se imponía al soberano y al legislativo⁴⁶, de modo que la teoría de que el juez solo declaraba el derecho también tuvo una importante función legitimadora al admitir el control de los actos del Parlamento y del monarca.

Con la Revolución Gloriosa de 1688, es establecido el instituto de la *supremacy of the parliament*. La doctrina de la supremacía del legislativo sirvió para que el Reino inglés controlase los actos de sus colonias y, después, tuvo el efecto de hacer surgir, en los Estados Unidos, un principio que, en una visión estricta del *Civil Law*, podría ser tomado como su opuesto, esto es, el de la *supremacy of the judiciary*.

Las colonias inglesas, regidas por Cartas, fueron prohibidas de editar actos contrarios al derecho inglés. La supremacía del parlamento inglés se imponía, mediante las Cartas⁴⁷, de forma a no permitir la aplicación judicial de leyes coloniales contrastantes.

⁴⁵ De acuerdo con Coke, los derechos "han sido, a través de la sabiduría de hombres de mayor excelencia, a lo largo de sucesivas eras por largas y continentales experiencias (el juzgamiento de luz y verdad), mejorados y refinados" (COKE, Edward. *Seventh reports — Calvin's case*. London: Thomas and Fraser, 1826, vol. 4, p. 6). Cf. POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent. In: GOLDSTEIN, L. *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. pp. 17-18.

⁴⁶ De acuerdo con Coke, los derechos "han sido, a través de la sabiduría de hombres de mayor excelencia, a lo largo de sucesivas eras por largas y continentales experiencias (el juzgamiento de luz y verdad), mejorados y refinados" (COKE, Edward. *Seventh reports — Calvin's case*. London: Thomas and Fraser, 1826, vol. 4, p. 6). Cf. POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent. In: GOLDSTEIN, L. *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. pp. 17-18.

⁴⁷ Tales Cartas pueden ser consideradas las primeras Constituciones de las colonias, sea porque eran vinculantes para la legislación colonial, sea porque regulaban sus estructuras jurídicas fundamentales. Tales Constituciones, frecuentemente, establecían la posibilidad de las colonias poder aprobar sus propias leyes, sin embargo, bajo la condición de ser "razonables" y "no contrarias a las leyes del Reino Inglés" y así, no desa-

Con el control de la legislación de la colonia, surgen las semillas del *judicial review*. Esto quiere decir que, en el momento en que el principio de la supremacía del parlamento es transportado para la colonia, surge el control judicial de sus actos y, de esta forma, el brote del principio de la supremacía del poder judicial. En este sentido, el principio inglés de la supremacía del parlamento, en lugar de obstaculizar, en realidad colaboró para el desarrollo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos.

Anótese, sin embargo, que la ideología de la imprescindibilidad de la imposición de límites al legislativo mediante una ley mayor puede ser vista cuando los colonizadores de América del Norte —que no tenían representantes en el parlamento inglés— se rebelaron contra los tributos exigidos por el gobierno de la metrópolis mediante la alegación de que cualquier acto del Parlamento, contrario a la equidad natural sería nulo⁴⁸.

Con la independencia de las colonias americanas en 1776, las Cartas fueron sustituidas por las nuevas Constituciones y, como anteriormente los jueces ya tenían la conciencia y la práctica de decretar la nulidad de las leyes que violasen las Cartas y la legislación del Reino inglés, se tornó prácticamente “natural” controlar las leyes que contrariasen las Constituciones de los Estados que acababan de adquirir la independencia⁴⁹.

Mauro Cappelletti, en su célebre *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, alega que la doctrina de

finadas de la voluntad suprema del parlamento. Exactamente en virtud de la idea de la supremacía de la ley — en unísono con la doctrina de la *supremacy of the English parliament* — que, en diversos casos (algunos tornados en célebres), el *Privy Council* del Rey decidió que las leyes deberían ser aplicadas por los jueces de la colonia solo si no estuviesen en contradicción con las leyes del Reino. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, p. 42.

⁴⁸ GROTE, Rainer. Ob. cit., p. 3.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, p. 41 y ss.

Coke y, específicamente, la sumisión del Parlamento al *Common Law* desaparecieron con la Revolución de 1688 y con la institución del principio de la *supremacy of the parliament*. Entretanto, esta afirmación no parece correcta, particularmente para los efectos que Cappelletti intenta extraer de esta “transformación” —que, bien vistas las cosas, no ocurrió. He aquí lo que dice Cappelletti: “Tal doctrina (la de Coke) fue abandonada en Inglaterra con la Revolución de 1688, cuando entonces fue proclamada la doctrina contraria —todavía hoy respetada en aquel país— de la supremacía del parlamento. Sin embargo, de la doctrina de Coke restaron los frutos, al menos en los Estados Unidos, y estoy refiriéndome, como es obvio, a los frutos que hoy son llamados de judicial review y *supremacy of the judiciary*⁵⁰”.

Es cierto que la doctrina de Coke, en su particular significado de doctrina que daba al juez solo el poder de declarar el *Common Law*, fue superada en Inglaterra por la teoría constitutiva —desarrollada sobre todo por Bentham y Austin⁵¹. No obstante, con el debido respeto al maestro italiano, la Revolución de 1688 no hizo desaparecer la noción de que el Parlamento y la ley son sometidos al *Common Law*. También no es adecuado sustentar que el juez, a partir de ese momento, pasó a estar sometido al legislativo, ni mucho menos que el derecho de las colonias pasó a deber respeto únicamente a la producción del Parlamento.

El Parlamento, con la Revolución Gloriosa, venció la larga lucha contra el absolutismo del rey. Delante de la preocupación en contener los árbitros del monarca, los jueces siempre estuvieron al lado del Parlamento, llegando a mezclarse con este. Así, no hubo necesidad alguna de afirmar la prevalencia de la ley —como producto del Parlamento— sobre los magistrados, pero sí la fuerza del derecho común delante del poder real. Además, la Revo-

⁵⁰ Ídem, p. 40

⁵¹ MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* p. 204.

lución Puritana no objetivó destruir el derecho antiguo, sino muy por el contrario, se pautó por la afirmación del *Common Law* contra el rey.

Así, toda y cualquier norma elaborada por el legislativo estaría insertada dentro del *Common Law*, en la búsqueda de la afirmación de los derechos y libertades del pueblo inglés contra el rey⁵². La Revolución, bien por eso, no tuvo la pretensión de elevar a una posición suprema o la intención de dotar al Parlamento de un poder absoluto mediante la producción del derecho.

Más que a la ley, fue necesario dar importancia al *Common Law* —o al derecho de la historia y de las tradiciones del pueblo inglés— para contener el poder real. De modo que la idea de *supremacy of the English parliament* no significó, simplemente, la sumisión del poder real a la norma producida por el legislativo, sino la sumisión del rey al derecho inglés, en su entereza. Este derecho sometía al monarca, conteniendo sus excesos, pero también determinaba el contenido de la producción legislativa, que, sin cualquier duda, no podía estar disconforme con el *Common Law*⁵³.

De cualquier forma, al contrario de lo que sugiere Cappelletti, es cierto que el principio de la *supremacy of the English parliament* no tuvo la menor intención de someter al juez al Parlamento o incluso el objetivo de impedir al juez afirmar el *Common Law* —si fuese el caso, contra la propia ley. Este principio, en lugar de lo que sugería Cappelletti, tuvo la intención de pasar la noción de supremacía del derecho sobre el monarca y no el propósito de significar omnipotencia de la ley o absolutismo del Parlamento.

Además, la legislación de las colonias no era verdaderamente sometida a la ley inglesa, pero sí vinculada al derecho inglés. El control de la legitimidad de las leyes coloniales se daba a partir

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite — Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 35.

⁵³ ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Ob. cit., p. 786 y ss.

del *Common Law*, incluso porque el Parlamento, como ya fue dicho, estaba sometido a un metaderecho o a un metalenguaje (o *Common Law*), y no simplemente escribiendo las primeras líneas de un derecho nuevo, como aconteció con el poder (legislativo) que se instaló con la Revolución Francesa.

De ese modo, el control de legitimidad de los actos de la colonia, a partir del derecho inglés y el control de constitucionalidad de las leyes, con base en la Constitución americana, no significó un cambio de principios o la sustitución del principio de supremacía del parlamento por el principio de supremacía del poder judicial.

Tal cambio o sustitución puede ser visto apenas si el raciocinio fuera pautado por el significado que la supremacía del parlamento asumió en el *Civil Law*, por derivación de la Revolución Francesa. Sucede que este principio, en Inglaterra, estuvo muy lejos de la idea de la supremacía de la ley sobre el juez, significando, en verdad, supremacía del derecho sobre el monarca y sobre las propias leyes, inclusive a la de las colonias. En esta perspectiva, cuando se controlaba la legitimidad de la ley colonial a partir del derecho inglés, se afirmaba el *Common Law* y no la ley (en los moldes del *Civil Law*). Y el juez, en esta dimensión, ya se sobreponía al elaborador de la ley divergente. Por consiguiente, el control de constitucionalidad estadounidense significó más una continuidad que una ruptura con el modelo inglés⁵⁴.

Al margen de esto, cabe esclarecer que, si es cierto que el poder del juez del *Civil Law* sometido a la Constitución es cercano al del juez estadounidense, crear la norma del caso concreto a partir de la Constitución también es algo bastante similar a crear la norma jurídica a partir del *Common Law* o inclusive a declarar el derecho

⁵⁴ Sobre los orígenes del *judicial review*, ver CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review: its legal and historical basis and other essays*. Princeton: Princeton University Press, 1914; NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

del *Common Law*, como ocurría en el derecho inglés primitivo. De ahí que se diga que la noción de creación del derecho, típica del derecho jurisprudencial, se opone a la aplicación estricta de la ley, propia a la tradición del *Civil Law*.

8. UN ESCLARECIMIENTO: LOS DIFERENTES SIGNIFICADOS DE LA “SUPREMACÍA DEL PARLAMENTO” EN INGLATERRA Y EN FRANCIA

La *supremacy of the English parliament* tiene un significado completamente distinto del de la supremacía del legislativo y del principio de legalidad, tal como fueron vistos por la Revolución Francesa.

La afirmación del Parlamento, subrayada por la Revolución Inglesa de 1688, no tuvo el propósito de marcar el inicio de un nuevo derecho, como ya fue dicho. Su carácter fue conservador. Se afirmó que la Revolución no fue dotada de verdadero “espíritu revolucionario”, no deseó desconsiderar el pasado y destruir el derecho ya existente, sino, por el contrario, confirmarlo y hacerlo valer contra un rey que no lo respetaba⁵⁵.

Por lo tanto, en lugar de pretender instituir un nuevo derecho mediante la afirmación de la superioridad —en verdad absolutismo— del Parlamento en los moldes de la Revolución Francesa, la Revolución Gloriosa instituyó un orden en el que los poderes del monarca estuviesen limitados por los derechos y libertades del pueblo inglés.

Nótese que la noción del *rule of law and not of men* no significó apenas el topos aristotélico del gobierno de las leyes en sustitución al gobierno de los hombres, sino sobre todo, la lucha

⁵⁵ ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Ob. cit., p. 787.

histórico-concreta que el parlamento inglés trabó y ganó contra el absolutismo⁵⁶.

El ordenamiento de la Revolución Puritana se caracterizó por la sumisión del poder del monarca, en su ejercicio y actuación, a determinadas condiciones, así como por la existencia de criterios reguladores de la relación entre el y el Parlamento. En este ordenamiento tiene destaque el célebre *Bill of Rights*, editado en el primero año de la Revolución, en 1689, al cual Guillermo de Orange fue obligado a someterse para ascender al trono, mediante una especie de acuerdo entre el rey y Parlamento, visto como representante del pueblo. Destáquese que el *Bill of Rights*, aunque tenga entre sus principios fundamentales la protección de la persona, de la propiedad y de determinadas garantías procesales y dimensiones de la libertad política, es marcado, por encima de todo, por la sumisión del soberano a la ley⁵⁷.

No obstante la Revolución Inglesa haya vencido al absolutismo, con ella el Parlamento no asumió el poder absoluto, como ocurrió en la Revolución Francesa. Como anota Gustavo Zagrebelsky, en la tradición de Europa Continental la lucha contra el absolutismo significó la pretensión de sustituir el rey por otro poder absoluto, la Asamblea Soberana, al paso que, en Inglaterra, la batalla contra el absolutismo consistió en oponer, a las pretensiones del rey, los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento⁵⁸. Así, mientras en Francia el legislativo se revistió del absolutismo por medio de la producción de la ley, en Inglaterra, la ley representó, además del criterio de contención del arbitrio real, un elemento que se insertó en el tradicional y antiguo régimen del *Common Law*.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 36 y ss.

⁵⁷ ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Ob. cit., p. 787-788.

⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 37

Como la ley era imprescindible para la realización de los objetivos de la Revolución Francesa, y los jueces no merecían confianza, la supremacía del parlamento ahí fue vista como sujeción del juez a la ley, prohibición que se extendió, incluso, a la posibilidad de interpretarla para no distorsionarla y, así, frustrar los fines del nuevo régimen. Al contrario, teniéndose en vista que, en Inglaterra la ley no objetivaba expresar un derecho nuevo, sino, representaba un mero elemento introducido en un derecho ancestral (el cual, antes de merecer repulsión, era anclado en la historia y en las tradiciones del pueblo inglés), y más aun si el juez era visto como un “amigo” del poder que se instalara (una vez que siempre luchara, conjuntamente con el legislador, contra el absolutismo del rey), no hubo intención o necesidad de someter al juez inglés a la ley.

Además de que la ley nunca anuló el poder del juez, los propios principios de la Revolución Inglesa le daban condición para controlar los actos legislativos a partir del *Common Law*, ya que el Parlamento, incluso siendo supremo delante del monarca, era sometido a aquel⁵⁹. Sin embargo, en Francia —como quedará más

⁵⁹ “En la base del acuerdo constitucional de 1688, el poder legislativo estaba invertido no en un gobernante autocrático, sino en un órgano electo, lo que significaba que el proceso de *law-making* permaneciera sujeto al control de los diferentes grupos e intereses representados en el Parlamento. Además de eso, las leyes positivadas (*statutory enactments*) tuvieron un papel de menor importancia en el desarrollo general del derecho, lo que procedía principalmente de los fundamentos de las decisiones judiciales de interpretación del *Common Law*. En todo caso, los derechos legislados (*statutes*) adoptados por el Parlamento tuvieron que ser reforzados por las Cortes que, incluso reconociendo su deber de acatar la voluntad del legislador, irían a interpretar las reglas positivadas (*statutory rules*) de acuerdo con los derechos y libertades protegidos por los principios establecidos del *Common Law*, a no ser que el Parlamento explícitamente declarase que pretendía disminuir la importancia de esas libertades” (En el original: “On the basis of the constitutional settlement of 1688 legislative power was vested not an autocratic ruler but in an

claro a continuación—, la supremacía del parlamento apuntó amarrar al juez al texto de la ley, transformándolo en alguien destituido de poder creativo y de imperium.

9. LA SUPERACIÓN DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA POR EL POSITIVISMO Y LAS CONCEPCIONES DE *JUDGE MAKE LAW* Y DE *JUGE BOUCHE DE LA LOI*

Se sabe que la superación del iusnaturalismo racionalista por el positivismo fue marcada por la idea de que el derecho depende de la voluntad. Partiendo de la premisa de que el derecho se traduce a partir de una voluntad, los teóricos positivistas del *Common Law* no tuvieron dificultad para demostrar que el derecho no estaba en la tradición o en las costumbres del pueblo —como sustentaban Blackstone y los partidarios de la teoría declaratoria de la jurisdicción⁶⁰— sino, sería constituido o creado por la decisión judicial.

elected body which meant that the law-making process remained subject to the control of the different groups and interests represented in Parliament. Moreover, statutory enactments played a minor part in the general development of the law which proceeded mainly on the basis of court decisions interpreting the *Common Law*. In any case, the statutes adopted by Parliament had to be enforced by the courts which, although acknowledging their duty to defer to the will of the legislature, would construe the statutory rules in accordance with the rights and liberties protected by the established principles of the *Common Law* unless Parliament explicitly stated that it wished to derogate from those liberties”) (GROTE, Rainer. Ob. cit., p. 3).

⁶⁰ “Los textos institucionales de los siglos diecisiete y dieciocho, tales como aquellos de Blackstone en Inglaterra (y para muchos otros propósitos, en los Estados Unidos), o Stair en Escocia, fueron de importancia decisiva para dar al *Common Law* una forma y sustancia inteligibles a favor de las sociedades en (procesos de) rápida modernización y comercialización. Sin embargo, ellos justificaron la citación de los precedentes refiriéndose a lo que ellos consideraban ser el peso probatorio de este, el *Common Law* siendo la encarnación para fines locales de la ley de la naturaleza y de la razón, operacionalizado a través de las costumbres generales del Reino. Esta es la teoría declaratoria de acuerdo con la cual los preceden-

Así, mientras en el *Civil Law* el declive del iusnaturalismo racionalista dio origen a la era de la Codificación; en el *Common Law* se observó el surgimiento de la idea de creación judicial del derecho. En aquella tradición, delante de la estricta separación entre el legislativo y el judicial, la voluntad solo podría estar en el Parlamento; todavía, en el *Common Law*, en virtud del espacio de poder más amplio deferido a los jueces, la voluntad fue confiada al poder judicial. Se torna importante percibir que la conclusión de que, en el *Civil Law*, el derecho estaría en el Parlamento, fue coherente —a partir de una visión estrictamente marcada por la teoría positivista— con la idea de que el juez crearía derecho.

Nótese que eso no solo demuestra que el *Common Law* confió y apostó en el poder judicial, mientras que el *Civil Law* esclavizó a los jueces al parlamento, sino también la superación del iusnaturalismo racionalista por el positivismo tuvo efectos completamente diversos en los dos sistemas, habiendo colaborado —ciertamente que en términos esencialmente teóricos— para la formación de las concepciones antagónicas de *juge bouche de la loi* (juez boca de la ley) y de *judge make law* (juez legislador).

Recuérdese, para estos efectos, que la admisión de la tesis el juez crea el derecho tuvo fundamento en la doctrina positivista

tes declaran la ley, pero no la hacen” (En el original: “Seventeenth-and eighteenth-century institutional writings, such as those of Blackstone in England (and, for many purposes, the USA) or Stair in Scotland, were decisively important in giving the *Common Law* an intelligible form and substance for rapidly modernizing and commercializing societies. But they justified the citation of precedent by reference to what they considered to be its evidentiary weight, the *Common Law* being the embodiment for local purposes of the law of nature and reason, worked out through the general customs of the realm. This is a declaratory theory, according to which precedents declare law but do not make it”) (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, pp. 481-482).

de Bentham, que no podía entender en la decisión judicial la declaración de un derecho pre-existente fundado en la naturaleza y en la razón de las cosas, sino apenas en la creación del derecho.

En este sentido, para distinguir los sistemas, incluso en sus orígenes, no basta hablar que en uno, el juez crea derecho y, en el otro, declara la ley, siendo imprescindible comprender que solamente en el *Common Law* el juez mereció confianza y espacio en la esfera de poder y que la afirmación de que el “juez crea derecho” constituyó un slogan de una de las vertientes doctrinarias que se presentaron en ese sistema jurídico.

A propósito, en lo atinente a este último punto, es bueno recordar que, en el *Common Law*, todavía discute al respecto a la naturaleza de la jurisdicción, si es declaratoria o constitutiva. Tal cuestión fue objeto de reciente e importante debate entre Herbert Hart⁶¹ —quien sustenta el papel creativo de la jurisdicción— y Ronald Dworkin⁶² —quien lo niega. En verdad, Dworkin es uno de los integrantes de un poderoso y creciente núcleo de pensamiento incrustado en negar la naturaleza positivista del precedente y en proponer una visión “interpretativista” para comprenderse el *Common Law*, con la consecuente reinserción en el debate de la teoría declaratoria de la jurisdicción, aunque obviamente, sobre un ropaje contemporáneo⁶³.

10. EL JUEZ COMO “BOUCHE DE LA LOI”

Antes de la revolución francesa, los miembros del poder judicial francés constituían una clase aristocrática no solo sin al-

⁶¹ HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993 (esp. Formalism and rule-scepticism e Postscript).

⁶² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978 (esp. The model of rules e Hard cases); e *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

⁶³ Ver BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 485.

gún compromiso con los valores de igualdad, de fraternidad y de libertad —se mantenían lazos visibles y espurios con otras clases privilegiadas, especialmente con la aristocracia feudal, en cuyo nombre actuaban bajo las togas. En esa época, los cargos judiciales eran comprados y heredados, lo que hacía suponer que el cargo de magistrado debería ser usufructuado como si fuese una propiedad particular capaz de rendir frutos personales⁶⁴.

Los jueces pre-revolucionarios se negaban a aplicar la legislación que era contraria a los intereses de sus protegidos e interpretaban las nuevas leyes de cara a mantener el status quo y a no permitir que las intenciones progresistas de sus elaboradores fuesen alcanzadas. No había cualquier prerrogativa para “juzgar”.

La preocupación en devolver un nuevo derecho⁶⁵ y permitir el florecimiento de una nueva sociedad exigió la admisión de los argumentos de Montesquieu⁶⁶, aceptándose la necesidad de separación de los poderes e imponiéndose, sobre todo, una clara

⁶⁴ Recuérdese que Montesquieu, al elaborar la tesis de que no podría haber libertad en caso de que el “poder de juzgar” no estuviese separado de los poderes legislativo y ejecutivo, partió de su propia experiencia personal, pues conocía muy bien a los jueces de su época. Montesquieu nació como Charles-Louis de Secondat en una familia de magistrados, habiendo heredado de su tío no solo el cargo de *President à mortier* en el *Parlament* de Bordeaux, como también el nombre de “Montesquieu”. El joven Montesquieu, sin dejarse seducir por las facilidades de su posición social, renunció al cargo de magistrado y tuvo la valentía de denunciar las relaciones espurias de los jueces con el poder, idealizando la teoría de la separación de los poderes (Ver CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, p. 269).

⁶⁵ En la Revolución Inglesa de 1688 no hubo deseo de “eliminar” el derecho antiguo, sino solamente la intención de confirmar y hacer el derecho ya existente contra un rey que no lo respetaba. Ver ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Ob. cit., p. 787.

⁶⁶ *De l'esprit des lois* (Del espíritu de las leyes) publicado por la primera vez en 1748.

distinción entre las funciones del legislativo y del judicial⁶⁷. Se volvió imprescindible limitar la actividad del judicial, subordinándolo de forma rígida al Parlamento, cuyos habitantes deberían representar el deseo del pueblo⁶⁸.

De acuerdo con Montesquieu, el “poder de juzgar” debería ser ejercido a través de una actividad puramente intelectual, cognitiva, no productiva de “derechos nuevos”. Esa actividad no sería limitada exclusivamente por la legislación, sino también por la actividad ejecutiva, que tendría el poder de ejecutar las decisiones que constituyen el “poder de juzgar”. En ese sentido, el poder de los jueces quedaría limitado a afirmar lo que ya había sido dicho por el legislativo, debiendo el juzgamiento ser solo “un texto exacto de la ley”⁶⁹. Por eso, Montesquieu acabó concluyendo que “el poder de juzgar” era, de cualquier forma, un “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*)⁷⁰.

Así, confirió el poder de crear el derecho solo al legislativo. La prestación judicial debería restringirse a la mera declaración

⁶⁷ Montesquieu, al escribir sobre la separación de los poderes, dijo lo siguiente: “No habrá también libertad si el poder de juzgar no estuviera separado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si estuviese ligado al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería legislador. Si estuviese ligado al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor” — MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 157.

⁶⁸ Ver GROTE, Rainer. Ob. cit., p. 4.

⁶⁹ Para Montesquieu, el juzgamiento no podría ser “más que un texto exacto de la ley”; el juez debería ser solo la *bouche de la loi*, o sea, un juez pasivo y sin algún poder creativo o de *imperium* (Ob. cit., p. 158). Ver, también, TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 280.

⁷⁰ Afirmó, Montesquieu: “Podría suceder que la ley, que es al mismo tiempo clarividente y ciega, fuese en ciertos casos muy rigurosa. No obstante, los jueces de una nación no son, como decimos, *más que la boca que pronuncia las sentencias de la ley*, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor” (Ob. cit., p. 160). V. TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 192.

de la ley, dejándose al ejecutivo la tarea de ejecutar las decisiones judiciales⁷¹.

Para que se pudiese limitar el poder del juez a la declaración de la ley, la legislación debería ser clara y capaz de dar regulación a todas las situaciones conflictivas. Los Códigos deberían ser claros, coherentes y completos⁷². El miedo del arbitrio judicial, derivado

⁷¹ Para explicar cómo funciona una Constitución en la cual el poder controla al poder, Montesquieu debe indicar los poderes; debe establecer cuáles y cuántos son los poderes que, en una Constitución destinada a garantizar la libertad del ciudadano, son predispuestos de modo a propiciar un control mutuo. En este momento, él anuncia una tesis extremadamente importante en la historia de las doctrinas jurídicas: los poderes no son diversos en los diferentes Estados, sino, son solamente tres. Ellos son: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de las gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. El poder "ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil" también es llamado "poder de juzgar"; es en este momento, a propósito que la expresión "poder de juzgar" o "poder judicial" se incorpora al vocabulario jurídico-político. El "poder de juzgar" es ejercido a través de una actividad puramente intelectual, y no productiva de "nuevos derechos". *Esta actividad no es solo limitada por la legislación, sino también por la actividad ejecutiva que, objetivando la seguridad pública, abarca igualmente la actividad de ejecución material de las decisiones que constituyen el contenido del "poder de juzgar"* (Cf. TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 287-291).

⁷² "El paradigma liberal del derecho expresó, hasta las primeras décadas del siglo XX, un consenso de fondo muy difundido entre los especialistas en derecho, preparando así, un contexto de máximas de interpretación *no cuestionadas* para la aplicación del derecho. Esa circunstancia explica por qué muchos pensaban que el derecho podía ser aplicado a su tiempo, sin el recurso a principios necesitados de interpretación o a 'conceptos llave' dudosos" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 313). "Con base en tales premisas, la ciencia del derecho podía afirmar que las disposiciones legislativas nada más eran partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y que, por lo tanto, el intérprete podía retirar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectual, las estructuras que lo sustentaban, esto es, sus principios. Ese es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos de interpretación que, en la presencia de una

de la experiencia del Ancien Régime, no solo exigía la separación entre el poder de crear el derecho y el poder de juzgar, como también orientaba la arquitectura legislativa deseada. Además de eso, el racionalismo exacerbado, típico de la época, hacía acreditar que la tarea judicial podría ser solamente identificar la norma aplicable para la solución del litigio.

Entre tanto, la codificación, por sí sola, no puede explicar la distinción entre el *Common Law* y el *Civil Law*⁷³. No se piense que el *Civil Law* está caracterizado por los Códigos y por la tentativa de omnisciencia de la legislación, mientras que el *Common Law* tiene una característica exactamente contraria. El *Common Law*

laguna — esto es, de la falta de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica — permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el sistema. Por lo tanto, la sistematicidad acompañaba la plenitud del derecho” (ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 43). “En la edad liberal — la edad en la que se encierra en 1914 entre los esplendores de la gran guerra—, el sistema normativo gravita completamente en torno al Código Civil. El Código Civil de 1865 contiene los principios generales que orientan la regulación de las particulares instituciones o materias y que, en última instancia, sirven para colmar las lagunas del ordenamiento” (IRTI, Natalino. *Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema). La edad de la descodificación*. Trad. Luis Rojo Jauría. Barcelona: Bosch, 1992. p. 93).

⁷³ Comentando sobre el sistema codificado y la vinculación del magistrado a la norma legislada, sobre todo en Alemania, Winfried Hassemer señala que “debería ser producido un efecto vinculante (por lo menos fáctico) por el derecho jurisprudencial. Los principios de decisión, las diferenciaciones de problemas, la determinación del tenor literal de las normas y las instituciones, elaborados, modificados y, después, nuevamente confirmados por la jurisprudencia en el decurso de una larga tradición, no tienen que ser tomados en consideración (apenas) porque son constantemente seguidos y confirmados de hecho, pero (también) porque ellos se consideran a sí mismos como ‘correctos’, esto es, afirman representar principios jurídicos consentidos — también a la par o incluso en contra de la norma codificada” (HASSEMER, Winfried. *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 281-301).

también tiene intensa producción legislativa y varios Códigos. Lo que realmente varía del *Civil Law* para el *Common Law* es el significado que se atribuye a los Códigos y a la función que el juez ejerce al considerarlos. En el *Common Law*, los Códigos no tienen la pretensión de cerrar los espacios para que el juez no pueda pensar más; por lo tanto, no se preocupan en tener todas las reglas capaces de solucionar los casos conflictivos. Y eso, porque en este sistema, jamás se creyó o se tuvo la necesidad de acreditar que podría existir un Código que eliminase la posibilidad del juez de interpretar la ley. Nunca se pensó en negar al juez esta tradición, el poder de interpretar la ley. De modo que, si alguna diferencia existe, es respecto a los Códigos, entre el *Civil Law* y el *Common Law*, tal distinción está en el valor o en la ideología subyacente a la idea de Código⁷⁴.

⁷⁴ “Si, mientras tanto, se piensa en codificación no como una forma, sino como la expresión de una ideología y si alguien intenta entender esa ideología y el motivo por el cual ella alcanza la expresión en la forma de código, se torna posible, entonces, poder ver el sentido de hablar en códigos en el derecho comparado. Es verdad que California posee una gran variedad de aquello que es llamado “códigos”; como también lo poseen otros estados de los Estados Unidos, y que el *Uniform Commercial Code* fue adoptado en la mayoría de las jurisdicciones americanas. Sin embargo, incluso eso se parezca con los códigos en países que aplican el *Civil Law*, la ideología subyacente — la concepción de o que es un código y de las funciones que debe desempeñar en el proceso legal — no es la misma. Existe una ideología de codificación completamente diferente funcionando en el mundo del *Civil Law*” (En el original: “If, however, one thinks of codification not as a form but as the expression of an ideology, and if one tries to understand that ideology and why it achieves expression in code form, then one can see how it makes sense to talk about codes in comparative law. It is true that California has a number of what are called codes, as do some other states in United States, and that the Uniform Commercial Code has been adopted in most American jurisdictions. However, although these look like the codes in *Civil Law* countries, the underlying ideology — the conception of what a code is and of the functions it should perform in the legal process — is not the same. There is an entirely different ideology of codification at work in the

Es preciso prestar atención, sobre todo, a la diferencia entre la historia del poder judicial en el *Common Law* y la historia del derecho continental europeo, en particular a los fundamentos del derecho francés post-revolucionario. En Inglaterra, al contrario de lo que ocurrió en Francia, los jueces no solo constituían una fuerza progresista preocupada en proteger al individuo y en poner frenos en el abuso del gobierno, sino aún desempeñaron un papel importante para la centralización del poder y para la superación del feudalismo. En aquel país, la unificación del poder se dio de forma razonablemente rápida, con la eliminación de la jurisdicción feudal y de otras jurisdicciones paralelas. Y los jueces colaboraron para esta unificación, afirmando el derecho de ancestral tradición en la nación, sin cualquier necesidad de rechazo a la tradición jurídica del pasado⁷⁵.

Civil Law world") (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 27-28).

⁷⁵ "En los Estados Unidos y en Inglaterra, al contrario, existía un diferente tipo de tradición judicial, en la cual los jueces necesitaron ser, muchas veces, una fuerza progresiva al lado del individuo contra el abuso del poder por el gobernante y tuvieron un importante papel en la centralización del poder gubernamental y en la destrucción del feudalismo. El miedo del *lawmaking* judicial y de la interferencia judicial en la administración no existía. Por el contrario, el poder de los jueces de dar forma al desarrollo del *Common Law* era una institución familiar y bienvenida. Era aceptado que las cortes tuviesen el poder de *mandamus* (para obligar a funcionarios a cumplir su deber legal) y *quo warranto* (para cuestionar la legalidad de un acto cometido por un funcionario público). El Poder Judicial no fue objetivo para la Revolución Americana del mismo modo como en Francia" (En el original: "In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition, one in which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had played an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism. The fear of judicial lawmaking and of judicial interference in administration did not exist. On the contrary, the power of the judges to shape the development of the *Common Law* was a familiar and welcome institution. It was accepted that the courts had the powers of *mandamus*

La Revolución Francesa, sin embargo, procuró crear un derecho que fuese capaz de eliminar el pasado y las tradiciones hasta entonces heredadas de otros pueblos, mediante el olvido no solo del derecho francés más antiguo, sino también de la negación de la autoridad del *ius commune*⁷⁶. El derecho común había de ser substituido por el derecho nacional. Tal derecho, al contrario del inglés, tenía que ser claro y completo para no permitir cualquier interferencia judicial en el desarrollo del derecho y del poder gubernamental. No había cómo confiar en los jueces que hasta entonces estaban a lado de los señores feudales manteniendo fuerte oposición a la centralización del poder. Véase, entonces, que el derecho francés, además de rechazar el derecho común del

(to compel officials to perform their legal duty) and *quo warranto* (to question the legality of an act performed by a public official). The judiciary was not a target of the American Revolution in the way that it was in France”) (ídem, p. 17).

⁷⁶ Véase, en ese sentido, que la teoría del derecho, bajo la égida del *Code Napoleon*, era enseñada en los moldes de la Escuela de la Exégesis, cuyas principales tesis “afirmaban que el estatuto y el derecho eran idénticos y las otras fuentes de derecho — costumbre, erudición, jurisprudencia, derecho natural — tenían importancia solo secundaria. Para comprender el significado exacto de los códigos, era necesario partir del texto, solamente del texto y no de sus fuentes. La erudición y la jurisprudencia tuvieron, por lo tanto, que resistir y retroceder en dirección a una etapa anterior a los códigos, pues eso conduciría inexorablemente a la incertidumbre. El legislador escogerá entre diferentes posibilidades antiguas y modernas y si es que su opción no fuese seguida, el derecho la fundaría en la diversidad y en la incertidumbre de las viejas fuentes y, de ese modo, en los mismos errores por los cuales el derecho antiguo fue criticado. Ese abordaje, muy bien descrito como un ‘fetichismo del estatuto escrito’, también eliminaba cualquier recurso al derecho natural o a los ‘principios generales del derecho’. Demolombe afirmaba que el ‘derecho claro’ no requería comentario y que la ley ‘debía ser aplicada incluso cuando no pareciese conformarse a los principios generales del derecho o de la equidad” (VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 211-212).

Civil Law y de buscar instituir un derecho nacional nuevo, tuvo la necesidad de legitimarlo mediante la subordinación del poder del juez al poder del Parlamento. El derecho contaría con un grave e insuperable déficit democrático en caso fuese interpretado por los magistrados. O mejor aún, había motivo para no dar a los jueces el poder de interpretar las normas trazadas por los representantes del pueblo.

Las historias de poder en el *Common Law* y en el *Civil Law* fueron las responsables por las diferentes funciones atribuidas a los jueces de esos sistemas jurídicos. Mientras tanto, hay necesidad de señalar la circunstancia de que la falta de semejanza entre las funciones del juez del *Common Law* y del *Civil Law* restó, en buena cuenta, en el papel y en la intención de los inspiradores del Estado legislativo francés. La Revolución Francesa, como toda revolución, quedó resentida de la fuerte dosis de ilusiones románticas y utopías, generando dogmas como el de la prohibición de el juez de interpretar la ley.

11. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN EL CIVIL LAW

Como fue dicho, la Revolución Francesa pretendió prohibir al juez interpretar la ley. Se imaginaba que, con una legislación clara y completa, sería posible al juez simplemente aplicar la ley y, de esta manera, solucionar los casos litigiosos sin la necesidad de extender o limitar su alcance y sin nunca depararse con su ausencia o incluso con el conflicto entre las normas. En la excepcionalidad del conflicto, obscuridad o falta de ley, el magistrado obligatoriamente debería presentar la cuestión al legislativo para la realización de la “interpretación autorizada”.

En efecto, la Ley Revolucionaria de agosto de 1790, no solo afirmó que “los tribunales judiciales no tomarán parte directa o indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni impedirán suspender la ejecución de las decisiones del poder legislativo”

(Título II, art. 10), sino, también que los tribunales “se reportarán ante cuerpo legislativo siempre que así lo considerasen necesario, a fin de interpretar o editar una nueva ley” (Título II, art. 12)⁷⁷.

Se afirmó que el juez, al no poder identificar la norma aplicable a la solución del caso, debería recurrir al legislativo. Se suponía, es claro, que estas situaciones serían raras y que —después de mucho tiempo de consultar al legislativo— tenderían a desaparecer. De cualquier forma, poca cosa puede expresar de forma tan marcada la pretensión revolucionaria de limitar al poder judicial.

Algo similar aconteció anteriormente en el derecho prusiano. El célebre Código Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), elaborado por Federico II, el Grande, en 1794, contenía más de 17.000 artículos, revelando el intento de regular todas las situaciones fácticas por más específicas que fuesen. Del mismo modo que el Código Napoleónico —que tenía 2.281 artículos—, el objetivo de Federico fue el de hacer un derecho a prueba de jueces⁷⁸. El primer rey de Prusia no se dio por satisfecho con los 17.000 artículos de su Código, habiendo también prohibido a los jueces poder interpretarlos y, en la misma senda de la Revolución Francesa de 1790, creó una comisión legislativa a la cual los jueces tenían el deber de recurrir en casos de duda sobre la aplicación de una norma. El juez que cayese en la tentación de interpretar el

⁷⁷ “Los tribunales judiciales no tomarán parte, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedirán o suspenderán la ejecución de las decisiones del poder legislativo” (Título II, art. 10); “se reportarán al cuerpo legislativo siempre que así lo considerasen necesario, a fin de interpretar o editar una nueva ley” (Título II, art. 12); “Las funciones judiciales son distintas y siempre permanecerán separadas de las funciones administrativas. Bajo pena de pérdida de sus cargos, los jueces de ninguna manera interferirán con la administración pública, ni convocarán a los administradores a la prestación de cuentas respecto del ejercicio de sus funciones” (Título II, art. 12) (Ley revolucionaria de agosto de 1790) (Ver, CAPPELLETTI, MAURO. *Repudiando Montesquieu...*, cit. p. 272).

⁷⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Ob. cit.*, p. 39.

Código incidiría en la “grande ira” de Federico y sufriría severos castigos⁷⁹.

Aún más interesante para nuestro propósito, es la historia de la Corte de Casación Francesa. Este tribunal también fue instituido en 1790; con el nítido objetivo de limitar el poder judicial mediante la cesación de las decisiones que no fuesen coherentes con el derecho creado por el parlamento⁸⁰. Es posible decir que la *Cassation* fue instituida como una válvula de escape contra la aplicación incorrecta de la ley y la no presentación del caso a la interpretación autorizada del legislativo. Sin embargo, tal vez ya se vislumbraba la dificultad práctica de exigirle a los jueces la exposición de sus dudas al legislativo, bien como el trabajo excesivo y prácticamente inviable que sería sometido al legislador en caso todas las dificultades interpretativas le fuesen anunciadas⁸¹.

Aunque fuese llamada Corte, ese órgano no hacía parte del Poder Judicial, constituyendo un instrumento destinado a proteger la supremacía de la ley. Esta primera naturaleza —no jurisdiccional— de la Casación era compatible con su función de apenas casar o anular las decisiones judiciales que diesen a la ley un sentido indeseado. Sin obligar al juez a requerir la debida interpretación, se impedía que las decisiones que no se limitasen a aplicar la ley tuviesen efectos. En lugar de utilizarse los instrumentos de la

⁷⁹ Ídem. Ver, aún: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil — Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 70-71; TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 488; DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 63. Respecto del derecho procesal civil prusiano de esta época, ver ENGELMANN, Arthur. *Modern continental procedure. A history of continental civil procedure*. New York: Kelley, 1969. p. 590 y ss.

⁸⁰ Ver CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile — I. Storia e legislazione*. Torino: Fratelli Bocca, 1920. p. 426 y ss.; TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo — Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 29 y ss.

⁸¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 39 y ss.

“consulta interpretativa autorizada”, se prefería algo más factible, esto es, casar la interpretación equivocada.

Subráyese que a *Cour de Cassation* fue instituida únicamente para casar la interpretación incorrecta, y no para establecer la interpretación correcta o para decidir en substitución a la decisión proferida por el juez ordinario. Recuérdense que ella no era si quiera considerada un órgano jurisdiccional y, por eso mismo, no podía decidir. De esa forma, la *Cassation* no se sobreponía al órgano judicial ordinario por tener el poder de proferir la última decisión, pero sí por tener el poder para afirmar cómo la ley no debería ser interpretada.

El tiempo hizo sentir que el momento para afirmar cómo la ley no debería ser interpretada también sería oportuno para afirmar como la ley debería ser interpretada. O sea, la historia muestra que la Casación, de órgano destinado a simplemente anular la interpretación errada, pasó a órgano de definición de la interpretación correcta. Tal evolución igualmente abrigó la mutación de la característica del órgano estatal, que asumió la naturaleza jurisdiccional de órgano incumbido en participar del proceso de producción de decisiones judiciales.

Además, la Corte de Casación no solo adquirió el semblante de órgano jurisdiccional, sino pasó a constituir el tribunal de cúpula del sistema, sobreponiéndose a los tribunales ordinarios. Su función se tornó en la de dictar y asegurar la interpretación correcta de la ley, evitando que los tribunales inferiores consolidasen interpretaciones equivocadas.

Así, la Corte llega a un estadio en el que no hay más control no jurisdiccional de las interpretaciones judiciales. Hay, ahora, preocupación en fijar, a través del propio Poder Judicial, la unidad del derecho o precisamente para aquella época, la uniformidad de la interpretación de la ley en el país y en los varios tribunales inferiores. Básicamente, esto se volvió posible por dos motivos. Primero, se adquirió conciencia de que la lectura del texto de la norma implica un acto de comprensión que, así, abre oportunidad

para varias definiciones y, por lo tanto, interpretaciones. Además, se convirtió incuestionable que el acto de comprender la ley era incumbencia del poder judicial y no del poder legislativo. Lo que pasó a importar, en verdad, fue tan solamente si sería conveniente admitir que el poder judicial expresiese, en un mismo instante histórico, varias interpretaciones para la misma ley.

El punto tiene relevancia insospechada, particularmente de cara al sistema brasileiro. No obstante, cabe subrayar, desde luego, que si la función de nuestro Superior Tribunal de Justicia es velar por la integridad del derecho infraconstitucional, su aspecto no es muy diferente de aquella que la Casación francesa asumió con el pasar del tiempo. También en el sistema brasileiro hay preocupación en saber cómo el Judicial debe expresirse delante de la inapartabilidad de diversas interpretaciones, siendo la solución para el problema la imposición de la interpretación del Superior Tribunal de Justicia sobre los tribunales ordinarios.

De cualquier forma, es imprescindible e importante notar que la Corte de Casación, hoy, tribunal jurisdiccional destinado a asegurar la uniformidad de la interpretación de la ley, tiene origen en un órgano no jurisdiccional instituido para evitar que la voluntad de los jueces se sobrepusiese a la voluntad de los habitantes del parlamento. De órgano destinado a garantizar la supremacía de la ley a órgano destinado a afirmar y velar por una única interpretación de la ley: he ahí la verdadera mutación por la cual la Casación pasó.

Sin embargo, es sorprendente que la cultura jurídica del *Civil Law* no se haya dado cuenta de que tal mutación no podría permitir la manutención de dos dogmas —que echan raíces en la Revolución Francesa:— de que la ley constituye la seguridad que el ciudadano necesita para vivir en libertad y en igualdad y de que el juez solo actúa la voluntad de la ley⁸².

⁸² V. GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005. p. 55 y ss.

12. LA CERTEZA JURÍDICA COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD

Para la Revolución Francesa, la ley sería indispensable para la realización de la libertad y de la igualdad. Por este motivo, se entendió que la certeza jurídica sería igualmente indispensable delante de las decisiones judiciales, una vez que, en caso los jueces pudiesen producir decisiones desafinadas de la ley, los propósitos revolucionarios estarían perdidos o serían inalcanzables.

Así, mantener al juez aprisionado a la ley sería sinónimo de seguridad jurídica. El propio Montesquieu hizo coro por la seguridad jurídica fundada en la estricta aplicación de la ley cuando dijo que, si los juzgamientos “fuesen una opinión particular del juez, se viviría en una sociedad sin saber precisamente los compromisos que en ella son asumidos”⁸³. Ese pasaje de la doctrina de Montesquieu, según advierte Giovanni Tarello, evidencia una ideología que sugiere que la libertad política, entendida como seguridad psicológica del individuo, se realiza por medio de la certeza del derecho⁸⁴.

La certeza del derecho estaría en la imposibilidad del juez para interpretar la ley, o mejor dicho, en la propia ley. El punto tiene enorme relevancia. Nótese que el *Civil Law* no solo imaginó, utópicamente, que el juez solamente actuaría la voluntad de la ley, sino todavía se supuso que, en virtud de la certeza jurídica que de ella derivaría, el ciudadano tendría seguridad y previsibilidad en el trato de las relaciones sociales. No obstante, se imaginó que la ley sería suficiente para garantizar la igualdad de los ciudadanos.

Esto significa, desde luego, que, en los países que no necesitaron ilusionarse con el absurdo de que el juez no podía interpretar la ley, naturalmente se aceptó que la seguridad y la previsibilidad tendrían que ser buscadas en otro lugar. Y, ¿Qué lugar sería ese?

⁸³ Montesquieu, Barón de (Charles-Louis de Secondat). Ob. cit., p. 158; ver TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 194.

⁸⁴ TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 294.

Ahora bien, exactamente en los precedentes o, precisamente, en el *stare decisis*.

La seguridad y la previsibilidad obviamente son valores deseados por ambos sistemas. Sin embargo, se supuso en el *Civil Law* que tales valores serían realizados por medio de la ley y de su estricta aplicación por los jueces, mientras que en el *Common Law*, por nunca haber existido duda de que los jueces interpretasen la ley y, por eso, pueden proferir decisiones diferentes, se entendió la fuerza vinculante de los precedentes como el instrumento capaz de garantizar la seguridad y la previsibilidad la cual necesita la sociedad para desarrollarse

No obstante, la cuestión puede ser definitivamente desnudada solo a partir del descubrimiento del motivo por el cual la doctrina del *Civil Law*, incluso después de haber admitido la obviedad de que el juez interpreta la ley, y, más que eso, que los jueces frecuentemente divergen y expiden innumerables decisiones diferentes al aplicar el texto de la ley, continuó aceptando que la ley sería suficiente para garantizar la seguridad y la previsibilidad.

Se trata de algo realmente curioso. Aunque en la praxis se haya constatado de que nada ayuda la ley cuando el ciudadano no sabe qué esperar de los jueces, la única preocupación de la doctrina ha sido la de demostrar que, a pesar de haberse tornado evidente que el juez presta tutela jurisdiccional yendo más allá de la mera aplicación de la ley, eso no significa negación del principio de separación de poderes. O mejor aún, la doctrina no tomó conciencia de que, delante de la variedad de las decisiones y de las interpretaciones de la ley, sería necesaria una elaboración dogmática capaz de garantizar la seguridad, la previsibilidad e igualdad. Hay que decirse, sin cualquier pudor, que la doctrina del *Civil Law* cometió pecado grave al encubrir la necesidad de un instrumento capaz de garantizar la igualdad delante de las decisiones, fingiendo creer que la ley sería bastante y prefiriendo preservar el dogma en vez de denunciar la realidad y la funesta consecuencia de ella derivada.

En resumen: no hay cómo ignorar, tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law* que una misma norma jurídica puede generar diversas interpretaciones y, por consecuencia, variadas decisiones judiciales. Todavía, el *Common Law*, ciertamente con la colaboración de un ambiente político y cultural propicio, rápidamente intuyó que el juez no podría ser visto como mero revelador del derecho consuetudinario, llegando a atribuirle la función de creador del derecho, mientras el *Civil Law* permanece preso a la idea de que el juez simplemente actúa la voluntad del Derecho. De modo que con el *Common Law* se puede fácilmente vislumbrar que la certeza jurídica solo podría ser obtenida mediante el *stare decisis*; al paso que el *Civil Law*, por estar todavía encubriendo la realidad, en los libros habla y escucha sobre la certeza jurídica en la aplicación de las leyes, pero, en otro lugar, se siente absorto ante la desconfianza de la población, además de envuelto en un enmarañado de reglas que, de forma no sistemática, intentan dar alguna seguridad y previsibilidad al jurisdicionado.

13. EL INDIVIDUALISMO DEL JUEZ DEL *CIVIL LAW*

Aunque las decisiones, en el sistema del *Civil Law*, varíen constantemente de señal, cambiando de sentido al sabor del viento, eso debe ser visto como una patología o como un equívoco que, lamentablemente, se arraigó en nuestra tradición jurídica.

Se supuso que los jueces no deben algún respeto a las decisiones pasadas, llegándose a alegar que cualquier intento de vincular al juez al pasado interferiría sobre su libre convencimiento y sobre su libertad de juzgar.

Se trata de un grosero mal entendido, derivado de la falta de comprensión de que la decisión es el resultado de un sistema y no algo construido de forma individualizada por un sujeto que puede hacer valer su voluntad sobre todos los que lo rodean y, así, sobre el propio sistema del cual forma parte. Imaginar que el juez tiene el derecho de juzgar sin someterse a sus propias decisiones y a

las de los tribunales superiores es no entender que el magistrado es una pieza en el sistema de distribución de justicia y, más que eso, que este sistema no le sirve únicamente a él, sino, al pueblo.

Como es obvio, el juez o tribunal no deciden para sí, sino para el jurisdicionado. Por eso, poco debe importar para el sistema si el juez tiene alguna posición personal acerca de alguna cuestión de derecho, que difiera de los tribunales que le son superiores. Lo que realmente debe tener significado es la contradicción del juez al decidir cuestiones iguales de forma diferente o decidir de forma distinta a la del tribunal que le es superior. El juez que contraría su propia decisión, sin la debida justificación, está muy lejos del ejercicio de cualquier libertad, estando más próximo a la práctica de un acto de insanidad. Mientras sucede eso, el juez que contraría la postura del tribunal, conciente de que a éste le cabe la última palabra, practica un acto que atenta contra la lógica del sistema, significa desprecio al Poder Judicial y desconsideración para con los usuarios del servicio jurisdiccional.

Ha llegado el momento de colocarle punto final al agotador discurso de que el juez tiene la libertad herida cuando es obligado a decidir de acuerdo con los tribunales superiores. El juez, además de libertad para juzgar, tiene el deber para con el Poder del cual hace parte y para con el ciudadano. Posee el deber de mantener la coherencia del ordenamiento y de velar celosamente por la respetabilidad y por la credibilidad del Poder Judicial. Además de eso, no debe transformar su propia decisión, a los ojos del jurisdicionado, en un "nada" o peor, en obstáculo que necesita ser contorneado mediante la interposición del recurso al tribunal superior, violando los derechos fundamentales a la tutela efectiva y a la duración razonable del proceso. Por otra parte, es cierto que el juez deja de respetarse a sí mismo y al jurisdicionado cuando niega sus propias decisiones. Se trata de algo poco más que contradictorio, caminando próximo a la orilla de lo inconcebible.

Como es evidente, delante de casos distintos el juez no necesita decidir de acuerdo con el tribunal superior o en conformidad

con la decisión que anteriormente profirió. Le cabe, en esta situación, realizar lo que el *Common Law* conoce por *distinguished*, esto es, la diferenciación del caso que está próximo a ser juzgado. De la misma forma, el juez puede dejar de decidir de acuerdo con la decisión que ya profirió, aun incluso delante de un caso similar, cuando existe justificativa para esto y desde que proceda a través de la debida fundamentación del motivo por el cual está alterando su primitiva decisión.

Esta es una regla que, de cierta forma, puede inclusive ser considerada como derivada del propio texto constitucional, a tenor del art. 93, IX.

Como se ve, el juez no pierde la libertad de juzgar por estar sometido a lo que ya decidió o a las decisiones de los tribunales superiores. Él puede, con la debida justificación, alterar su anterior decisión o demostrando la diversidad del caso que le fuere sometido, no aplicar la decisión del tribunal superior. La prohibición solo alcanza la posibilidad de la decisión, aunque esté fundamentada, en divergencia al tribunal superior. Pero eso ocurre por una cuestión puramente lógica, anclada en la propia estructura del sistema de producción de precedentes.

Subráyese que no hay poder que no tenga responsabilidad por sus decisiones. No obstante, es poco plausible que alguien pueda justificar su responsabilidad cuando decide casos iguales de forma desigual. “*Treat like cases alike*”, es el principio que, visto en su significado originario⁸⁵, siempre estuvo a la base del *Common Law*,

⁸⁵ No se está considerando, por lo tanto, otras cuestiones ya puestas en torno del principio, como la de que la uniformidad dictada por el principio eliminaría la capacidad de los tribunales responder a las necesidades de la diversidad y del pluralismo. “Para tener certeza, no estoy sugiriendo que estas razones destinadas a la uniformidad futura están necesariamente presentes en todo y cualquier caso. Lejos de eso. Pero, normalmente, una o ambas están, y eso debe ser tomado en consideración contra la suposición de que el valor de la previsibilidad de las decisiones judiciales debe prevalecer. Así, tratar los casos similares de la misma forma no

consistiendo en una de las principales razones de su coherencia, así como de la confianza y del respeto rendidos hacia los jueces. Tratar de la misma forma casos similares es algo fundamental para la estabilidad del poder.

14. EL IMPACTO DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL COMMON LAW

La noción de norma general, abstracta, coherente y fruto de la voluntad homogénea del parlamento, típica del derecho de la Revolución Francesa, no sobrevivió a los acontecimientos históricos⁸⁶. Entre otras cosas, se vivió la experiencia de que la ley podría ser creada de modo contrario a los intereses de la población y a los principios de justicia.

es necesariamente deseable o incluso justificado (warranted)" (En el original: "To be sure, I am not suggesting that these reasons for forging uniformity are necessarily present in each and every case. Far from it. But often one or both of them are; and this should count against the assumption that the value of predictability of judicial decisions ought to prevail. Thus, treating like cases alike is not necessarily desirable or even warranted") (MARMOR, Andrei. Should like cases be treated alike? *Legal Theory*, vol. 11, issue 01, mar. 2005, p. 27-38). Lo que se pretende, en el presente texto, es evidenciar la necesidad de tratar los mismos casos de la misma manera, y no tornar irrevocables los entendimientos firmados por los precedentes. Ver, todavía, BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. In: GOLDSTEIN, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 92 y ss.; MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 160; HART, H. L. A. Ob. cit., p. 159.

⁸⁶ Como dice Natalino Irti "las leyes especiales ahora están en el centro de la experiencia jurídica contemporánea. Las definiciones, enunciadas por la doctrina del siglo XIX y de las primeras décadas del nuestro, se tornaron insuficientes. Es necesario revisar las teorías de las fuentes y redefinir la relación entre Constitución, Código Civil y leyes especiales" (IRTI, Natalino. *Leyes especiales...*, cit., p. 93). Ver CLASSEN, C. D. Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. *Juristenzeitung*, vol. 58, issue 14, 2003, p. 693-701; HERMES, G. „Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage“, *NJW*, München/Frankfurt am Main, Beck, 1990, pp. 1764-1768.

Así, se tornó necesario rescatar la substancia de la ley para encontrar los instrumentos capaces de permitir su conformación a los principios de justicia. Esta “substancia” y estos “principios”, fueron infiltrados en las Constituciones que perdieron sus resquicios de flexibilidad para tornarse “rígidas” en el sentido de no ser pasibles de modificación por la legislación ordinaria. La Constitución está dotada de plena eficacia normativa y, así, la ley pierde su puesto de supremacía, pasando a subordinarse a ella⁸⁷.

La ley pasa a encontrar límite y contorno en los principios constitucionales, lo que significa que deja de tener apenas legitimación formal, quedando substancialmente amarrada a los derechos positivados en la Constitución. La ley no vale más por sí, no obstante depende de su adecuación a los derechos fundamentales. Si antes era posible decir que los derechos fundamentales estaban circunscritos a la ley, se torna exacto, ahora, afirmar que las leyes deben estar en conformidad con los derechos fundamentales⁸⁸.

El propio principio de legalidad pasa a tener otro significado, dejando de tener contenido solo formal para adquirir contenido substancial. El principio de legalidad, pasa a ligarse al contenido de la ley, o mejor aún, a la conformación de la ley con los derechos fundamentales.

⁸⁷ Ver PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991; STÜRMER, Rolf. Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht. *NJW*, München/Frankfurt am Main, Beck, 1979, pp. 2334-2338; HÄBERLE, Peter. Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat. *Recht und Staat — Festschrift für K. Küchenhoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

⁸⁸ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 34; SCHEUNER, U. Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit. *Die öffentliche Verwaltung — DOV*, 1971, pp. 505-513.

La mutación del principio de legalidad hizo que Ferrajoli aludiese a una segunda revolución, contrapuesta a la que fue creada con la aparición del antiguo principio de legalidad, el cual provocó, con la afirmación de la omnipotencia del legislador, una alteración de paradigma en relación al derecho anterior al del Estado legislativo. Pero esta segunda revolución también implicó una quiebra de paradigma, substituyendo el principio de legalidad formal por el principio de legalidad substancial⁸⁹.

En una primera visión, alguien podría negar cualquier ruptura de paradigma, prefiriendo entender una mera reafirmación de la supremacía de la ley, argumentando que la subordinación del Estado a la ley habría sido llevada a la última consecuencia consistente en la subordinación de la propia legislación a la Constitución, que sería la "ley mayor". Entre tanto, esta lectura constituyó un reduccionismo injustificable del significado de subordinación de la ley a la Constitución o una incomprensión de las tensiones que condujeron a la transformación de la propia noción de derecho. En verdad, la subordinación de la ley a la Constitución no puede ser comprendida como mera "continuación" de los principios del Estado legislativo, pues significa una "transformación" que afecta a las propias concepciones de derecho y de jurisdicción⁹⁰.

No hay duda de que el *Civil Law* pasó por un proceso de transformación de las concepciones de derecho y de jurisdicción. Ahora, si el derecho no está más en la ley, pero sí en la Constitución, la jurisdicción no se destina más a declarar la voluntad de la ley, sino a conformar la ley a los derechos contenidos en la Constitución. Tanto es verdad que las jurisdicciones de Europa continental no resistieron a la necesidad del control de constitucionalidad de la ley, aunque hayan reservado esta función a los

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 53.

⁹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 46; IRTI, Natalino. *Codice Civile e società politica*. 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

órganos que, inicialmente, fueron concebidos como no jurisdiccionales, exactamente en homenaje al principio de que el juez no podría inmiscuirse en la tarea del legislativo⁹¹.

No obstante, más importante que convencer al respecto de la creación judicial del derecho es evidenciar que el juez del *Civil Law* pasó a ejercer el papel que, en un único tiempo, es inconcebible delante de los principios clásicos del *Civil Law* y tan creativo cuanto el de su colega del *Common Law*⁹². El juez que controla la constitucionalidad de la ley obviamente no es sometido a la ley. Su papel, como es evidente, niega la idea de supremacía del legislativo.

⁹¹ Ver Picardi, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004.

⁹² Realmente no importa alardear que el juez crea el derecho. Lo que importa es evidenciar que el juez del Estado constitucional ejerce un papel diverso del juez caracterizado por la tradición del *Civil Law*. Tomándose en cuenta las teorías clásicas de la jurisdicción — actuación de la voluntad de la ley (Chiovenda) y creación de la norma individual (Carnelutti) — no hay duda de que el juez solamente puede proferir la sentencia con base en la norma creada por el legislador. Aunque, en principio, la ausencia de norma general no pudiese siquiera ser razonada de cara a tales teorías, es posible indagar lo que podría ser hecho por el juez de estas teorías delante de la ausencia de ley. Ahora, en esa situación no restaría al juez otra alternativa si no crea el derecho. Actualmente, mientras tanto, con la transformación del concepto de derecho y con la nueva dimensión de la función jurisdiccional, lo que realmente interesa saber es cómo el juez construye la norma jurídica del caso concreto cuando la norma general no existe o no está de acuerdo con los principios constitucionales de justicia y con los derechos fundamentales. La construcción de esa norma jurídica no significa creación de norma individual — porque esta, por lógica, debe fundarse en norma general — para regular el caso concreto o creación de norma general. La norma jurídica cristalizada mediante la conformación de la ley a la Constitución puede ser dicha de una norma jurídica creada para el caso concreto, pero está lejos de ser una simple norma individual destinada a concretizar la norma general o incluso de representar la institución de un derecho destituido de base en el derecho ya existente. Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil — Teoria geral do processo*. Cit., vol. 1, p. 104 y ss.

Recuérdese que el juez, mediante las técnicas de la interpretación conforme a la Constitución y de declaración parcial de nulidad sin reducción del texto, confiere a la ley sentido distinto del que le dio el legislativo. El aspecto judicial de la imposición del derecho también es clara —o aún más evidente— al prestar atención a la tarea que el juez ejerce cuando suple la omisión del legislador delante de los derechos fundamentales⁹³. Ahora, eso apenas puede

⁹³ Si hay normas que violan los principios de justicia y los derechos fundamentales, existen también omisiones o ausencias de normas que agreden esos mismos principios y derechos. Por eso, no hay razón para entender posible el control de constitucionalidad de la ley y juzgar inviable el control de constitucionalidad de falta de ley. Ahora, si el juez debe controlar la actividad legislativa, analizando su adecuación a la Constitución, es poco más que evidente que su tarea no debe atenerse solo a la ley que viola un derecho fundamental, sino también a la ausencia de la ley que no permite la activación de un derecho de ese porte. Las omisiones que invalidan derechos fundamentales evidentemente no pueden ser vistas como simples opciones del legislador, pues o la Constitución tiene fuerza normativa o fuerza para impedir que el legislador irrespete los derechos fundamentales y así confiere al juez el poder de controlar la ley y *las omisiones del legislador*, o la Constitución constituirá solo una proclamación retórica y demagógica. Déjese claro, a propósito, que la única duda que puede bordear la posibilidad del juez para controlar la inconstitucionalidad de la omisión en el caso concreto se da respecto a los casos en que la norma constitucional *atribuye al legislador un deber de legislar*. Estos casos, en que el constituyente, de caso pensado, abre una laguna no ofensiva del plano de ordenación constitucional, dando al legislador la tarea de colmarla, son completamente diferentes de aquellos en que la ausencia de ley no es derivada de la no observancia de deber de legislar *impuesto por una norma constitucional*, sino, todavía, así impide la efectuación de un derecho fundamental. O sea, la omisión constitucional no se resume solo a la hipótesis en la que la norma constitucional otorga al legislador el deber de legislar, sino también a los casos en que el deber de legislar deriva de la propia necesidad de protección de un derecho fundamental, o mejor, a los casos en que la omisión del legislador niega el propio derecho fundamental. De modo que, para esos casos, no se puede si quiera razonar sobre los instrumentos técnico-procesales instituidos para la corrección de la omisión del deber constitucional de

significar, a los ojos de los principios y de la tradición del *Civil Law*, una afirmación del poder judicial con fuerza de derecho, en los moldes de lo que se concibió en el *Common Law*.

Considerándose el *Common Law*, se torna fácil constatar la conclusión de que el juez, en la falta del derecho preexistente, realiza actividad creativa. En verdad, esta es una cuestión que el positivismo de Hart pone en toda evidencia: "Habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los que, relativamente a determinado punto, ninguna decisión en cualquiera de los sentidos es dictada por el derecho y, en esa conformidad, el derecho se presenta como parcialmente indeterminado o incompleto. Si, en tales casos, el juez tuviese que proferir una decisión, en lugar de, como Bentham llegó a abogar en otros tiempos, declararse privado de jurisdicción, o remitir los puntos no regulados por el derecho

legislar, como el mandato de inyunción (art. 102, I, q, CF). Véase que un derecho fundamental puede depender de una regla que le dé protección. En esa hipótesis, configurándose la omisión legislativa, hay verdadera omisión de protección, debida por el legislador. Esa omisión puede ser reconocida judicialmente, cuando el juez deberá determinar la supresión de la omisión para dar protección al derecho fundamental. El problema que puede existir, en esa ocasión, se relaciona con la "forma" mediante la cual el juez determinará la protección. Si el derecho fundamental no puede quedar sin protección, el derecho que restó sin ser tocado por la omisión legal ciertamente solo deberá soportar a medida que, dando protección al derecho, lo sujete a la menor restricción posible. Por otro lado, la supresión de la omisión de la regla procesal es todavía más fácil de ser asimilada. Considerándose la naturaleza instrumental de la regla procesal, se percibe sin dificultad cuándo su ausencia o insuficiencia impide la efectiva tutela del derecho material. Como el discurso procesal relativo a la aplicación de la regla del proceso, recae sobre el discurso que evidencia las necesidades del derecho material particularizadas en el caso concreto, basta concluir que el legislador procesal dejó de editar la regla imprescindible a la tutela del derecho material. En un caso positivo, la técnica a ser utilizada, que, obviamente, debe ser adecuada e idónea a la protección de la necesidad del derecho material evidenciada en la motivación, también debe ser la que cause menor restricción posible a la esfera jurídica del demandado (ídem, Parte I, ítem 5.3.).

existente para la decisión del órgano legislativo, entonces debe ejercer su poder discrecional y crear derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente el derecho establecido anteriormente⁹⁴.

Entre tanto, se percibe que hay en el *Common Law* una preocupación en negar u oscurecer —o tal vez tornar irrelevante— el papel que el neoconstitucionalismo impuso al juez. Hay una completa desidia por el significado de la nueva función judicial. No existe algún empeño en resaltar que el juez, en el Estado constitucional, dejó de ser un mero siervo del legislativo. Hay apenas cuidado en demostrar que el principio de la separación de poderes se mantiene intacto como si fuese importante solo la manutención de los principios. Como es obvio, no se quiere decir que el principio de separación de poderes no tiene más significado o importancia. Se desea, solamente, demostrar que cuando se intenta acomodar la realidad en la forma de las reglas o de los principios, se corre el riesgo de ver surgir algo que más parece una imagen reflejada a partir de un espejo de circo. El hábito de acomodar realidades a las reglas y a los principios hace que la realidad sea distorsionada e incluso negada. Son las reglas y los principios que deben adquirir otra conformación, adaptándose a las nuevas realidades y no al contrario.

La dificultad en ver el papel del juez bajo el neoconstitucionalismo impide que se perciba que la tarea del juez del *Civil Law*, en la actualidad, está muy próxima de la ejercida por el juez del *Common Law*⁹⁵. Ahora, es exactamente la ceguera para la aproximación de

⁹⁴ HART, Herbert L. A. Ob. cit., p. 135.

⁹⁵ “No obstante las esperanzas iniciales de los codificadores revolucionarios, todos los sistemas de codificación han reconocido plenamente por mucho tiempo la necesidad de interpretación, una vez que es necesario resolver ambigüedades emergentes, oscuridades e indeterminaciones en las disposiciones de los códigos. Resolverlas de una forma racional y responsable, mientras tanto, se revela como una cuestión a elucidar la ley a través de la exposición de sus principios subyacentes en el sentido de revelar y preservar o hasta incluso constituirse como un cuerpo racionalmente

las jurisdicciones de estos sistemas que no permite entender la relevancia de un sistema de precedentes en el *Civil Law*.

15. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN EL BRASIL

Se sabe que, en el sistema brasileiro, el control de constitucionalidad puede ser mediante una acción directa dirigida al Supremo Tribunal Federal, o en el curso de cualquier acción destinada a la solución de un caso conflictivo en concreto⁹⁶. El control de la cons-

coherente del derecho, como un problema — cada vez más urgente — de garantizar que las reglas legales y los principios anden razonablemente juntos con la evolución o con el desarrollo de las necesidades sociales. El papel interpretativo ha alcanzado su máximo donde la ley escrita es más fragmentaria (skeletal) y, sin sorpresa alguna, se ha tornado particularmente evidente (y urgente) en el desarrollo del derecho público, primero a través de tribunales administrativos en el siglo diecinueve y en el comienzo del siglo veinte y, en seguida, — todavía fundamentalmente —, a través de los tribunales y cortes constitucionales en el periodo post 1945” (En el original: “Notwithstanding the early hopes of revolutionary codifiers, all codified systems have for long fully acknowledged the need for interpretation, for it is necessary to resolve emerging ambiguities, obscurities and indeterminacies in the provisions of the codes. Resolving these in a rational and responsible way, however, proves to be both a matter of elucidating the law through expounding its underlying principles in a way that reveals and preserves or even constitutes it as a rationally coherent body of law and a matter — an increasingly urgent one — of ensuring that legal rules and principles march in reasonable time with evolving or developing societal needs. This interpretational role has been at its most expansive where the written law is most skeletal and, not surprisingly, has become particularly evident (and urgent) in the development of public law, first through administrative tribunals in the nineteenth and earlier twentieth centuries, and then additionally and yet more fundamentally through constitutional tribunals and courts in the post-1945 period”) (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 484).

⁹⁶ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle absoluto de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

titucionalidad también puede ser hecho a través de las técnicas de la 'interpretación conforme a la Constitución' y de la 'declaración parcial de nulidad (o de inconstitucionalidad) sin reducción del texto' (art. 28, parágrafo único, Ley 9.868-1999), sea mediante acción directa, sea incidentalmente.

Cuando el proceso, atinente al caso conflictivo concreto llega al Supremo Tribunal Federal en razón del recurso extraordinario, el control de constitucionalidad continúa siendo incidental al juzgamiento de la causa. No obstante, la tesis de que la decisión proferida en razón del recurso extraordinario alcanza únicamente a los litigantes ha sido mitigada en la práctica jurisprudencial del Supremo. Recientemente, surgió en el Supremo Tribunal Federal una orientación que niega expresamente la equivalencia entre control incidental y eficacia de la decisión restringida a las partes del proceso. Esa tesis sustenta que inclusive decisiones tomadas en sede de recurso extraordinario —o sea, en control incidental—, cuando es objeto de manifestación del Plenario del Supremo Tribunal Federal, gozan de efecto vinculante en relación a los órganos de la Administración y a los demás órganos del Poder Judicial⁹⁷.

El hecho de que el control de constitucionalidad poder sea realizado por cualquier juez o tribunal y no solo por un Tribunal Constitucional, confiere al juez brasileiro una posición de destaque en el *Civil Law*. Contrariamente a lo que ocurre en gran parte del derecho continental europeo, en el que el control de la constitu-

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008; BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

⁹⁷ STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65. En sede doctrinaria, ver MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, abr.-jun. 2004, p. 164.

cionalidad no es permitido a la "magistratura ordinaria", todo y cualquier juez brasileiro tiene el poder-deber de realizar el control de constitucionalidad en los casos concretos.

Eso confiere al sistema judicial brasileiro una gran particularidad en la medida en que el juez de primer grado de jurisdicción, al decidir los casos concretos, tiene el poder de negar la ley que no esté conforme con la Constitución, así como de dar sentido judicial a la ley a través de las técnicas de interpretación conforme y de declaración parcial de nulidad, además de suplir la omisión del legislador de cara a los derechos fundamentales. Se trata de un poder de amplia latitud que hace del juez brasileiro una figura que en nada se asemeja al magistrado de la tradición del *Civil Law*.

Aunque el control de la constitucionalidad, sea permitido solo a los Tribunales Constitucionales, niegue el imperio del legislativo, la autoridad de los jueces en el sistema del control difuso es más intensa. En ese sistema, el "juez ordinario" tiene poder para controlar la constitucionalidad de la ley, mientras que en el otro no. Como no podría dejar de ser, existe por detrás de esta diferencia un significado. En el sistema del control concentrado, negándose el poder del juez ordinario, aún está presente la doctrina de la supremacía de la ley o de la estricta separación de los poderes y de forma más visible, la presunción de validez de las leyes sobre toda la magistratura a excepción del Tribunal Constitucional⁹⁸.

Cuando el control de constitucionalidad es conferido al Supremo Tribunal y a la magistratura ordinaria, la necesidad de un sistema de precedentes es aún más evidente, ya que no está en juego apenas la unificación de la interpretación del derecho infraconstitucional, sino también la propia afirmación judicial del significado de la Constitución.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, cit., p. 66 y ss.

En esta dimensión importa advertir que el sistema judicial brasileiro está más próximo del americano en comparación a aquel de control reservado únicamente al Tribunal Constitucional. El sistema judicial americano, ciertamente, habría tenido gran dificultad para desarrollarse si su juez ordinario estuviese autorizado a divergir de su Corte Suprema. En verdad, existe absoluta falta de lógica en darse al juez ordinario la posibilidad de negar el significado atribuido a la Constitución, cuando se sabe que los Supremos Tribunales tienen, como principal misión, la definición de la interpretación de la Constitución. Y tal ausencia de lógica es aún más visible en un país de sistema mixto de control de constitucionalidad, como el Brasil, en el que se da al Supremo Tribunal no solo la función de dar la última palabra sobre la cuestión constitucional en el proceso concreto, sino, igualmente, la función de realizar el control abstracto de la constitucionalidad de la ley.

16. ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA IMPRESCINDIBILIDAD DEL *STARE DECISIS*

El judicial review, antes de afirmar, al menos explícitamente el poder que tiene el poder judicial para controlar la actividad del legislativo, se fundó en la supremacía de la Constitución sobre las leyes, en la idea de que la ley que niega a la Constitución es nula y, enfáticamente, en la constatación de que el poder judicial es el interprete final de la Constitución y, así, por caberle pronunciar el sentido de la ley, también es de éste el poder de decir si la ley es contraria a la Carta Magna⁹⁹.

⁹⁹ “El concepto de revisión judicial (judicial review), realmente, reposa sobre tres bases distintas: (1) que la Constitución vincula todas las partes del gobierno federal, (2) que constituye título ejecutivo en acciones anteriores a ella y (3) que el poder judicial está encargado de interpretar la Constitución de una manera única, de modo que sus decisiones sean vinculantes en todos los departamentos del gobierno. Marbury destina a

A partir de la premisa que el juez, para decidir los casos conflictivos, debe analizar la relación de la ley con la Constitución, se entendió que el juez americano podría realizar, incidentalmente, el control de la constitucionalidad de las leyes. De esa forma, el poder de afirmación de constitucionalidad y de inconstitucionalidad de la ley, en los Estados Unidos, siempre estuvo en las manos del juez del caso concreto.

Es cierto que la doctrina americana tardó en individualizar los precedentes constitucionales —esto es, los precedentes que tratan de cuestiones constitucionales— delante de los precedentes del *Common Law* y de la interpretación legal¹⁰⁰. Es probable que eso haya ocurrido en virtud de que la jurisdicción constitucional representar a algo absolutamente nuevo para los juristas de los orígenes del sistema judicial americano. Había experiencia con los precedentes de *Common Law*, pero no con los precedentes constitucionales. La doctrina precisó de tiempo —casi un siglo— para desarrollar una teoría capaz de esclarecer las relaciones entre las diferentes especies de precedentes¹⁰¹.

establecer los primeros dos principios y solamente sugiere la existencia del tercero. Los dos primeros principios son, de hecho, ambos histórica y lógicamente más fáciles de comprobar que el tercero” (En el original: “The concept of judicial review really rests upon three separate bases: (1) that the Constitution binds all parts of the federal government, (2) that it is enforceable by the Courts in actions before it, and (3) that the judiciary is charged with interpreting the Constitution in a unique manner so that its rulings are binding on all departments of the government Marbury seeks to establish the first two of these principles and only implies the existence of the third. The first two principles are, in fact, both historically and logically easier to prove than the third”) (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Principles of constitutional law*. St. Paul: Thomson West, 2008. p. 8).

¹⁰⁰ Ver GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

¹⁰¹ “Es plausible que la reticencia sobre la propiedad del juzgamiento constitucional analogizante (*analogizing constitutional adjudication*), en

No obstante, el *stare decisis* también se impuso delante de los precedentes constitucionales¹⁰². A propósito, no habría sentido que, en un sistema fundado en el derecho a la igualdad de las decisiones, en la seguridad jurídica y en la previsibilidad de

el *Common Law* de los fines del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX, pueda ser atribuida al hecho de la jurisdicción constitucional ser nueva para los autores. Antes de la elaboración y ratificación de la Constitución, los americanos tenían poca, si es que es alguna, experiencia significativa con la jurisdicción constitucional. Los autores y ratificadores tuvieron una experiencia originaria con los precedentes del *Common Law*, sin embargo, no con los de naturaleza constitucional; ellos no poseían precedentes para lidiar con precedentes constitucionales. Consecuentemente, los abogados y juristas americanos necesitaron tiempo — casi un siglo — para desarrollar una doctrina coherente a fin de elucidar las relaciones entre los diferentes tipos de precedentes en el sistema legal” (En el original: “It is plausible that the reticence about the propriety of analogizing constitutional adjudication to the *Common Law* in the late 18th and early 19th century might be attributable to the fact that constitutional adjudication was novel to the Framers. Prior to the drafting and ratification of the Constitution, American had little, if any, meaningful experience with constitutional adjudication. The Framers and Ratifiers had firsthand experience with *Common Law* precedents, but not with constitutional ones; they had no precedent for handling constitutional precedents. Consequently, American lawyers and jurists may have needed time — almost a century — to develop a coherent doctrine to clarify the relationships among the different kinds of precedents in the legal system”) (ídem, pp. 48-49).

¹⁰² En el caso *Cooper v. Aaron* en 1958, se decidió que “la interpretación de la 14ª Enmienda anunciada por esta Corte en el caso *Brown* es ley suprema del país y el art. VI de la Constitución hizo que esta decisión tenga efecto vinculante (*binding effect*) sobre los Estados” (En el original: “It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States” — *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18, 1958). Ahí se hizo presente la idea de decisión obligatoria y vinculante, *binding* para todos los demás órganos del Poder Judicial y para la Administración Pública, que pasó a ser conocida como *stare decisis* en sentido vertical.

las decisiones judiciales¹⁰³, los precedentes constitucionales no fuesen respetados¹⁰⁴.

Es intuitivo que, en un sistema que ignora el precedente obligatorio, no exista racionalidad en dar a todo y cualquier juez el poder de controlar la constitucionalidad de la ley. Como correctamente advierte Cappelletti, la introducción en el *Civil Law* del método americano de control de constitucionalidad conduciría a la consecuencia de que una ley no podría ser aplicada por algunos jueces y tribunales que la entendiesen inconstitucional, pero, en el mismo instante y época, ser aplicada por otros jueces y tribunales que la juzgasen constitucional. Además —dice el profesor italiano—, nada impediría que el juez que aplicase determinada ley no la considerase al día siguiente o viceversa, o aun, que se formasen verdaderas facciones jurisprudenciales en los diferentes grados de jurisdicción, simplemente por una visión distinta de los órganos jurisdiccionales inferiores, en general, compuestos de jueces más jóvenes y, así, más propensos a ver una ley como inconstitucional, exactamente como aconteció en Italia en el período entre 1948 y 1956. Demuestra, Cappelletti, que, de esta situación podría advenir una grave situación de incertidumbre jurídica y de conflicto entre órganos del poder judicial¹⁰⁵.

Además de esas obviedades —que parecen tornarse dignas de nota solo cuando son afirmadas por un jurista del porte de Cappelletti—, no hay cómo olvidarse de la falta de racionalidad en

¹⁰³ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 42 y ss.

¹⁰⁴ En los Estados Unidos es inadmisibles que un órgano jurisdiccional inferior desobedezca a aquello que la Suprema Corte ya afirmó ser derecho. Como recientemente afirmó el *Justice Kennedy*, al decidir el caso de *Lawrence v. Texas*, “la doctrina del *stare decisis* es esencial para el respeto debido a los juzgamientos de la Corte y para la estabilidad del derecho” (En el original: “The doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law” — *Lawrence v. Texas*, 559 U.S. 558, 577, 2003).

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, cit., p. 62 y ss.

obligar a alguien a proponer una acción para librarse de los efectos de una ley que, en innumerables oportunidades ya fue afirmada inconstitucional por el Poder Judicial. Nótese que el sistema que admite decisiones contrastantes estimula la litigiosidad e incentiva la proposición de acciones, poco importando si el interés de la parte es la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la ley. O sea, la ausencia de previsibilidad, como consecuencia de la falta de vinculación a los precedentes, conspira contra la racionalidad de la distribución de la justicia y contra la efectividad de la jurisdicción.

Este momento, sin embargo, no se presta al destaque de las varias razones que apuntan para la contradicción entre el control difuso de constitucionalidad y la ausencia de precedentes constitucionales de cuño obligatorio. Es suficiente, aquí, subrayar la autoridad de Cappelletti para demostrar que el modelo de control difuso no se adapta al *Civil Law*, o, precisamente, al sistema que niega la importancia de respeto a los precedentes.

¿Qué decir, entonces, del sistema brasileiro, en el que se mixturán los sistemas de control de constitucionalidad difuso y concentrado? En los países que no adoptan el *stare decisis*, la salida racional para el control de constitucionalidad solo puede estar en el control concentrado, adoptándose el modelo de decisión única con eficacia *erga omnes*. El control difuso, destituido de decisiones con eficacia vinculante, no es adecuado.

Pero, prefiriéndose apostar en el control difuso —delante de su superioridad respecto al control concentrado, particularmente en relación al Brasil—, se torna inevitable adoptar un sistema de precedentes constitucionales de naturaleza obligatoria¹⁰⁶. El sistema

¹⁰⁶ Según Cappelletti, el *stare decisis* acaba confirmando a la decisión de inconstitucionalidad de la ley, aunque sea indirectamente, eficacia *erga omnes*. Se habla, en este sentido, de una verdadera transformación de la decisión, que sería simple *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidad con eficacia restringida al caso concreto en pronunciamiento dotado de eficacia *erga omnes* (CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di*

de súmulas vinculantes instituido por la EC 45-2004, constituye señal clara en ese sentido —desde que sea comprendido de forma adecuada—, aunque normas como la del párrafo único del art. 481 del CPC —instituida por la Ley 9.756-1998— ya apuntasen para la necesidad de vinculación de los tribunales inferiores. Esa Enmienda incluyó en el texto constitucional el art. 103-A, que establece la posibilidad del Supremo Tribunal Federal editar súmulas con carácter obligatorio y vinculante para todo el Poder Judicial y, todavía, para la Administración Pública e directa indirecta, en todas sus esferas. En los términos de esta nueva norma constitucional, “el Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o por provocación, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, posteriormente a decisiones reiteradas sobre materia constitucional, aprobar súmulas que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrá el efecto de vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal; así como proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida por ley”.

En verdad, el sistema de súmulas, como única e indispensable forma para la vinculación de los jueces, es contradictorio con el fundamento que, aunque no sea explícito, justifica el respeto obligatorio a los precedentes constitucionales. Lo que justifica el respeto a los precedentes es la igualdad, la seguridad jurídica y la previsibilidad.

De modo que, en principio, si una simple decisión tomada por el Pleno del Supremo Tribunal Federal, no importa la calidad de mayoría obtenida, no puede dejar de vincular al propio Tribunal y a los demás tribunales y jueces. No hay razón lógica para

costituzionalità..., cit., p. 64). Aunque la afirmación de Cappelletti deba ser vista con reservas, pues hay diferencia entre eficacia *erga omnes* y eficacia vinculante, ella es digna de nota por significar la necesidad de vincular a los jueces a las decisiones de inconstitucionalidad proferidas por el Supremo Tribunal Federal en el ámbito del control difuso.

exigirse decisiones reiteradas a menos que se parta de la premisa de que el Supremo Tribunal Federal no se importa con la fuerza de cada una de sus decisiones y supone no tener responsabilidad ante los casos futuros¹⁰⁷. Tal premisa, aunque pudiese ser válida dentro de un sistema puro de *Civil Law*, es incompatible con un sistema estructurado bajo el control difuso de constitucionalidad, que, necesariamente, debe contar con una Corte superior capaz de hacer prevalecer sus decisiones sobre sí y a los demás jueces para imprimir fuerza a la Constitución y coherencia al orden jurídico, bien como dar seguridad jurídica y previsibilidad a los jurisdicionados.

¹⁰⁷ “Un argumento a partir del precedente parece, en principio, mirar para atrás. La perspectiva tradicional sobre el precedente, tanto dentro cuanto fuera de la ley, se ha concentrado en el uso de precedentes de ayer, en las decisiones de hoy. Pero de manera tan o más importante, un argumento a partir del precedente mira también para adelante, pidiéndonos que observemos las decisiones actuales como precedente para las autoridades decisorias (*decisionmakers*) del mañana. Hoy no es tan solo el mañana de ayer; es también el ayer del mañana. Un sistema de precedentes, por lo tanto, implica la responsabilidad especial que acompaña el poder de restringir (*commit*) el futuro antes incluso de llegar a este” (En el original: “An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent, both inside and outside of law, has therefore focused on the use of yesterday’s precedents in today’s decisions. But in equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today’s decision as a precedent for tomorrow’s decisionmakers. Today is not only yesterday’s tomorrow; it is also tomorrow’s yesterday. A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there”) (SCHAUER, Frederick. *Precedent. Stanford Law Review*, vol. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605). “Como ya observé en otra oportunidad, la exigencia de justicia formal tiene tanto una utilización prospectiva como retrospectiva” (En el original: “As I have remarked elsewhere, the requirement of formal justice has a forward-looking as well as a backward-looking application”) (MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes...*, cit., p. 161). Ver MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 75 y ss.

Además, la decisión tomada por la mayoría del pleno del Supremo Tribunal Federal, aunque no sea por dos tercios, seguramente constituye decisión que no puede dejar de imponerse a él mismo y a los demás jueces. El hecho de que una Corte Suprema pueda revocar sus propios precedentes, como suele acontecer en los Estados Unidos, nada tiene que ver con el hecho de que el precedente sea oriundo del caso que se repitió o de la decisión haber sido tomada por la mayoría simple o por mayoría calificada. Lo que puede justificar la revocación de un precedente, por ejemplo, es la mutación de la realidad social que la Corte consideró al momento de decidir¹⁰⁸.

La comprensión de la necesidad de que cada una de las decisiones del Supremo Tribunal Federal vincular al propio tribunal y a los demás jueces adviene de la permanencia de darle sentido a la función de la más alta Corte brasilera ante el sistema de control de constitucionalidad. No hay racionalidad en suponer que solo algunas de sus decisiones, tomadas en control difuso, merecen ser respetadas por el propio tribunal y por los demás jueces, como si el jurisdicionado no debiese confiar en las decisiones del Supremo antes de ser sumuladas. Ahora bien, eso sería lo mismo que suponer que la seguridad jurídica y la previsibilidad dependerían de las súmulas y, por consecuencia, que el propio Poder Judicial, delante del sistema al cual está sometido, no tendría la capacidad de responder a sus deberes y a los derechos fundamentales del ciudadano ante la justicia.

Ante el Pleno del Supremo Tribunal Federal, son prácticamente idénticos los procedimientos para la declaración de inconstitucionalidad en los modelos concentrado y difuso, no existiendo alguna razón para discriminar los efectos de las decisiones tomadas en el recurso extraordinario de cara a las decisiones tomadas en el control concentrado¹⁰⁹. En esa perspectiva, escri-

¹⁰⁸ Ver GERHARDT, Michael. Ob. cit., p. 17 y ss.

¹⁰⁹ El efecto vinculante de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, en el ejercicio de jurisdicción constitucional, es fenómeno contemporáneo

be el Ministro Gilmar Mendes, que “la naturaleza idéntica del control de constitucionalidad, en cuanto a sus finalidades y a los procedimientos comunes dominantes para los modelos difuso y concentrado, no parece legitimar la distinción en cuanto a los efectos de las decisiones proferidas en el control directo y en el control incidental”¹¹⁰.

En una sentencia de grado superior paradigmática, relatada por el Ministro Sepúlveda Pertence, entendió la primera cámara del Supremo Tribunal Federal que la decisión plenaria “declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma, puesto que el incidente, (...) elimina la presunción de su constitucionalidad; a partir de ahí, pueden los órganos parciales de los otros tribunales acogerla para fundar las decisiones de los casos concretos posteriores, prescindiendo de someter la cuestión de constitucionalidad a su propio plenario”¹¹¹.

al enriquecimiento del sistema brasileiro de control de la constitucionalidad, como la notoria ganancia de importancia del control concentrado y abstracto. El efecto vinculante fue consagrado por la EC 3-1993, que introdujo la *acción declaratoria de constitucionalidad* (ADC). Es nítida la inspiración con el modelo alemán. La jurisprudencia del Supremo evolucionó en el sentido de también conferir efecto vinculante a las decisiones proferidas en *acción directa de inconstitucionalidad* (ADin). Se completó el sistema del control por la vía de la acción con la reglamentación de la *acusación de incumplimiento de precepto fundamental* (ADPF). Todas estas acciones, bien como sus liminares, son dotadas de efecto vinculante. Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, Teresina, año 4, n. 43, jul. 2000. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Accedido el 16 oct. 2009.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade...*, cit., p. 164.

¹¹¹ STF, 1.ª T., RE 191.898/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.08.1997, p. 38.781.

Ese entendimiento del Supremo Tribunal Federal, evidenciando la tendencia de entender eficacia vinculante en las decisiones tomadas en recurso extraordinario, solo fue transformado en derecho positivo con la Ley 9.756-1998, que insertó un parágrafo único en el art. 481 del CPC. Al respecto, advirtió el Ministro Gilmar Mendes, nuevamente en sede de doctrina, se estaría delante de una “evolución en el sistema de control de constitucionalidad brasileiro que pasa a equiparar, prácticamente, los efectos de las decisiones proferidas en los procesos de control abstracto y concreto”¹¹².

Existe un irreversible proceso de objetivación del control concreto de constitucionalidad en el ámbito de la más alta corte brasileira. En la Reclamación 2.986, se afirmó que “el Supremo Tribunal Federal, en recientes juzgamientos, viene dando muestras de que el papel del recurso extraordinario en la jurisdicción constitucional está en proceso de redefinición, de modo que pueda conferir mayor efectividad a las decisiones. Recordemos la discusión que se encajó en la MC en el RE 376.852 de la relatoría del Ministro Gilmar Mendes (Plenario por mayoría DJ 27.03.2003). En aquella ocasión, aseveró su Excelencia el carácter objetivo que la evolución legislativa viene prestando al recurso extraordinario, como medida racionalizadora de la efectiva prestación jurisdiccional¹¹³. En el RE 376.852-SC, se decidió que “ese nuevo modelo legal traduce, sin duda, un avance en la vetusta concepción que caracteriza el recurso extraordinario entre nosotros. (...) Se trata de una orientación que los modernos sistemas de la Corte Constitucional vienen confiriendo al recurso de amparo y al recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). En ese sentido, se destaca la observación de Haberle según el cual ‘la función de la Constitución en la protección de derechos individuales (subjetivos) es apenas una faceta del recurso de amparo’, dotado de una

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade...*, cit., p. 157.

¹¹³ STF, *Informativo 379*, 7-11.03.2005.

'doble función' subjetiva y objetiva, 'consistiendo esta última en asegurar el Derecho Constitucional objetivo' (Peter Haberle. O recurso de amparo no sistema germânico. Sub judge 20-21, 2001, p. 33, 49). Esa orientación hace mucho tiempo se presenta como dominante también en el derecho americano¹¹⁴.

Nótese que el Supremo Tribunal Federal afirma textualmente que la atribución de efecto vinculante a la decisión tomada en control difuso es dominante, hace mucho también en el derecho americano¹¹⁵. Es necesario subrayar que el derecho estadounidense acogió esta idea en virtud de adoptar el sistema de control difuso de la constitucionalidad, mientras que el sistema alemán, aunque haya llegado al resultado práctico semejante¹¹⁶, así se posicionó por dar al juez ordinario, que se depara con la ley que reputa inconstitucional el poder-deber de someter la cuestión al Tribunal Constitucional, cuya decisión tiene eficacia vinculante.

Por lo tanto, la eficacia vinculante propia al derecho alemán no se destina a impedir al juez manifestarse de forma contraria, sino simplemente ya no lo obliga a valorar la cuestión o remitirla al Tribunal Constitucional. Quiere decir que, en Brasil, donde se adopta el sistema difuso de control de constitucionalidad, es necesario impedir al juez decidir de modo contrario al tribunal¹¹⁷.

¹¹⁴ STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Afirmandola en el § 31, 1 de la Ley Órgánica del *BverfG*: "Las decisiones del Tribunal Federal Constitucional vinculan a los órganos federales y estatales, así como a todos los tribunales y autoridades administrativas" ("Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden").

¹¹⁷ "En el sistema concentrado, la sentencia que aplicó la ley posteriormente declarada inconstitucional, cuando es sustentada solo en la ley así declarada por el Tribunal Constitucional, hace surgir una cosa juzgada inconstitucional. Pero lo mismo, evidentemente, no ocurre en Brasil, donde el juez de primer grado tiene el deber de tratar la cuestión constitucional. En el sistema en el que todo y cualquier juez tiene el deber-poder de controlar la inconstitucionalidad por el Supremo Tribunal significa

El hecho de aquel juez ordinario tenga el poder-deber de controlar la constitucionalidad obviamente no significa que él no deba respeto a las decisiones del Supremo Tribunal Federal. Este respeto deriva lógicamente de la adopción del sistema de control difuso y de la atribución al Supremo del deber de dar la última y definitiva palabra acerca de la constitucionalidad de la ley federal. Cuando se tiene en claro que la decisión es un mero producto del sistema judicial, se torna poco más que absurdo admitir la posibilidad del juez ordinario de contrariar las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

Regístrese que la eficacia vinculante derivada de las decisiones en control difuso se funda únicamente en la fuerza peculiar de esas decisiones, oriunda del local privilegiado en que el Supremo está localizado dentro del sistema brasileiro de distribución de justicia. Así, la eficacia vinculante de las decisiones del Supremo no tiene nada que ver con la comunicación al Senado, ciertamente ilógica e innecesaria para tal fin. Ahora, en el control difuso, la ley declarada inconstitucional continúa existiendo, aunque en estado latente. La comunicación es hecha apenas para permitir al Senado, concordando con el Supremo Tribunal Federal, suspender la ejecución del acto normativo. La no concordancia de aquel en nada interfiere sobre la eficacia vinculante de las decisiones de éste. Se trata de planos distintos. Recuérdese que, en los Estados Unidos, existen casos —ciertamente excepcionales— en los que la Corte Suprema, “resucita” la ley que estaba solo *on the books*, o

retirar del juez ordinario el propio poder de realizar el control difuso de constitucionalidad. La tesis de la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada es completamente incompatible con el sistema difuso de control de constitucionalidad. () Nótese que eso equivaldría a la nulificación del juicio de constitucionalidad y no solo a la nulificación de la ley declarada inconstitucional. Impedir que la ley declarada inconstitucional produzca efectos es muy diferente que negar efectos a un juicio de constitucionalidad, legitimado por la propia Constitución” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 21-22 y 32).

que precisamente, era vista como *dead law*, justamente por haber sido declarada inconstitucional.

De cualquier forma, debemos responder a la pregunta —que no podría dejar de ser hecha— respecto de la compatibilidad entre sùmula vinculante y la decisión con eficacia vinculante. Mejor dicho, es necesario esclarecer la razón para tenerse un procedimiento específico para la creación de la sùmula vinculante delante de la eficacia, de igual tenor, de las decisiones proferidas por el Supremo Tribunal Federal en sede de control difuso.

El procedimiento para la creación de la sùmula esconde no solo una cuestión no percibida por la doctrina brasilera, pero, antes de todo, una problemática nunca estudiada por la doctrina del *Civil Law*. En efecto, esa tradición siempre se preocupó con la interpretación de la ley, sin embargo, nunca dedicó atención a la comprensión y a la interpretación de los precedentes.

Al pensarse en la decisión con eficacia vinculante, surge naturalmente la curiosidad de saberse lo que, delante del precedente, realmente vincula, así como quién tiene autoridad para identificar la porción del precedente hábil a producir el efecto vinculante. Eso se torna fundamental cuando el precedente no es claro o hay dificultad en identificar la tesis que efectivamente fue proclamada por el tribunal para la solución de la cuestión constitucional.

La *ratio decidendi* no siempre es inmediata y fácilmente extraíble de un precedente y, en otras situaciones, puede exigir la consideración de varias decisiones para poder ser precisada. En estas hipótesis es imprescindible una decisión que, sobreponiéndose a las decisiones ya tomadas al respecto del caso, individualice la *ratio decidendi*, hasta entonces oscura e indescifrable. Fue para tales situaciones que el constituyente derivado estableció en el art. 103-A de la CF, el procedimiento para la creación de la sùmula con efecto vinculante. Cuando la *ratio decidendi* sale o emana de forma cristalina de la decisión, la sùmula es absolutamente innecesaria. Pero, cuando existen decisiones de naturaleza compleja y oscura,

se debe editar una sùmula para que reste precisada o esclarecida la *ratio decidendi*¹¹⁸.

No obstante, se decide muchas veces por la edici3n de una sùmula vinculante para no traer duda acerca de la eficacia vinculante que deriva de la *ratio decidendi* claramente delineada en el recurso extraordinario. Recuérdesse: la sùmula vinculante no sería necesaria, mas como no hay pleno consenso de que las decisiones tomadas en recurso extraordinario tengan eficacia vinculante, se encamina la cuesti3n para la edici3n de sùmula vinculante para que no sobre duda acerca de la obligaci3n de respeto a la clara *ratio decidendi* elaborada en el recurso extraordinario.

17. EL JUEZ DELANTE DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS Y DE LAS REGLAS ABIERTAS

Considerándose al juez de la tradici3n del *Civil Law*, esto es, aquel deseado por la Revoluci3n Francesa, se torna inevitable apartarlo del juzgador que decide con base en conceptos indeterminados e en reglas abiertas.

No queda duda de que el juez que debe decidir pronunciando las palabras de la ley —como quería Monstequieu— no puede ser confundido con aquel que puede dar significado al concepto indeterminado o concretizar la regla abierta, adoptando la soluci3n que le pareciere oportuna y adecuada al caso concreto.

Como advierten Merryman y Pérez-Perdomo, no se exige mucha imaginaci3n para percibir que cláusulas como la de la buena fe

¹¹⁸ Sobre el concepto de *ratio decidendi*, ver MARSHALL, Geoffrey. "What is binding in a precedent". In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Dartmouth, 1997, p. 503 y ss.; STONE, Julius. *Precedent and law: the dynamics of the common law growth*. Sydney: Butterworths, 1985, p. 123 y ss.

dan al juez gran porción de poder equitativo indefinido, dejándolo casi sin responsabilidad delante de la formulación legislativa¹¹⁹.

Es interesante verificar, en esta dimensión, lo que pasa en el proceso civil contemporáneo. En la época del Estado Liberal clásico, vigoraba en el proceso civil el principio de la tipicidad de las formas procesales. Se trataba, en las palabras de Giuseppe Chiovenda, de una garantía de libertad de las partes contra la posibilidad de arbitrio del juez¹²⁰. Midiéndose el poder de actuación del juez por la ley, eran garantizadas las formas mediante las cuales la actividad jurisdiccional podría ser ejercida. De este modo, se

¹¹⁹ “Es verdad que el legislador actuó y que su acción es expresada como una regla de derecho material, pero los términos son tan amplios (‘buena fe’, que no es definida en el código, posee un área casi ilimitada de potencial aplicación) que el juez no es condicionado por la formulación legislativa. Lo que aquella norma significa depende del uso que el juez de ella haga en el caso concreto. Lo que los jueces hacen con ella en los casos concretos se torna en derecho factual (*law in fact*), a pesar de no ser teórico (*law in theory*)”. (En el original: “It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad (‘good faith’, which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that statute means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory”) (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 53).

¹²⁰ Las formas del proceso siempre fueron vistas como “*garantías de libertades*”. Tal relación fue puesta a evidencia por Vittorio Denti al advertir que la antigua concepción burocrática de la función jurisdiccional, marcada por la excesiva racionalización del ejercicio de los poderes del juez, fue la responsable de la idea de crear un modelo único de procedimiento. En esa ocasión, Denti recordó que Chiovenda en una de sus más famosas conferencias, no solo subrayó la necesidad de las formas como garantía contra la posibilidad del arbitrio del juez, sino también dejó clara “la estrecha ligazón entre la libertad individual y el rigor de las formas procesales” (DENTI, Vittorio. “Il processo di cognizione nella storia delle riforme”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 808, 1993; ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Le riforme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901).

garantizaba al litigante que el juez no ultrapasaría los límites de las formas procesales, inclusive de los medios ejecutivos tipificados en la ley. Había, entonces, nítida relación entre la ley, la libertad y la contención del poder judicial.

Sin embargo, el pasar del tiempo demostró la necesidad de dar a los litigantes y al juez de una mayor latitud de poder, sea para permitir que los jurisdicionados pudiesen utilizar el proceso de acuerdo a las nuevas situaciones de derecho material y con las realidades concretas, sea para dar al magistrado la efectiva posibilidad de tutelarlas. Esta necesidad llevó al legislador no solo a crear una serie de institutos dependientes de la concretización de conceptos indeterminados —como la tutela anticipatoria fundada en el “abuso del derecho de defensa” (art. 273, II, CPC)—, admitiendo su uso en la generalidad de los casos; sino también a fijar normas procesales abiertas, como la del art. 461 del CPC, que permite la construcción del modelo procesal adecuado a la naturaleza de la tutela específica anhelada.

Esas reglas se fundan en la comprensión de la idea de que la ley no puede vincular las técnicas procesales a las necesidades de derecho material ni diseñar tantos procedimientos cuantos fueren necesarios para cada situación de derecho sustancial carente de tutela. Además de eso, el legislador no puede antever todas las necesidades de derecho material, toda vez que estas no solo se transforman diariamente, sino, asumen contornos variados conforme a los casos concretos. Siendo así, se llegó naturalmente a la necesidad de normas destinadas a dar a los jurisdicionados y al juez el poder de identificar, a partir del concepto jurídico indeterminado, cuándo es que la técnica procesal ya definida en la ley, puede ser utilizada, bien como el poder de individualizar, a partir de las circunstancias del caso, el instrumento procesal adecuado a la tutela del derecho material.

En esos casos, la concretización de la norma debe tomar en cuenta las necesidades del derecho material revelado en el caso, pero su institución se funda en el derecho fundamental a la tutela

jurisdiccional efectiva. El legislador actúa porque es conciente de que la jurisdicción no puede dar cuenta de las variadas situaciones concretas sin el otorgamiento de mayor poder y movilidad, permaneciendo el demandante incumbido con la identificación de las necesidades concretas para modelar la acción procesal y el juez investido de poder-deber de, mediante argumentación propia y expresa en la fundamentación de su decisión, completar los conceptos jurídicos indeterminados o individualizar la técnica procesal capaz de permitirle la efectiva tutela del derecho material.

Es interesante notar que, en esas hipótesis, el propio legislador reconoce su impotencia para regular todas las situaciones concretas e, igualmente, su deber de permitir la realización de un derecho fundamental, en el caso, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 5, XXXV, CF).

De cualquier forma, lo que realmente importa en este momento es constatar que el juez que trabaja con conceptos indeterminados y reglas abiertas está muy lejos de aquel concebido para únicamente aplicar la ley. A propósito, los propios doctrinadores del *Common Law* reconocen, cuando miran para el *Civil Law*, que en las decisiones acerca de materia constitucional, así como en las que son envueltas la aplicación de cláusulas generales, en las que es frecuente la necesidad de dar concreción al significado de conceptos jurídicos, no hay siquiera cómo admitir la distinción realizada por algunos, entre precedentes interpretativos y precedentes de solución (que crean el derecho). Se alega, en esos casos, que la interpretación tiene tanto alcance y es guiada por argumentos tan frágiles y vagos de la ley escrita que la decisión podría ser explicada tanto por la teoría interpretativista cuanto por la teoría positivista de la creación judicial del derecho¹²¹. O sea,

¹²¹ Ver BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 485.

tal decisión judicial podría ser vista como creación de derecho o como interpretación judicial del derecho.

Por eso mismo, el sistema de precedentes, innecesario cuando el juez solo aplica la ley, es indispensable en la jurisdicción contemporánea, pues es fundamental para otorgar seguridad a la parte y permitir al abogado tener conciencia de cómo los jueces están completando el concepto indeterminado y definiendo la técnica procesal adecuada a cierta situación concreta.

18. JUDGE MAKE LAW Y DECISIÓN JUDICIAL, EN LA AUSENCIA DE LEY, EN EL CIVIL LAW

En el *Common Law* se afirma que el juez, a falta de ley, crea el derecho. No obstante, el fin de este ítem no es analizar si el magistrado, en ausencia de regla capaz de regular el caso, crea o no derecho. Se desea, tan solo, demostrar que la idea de que el juez crea derecho, peculiar al *Common Law*, no sirve para separar los sistemas contemporáneos comprendidos en las dos tradiciones, ni mucho menos para justificar la existencia de un sistema de precedentes en el derecho brasileiro.

En verdad, ni si quiera existe unanimidad, en el *Common Law*, acerca de la naturaleza de la jurisdicción, si esta es creadora de derechos o no. Resáltese que la cuestión de si los jueces crean derecho fue uno de los principales focos del célebre debate entre Herbert Hart — que sustenta el papel creativo de la jurisdicción — y Ronald Dworkin— quien lo niega¹²². Mientras aquel afirma, sin hesitar, que el juez crea el derecho en la falta de regla que permita la solución del caso¹²³; este, al tratar de los ‘hard cases’, en el conocido “Taking rights seriously” argumenta que, “inclusi-

¹²² Ver, al respecto, HART, Herbert L.A. Ob. cit. (esp. *Formalism and rule-scepticism y Postscrip*); DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, cit. (esp. *The model of rules y Hard cases*).

¹²³ HART, Herbert L. A. Ob. cit., p. 135.

ve cuando ninguna regla regula el caso, una de las partes puede, todavía así, tener el derecho de ganar la causa” y, “el juez continúa teniendo el deber, incluso en los casos difíciles, de descubrir cuáles son los derechos de las partes y no de inventar nuevos derechos retroactivamente”¹²⁴.

En el importante libro *Interpreting precedents*, en el que se hace amplio debate comparatístico sobre los precedentes en el *Common Law* y en el *Civil Law*, se encuentra el capítulo intitulado *Rationales for precedent*, protagonizado por Bankowski, MacCormick, Morawski y Ruiz Miguel. Estos juristas, al depararse con la influencia de las decisiones de la Corte Europea de Justicia de cara a las Cortes de los Estados-miembros, inclusive sobre sus Tribunales Constitucionales, observan que, en las decisiones relativas a cuestiones constitucionales y cláusulas generales, la prestación judicial opera construyendo principios y dándole efectos concretos, cuando se torna artificial, o incluso ficticio, intentar dibujar una línea demarcatoria entre los precedentes interpretativos y los de creación del derecho¹²⁵.

El *insight* del grupo de juristas, aliado a la disputa teórica entre Hart y Dworkin, demuestra que la evolución del *Civil Law*, ciertamente en virtud del impacto del neoconstitucionalismo, aproximó sensiblemente lo que antes podría ser visto como creación judicial del derecho e interpretación judicial.

En el derecho nacional contemporáneo, en el caso en que el juez interpreta la ley de acuerdo con la Constitución o se vale de las técnicas de la interpretación conforme y de declaración parcial de nulidad sin reducción del texto, ciertamente no hay cómo sustentar que la jurisdicción actúa la voluntad de la ley, en los

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, cit., p. 12 y ss.

¹²⁵ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 485.

términos propuestos por Chiovenda¹²⁶. Tampoco cabe decir que hay “creación de la norma individual del caso concreto”, en la línea carneluttiana¹²⁷, al menos cuando ese argumento es pensado con base en la lógica de que la norma individual (la sentencia) debe fundarse en una norma general (en la norma infraconstitucional), de forma axiomática.

¹²⁶ La jurisdicción, en la concepción de Chiovenda, es una función destinada a la actuación de la voluntad concreta de la ley. Según el autor italiano, la jurisdicción en el proceso de conocimiento, “consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual no solo de las partes, sino de todos los ciudadanos, por la actividad intelectual del juez, al afirmar existente o no una voluntad concreta de la ley en relación a las partes”. Chiovenda llegó a decir que, como la jurisdicción significa actuación de la ley, “no podría haber sujeción a la jurisdicción si es que no hay sujeción a la ley”. Ese pasaje de la doctrina chiovendiana es bastante expresiva en el sentido de que el verdadero poder estatal estaba en la ley, y de que la jurisdicción solamente se manifestaba a partir de la revelación de la voluntad del legislador. Él es un verdadero adepto de la doctrina que, inspirada en el iluminismo y los valores de la Revolución Francesa, separaba radicalmente las funciones del legislador y del juez, o mejor aún, atribuía al legislador la creación del derecho y al juez su aplicación (CHIOVENDA, Giuseppe. Ludovico Mortara. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1937, p 101; CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione del sistema dei diritti”. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 3 y ss).

¹²⁷ Para Carnelutti, la sentencia crea una regla o norma individual, particular para el caso concreto, la cual pasa a integrar el ordenamiento jurídico, mientras que, en la teoría de Chiovenda, la sentencia es externa (está fuera) al ordenamiento jurídico, teniendo la función de simplemente declarar la ley y no de completar el ordenamiento jurídico. La primera concepción es considerada adecuada de la *teoría unitaria*, y la segunda, de la *teoría dualista del ordenamiento jurídico*, siendo que esas teorías también son llamadas *constitutiva* (unitaria) y *declaratoria* (dualista). Sin embargo, al individualizar la norma superior, el juez la declara. Cuando torna la norma concreta o compone la litis en el sentido de la doctrina de Carnelutti, hace apenas un proceso de adecuación de la norma – ya existente – al caso concreto. (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano. 1958. p. 18 y ss.).

La impropiedad de las teorías chiovendiana y carnelluttiana de la jurisdicción se torna todavía más marcante delante de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, del control de inconstitucionalidad de su omisión y de la tutela de un derecho fundamental mediante el apartamiento de otro en el caso concreto, cuando la sentencia no afirma positivamente ley o norma general alguna¹²⁸.

Si en las teorías clásicas, el juez solo declaraba la ley o creaba la norma individual a partir de norma general, ahora él construye la norma jurídica a partir de la interpretación de acuerdo con la Constitución, del control de constitucionalidad y de la adopción de la regla del balance (o de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto) de los derechos fundamentales en el caso concreto.

Recuérdese que algunos juristas del *Civil Law*, como Eugenio Bulygin —sucesor de Carlos Santiago Nino en la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires—, sustentan la tesis de que los jueces, en determinadas situaciones excepcionales, crean el derecho¹²⁹.

Bulygin contesta la doctrina de Kelsen, en el sentido de que el juez, al crear la norma individual del caso concreto, crea el derecho. Según el profesor radicado en Argentina, aunque se acepte la idea de que el juez dicta la norma individual en los términos kelsenianos¹³⁰, no se puede admitir —en la forma como cotidianamente se

¹²⁸ Según Sergio Moro, cuando es declarada la inconstitucionalidad de una ley, el grado de interferencia de la jurisdicción sobre el legislativo es mayor de cuando se realiza el control de inconstitucionalidad por omisión en el caso concreto (MORO, Sérgio. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 244).

¹²⁹ BULYGIN, Eugenio. *Los jueces crean derecho?* cit., p. 8.

¹³⁰ Para Kelsen, todo acto jurídico constituye, en un mismo tiempo, aplicación y creación del derecho, con excepción de la Constitución y de la ejecución de la sentencia, pues la primera sería pura creación y la segunda pura aplicación del derecho. Por eso, el legislador aplica la Constitución y crea la norma general y el juez aplica la norma general y crea la norma individual.

habla— que el juez ahí crea derecho, pues tal norma individual se funda en una norma general creada por el legislador. De acuerdo con su raciocinio, la conclusión de Kelsen solamente estaría correcta si el juez crease la propia norma general¹³¹. De hecho, Bulygin, en el nivel de H. G. Von Wright, advierte que “lo que los jueces crean —si es que crean algo— no son normas individuales, sino normas generales” o, mejor dicho, “eminentemente generales”¹³².

Percíbese que en adición al análisis de Bulygin, Kelsen cuando trata de la anulación judicial de la ley en sede de control abstracto de constitucionalidad, afirma que el tribunal constitucional actúa como ‘legislador negativo’. En la terminología kelseniana, esa expresión sustenta de forma un tanto ambigua, que el control judicial de constitucionalidad no atenta contra la separación de poderes. Después de reconocer que “anular una ley es establecer una norma general, porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración con señal negativa y, por lo tanto, ella es propia de una función legislativa”, Kelsen regresa a la distinción entre la elaboración y la simple anulación de las leyes, para concluir que un tribunal constitucional realiza una actividad efectivamente jurisdiccional: “La anulación de una

La teoría de Kelsen afirma la idea de que toda norma tiene como base una norma superior, hasta llegarse a la norma fundamental, que estaría en el ápice del ordenamiento. De modo que la norma individual, fijada en la sentencia, se vincula necesariamente a una norma superior. La norma individual haría parte del ordenamiento, o tendría la naturaleza constitutiva, solo por individualizar la norma superior para las partes (KELSEN, Hans. *Teoría geral do estado*. Coimbra: Armênio Amado, 1945, pp. 105-109; KELSEN, Hans. *Teoría pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 388; KELSEN, Hans. “La garantie jurisdictionelle de la constitution. La justice constitutionnelle”. *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204).

¹³¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 151-153.

¹³² BULYGIN, Eugenio. “Sentencia judicial y creacion de derecho”. In: AL-CHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 355-369.

ley se produce esencialmente como aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza la legislación está aquí casi completamente ausente. Mientras el legislador solo está preso por la Constitución en lo que concierne a su procedimiento —y, de forma totalmente excepcional, en lo que concierne al contenido de las leyes que debe editar, e, incluso así, solo por principios o directivas generales—, la actividad del legislador negativo de la jurisdicción constitucional es absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente en eso que su función se parece con la de cualquier otro tribunal en general: ella es principalmente aplicación y solamente en pequeña medida creación del derecho. Es, por consiguiente, efectivamente jurisdiccional”. Recuérdese que, de acuerdo con Kelsen, la diferencia entre función jurisdiccional y función legislativa consiste en que esta crea normas generales, mientras que aquella crea únicamente normas individuales.

Resáltese que Bulygin afirma que Kelsen no aceptó la idea de que el juez crea la norma general cuando valora la norma legislativa o su ausencia como muy inadecuada o injusta, sino que, en ese caso, Kelsen entendió que el juez aplica la norma general que le parece justa y adecuada¹³³. Aunque el eminente jurista austriaco entienda que la norma individual (la sentencia) solamente puede ser justificada por una norma general, él no llega a admitir, de forma clara y explícita, que el juez puede crearla cuando la norma general es injusta, tanto es que habla de esta situación como “aplicación de norma general no positiva”.

Bulygin afirma que eso es una inconsecuencia de Kelsen, pues si la positividad del derecho resulta del hecho de que las normas son creadas por actos humanos —como reconoce el propio Kelsen—, no hay razón para hablarse de “aplicación de norma general no positiva”¹³⁴.

¹³³ BULYGIN, Eugenio. *Los jueces crean derecho?* cit., p. 12.

¹³⁴ Ídem. Ver NINO, Carlos. El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985. p. 7-27.

En el razonamiento Kelseniano, esta norma general sería aplicada, en lugar de creada, en razón de que el juez no puede crear la norma general y sería no positiva por no haber sido creada por el legislador. Pero si la positividad deriva de que la norma ha sido creada por acto humano, nada podría impedir la conclusión de que el juez, en tal caso, en la realidad crea la norma general y, que esa, por consecuencia, es dotada de positividad.

Aunque la ausencia de norma general no pudiese si quiera ser razonada por las teorías clásicas de la jurisdicción de *Civil Law*, no hay motivo para no indagar lo que podría ser hecho por el juez de tales teorías si fuese admitida la ausencia de ley. En esa situación no le restaría otra alternativa sino crear la norma general.

Mientras tanto, posterior a la transformación del concepto de derecho y de la nueva dimensión de la función jurisdiccional impuestas por el neoconstitucionalismo, lo que realmente interesa es saber cómo el juez construye una norma jurídica para el caso concreto cuando la norma general no existe o está en desacuerdo con los principios constitucionales de justicia y con los derechos fundamentales.

La construcción de esa norma jurídica no significa creación de norma individual para regular el caso concreto o creación de norma general. La norma jurídica cristalizada mediante la conformación de la ley y de la legislación o del balance de los derechos fundamentales puede ser concebida como una norma jurídica creada en torno a las peculiaridades del caso concreto, pero está lejos de ser una simple norma individual destinada a concretizar la norma general o incluso de representar la creación de un derecho.

Nótese que, en los casos de interpretación de acuerdo, de interpretación conforme y de declaración parcial de nulidad sin reducción de texto, la norma general es visiblemente conformada —en menor (en el primer caso) o mayor medida (en los demás casos)— por las normas constitucionales. En esas tres hipótesis el juez construye la norma jurídica considerando la relación entre el caso concreto, el texto de la ley y las normas constitucionales.

En las situaciones de declaración de inconstitucionalidad, de control de inconstitucionalidad por omisión y de tutela de un derecho fundamental delante de otro en el caso concreto, aunque la situación sea más delicada, también no hay razón para hablar de creación del derecho por el juez. Esos tres casos, si no permiten la conformación de la norma general a la Constitución, confieren al juez la posibilidad de hacerla valer mediante la eliminación de la norma inconstitucional, o de completar el vacío normativo que impide la tutela del derecho fundamental y de la protección de un derecho fundamental que colisiona con otro en el caso concreto. En ninguna de esas hipótesis el juez crea el derecho. La jurisdicción solo está velando que los derechos sean tutelados de acuerdo con las normas constitucionales, para que los derechos fundamentales sean protegidos y efectuados aunque sean ignorados por el legislador y para estos sean tutelados en el caso concreto mediante la aplicación de la regla del balance.

El juez, al actuar de esa forma, no solo cumple la tarea que le fue atribuida en el constitucionalismo contemporáneo, sino también delante de la transformación del propio concepto de derecho, solo lo aplica. O sea, en el Estado Constitucional no hay ningún motivo para entenderse, en estos casos, excepciones a la función de aplicación del derecho, como esta o la actuación jurisdiccional no estuviesen subordinadas a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales.

Sin embargo, cuando la norma jurídica fijada por la jurisdicción configura precedente obligatoriamente aplicable a otros casos, hay visible aproximación con la norma creada por el legislador. Es cierto que la norma creada por el juez exige fundamentación, lo que obviamente es innecesario tratándose de norma legislativa. Sería posible decir en ese caso que el precedente y no la ley puede ser revocado por el Poder Judicial. Mientras eso ocurre, la circunstancia de la norma judicial de tener que ser fundamentada deriva de la necesidad de tener que darse legitimidad a la decisión, dado el déficit de legitimidad originaria que caracteriza al poder

jurisdiccional. Así, la fundamentación no diferencia la norma judicial de la legislativa en lo que respecta a sus esencias —ambas constituyen manifestación positiva del Derecho—, pero sí en lo que toca a los aspectos que le son necesarios para su legitimidad. De otro lado, si el precedente puede ser revocado por el Poder Judicial, la ley puede ser revocada por el Legislativo.

Es relevante que el precedente obligatorio orienta a los ciudadanos, pues les dice el modo cómo deben comportarse y les da previsibilidad acerca del resultado de los reclamos jurisdiccionales, teniendo, en esta dimensión, la característica de norma general que, además de eso, es capaz de ofrecer mayor seguridad que la propia norma legislativa.

No obstante, si en esa perspectiva es posible asemejar la decisión a la norma legislativa, eso no deriva del hecho de que aquella tener carácter obligatorio, si no que la decisión judicial no debe respeto estricto a la norma general, si esta no resulta de la conformación del ordenamiento infraconstitucional a la Constitución.

Es claro que los límites de la decisión judicial están en los propios derechos fundamentales, lo que también significa que solamente es posible vislumbrar la ausencia de la ley al constatarse que el legislador dejó de promulgar la norma necesaria para tutela del derecho fundamental. En otros términos, para que el juez pueda actuar bajo el argumento de la falta de ley, el legislador debe haber violado el derecho fundamental en su función de mandamiento de tutela. Todavía, tal violación no transfiere al juez el grado de libertad que hasta entonces estaba en las manos del legislador, ya que al juez no le cabe exactamente la tutela normativa del derecho fundamental, pero sí el control de la suficiencia de esta tutela, y así, una tutela que satisfaga las exigencias mínimas en su eficiencia¹³⁵.

¹³⁵ De acuerdo con Claus-Wilhelm Canaris, “la función de los derechos fundamentales de imperativa tutela, carece, en principio, para su realización, de la transposición por el derecho infraconstitucional.” Por eso, afirma que “al legislador ordinario queda aquí abierta, en

De modo que el juez no tiene el mismo poder del legislador y, por lo tanto, la decisión judicial obligatoria, aunque sobre la luz de la necesidad de afirmación de los derechos fundamentales, no substituye la ley. Lo que se puede decir, sin cualquier duda, es que el juez no está más limitado a afirmar la ley, pues debe respuesta a

principio, un amplio margen de maniobra entre las prohibiciones de insuficiencia y de exceso". Sin embargo, tal margen no es el mismo que está liberado a la intervención judicial. Sobre eso es necesario aprender con Canaris que "la prohibición de insuficiencia no coincide con el deber de protección, pero tiene, antes, una función autónoma relativamente a este. Se trata, pues, de dos caminos argumentativos distintos, por los cuales, en primer lugar, se controla si existe, de todo, un deber de protección y, después, en qué términos debe este ser realizado por el derecho ordinario sin descender abajo del mínimo de protección jurídico constitucionalmente exigido. En el control de insuficiencia, se trata, por consiguiente, de garantizar que la protección satisfaga las exigencias mínimas en su eficiencia". (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 138-139). Al juez le cabe solo el control de insuficiencia, no puede ir más allá de eso. Por ejemplo, la Constitución de 1988 garantiza a los empleados urbanos y rurales remuneración del servicio extraordinario superior, como mínimo, de 50% del normal (art. 7, XVI). Eso significa que, en caso no exista ninguna ley laboral infraconstitucional que regule la remuneración de las horas extras de trabajo, o exista una ley que establezca valores remunerativos inferiores al cincuenta por ciento, cabe al Poder Judicial reconocer la insuficiencia de la protección legal del trabajador y de asegurar el mínimo de protección jurídico-constitucionalmente exigido — remuneración de la hora extra con 50% más que la hora normal. Nada más, nada menos. No puede, el Poder Judicial, por ejemplo, determinar, en ausencia de norma infraconstitucional, que el pago debe ser 70% superior. No cabe a los jueces dar aquella protección que ellos consideran ser la mejor para el trabajo extraordinario, sino solo garantizar el mínimo de protección determinado por la Constitución. La situación es diferente, no obstante, en lo que respecta al legislador. Este puede ampliar la protección constitucional, siempre que no alcance el extremo de intervención excesiva.

la Constitución y, en esa perspectiva su decisión se inserta en un cuadro más amplio, dimensionado por los derechos fundamentales.

El juez estadounidense subordinado a la fuerza de los derechos fundamentales detenta mayor legitimidad de aquel que era concebido como *judge make law* solo por estar afirmando algo que no había sido dicho por el Parlamento. A propósito, vigorosa doctrina estadounidense, liderada por Dworkin, sustenta que la dignidad de la decisión judicial nada tiene que ver con el hecho de que el juez cree o no derecho, sino, con la circunstancia de que el juez pueda decidir a partir de principios y fundamentos que están por detrás de las decisiones judiciales¹³⁶. En ese sentido, tal doctrina revive (es cierto que en nueva perspectiva) la teoría declaratoria —que se opone a la teoría constitutiva en la que el juez crea derecho—, sustentando que, incluso cuando ninguna regla regula el caso, la decisión “descubre” el derecho.

En realidad, las decisiones que afirman principios o derechos fundamentales pueden ser vistas como constructivistas o interpretativistas, dependiendo del lugar de donde se parte para analizarlas. Ahora, al partirse de la premisa de que no se puede toar en cuenta los principios para afirmar un derecho no expresado, la decisión que así lo hiciera, lógicamente, será vista como creadora del derecho, pero, al admitirse que el juez debe considerar principios y concretizar derechos, la decisión será comprendida como interpretativa.

¹³⁶ El cosmos normativo de la concepción constitucionalista del derecho es más acaparador de aquel tradicionalmente concebido por el positivismo, como bien anota Dworkin, al describir aquello que llama derecho como integridad: “El derecho — los derechos y deberes que derivan de las decisiones colectivas tomadas en el pasado y que, por ese motivo, permiten o exigen su coerción — contienen no solo el limitado contenido explícito de esas decisiones, sino, también, en un sentido más vasto, el sistema de principios necesarios a su justificativa” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes 1999, pp. 273-274).

19. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA UNIFORMIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FEDERAL

En Brasil, la principal función del Superior Tribunal de Justicia es definir la interpretación del derecho federal, evitando que cada estado de la federación trate la ley federal a su gusto.

Aunque esa Corte tenga una misión bastante nítida, la práctica ha sido incapaz de permitir la realización de la función que le fue atribuida por la Constitución Federal. Lamentablemente, los tribunales y los juicios estatales y federales no vienen respetando las decisiones del Superior Tribunal de Justicia, llegando a negarles, incluso, eficacia persuasiva, en total confrontación al sistema.

Un precedente solo tiene efecto persuasivo cuando genera obligación o algún tipo de deber al órgano jurisdiccional. No obstante, la práctica demuestra que los Tribunales Federales y Estatales no solo se sienten autorizados a desconsiderar los precedentes del Superior Tribunal de Justicia, sino también, a no justificar las razones por las cuales dejan de aplicarlos. Ahora, la circunstancia de que los jueces y tribunales no demuestren las razones para la no aplicación de los precedentes del Superior Tribunal de Justicia elimina la posibilidad de ver en aquellos cualquier efecto, incluso algún efecto persuasivo.

El art. 105, III de la Constitución Federal es claro en el sentido de que compete al Superior Tribunal de Justicia revisar las decisiones que contraríen un tratado o la ley federal o les negaren vigencia, juzgaren válido un acto de gobierno local contrario a la ley federal y aun, dieran a la ley federal una interpretación divergente a la que ya fue atribuida en otro tribunal. La suposición de que los jueces y tribunales pueden decidir sin considerar los precedentes del Superior Tribunal de Justicia no converge con tal norma constitucional. Si a esta Corte cabe uniformizar la interpretación de la ley federal y, si fuera el caso, casar la interpretación contraria, sus decisiones ciertamente deben imponerse sobre los tribunales inferiores. Eso quiere decir que, hoy, las decisiones de los tribunales regionales y estatales que no consideran los precedentes

del Superior Tribunal de Justicia, violan, como mínimo, el deber judicial de fundamentación¹³⁷.

En verdad, se puede ir más allá una vez que es tranquilamente posible, en términos lógicos y jurídicos, sustentar que las decisiones del Superior Tribunal de Justicia deben tener efecto vinculante sobre los jueces y tribunales estatales y federales.

20. LA APROXIMACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DEL CIVIL LAW Y DEL COMMON LAW Y LA IMPRESCINDIBILIDAD DEL RESPETO A LOS PRECEDENTES EN EL SISTEMA BRASILEIRO

Este capítulo se propuso demostrar, a través de un método histórico-crítico, la aproximación entre las jurisdicciones del *Civil Law* —especialmente la brasilera— y del *Common Law* y tan solamente a partir de ahí, la necesidad del respeto a los precedentes en el sistema del *Civil Law*. No hubo intención en profundizar los fundamentos —que son varios— para justificar el respeto a las decisiones judiciales. Ni mucho menos, algún interés en tratar de aspectos técnicos relativos a la metodología del empleo de los precedentes.

Aunque los precedentes hayan sido fundamentados para el desarrollo del *Common Law*, el *stare decisis* tiene sustentación especialmente en la igualdad, en la seguridad y en la previsibilidad. El *stare decisis* no se confunde con el *Common Law*, habiendo surgido

¹³⁷ Sobre el punto, merece registro la noticia publicada recientemente en el *site* del STJ, relativa a la cuestión de orden levantada por el Ministro Aldir Passarinho: “A partir de ahora, las decisiones de los tribunales de justicia y de los tribunales regionales federales que discordaren del entendimiento del Superior Tribunal de Justicia (STJ), establecido en juzgamiento por el rito de la Ley de los Recursos Repetitivos (Ley 11.672-2008) *tendrán que ser fundamentadas*. De lo contrario, el recurso que llegase al STJ será devuelto a su origen por el Núcleo de Procedimientos Especiales de Presidencia (Nupre). *La determinación es de la Corte Especial del STJ y fue tomada por unanimidad en la apreciación de una cuestión de orden levantada por el Ministro Aldir Passarinho Junior*”.

en el curso de su desarrollo para, sobretudo, otorgar seguridad a las relaciones jurídicas.

Es equivocado imaginar que el *stare decisis* existe porque el juez del *Common Law* crea el derecho. Como se verifica en la doctrina de MacCormick, especialmente en *Retórica y el Estado de Derecho*, en “tiempos recientes, incluso en los países del *Common Law*, el Derecho jurisprudencial puro es relativamente raro. Mucho del derecho jurisprudencial ahora toma la forma de interpretaciones explicativas (glosses) de la ley¹³⁸.

Los precedentes que interpretan leyes o precedentes de la Suprema Corte americana evidencian, por sí mismos, la razón de ser del *stare decisis*. Recuérdese que, considerando el valor de la seguridad, la doctrina americana demuestra gran preocupación con el overruling y con la fuerza del *stare decisis* delante del control difuso de constitucionalidad¹³⁹.

A propósito, regresando al argumento de que el *stare decisis* solo existe en derivación de la inacción del legislativo, basta constatar que no hay déficit de legislación en los Estados Unidos, no teniendo cabida la suposición de que el precedente tiene fuerza obligatoria por falta de actuación del legislador.

Por otra parte, la tradición del *Civil Law*, anclada en las razones de la Revolución Francesa, fue completamente descaracterizada con el pasar del tiempo. El juez, inicialmente prohibido de interpretar la ley, pasó a paulatinamente interpretarla, cayendo luego en desuso las comisiones legislativas instituidas para resolver las dudas de interpretación y luego, posterior al primer aspecto de la Casación, delineada como órgano de naturaleza no jurisdiccional para casar las interpretaciones judiciales incorrectas.

La evolución del *Civil Law* es la historia de la superación de una idea instituida para viabilizar la realización de un deseo revolucionario

¹³⁸ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law — A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 176.

¹³⁹ GERHARDT, Michael J. Ob. cit.

y que por lo tanto, nació con la marca de una utopía. Como dogma, esta noción se mantuvo viva aunque la evolución del *Civil Law* le restara características. Recuérdese que la fuerza del constitucionalismo y la actuación judicial mediante la concreción de las reglas abiertas hizo surgir un modelo de juez completamente distinto al deseado por el *Civil Law*. De modo que el *Civil Law*, vive actualmente la contradicción entre el juez real y el juez de los libros o de las doctrinas acriticamente preocupadas solo en justificar que la nueva función del juez cabe dentro del modelo del principio de separación de poderes. En verdad, la doctrina se olvida de esclarecer que el juez de la Revolución Francesa nació casi muerto y que el principio de la estricta separación de los poderes sufrió una mutación con el pasar del tiempo, teniendo, hoy en día, otra figura.

No hay duda de que el papel del actual juez del *Civil Law* y especialmente el del juez brasileiro a quien le es encargado el poder-deber de controlar la constitucionalidad de la ley en el caso concreto, se aproxima mucho a la función ejercida por el juez del *Common Law*, especialmente realizada por el juez americano. Sucede que, a pesar de la aproximación de los papeles de los magistrados de ambos sistemas, solo en el *Common Law* se es devoto del respeto a los precedentes.

La ausencia del respeto a los precedentes está fundada en la falsa suposición, propia del *Civil Law*, de que la ley sería suficiente para garantizar la certeza y la seguridad jurídica. Resáltese que esa tradición insistió en la tesis de que la seguridad jurídica únicamente sería viable si la ley fuese estrictamente aplicada. La seguridad sería garantizada mediante la certeza advenida de la subordinación del juez a la ley. No obstante, es interesante percibir que la certeza jurídica adquirió aspectos antagónicos en el *Civil Law* y en el *Common Law*. En el *Common Law* se fundamentó el *stare decisis*, mientras que en el *Civil Law* fue utilizado para negar la importancia de los tribunales y de las decisiones.

Sin embargo, cuando se "descubrió" que la ley es interpretada de diversas formas y, visiblemente, que los jueces del *Civil Law*

rutinariamente deciden de diferente forma los “casos iguales”, curiosamente no se abandonó la suposición de que la ley es suficiente para garantizar la seguridad jurídica. Ahora, al tornarse incontestable que la ley es interpretada de diversas formas, haciendo surgir distintas decisiones para los casos iguales, debería haber surgido, al menos en sede doctrinaria, la lógica e inapartable conclusión de que la seguridad jurídica solo puede ser garantizada marcándose la igualdad ante las decisiones judiciales y, de tal forma, estableciéndose el deber judicial de respeto a los precedentes. Al final, la ley adquiere mayor significación cuando cae bajo amenaza de violación o después de haber sido violada, de forma que la decisión judicial que la interpreta no puede quedar en segundo plano o desmerecer cualquier respeto al Poder que la pronunció.

La seguridad jurídica, postulada en la tradición del *Civil Law* por la estricta aplicación de la ley, esta exige el sistema de precedentes establecido hace mucho para asegurar esa misma seguridad en el ambiente del *Common Law*, en el que la posibilidad de decisiones diferentes para casos iguales nunca fue desconsiderada y, exactamente por eso, hizo surgir el principio inspirador del *stare decisis*, mediante el cual los casos similares deben ser tratados del mismo modo (*treat alike cases*).

Aunque debe ser el mínimo indeseable, para un Estado Democrático, dar decisiones desiguales a los casos iguales, extrañamente no hay alguna reacción en la doctrina y en la praxis brasilera. Es como que si estas decisiones no fuesen vistas o fuesen admitidas por ser inevitables. La advertencia de que la ley es igual para todos, que siempre se vio escrita sobre la cabeza de los jueces en las salas del *Civil Law*, además de no bastar más, constituye broma de mal gusto a aquel que, en una de las salas del Tribunal y bajo tal inscripción, recibe una decisión distinta de la proferida —en un caso idéntico— por la Cámara cuya sala se localiza a unos metros más adelante, en el mismo largo e indiferente corredor del predio que, antes de todo, debería abrigar la igualdad de tratamiento ante la ley.

Discusión sobre la oportunidad de respetar los precedentes

1. NOCIÓN DE PRECEDENTE

1.1 Precedente y experiencia

Mientras la experiencia revela comprensión advenida de la vivencia de un hecho o de una situación pasada que enseña o explica algo respecto del precedente, el precedente es un dato autónomo, independiente de la experiencia o del raciocinio que lo hizo surgir. De esta forma, el precedente posee valor aunque, en caso de éste, no exista alguna experiencia o raciocinio aprovechable¹.

¹ “Si el precedente es visto como una regla que orienta la autoridad decisoria a llevar en consideración decisiones anteriores, entonces se sigue que el argumento puro a partir del precedente, diferente de aquel que deriva de la experiencia depende solamente de los resultados de esas decisiones y no de la validez de las razones que soportan los resultados” (En el original: “If precedent is seen as a rule directing a decisionmaker to take prior decisions into account, then it follows that a pure argument from precedent, unlike an argument from experience, depends only on the results of those decisions, and not on the validity of the reasons supporting those results”) (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, cit., p. 574).

Así, por ejemplo, el profesor puede permitir que uno de sus alumnos, atrasado en el día acordado para el examen, realice la prueba y constatar a partir de ahí que los atrasos se tornan repetitivos causando tumulto. Para evitar perjuicios a la enseñanza, podrá comunicar, fundándose en el hecho de que los atrasos causan perturbación, que no admitirá más la situación precedente. Nótese que, en el caso, el precedente fue revocado con base en la experiencia. La experiencia enseña algo sobre el presente e, inclusive, puede evidenciar que el pasado —el precedente— no debe ser perpetuado².

1.2 Precedente y ejemplo

Si el precedente no se presta para permitir la comprensión del presente, solo apenas para indicar una situación que ya fue tratada, sería posible argumentar su asimilación con el “ejemplo”, vale decir, con el ejemplo que constituye el paradigma y, tal como el precedente, puede orientar el comportamiento actual.

Sin embargo, hay clara diferencia entre el precedente y el ejemplo. El valor de aquel no tiene relación con su contenido, siendo cierto que, en virtud de este, puede ser revocado. Todavía, el hecho de que el precedente pueda ser revocado solo demuestra

² “Cuando nosotros decidimos fundamentados en la experiencia, estamos valorando la experiencia por lo que ella enseña. Cuando decidimos con fundamento en los precedentes, consideramos importante el hecho de que nuestra situación actual ha sido abordada anteriormente, sin embargo, nosotros no iremos, necesariamente, a evaluar el precedente por lo que éste nos enseña. A veces, podemos incluso seguir precedentes con los cuales no concordamos” (En el original: “When we make a decision on the basis of experience, we are valuing experience for what it teaches us. When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve”) (DUXBURY, Neil. Ob. cit., pp. 2-3).

que su instalación no depende de su contenido —vale decir, su valor es desligado de la calidad del impacto que provoca sobre sus usuarios. Actúa de forma persuasiva u obligatoria en virtud de la autoridad que está en su base, la cual, en verdad, es indispensable a su configuración³.

Además, la mera liberalidad puede constituir ejemplo, al paso que solo hay precedente cuando el acto vincula a quien lo practicó o a aquellos que están en situación similar. Ejemplificando: el profesor puede donar un libro a un alumno, pero eso no significa que deba donar ejemplares del mismo libro a los demás alumnos ni que los demás profesores tengan que obedecer la misma conducta. De esta forma, el profesor puede donar a la biblioteca libros que escribió. Aunque esta acción revele un buen ejemplo, eso no quiere decir que constituya un precedente a ser observado por todo aquel profesor de la misma facultad.

No obstante, si el profesor exige libros raros para su disciplina, pero siempre ofrece los textos necesarios para el estudio a los exámenes, su manera de proceder forma un precedente que lo vincula, pues confiere a los alumnos una legítima expectativa de usufructuar de los materiales necesarios para la adecuada preparación para las pruebas. El procedimiento de tornar disponibles los libros alcanza legitimidad de la actuación de este profesor,

³ Es el entendimiento esposado, por ejemplo, por Frederick Schauer, que entiende que la práctica de seguir los precedentes significa “tomar (el precedente) por su propio *status* — su fuente y no su contenido — de precedente como una razón para decidir la cuestión puesta de la misma forma como fue decidida en el pasado” (En el original: “Thus, actually to follow precedent is to take a precedent’s very status—its source and not its content—as a precedent as a reason for deciding the issue now in the same way as it had been decided in the past”) (SCHAEUR, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, vol. 24, Winter 2007, pp. 381-401).

impidiéndolo de elaborar un examen cuya realización dependa de un libro inaccesible a los estudiantes⁴.

1.3 Precedente y costumbre

Si el ejemplo está en un plano diverso de aquel del precedente, ¿qué podemos decir de la costumbre? Recuérdese que la costumbre está dotada de autoridad, constituyendo fuente primaria del derecho. No hay duda que existe precedente sin costumbre y costumbre sin precedente⁵, aunque este pueda tener origen en aquella o incluso desarrollarla. Pese a que el valor del precedente es independiente de su contenido, el precedente que se funda en la costumbre cuenta con algo que, incluso no siendo imprescindible para su caracterización, le propicia mayor fuerza. En la misma perspectiva, el precedente, aunque sea contingente para la conformación de la costumbre, es importante para su desarrollo y afirmación.

La relevancia de los precedentes para el establecimiento y la edificación de la costumbre es notoria en el *Common Law*. Las costumbres generales observadas entre los *Englishmen* fueron incorporada en decisiones judiciales sobre la forma de precedentes, que constituyen la única e importante fuente de la versión moderna de esta tradición, diversa de la ley o del *statute law*.

Nótese, entre tanto, que en el propio *Common Law*, se considera el valor de las costumbres locales de cara a las costumbres

⁴ V. TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, p. 19.

⁵ Debe rescatarse, aquí, la lección de Neil Duxbury, para quien los precedentes y costumbres no pueden ser confundidos estando entre las razones para tanto la posibilidad de poseer contenidos estando entre las razones de reconocimiento judicial anterior de la costumbre, al contrario del precedente (En el original: "First, precedent and custom can oppose one another in law as they can elsewhere. (...). Secondly, whereas judges who follow precedents are relying on the work of earlier courts, the customs to which judges look for authority need not have been legally recognized") (DUXBURY, Neil. *Ob. cit.*, pp. 8-9).

generales⁶, restando fácil, delante de eso, vislumbrar la distinción entre precedente y costumbre. Ahora, si el precedente, al afirmar una especie de costumbre —de naturaleza general—, puede ser confrontado con una costumbre local, se torna claro no solo que el precedente *afirma* una costumbre —y, así, no confundiendo con este—, pero igualmente que el precedente puede ser cuestionado por una costumbre.

En realidad, la mayor evidencia de la distinción entre costumbre y precedente está en el propio *Common Law* pues este existe, en su aspecto clásico y restringido, como forma del derecho consuetudinario, antes de la afirmación de la doctrina del precedente⁷. Mejor dicho: la costumbre, como fuente del *Common Law* clásico es anterior a la noción de que los precedentes deberían ser obligatoriamente respetados por las cortes inferiores y por las propias Cortes de donde emanan.

1.4 Precedente, poder y respeto al pasado

Una decisión, en la medida en que deriva de la fuente dotada de la autoridad e interfiere sobre la vida de los otros, constituye precedente que debe ser respetado por quien lo produjo y por

⁶ “Las costumbres particulares de ciertas partes del reino son eventualmente considerada por la Corte contemporánea. Un ejemplo de tal costumbre es la práctica de los pescadores en una determinada localidad de tirar sus redes en una cierta parte de arena. Costumbres de esa naturaleza, normalmente, si es que no es siempre, operan derogando el derecho común”. (En el original: “The particular customs of certain parts of the kingdom are occasionally considered by contemporary court. An example of such a custom in the practice of the fishermen in a certain locality to spread their nets on a particular stretch of sand. Customs of this nature usually, if not invariably, operate in derogation of the *Common Law*”) (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 168).

⁷ “Finally, perhaps the most decisive evidence that precedent and custom are different forms of legal authority is the *Common Law* itself, for (...) the *Common Law* existed as a form of customary law long before there was a doctrine of precedent” (DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 9).

quien está obligado a decidir un caso similar⁸. De otro lado, aquel que se coloca en condiciones similares a las del caso ya juzgado posee legítima expectativa de no ser sorprendido por una decisión diversa. Esta condición, por cierto, se encuentra conjugada a la propia naturaleza del *stare decisis*⁹.

Aunque las decisiones en el sistema brasileiro cambien libremente de parecer y no respeten los casos juzgados por las Cortes superiores, se debe afirmar que eso constituye una patología o un equívoco que, infelizmente, se arraigó en nuestra tradición jurídica.

El respeto al pasado es inherente a cualquier tipo de sistema y natural a cualquier especie de poder. Incluso un director de una empresa privada, al deparare con una decisión tomada en el pasado —precedente que genera legitimidad y confianza a los socios de la empresa, a sus directores o a los empleados—, se encuentra sujeto a este, pudiendo estar obligado a respetarlo o, como mínimo, a presentar buenas y convincentes justificativas para dejarlo de lado.

Además, los sujetos a cualquier tipo de poder, aunque sea privado, poseen el derecho de creer en la racionalidad y en la estabilidad de los órganos decisores y en sus decisiones. Tienen, en otras palabras, legítima expectativa de que los juzgamientos

⁸ Ver TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 795-810; TARUFFO, Michele. "Dimensioni del precedente giudiziario". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura*, 1994, pp. 411-430.

⁹ Según Stephen Markman, "las virtudes del *stare decisis* son bien comprendidas, he aquí que promueve la estabilidad, la previsibilidad y la eficacia del sistema legal, mientras también limita el espectro discrecionalidad judicial y amplía la faceta de integridad del proceso judicial" (En el original: "The virtues of *stare decisis* are well-understood, promoting as it does the stability, the predictability, and the efficiency of the legal sytem, while also limiting the realm of judicial discretion and enhancing the appearance of integrity of the judicial process") (MARKMAN, Stephen. "Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions". *Texas Review of Law & Politics*, vol. 8, Spring 2004, pp. 283-288).

que pueden alcanzar no variarán sin justificativa plausible y que, así, pueden dirigir sus actividades de acuerdo con las directrices ya prefijadas¹⁰.

Por lo tanto, es indiscutible que los ciudadanos tienen el derecho de esperar que el Poder Judicial decida como en el pasado, no variando sin fundamentación fuerte las sentencias que profiere. Las decisiones no pueden ser incomprensibles o destituidas de significado claro, por la simple razón de que el jurisdiccional necesita de parámetros para definir su comportamiento. Por el mismo motivo, es evidente que el Poder Judicial debe preocuparse por la uniformidad de sus decisiones, toda vez que el ciudadano depende de ellas para pautar sus conductas en el desarrollo de sus actividades.

No hay poder que pueda eximirse de responsabilidad por sus decisiones. No obstante, es poco plausible que alguien pueda justificar su responsabilidad cuando decide casos iguales de forma desigual. *Treat alike cases* es el principio que siempre estuvo en la base del *Common Law*¹¹, consistiendo en una de las principales razones de su coherencia, así como de la confianza y del respeto dispensados al Poder Judicial. Tratar de la misma forma los casos similares es algo fundamental para la estabilidad del poder y para la manutención de la seguridad necesaria al desarrollo de las relaciones sociales.

¹⁰ Para tal objetivo, es necesario que las decisiones judiciales tengan la debida publicidad, obedeciendo a criterios claros y objetivos de publicación. "La segunda razón por la cual las razones deben ser tornadas públicas es que el sentido de poseer autoridades decisorias no es solo para terminar con los litigios, sino, también, de evitarlos, instruyendo a la comunidad" (En el original: "The second reason why reasons must be made public is that the point of having decision makers is not only to end disputes but also to forestall them by instructing the community") (BENDITT, Theodore M. Ob. cit., p. 95). Ver DUXBURY, Neil. Ob. cit., pp. 5-6.

¹¹ Ver BENDITT, Theodore M. Ob. cit., p. 92 y ss.; MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes...*, cit., p. 160.

1.5 El precedente visto en relación al futuro

El juez que considera el pasado muestra respeto al Poder del que hace parte y a la confianza en él depositada por el jurisdiccional. Mientras tanto, si el magistrado es conciente de que su decisión podrá formar un precedente, el cual deberá ser respetado por los sucesores e interferirá sobre el comportamiento de las personas, su preocupación y responsabilidad personal ciertamente se intensifican¹². Cuando se piensa en términos del precedente, la decisión de hoy no solo considera el pasado, sino también sirve de guía para el futuro¹³.

Además de eso, como la decisión que reafirma o establece un precedente vincula al órgano jurisdiccional que la profiere, se crea, a partir de ahí, una responsabilidad del juez consigo mismo. Él se torna conciente de que estará limitado por el *decisum* en todos los casos futuros y, así, pasa a tener aún más responsabilidad al decidir.

Además, esa característica genera al jurisdiccional un derecho de controlar la decisión judicial objetivamente¹⁴ a fin de evitar

¹² Ver BENDITT, Theodore M. Ob. cit., p. 95.

¹³ SCHAUER, Frederick. Precedent, cit., p. 572; MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes...*, cit., p. 161. Ver, también, MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning...*, cit., p. 75 y ss.

¹⁴ “El precedente, de la forma cómo se presenta en el derecho, subsidia una base para referencia a decisiones anteriores en el derecho. Esta referencia aumenta la búsqueda por aquello que fue el caso en la decisión anterior. Esta referencia, igualmente, ayuda a promover una búsqueda por la objetividad. La objetividad, en este sentido, representa una importante plataforma de comparación entre los casos y también un importante medio de reflexión en el esfuerzo por determinar o identificar errores y las secuencias de eventos a fin de ajustarse a la justicia” (En el original: “Precedent, as it functions in law, provides a basis for reference to past decisions in law. This reference amounts to a search for what has been the case in the previous decision. This reference also makes for the search for objectivity. Objectivity, in this sense, represents an important platform for comparison of cases and also an important means to be reflective in an effort to determine or identify errors and the sequence of events to appropriate justice”) (AKANMIDU, Raphael A. “The morality of precedent in law”. *Ratio Juris*, vol. 14, n. 2, jun. 2001, pp. 244-251).

las frecuentes e inexplicables decisiones divergentes tomadas por un mismo órgano decisorio.

1.6 Precedente, hechos y derecho

Como será visto más tarde, hay gran dificultad en la identificación de la parte de la decisión judicial que genera efecto vinculante. En principio, la única parte que posee tal calidad es la *ratio decidendi*, que acostumbra ser apartada de aquello que constituye *obiter dicta*. De cualquier forma, el objetivo de este ítem es más modesto, una vez que desea apenas dejar claro que el precedente no alcanza los hechos del caso o los hechos considerados por la decisión, sino solamente las cuestiones de derecho.

Es natural que una decisión acerca de una cuestión de hecho no pueda constituir precedente, he aquí que la decisión sobre el hecho siempre es única. Recuérdense, a propósito, que no hay cosa juzgada sobre hechos, lo que impide, por ejemplo, la formación de la cosa juzgada material en las decisiones que tratan del *periculum in mora* en el proceso cautelar.

Debe quedar evidente, en consecuencia, que la parte de la decisión que constituye precedente es tan solo aquella que trata de una cuestión de derecho¹⁵.

1.7 Precedentes obligatorios y precedentes persuasivos

La cualidad que refleja la inmutabilidad de la decisión judicial en relación a las partes —denominada cosa juzgada¹⁶— no se con-

¹⁵ “Las decisiones sobre cuestiones de hecho no constituyen precedentes, pues cada caso es considerado único. A fin de constituir un precedente, la decisión debe abarcar una cuestión de derecho” (En el original: “Decisions on questions of fact do not constitute a precedent, for every case is considered to be unique. In order to constitute a precedent, a decision must concern a point of law”) (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 169).

¹⁶ En el sistema americano, la cosa juzgada se divide en dos tipos — *res judicata* y *colateral estoppel* — no siendo posible confundirse en ninguna de

funde con el *stare decisis*. La cosa juzgada garantiza a las partes la inmutabilidad de la decisión. El respeto a los precedentes confiere a los jurisdicionados la estabilidad de cada interpretación jurídica¹⁷.

sus versiones, con el *stare decisis*. Conforme señala Heinsz, “al contrario del *stare decisis*, ambas teorías exigen no solo identidad de causas, sino también de las partes envueltas en los procesos. La *res judicata* envuelve la noción de preclusión del pedido (*claim preclusion*), mientras que el *collateral estoppel* trae consigo la idea de preclusión de hecho (*issue preclusion*). La *res judicata* previene que una persona renueve la discusión acerca de un pedido si (1) hay un juzgamiento final en una acción anterior, (2) las materias levantadas en un caso subsecuente son las mismas o podrían haber sido demandadas en la acción anterior y (3) los pedidos en la segunda acción envuelven la misma parte o interesados. La *collateral estoppel* impide que una parte renueve discusión sobre un hecho si (1) el hecho en el litigio subsecuente es el mismo que aquel de la acción anterior, (2) el hecho fue objeto de litigio y necesario a una decisión final, (3) la persona contra la cual la *collateral estoppel* es afirmada era parte interesada en la acción anterior y (4) la parte que sufrió preclusión tuvo total y justa oportunidad de discutir el hecho” (En el original: “Res judicata and collateral estoppel are related but distinct concepts in the law of judgments. Unlike *stare decisis*, both of these theories require not only identity of issues, but also of parties involved in the actions. Res judicata involves the notion of claim preclusion, whereas collateral estoppels entails the idea of issue preclusion. Res judicata bars a person from relitigating a claim if (1) there is a final judgment from prior litigation, (2) the matters raised in the subsequent case either are the same or could have been litigated in the prior action, and (3) the claims in the second action involve either the same party or persons in privity with that party. Collateral estoppel prevents a party from relitigating an issue if (1) the issue in the subsequent litigation is the same as that raised in the prior litigation, (2) the issue was actually litigated and necessary to a final adjudication, (3) the person against whom the doctrine of collateral estoppel is asserted was a party to or in privity with a party to the prior action, and (4) the party precluded had a full and fair opportunity to litigate the issue”) (HEINSZ, Timothy J. “Grieve it again: of *stare decisis*, *res judicata* and collateral estoppels in labor arbitration”. *Boston College Law Review*, vol. 38, mar. 1997, pp. 275-300).

¹⁷ ALEXANDER, Larry. “Constrained by precedent”. *Southern California Law Review*, Los Angeles, vol. 63, nov. 1989.

Pero solo hay garantía de respeto a los precedentes cuando existe el correspondiente deber judicial de respeto. No obstante, el deber judicial de respeto puede tener su intensidad medida o graduada, variando de un respeto absoluto a un respeto despojado de vinculación. En este sentido, el precedente puede tener eficacias variadas.

El sistema en el que la eficacia de las decisiones es absolutamente vinculante prohíbe al juez decidir de forma contraria al tribunal que le es superior, así como prohíbe al órgano jurisdiccional negar lo que ya decidió. Es claro que el hecho de que la decisión sea absolutamente vinculante no impide al juez de realizar el *distinguishing* del caso que le es sometido, o sea, de evidenciar que la cuestión puesta para juzgamiento es diferente o que los hechos de la causa que está a ser juzgada tornan la cuestión de derecho distinta de la ya decidida.

Lo que caracteriza la eficacia absolutamente vinculante es la circunstancia de que el juez no pueda revocar la decisión, aunque tenga buenos fundamentos para no respetarla. Se trata, aproximadamente, del sistema inglés de la Cámara de los Lords de la primera mitad del siglo pasado. En 1966, la *House of Lords*¹⁸ declaró, mediante la *Practice Statement* que, elante de ciertas circunstancias, podría revocar (realizar el *overruling*) a sus propias decisiones. El *Statement* de 1966 afirmó que la *House of Lords* podría decidir de forma diferente sus anteriores manifestaciones cuando esto les pareciese correcto (*depart from a previous decision when it appears right to do so*). Antes de eso, la *House* estaba absolutamente vinculada a sus decisiones previas, aunque estuviese convencida de que en determinados casos, al reiterarlas, estaría perpetuando

¹⁸ Recientemente, la *House of Lords* fue "substituida" por la *Supreme Court of the United Kingdom*, la cual asumió sus funciones judiciales. La *Supreme Court of the United Kingdom* fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, *Constitutional Reform Act 2005*), habiendo iniciado sus actividades el 1 de Octubre del 2009.

una decisión injusta. Nótese que el *Statement* mencionado, al justificar la posibilidad de *overruling*, afirmó de la siguiente forma: “Los *Lordships* consideran el uso de precedentes como una base indispensable para decidir lo que es el derecho y para aplicarlo a los casos concretos. Ofrece un grado mínimo de certeza ante el cual los individuos pueden pautar sus conductas, bien como base para el desarrollo ordenado de las reglas jurídicas. Los *Lordships*, no obstante, reconocen que una adherencia muy rígida a los precedentes puede llevar a la injusticia en un caso concreto y también restringir excesivamente el debido desarrollo del derecho. Ellos proponen, por lo tanto, modificar la presente práctica y, aunque traten decisiones antiguas como normalmente vinculantes, dejar de lado una decisión anterior cuando pareciera correcto hacerlo”¹⁹.

El *Statement* de 1966 solo alteró la fuerza vinculante de los precedentes, sin embargo, no dejó de considerar las decisiones de la *House of Lords* como normalmente vinculantes (*binding*). El poder de *overruling* fue restringido a las decisiones configuradoras de flagrante injusticia²⁰.

Recuérdese que, en el periodo entre 1898 —cuando fue decidido *London Tramways v. London County Council*— y 1966, la Cámara se consideró absolutamente vinculada por sus decisiones pasadas²¹. En *London Tramways*, se decidió que la *House of Lords* no podría revocar sus precedentes, habiendo esta decisión sido vista como una especie de “inmunidad” contra el *overruling*²². Este caso constituyó el punto culminante de una evolución en

¹⁹ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 126

²⁰ “Incuestionablemente, este cambio removerá los peores defectos del *stare decisis*, en el sentido de que las reglas inconvenientes o injustas serán capaces de reconsideración” (En el original: “Unquestionably this change will remove the worst effects of the *stare decisis* rule, in that inconvenient or unjust rules will be capable of reconsideration”) (MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* cit., p. 198).

²¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 5.

²² DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 125.

dirección a la vinculación de la Cámara a sus decisiones. Como esclarece Jim Evans, ahí fue decidido, de forma clara, que la Corte no podría tomar en cuenta argumentos para reconsiderar sus anteriores decisiones²³.

A partir de 1966, las decisiones de la *House of Lords*²⁴ dejaron de tener eficacia absolutamente vinculante²⁵, aunque ella venga utilizando el poder de *overruling* muy de vez en cuando²⁶. De cualquier forma, este poder indiscutiblemente existe y como resalta Neil Duxbury, la *House of Lords* —que dio lugar a partir del primero de octubre del 2009 a la *Supreme Court of the United Kingdom*²⁷, en la línea de las cortes superiores de otras varias ju-

²³ EVANS, Jim. Ob. cit., p. 58.

²⁴ Recientemente, la *House of Lords* fue “substituida” por la *Supreme Court of the United Kingdom*, la cual asumió sus funciones judiciales. La *Supreme Court of the United Kingdom* fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), habiendo iniciado sus actividades el 1 de Octubre del 2009.

²⁵ “El *Practice Statement* es prueba de que la Corte podía volver atrás en su palabra, algo que de hecho ella hizo” (En el original: “The practice Statement is evidence that the court could, and indeed did, go back on i word) (DUXBURY, Neil, Ob. cit., p. 126).

²⁶ “De hecho, solo raramente desde 1996, la *House of Lords* usó del poder que creó a favor de sí misma; y parece razonable especular que no irá a usarlo mucho en el futuro, una vez que la convergencia de la legislación del Reino Unido y de la UE, y en especial el conocido aumento del papel de la Corte Europea de Justicia en asuntos legales domésticos, dan a entender que la *House of Lords* no es más el tribunal de última instancia que era hace cuarenta años atrás” (En el original: “In fact, only rarely since 1966 has the House of Lords used the power that it created for itself; and it seems reasonable to speculate that it will not use it very much in the future, for the convergence of UK and EU law, and in particular the increasingly prominent role of the European Court of Justice in domestic legal affairs, means that the House of Lords is not quite the court of final appeal that it was forty or so years ago”) (ídem, p. 128).

²⁷ La *Supreme Court of the United Kingdom* asumió las funciones judiciales de la *House of Lords*. La *Supreme Court of the United Kingdom* fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, Constitutional

risdicciones de *Common Law*— hoy puede revocar (*overrule*) sus propios precedentes.

Poder similar a este siempre fue ejercido en los Estados Unidos, sea por la Suprema Corte, sea por las cortes inferiores. La Suprema Corte americana entiende que la revocación de un precedente requiere justificación especial, pero nunca se sintió prohibida de actuar así. La Corte de Apelación de Nueva York, en esta línea, evita perpetuar precedentes que se muestren distantes de las nuevas tecnologías, de la nueva realidad social o inclusive que en razón de una experiencia posterior, se revelen evidentemente equivocados²⁸.

Michael Gerhardt, en una obra recientemente publicada en los Estados Unidos, anota que las justificativas más comunes encontradas en la Suprema Corte para la revocación de precedentes constituyen inconsistencia con los últimos precedentes (69 casos) y casos equivocadamente decididos (39 casos)²⁹.

Determinado el precedente, encuadrado en determinado caso, puede ser inconsistente con precedentes anteriores, que no lo revocaron expresamente. Esto puede acontecer en virtud de que tales precedentes han sido objeto de casos en los que fue realizado un *distinguished* “forzado”, cuyo objetivo fue permitir una decisión adecuada al caso concreto independientemente del *overruling*³⁰.

Reform Act 2005), habiendo iniciado sus actividades el 1 de octubre del 2009.

²⁸ SUMMERS, Robert S. Precedente in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedentes: a comparative study*. Londres: Dartmouth, 1997, pp. 394 y ss.

²⁹ GERHARDT, Michael J. Ob. cit., pp. 18-19.

³⁰ “Como un evento en la historia de una proposición doctrinaria, la revocación (*overruling*) puede o no representar una brusca mudanza. Bajo el modelo tradicional de la historia doctrinaria, que posee una gran semejanza con el modelo clásico de evolución darwinista, la proposición doctrinaria se desenvuelve por una serie gradual de pasos incrementales, hasta el punto en que tantos pequeños pasos fuesen dados para que po-

Situación semejante ocurre en la hipótesis de *transformation*, que se verifica cuando el tribunal, sin aludir al *distinguished* fija un nuevo entendimiento y, de tal suerte, implícitamente revoca el precedente, pero deja de declarar su revocación. En lugar de realizar el *overruling* del precedente considerado obsoleto o equivocado, la corte lo reconstruye o transforma. Nótese que, en la situación del *distinguished* forzado o inconsistente, la inconsistencia está en el propio *distinguished*, mientras, en la hipótesis de *transformation*, el equívoco está en tomarse en cuenta el precedente a partir de una mutación.

Esas decisiones, cuando son detalladamente observadas, señalizan una tendencia de revocación del precedente, solo artificialmente dado por válido. En verdad, en el caso de *transformation*, al tenerse la 'reconstrucción' como el real precedente —o el precedente reconstruido en substitución al precedente original—, el *overruling* puede tornarse innecesario. Sin embargo, en el caso de *distinguished* inconsistente, el *overruling* se impone, debiendo fundarse en las señales advenidas de los fundamentos contenidos en los casos en que se hace el *distinguished* solamente para mantener el precedente.

No obstante, es posible admitir que, a pesar de que el precedente están próximo a merecer revocación, la necesidad de

damos decir que una nueva doctrina emergió. Ciertamente, este modelo describe muchos ejemplos de revocaciones, particularmente aquellos en los que la revocación es precedida por un curso de distinciones inconsistentes" (En el original: "As an event in the history of a doctrinal proposition, overruling may or may not represent a sharp change in course. Under the traditional model of the history of doctrine, which bears a strong resemblance to the classical model of Darwinian evolution, a doctrinal proposition develops by a gradual series of incremental steps until so many small steps have been taken that a new doctrine can be said to have emerged. Certainly this model describes many instances of overruling, particularly those in which overruling is preceded by a course of inconsistent distinctions") (EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 126).

estabilidad, tanto y cuanto la de previsibilidad, puedan justificar su preservación. Es lo que ocurre cuando la doctrina no se posicionó de forma contraria al precedente y cuando los tribunales no señalaron la necesidad de su revocación, mediante, por ejemplo, el *distinguished* inconsistente. Se admite la manutención del precedente porque los jurisdicionados, así como los abogados, no tienen base alguna para recomendar que sus clientes se comporten, de forma diferente de aquella propuesta por el precedente. Subráyese, por otro lado, que la perpetuación del precedente y, por lo tanto, la opción por la estabilidad, debe tener un significado más importante que su revocación.

A pesar de eso, cuando la corte decide mantener un precedente en virtud de la estabilidad, así como de la peculiar área en la cual incide, antes de revelar que la revocación sería fuente de injusticia, ella necesariamente debe hacer mención para esta circunstancia en su fundamentación, mediante la técnica de la señalización (*technique of signaling*³¹). Por medio de esa técnica, el tribunal sigue el precedente pero coloca al público —especialmente a los abogados— en contacto con la noticia de que el precedente no tendrá vida prolongada, esto es, de que este será revocado en breve. De ese modo, la Corte pavimenta el camino para el *overruling* de la doctrina o de la tesis que fue preservada en virtud del valor de la estabilidad y, más que eso, de la justificada confianza hasta entonces depositada en el precedente³². Subráyese, todavía, que, en los casos de transformación del precedente, *distinguished* inconsistente y señalización de que el entendimiento está próximo a ser revocado, hay siempre una aceptación de fundamento contrario a la preservación del precedente. Lo que existe, en las situaciones descritas, es la desconfiguración del precedente o la concesión de sobrevida al precedente moribundo.

³¹ Ídem, p. 121 y ss.

³² Ídem, p. 122.

Al lado de eso, se realiza el *overruling* cuando, independientemente de decisiones anteriores que revelen la fragilidad del precedente, se percibe con nitidez su error y nada justifica la opción por la estabilidad. Esta situación es la que más controversia genera. El problema reside en saber hasta dónde un error justifica la revocación del precedente, consideradas las necesidades de desarrollo del derecho y de afirmación de la justicia en contraposición a los valores que están a la base de la regla de que los precedentes deben ser seguidos, como la previsibilidad y la confianza.

Como es obvio, la idea de que el Poder Judicial no debe perpetuar errores, no puede permitir la desestabilización del sistema que se funda en la regla de que los precedentes deben ser seguidos. Así, la posibilidad de revocación con base en el error está lejos de significar que el juez puede considerar el precedente como mero argumento persuasivo o que para la superación del precedente basta demostrar un mejor fundamento.

También se admite el *overruling* cuando la evolución tecnológica, al generar una nueva realidad, impone la reconfiguración de la doctrina o de la teoría que fundamenta el precedente. Lo mismo ocurre cuando los valores sociales, que sustentan el precedente, son modificados. Nótese que la evolución de la tecnología y la superación de valores sociales son factores que obviamente no se insertan en la idea de “nuevas circunstancias”, vista como “hechos nuevos”. La idea de nuevas circunstancias, en ese sentido, se relaciona con la cosa juzgada material, ya que los hechos nuevos o hechos que no pudieron ser alegados en la acción que dio origen a la sentencia imbuida de cosa juzgada material permiten la proposición de otra acción, que, por consecuencia, hace surgir otra sentencia y otra cosa juzgada material, las cuales ciertamente no son obstaculizadas por la sentencia y por la cosa juzgada material anteriores.

En el sentido que aquí nos interesa, nuevas tecnologías y nuevos valores sociales no son elementos fácticos de la acción y, por consecuencia, no diferencian las causas de pedir de dos

acciones. Cuando se habla de tales innovaciones, no se quiere dar otra configuración para la causa de pedir y para la acción, pero sí demostrar que el precedente, a la luz de los nuevos valores que se consolidaron en la sociedad o de la realidad que se formó a partir de la transformación tecnológica, debe ser revocado. La nueva decisión y el nuevo precedente solo pueden alcanzar nuevos litigantes, jamás aquellos que están protegidos por la cosa juzgada material. De esa forma, por lo tanto, nuevas tecnologías y nuevos valores importan tan solamente cuando se piensa en revocación de precedentes.

De otra parte, los comparatistas acostumbran afirmar que en los ordenamientos del *Civil Law*, todas las decisiones poseen, en mayor o menor escala, eficacia persuasiva. En lo que respecta a esta eficacia, se sustenta no existir diferencias esenciales entre las decisiones proferidas en el *Civil Law* y en el *Common Law*. En esa línea, se recuerda que el postulado de que los casos similares deben ser decididos de la misma forma (*treat like cases alike*) constituye un principio universal de la administración de justicia, ya conocido y respetado en Babilonia incluso antes del reino de Hamurabi³³.

Para que se tenga eficacia persuasiva es necesario que exista alguna influencia sobre aquel que va a decidir. Es necesario que el órgano decisorio tenga alguna obligación delante de la decisión ya tomada. El reflejo de esta fuerza u obligación solo puede estar en la fundamentación. La Corte obligada no puede ignorar el precedente, debiendo presentar convincentes fundamentos para no adoptarlo.

Eso quiere decir que, en Brasil, los precedentes no vienen siendo ni siquiera persuasivos. Aunque constituya una patología, los tribunales y los jueces muchas veces no se juzgan obligados a respetar los precedentes de los Tribunales Superiores. En algunos

³³ CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese — Le fonti*. Milán: Giuffrè, 1994, p. 62.

casos, ni si quiera toman en consideración los precedentes articulados por los abogados de las partes.

Situación similar y, todavía más preocupante, se verifica cuando se tiene en consideración la relación del juez y del tribunal con sus propias decisiones. Similar porque también ahí el juez no respeta una decisión judicial. Mientras eso, ciertamente se hace más preocupante por tornar nítido el tratamiento desigual a casos similares. No hay explicación para que el mismo órgano jurisdiccional profiera decisiones diferentes en casos similares.

El precedente, cuando es persuasivo, constituye un argumento de la parte y, por eso mismo, no puede ser adoptado o rechazado sin la debida fundamentación. A propósito, la desconsideración del precedente está, como mínimo, en el mismo plano del descanso en relación a la prueba, debiendo generar nulidad de la decisión.

En fin, solo hay eficacia persuasiva cuando el precedente debe ser considerado por el órgano jurisdiccional, lo que significa poder rechazarlo pero siempre con ayuda de una justificativa. Nótese que tal rechazo, debidamente justificado, puede consistir en la negación del fundamento de la decisión anterior, al contrario de lo que ocurre cuando el precedente tiene eficacia vinculante.

Regístrese, entonces, que la naturaleza persuasiva del precedente deriva de la propia estructura y lógica del sistema de producción de decisiones judiciales, al exigir respeto del órgano que profirió la decisión o del órgano inferior delante de sus propias decisiones y de los tribunales que le son superiores.

1.8 Eficacia vertical y horizontal de los precedentes

Los precedentes con fuerza obligatoria naturalmente inciden sobre los tribunales y sobre las decisiones que le son inferiores. Se alude, en ese sentido, a la eficacia vertical de los precedentes. En esta dimensión, sin embargo, el problema está en admitir la vinculación de los órganos del propio tribunal del que proviene el precedente, o sea, la llamada eficacia horizontal de los precedentes.

En el *Common Law*, la lógica de la eficacia horizontal de los precedentes, esto es, del autorespeto, siempre estuvo presente en la *House of Lords* y en la Suprema Corte de los Estados Unidos. La diferencia es la de que, en los Estados Unidos, la Suprema Corte tuvo siempre el poder de revocar sus precedentes delante de las circunstancias especiales, lo que no le fue posible a la *House of Lords* hasta 1966. O sea, la *House of Lords*, al contrario de la Corte Suprema estadounidense, se sometió a un sistema de autovinculación absoluta hasta 1966³⁴, cuando asumió el poder de *overruling*³⁵. Nótese, sin embargo, que este poder de revocar los propios precedentes, presente en la Suprema Corte de los Estados Unidos³⁶ y ahora en la *House of Lords*³⁷, no niega el sistema de precedentes exactamente por restringir el poder de *overruling* a hipótesis especiales³⁸.

³⁴ Lo que caracteriza la eficacia absolutamente vinculante es la circunstancia de la Corte de no poder revocar el precedente, aunque tenga varios motivos relevantes para no respetarlo.

³⁵ Ver DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 126.

³⁶ GERHARDT, Michael J. Ob. cit., p. 19.

³⁷ Recuérdese que recientemente, la House of Lords fue “substituida” por la Supreme Court of the United Kingdom, la cual asumió sus funciones judiciales. La Supreme Court of the United Kingdom fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), habiendo iniciado sus actividades el 1 de Octubre del 2009.

³⁸ “Vertical bindingness is the general rule in the UK so far as concerns appellate jurisdictions. Horizontal bindingness also applies at the level of the intermediate appeals, though less strictly in Scotland than in the other jurisdictions. The House of Lords applies a qualified doctrine of horizontal bindingness, treating its own previous decisions as formally binding but subject to overruling. The number of cases in which the House of Lords has reversed a precedent of its own over the three decades since the power to do so was asserted remains a small one, certainly less than one a year. But the power has been used in some very significant cases in both private and public law” (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. “Precedent in the United Kingdom”. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 329).

En verdad, la misma lógica que impone el respeto a los precedentes obligatorios por los órganos judiciales inferiores exige que los órganos de un mismo tribunal respeten sus decisiones. Ahora, sería imposible pensar en coherencia del orden jurídico, en igualdad ante el Poder Judicial, en seguridad jurídica y en previsibilidad, en caso los órganos del Superior Tribunal de Justicia, por ejemplo, pudiesen negar libremente sus propias decisiones.

En esta Corte, aunque debiese ser imposible a una Cámara juzgar de forma diferente de otra, esto es implícitamente viable antes de la definición de la cuestión de cara a los embargos de divergencia. El instituto de los embargos de divergencia abre oportunidad para que una Cámara decida de modo distinto a otra. No obstante, la Cámara que diverge de la decisión ya emitida, no solo debe pronunciarse, de modo analítico, sobre los fundamentos deducidos en la sentencia de vista que dio solución al caso concreto, sino también tiene la carga de demostrar la superioridad de sus propias razones.

No obstante, no hay cualquier duda que, después de definida la cuestión por la Sección —delante de los embargos de divergencia—, las Cámaras no pueden decidir de modo contrario a no ser que estuviesen presentes los presupuestos para la revocación del precedente.

Resáltese que la Corte Especial del Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de enfatizar la importancia de que el Tribunal respete sus propias decisiones. Véase el expresivo resumen de la sentencia de vista proferida en el AgRg en los EDiv en el REsp 228432: “Procesal —STJ— Jurisprudencia —Necesidad de que sea observada. El Superior Tribunal de Justicia fue concebido para un objetivo especial: orientar la aplicación de la ley federal y unificar la interpretación en todo el Brasil. Si así ocurre, es necesario que su jurisprudencia sea observada para mantenerse firme y coherente. Así siempre ocurrió en relación al Supremo Tribunal Federal, de quien el STJ es sucesor, en ese oficio. En verdad, el Poder Judicial mantiene sagrado compromiso con la justicia y

seguridad. Si dejamos que nuestra jurisprudencia varíe al sabor de las convicciones personales, estaremos prestando todo menos un servicio a nuestras instituciones. *Si nosotros —los integrantes de la Corte— no observamos las decisiones que ayudamos a formar, estaremos dando señal para que los demás órganos jurisdiccionales hagan lo mismo. Estoy en lo correcto al decir que, de suceder eso, pierde sentido la existencia de nuestra corte. Mejor será extinguirla*³⁹.

2. RAZONES PARA SEGUIR LOS PRECEDENTES

2.1 Precedente y seguridad jurídica

2.1.1 Estado de Derecho y seguridad jurídica

La seguridad jurídica, vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser “Estado de Derecho”.

Aunque las Constituciones, en general y, las Cartas de derechos humanos fundamentales —como, por ejemplo, la Declaración de Derechos Humanos de la ONU y la Convención Americana de San José de Costa Rica— no aludan a un derecho a la seguridad jurídica, el constitucionalismo de nuestros tiempos es conciente de que un Estado de Derecho es indisociable de esta garantía. La doctrina considera la seguridad jurídica como expresión del Estado de Derecho, confiriendo a aquella la condición de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurador del Estado de Derecho⁴⁰.

³⁹ STJ, Corte Especial, AgRg en los EREsp 228432, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.03.2002.

⁴⁰ Para Neil MacCormick, “entre los valores que el (el Estado de Derecho) asegura, ninguno es más importante que la certeza jurídica, excepto, tal vez, por los principios que la acompañan, a saber, la seguridad de expectativas jurídicas y la garantía del ciudadano contra interferencias

Así, la seguridad jurídica asume las figuras de principio del orden jurídico estatal y de derecho fundamental⁴¹. La Constitución brasilera se refiere a la seguridad como valor fundamental, enlistándola en el caput del art. 5 como derecho inviolable, al lado de los derechos a la vida, libertad, igualdad y propiedad. Aunque no se hable de un derecho fundamental a la seguridad *jurídica*, la Constitución Federal posee innumerables dispositivos que la tutelan, como los incisos II (principio de legalidad), XXXVI (inviolabilidad del derecho adquirido, de la cosa juzgada y del acto jurídico perfecto), XXXIX (principio de legalidad y anterioridad en materia penal) y XL (irretroactividad de la ley penal desfavorable) del art. 5.

El Estado brasilero, además de tener el deber de tutelar la seguridad jurídica, debe realizar sus funciones de modo a prestigiarla, estando prohibido de practicar actos que la renieguen.

El ciudadano necesita tener seguridad de que el Estado y los terceros se comportarán de acuerdo con el derecho y de que

arbitrarias por parte del gobierno y de sus agentes" (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law...*, cit., p. 18).

⁴¹ Ingo Sarlet liga la seguridad jurídica a la noción de dignidad de la persona humana: "Considerando que también la seguridad jurídica coincide con una de las más profundas aspiraciones del ser humano, viabilizando, mediante la garantía de una cierta estabilidad de las relaciones jurídicas y del propio orden jurídico como tal, tanto la elaboración de los proyectos de vida, bien como su realización, desde luego es perceptible lo mucho que la idea de seguridad jurídica se encuentra umbilicalmente vinculada a la propia noción de dignidad de la persona humana. () la dignidad no estará suficientemente respetada y protegida en todo el lugar donde las personas estén siendo alcanzadas por un tal nivel de inestabilidad jurídica que no estén más en condiciones de, con un mínimo de seguridad jurídica y tranquilidad, confiar en las instituciones sociales y estatales (incluyendo el Derecho) y en una cierta estabilidad de sus propias posiciones jurídicas" (SARLET, Ingo Wolfgang. "A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro". *Revista de Direito Constitucional*, v. 57, p. 11).

los órganos incumbidos de aplicarlo lo harán valer cuando sea irrespetado. Por otro lado, la seguridad jurídica también importa que el ciudadano pueda definir su propio comportamiento y sus acciones. El primer aspecto demuestra que se trata de una garantía en relación al comportamiento de aquellos que pueden contestar el derecho y tienen el deber de aplicarlo; lo segundo quiere decir que ella es indispensable para que el ciudadano pueda definir el modo de ser de sus actividades⁴².

No obstante, para que la idea de seguridad jurídica no se pierda en una extrema generalidad, conviene discriminar dos elementos imprescindibles a su caracterización. Para que el ciudadano pueda esperar un comportamiento o se sepa posicionar de determinado modo, es necesario que haya univocidad en la calificación de las situaciones jurídicas. Además de eso, hay que garantizarle previsibilidad en relación a las consecuencias de sus acciones⁴³. El ciudadano debe saber, en la medida de lo posible, no solo los efectos que sus acciones podrán producir, sino, también, cómo los terceros podrán reaccionar delante de ellas. Nótese, sin embargo, que la previsibilidad de las consecuencias oriundas de la práctica de conducta o acto presupone univocidad en relación a la califi-

⁴² “En lo que respecta al Estado de Derecho, las personas pueden tener, anticipadamente, certeza razonable respecto de las reglas y patrones según los cuales su conducta será juzgada y sobre los requisitos que ellas deben satisfacer para dar validez jurídica a sus transacciones. Ellas pueden tener razonable seguridad en sus expectativas acerca de las conductas de las demás personas y, en particular, acerca de aquellas que detienen posiciones de gobierno en los términos del Derecho. Ellas pueden desafiar acciones gubernamentales que afecten a sus intereses exigiendo bases jurídicas claras para la acción oficial o pleiteando la nulidad de los actos practicados en desacuerdo con el Derecho por medio del control de esos actos por un Poder Judicial independiente” (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law...*, cit., p. 18).

⁴³ Ver, CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 y ss.

cación de las situaciones jurídicas, lo que torna estos elementos en indisociablemente ligados⁴⁴.

Desde otra perspectiva, la seguridad jurídica refleja la necesidad de que el orden jurídico sea estable⁴⁵. Este debe tener un mínimo de continuidad. Y se aplica tanto a la legislación como a la producción judicial, aunque aún no haya, en la práctica de los tribunales brasileros, cualquier preocupación con la estabilidad de las decisiones. Resáltese que la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho es un requisito indispensable al Estado de Derecho. Hay que percibir lo más antes posible que hay un grave problema en el derecho variable de acuerdo con el caso.

2.1.2 Previsibilidad

Para que haya previsibilidad, igualmente, son necesarias algunas condiciones. Si es cierto que no hay cómo prever una consecuencia si no hubiera acuerdo acerca de la calidad de la si-

⁴⁴ "Ad esempio colui che, trovandosi nelle condizioni previste dall'ordinamento, compia regolarmente la serie di atti che la legge prescrive per la conclusione del negozio di compravendita in qualità di acquirente, può prevedere, in un ordinamento datato di effettività, che verrà riconosciuto come proprietario della merce, e che in caso di contestazione tale qualità gli verrà riconosciuta in giudizio: l'univocità della qualificazione giuridica della sua situazione, come si vede, è strettamente connessa con la prevedibilità delle reazioni del venditore, dei terzi e dell'eventuale giudice nei confronti del suo comportamento a proposito, per esempio, del pagamento. Pertanto la prevedibilità, unitamente alla qualificazione univoca delle situazioni, finisce per essere premessa indispensabile perchè si determini e sussista nella comunità il sentimento di sicurezza circa la soddisfazione effettiva della fondamentale esigenza di giustizia, ossia che il diritto prevalga sul torto. Quale sicurezza potrebbe sussistere, infatti, se fosse incerta la qualificazione delle situazioni in cui tali criteri dovrebbero operare, o se fossero imprevedibili le conseguenze giuridiche di un'azione?" (CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, cit., pp. 32-33).

⁴⁵ CAMINKER, Evan H. "Why must inferior courts obey superior court precedents?" *Stanford Law Review*. Stanford, vol. 46, abr. 1994.

tuación en que se inserta la acción capaz de producirla, también es incontestable que esta depende, para generar previsibilidad, de la posibilidad de que su comprensión en términos jurídicos y de confiabilidad en aquellos que tienen el poder para afirmarla. Siendo así, se sustenta que la previsibilidad requiere la posibilidad de conocimiento de las normas con base en las cuales la acción podrá ser calificada. Sin embargo, como la previsibilidad no cuida o trata de la circunstancia de que la norma sea interpretada, se volvió necesario tocar la cuestión de la interpretación jurídica, de ahí habiendo surgido, naturalmente, la preocupación por la efectividad del sistema jurídico en su dimensión de capacidad de permitir la previsibilidad, en la medida en que el conocimiento de la norma y la uniformidad de la interpretación de nada ayudarían en caso el jurisdiccional no pudiese contar con decisiones previsibles⁴⁶.

Tales elementos, aunque no precisen ser necesariamente admitidos como requisitos para la previsibilidad, tienen importancia para permitir una discusión válida y creativa acerca del tema en la dimensión de los precedentes.

El conocimiento de las normas guarda relación con la codificación o con la pretensión de tener códigos capaces de regular todas las situaciones, eliminando cualquier duda que sobre ellas pudiesen recaer. Recuérdese que la tradición del *Civil Law*, en la que se afirmaba la supremacía del legislativo, la ley y los códigos deberían ser tan claros y completos que no podrían suscitar cualquier duda al juez⁴⁷.

⁴⁶ Ídem, p. 34.

⁴⁷ Como escribe Jürgen Habermas, "El paradigma liberal del derecho expresó, hasta las primeras décadas del siglo XX, un consenso de fondo muy difundido entre los especialistas en derecho, preparando así, un contexto de máximas de interpretación *no cuestionadas* para la aplicación del derecho. Esa circunstancia explica por qué muchos pensaban que el derecho podía ser aplicado a su tiempo, sin el recurso a principios necesitados de interpretación o a 'conceptos llave' dudosos" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 313).

Se sabe, no obstante, que no solo la codificación fue incapaz de dar cuenta a lo que se propuso —habiéndose surgido una hiperinflación de las leyes especiales y de reglas procesales de contenido abierto, destinadas a dar a los jueces oportunidad de considerar situaciones imprevisibles al legislador—, como también, la idea de que los jueces deberían solamente aplicar las leyes fue rápidamente derrotada.

La verdad es que el pleno conocimiento del derecho legislado no solo es imposible, sino igualmente, dispensable, para la previsibilidad y para la tutela de la seguridad⁴⁸. Subráyese que el *Common Law*, que ciertamente confiere mayor seguridad jurídica que el *Civil Law*, no relaciona la previsibilidad con el conocimiento de las leyes, pero sí con la previsibilidad de las decisiones del Poder Judicial. El abogado del *Common Law* tiene posibilidad de aconsejar al jurisdicionado porque puede valerse de los precedentes, al contrario de aquel que actúa en el *Civil Law* que es obligado a advertir a su cliente que determinada ley puede —conforme el juez sorteado para analizar el caso— ser interpretada en su favor o no. La lógica de esa tradición no solo es inversa, sino que así, hace surgir la nítida impresión de que el derecho del *Civil Law* no es tan correcto como el del *Common Law*, como milita y se vuelca contra el propio sistema, en la medida en que estimula la proposición de acciones, el aumento de litigiosidad, la acumulación de trabajo y la profundización de lentitud del Poder Judicial⁴⁹.

⁴⁸ Según Massimo CORSALE, “se la codificazione fosse essenziale per la certezza come prevedibilità, quest’ultima non potrebbe realizzarsi in ordinamenti basati sul diritto consuetudinario, o giudiziario, o comunque non basati sul diritto legale. Ordinamenti di questo tipo sono sempre esistiti, e non sempre hanno corrisposto a fasi primitive di organizzazione sociale: i due macroscopici esempi del diritto romano e del *Common Law* ne fanno fede” (CORSALE, Massimo. Ob. cit., p. 36).

⁴⁹ Vale rescatar, en el sentido aquí expuesto, la lección de Benjamin N. Cardozo, para quien la “adhesión al precedente debe ser la regla, y no la excepción, suponiéndose que los litigantes deban tener fe en la ad-

Percíbese que, cuando existe una crisis de colaboración en la realización del derecho material y los textos normativos encuentran diversas interpretaciones en el Poder Judicial, lo que obviamente importa son las decisiones judiciales, momento en el que la dimensión normativa de los textos encuentra expresión y no el texto normativo abstractamente considerado⁵⁰. Ahora, si la previsibilidad no depende de la norma en la que la acción se funda, pero sí de su interpretación judicial, es evidente que la seguridad jurídica está ligada a la decisión judicial y no a la norma jurídica en abstracto. No es por otra razón que Massimo Corsale concluyó que, para que se pueda realizar la certeza de la acción a través del derecho, lo que cuenta, en último análisis, no es tanto la fórmula escrita en el código, la norma abstracta, sino la norma individual, la concretización de la regla en el caso específico⁵¹. De la misma forma, porque la inteligencia de una norma puede ser controvertida, es claro que la norma en abstracto no es suficiente para que el ciudadano pueda prever el comportamiento de los terceros que con ella se pueden deparar.

ministración imparcial de la justicia en las cortes"; de lo contrario, "el trabajo de los jueces aumentaría casi hasta el cansancio si toda decisión tomada pudiese ser reabierta en todo caso, y alguien no pudiese delinear su propio camino en la seguridad de los caminos trazados por otros que vinieron antes de este" (En el original: "Adherence to precedent must then be the rule rather than the exception if litigants are to have faith in the even-handed administration of justice in the courts"; e "the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one's own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him") (CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921. p. 34 y 149).

⁵⁰ CAMINKER, Evan. "Precedent and prediction: the forward-looking aspects of inferior court decision making". *Texas Law Review*, Austin, vol. 73, n. 1, nov. 1994.

⁵¹ CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 34.

Lo curioso es que, el derecho legislado, en lugar de construir un presupuesto, representa un obstáculo para la seguridad jurídica. Eso se da no solo en razón de la hiperinflación legislativa o en virtud de ser imposible el pleno conocimiento de las reglas legales, sino, substancialmente porque el sistema de derecho legislado no liga la previsibilidad y la confianza a quien define lo que es el derecho.

No obstante, si el conocimiento de las reglas legales puede no ser presupuesto para la previsibilidad, lo mismo no se puede decir en relación a la univocidad de interpretación de las normas. Exactamente porque las normas pueden ser diferentemente analizadas, la interpretación, al tender a un único significado, se aproxima al ideal de previsibilidad. Eso no quiere decir que la eliminación de la duda interpretativa sea factible, pero sí que se pueden y deben minimizar, en la medida de lo posible, las divergencias interpretativas acerca de las normas, colaborándose, de tal suerte, para la protección de la previsibilidad, indispensable al encuentro de la seguridad jurídica.

Y es justamente ahí que entra en juego el tercero de los elementos apuntados al inicio de este tópico como imprescindible a la previsibilidad. Se trata de la efectividad del sistema jurídico en su dimensión de capacidad de permitir la previsibilidad. Massimo Corsale afirma que un ordenamiento jurídico absolutamente destituido de capacidad para permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas, y de generar, así, un sentido de inseguridad en los ciudadanos, no puede sobrevivir mientras no pueda ser calificado de jurídico⁵². De esa forma, la idea de 'certeza del derecho' representa visiblemente un componente indispensable de la esencia del propio derecho⁵³.

⁵² Ídem, p. 40.

⁵³ Anótese que es posible distinguir certeza de previsibilidad, subrayándose que la previsibilidad implica apenas un cierto grado de certeza y nunca una certeza absoluta. El reconocimiento de eso, a propósito, está implícito

El sistema jurídico brasileiro, en tal dimensión, se presenta completamente privado de efectividad, pues indudablemente no es capaz de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas. Hay alguna preocupación en el orden jurídico brasileiro y del *Civil Law* respecto de la previsibilidad. En ese sentido, pueden ser citadas las normas constitucionales que prevén las funciones del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar la interpretación de la ley federal y de “afirmar” el sentido de las normas constitucionales. Dejándose de lado la cuestión relacionada al Supremo, se torna espantoso percibir que la propia misión de garantizar la unidad del derecho federal, atribuida e impuesta por la Constitución al Superior Tribunal de Justicia, es completamente desconsiderada en la práctica jurisprudencial brasileira.

Las decisiones del Superior Tribunal de Justicia no son respetadas ni en el ámbito interno de la Corte. Las Cámaras no guardan respeto por las decisiones de las Secciones y, lo que es peor, se consideran libres para decidir los casos iguales de forma desigual⁵⁴.

en la idea de que el respeto a los precedentes no ignora la circunstancia de que estos puedan ser revocados. Ver CAMINKER, Evan H. *Precedent and prediction...*, cit. p. 1-82.

⁵⁴ Sobre la misma patología, sin embargo, en el ámbito de la Corte de Casación italiana, discurrió Fernando Santosuosso (Juez de la Corte Constitucional) en un importante Congreso realizado en Florencia: “Però bisogna fare un esame di coscienza, perché si è giunti a questa, non voglio dire generale, ma diffusa ribellione agli orientamenti della Cassazione? Non tanto forse per impreparazione delle nuove generazioni di avvocati e magistrati, quanto perché anche la Cassazione non ha dato il buon esempio. Ieri Mirabelli citava il numero dei contrasti fra sentenze della Cassazione, 120 contrasti pendenti innanzi alla Cassazione, il che significa che le sezioni semplici sono frequentemente in contrasto fra loro, o addirittura la stessa sezione. Perfino la mia sezione, la sezione lavoro, che lavora ogni giorno con due aule, potrebbe essere in contrasto con se stessa lo stesso giorno. E perfino l'organo chiamato a risolvere i contrasti, quello che Walter Vigiani chiamava il ‘Supremissimo Collegissimo’ e cioè le sezioni unite, talvolta, ha detto Mirabelli, per 18 volte è in contrasto

Como resultado de eso, como no podría ser diferente, es la completa desatención de los jueces de primer grado de jurisdicción y de los Tribunales Estatales y Regionales Federales en relación a las decisiones tomadas por el Supremo Tribunal de Justicia. Eso configura un atentado contra la esencia del derecho y contra la efectividad del sistema jurídico. Como es obvio, al ser la seguridad jurídica un derecho fundamental y subprincipio concretizador del principio del Estado de Derecho, tales decisiones pueden ser ignoradas, admitiéndose su fácil y constante alteración en el ámbito de la Corte y permitiéndose que los jueces de primer grado y tribunales ordinarios puedan libremente discordar de ellas o ni siquiera considerarlas.

Ya en el sistema del *Common Law*, mediante el instituto del *stare decisis*, posee plena capacidad de garantizar la previsibilidad, demostrando gran preocupación por la seguridad de las relaciones sociales, para el que la certeza del derecho es imprescindible⁵⁵. Constituye un lugar común, en la literatura inglesa y estadounidense, la afirmación de que la previsibilidad constituye una razón para seguir los precedentes. El *stare decisis* es visto como instituto disciplinado para garantizar la seguridad jurídica. Recuérdese que Hale dijo que el *stare decisis* tenía como objetivo satisfacer la exigencia de la certeza formal. Más que eso, el célebre artículo de Arthur Goodhart, de 1934, presentó la idea de que la certeza jurídica sería la más importante razón para la institución del *stare*

con se stesso. Quindi questo sarà il mio primo auspicio, che la cassazione abbia maggiore rispetto di se stessa, e che si cambi giurisprudenza quase mai in procedura, perché voi sapete che il rito, le aspettative degli avvocati e delle parti è che le regole del gioco restino il più possibile ferme, ma anche in diritto sostanziale si cambi giurisprudenza soltanto quando veramente ci siano nuovi argomenti, nuove situazioni sociali" (SANTOSUOSSO, Fernando. "L'incertezza del diritto nell'attività giurisprudenziale". In: *La Certezza del Diritto: Un valore da ritrovare: Atti* (Firenze, 2-3 ottobre 1992). Milano: Giuffrè, 1993, p. 96 y ss.).

⁵⁵ Ver BENDITT, Theodore M. Ob. cit., p. 89 y ss.

decisis o para el establecimiento de un sistema de precedentes vinculantes⁵⁶.

Resulta interesante notar, todavía, que la previsibilidad es relacionada a los actos del Poder Judicial, esto es, a las decisiones, pero que esta previsibilidad garantiza la confiabilidad del ciudadano en sus propios derechos. Un sistema incapaz de garantizar la previsibilidad, de tal forma, no permite que el ciudadano tome conciencia de sus derechos, impidiendo la concretización de la ciudadanía.

Y no se piense que la garantía de la previsibilidad de las decisiones judiciales es algo que respecta únicamente al sistema del *Common Law* y no del *Civil Law*. Ahora, tanto las decisiones que afirman derechos independientemente de la ley, cuanto las decisiones que interpretan la ley, sea en el *Common Law* o en el *Civil Law*, deben generar previsibilidad a los jurisdicionados, siendo completamente absurdo suponer que la decisión judicial que se vale de la ley puede variar libremente de sentido sin generar inseguridad.

Es en esa dimensión, a propósito, que se puede hablar de “ética del legalismo”, en los términos de MacCormick⁵⁷. La previsibilidad de las decisiones, vista como legalismo, constituye un valor moral imprescindible para que el hombre, de forma libre y autónoma, pueda desarrollarse y, por lo tanto, estar en un Estado de Derecho,

⁵⁶ GOODHART, Arthur L. “Precedente in English and Continental law”. *Law Quarterly Review*, 1934, vol. 50, p. 40 y ss.

⁵⁷ De acuerdo con la ‘ética del legalismo’, hay valores morales y sociales específicos que dependen de la manutención y soporte de una orden normativa institucional, para el bien de la paz y previsibilidad entre los seres humanos y como condición (pero no como garantía) para mantener la justicia entre ellos (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the Rule of law*. New York: Oxford. 2005. p. 6).

o sea, en un Estado que asegure la estabilidad del significado del Derecho⁵⁸.

2.1.3 Estabilidad

La seguridad jurídica puede ser vista desde otra perspectiva, o sea, en una dimensión objetiva. Es necesario que el orden jurídico y, así, la ley y las decisiones judiciales, tengan estabilidad. Ella debe tener un mínimo de continuidad incluso porque para que el Estado de Derecho no sea un Estado provisorio, incapaz de imponerse en tanto orden jurídico dotado de eficacia y potencialidad delante de los ciudadanos.

Pero lo que importa, en el presente contexto, es demostrar que la estabilidad no se traduce apenas en la continuidad del derecho legislado, exigiendo, también, continuidad y respeto a las decisiones judiciales, esto es, a los precedentes⁵⁹.

Poco ayudaría tener una legislación estable y al mismo tiempo, una frenética alternancia de decisiones judiciales. Para decir lo mínimo, las decisiones judiciales deben tener estabilidad porque constituyen actos de poder. Ahora, los actos de poder generan responsabilidad a aquellos que los instituyeron. Así, las decisiones no pueden ser libremente desconsideradas por el propio Poder Judicial.

El punto tiene relevancia insospechada. No solo el juez y el órgano jurisdiccional deben respeto a lo que hicieron, o sea, a

⁵⁸ MACCORMICK, Neil. "The ethics of legalism". *Ratio Juris*, 1989, 2, pp. 184-193 y ss.

⁵⁹ También es posible distinguir estabilidad de certeza y previsibilidad. Como fue dicho en una nota anterior, la previsibilidad abre oportunidades para grados de certeza, tanto es así que, aunque el sistema de precedentes garantice la previsibilidad, un determinado precedente puede estar listo a ser revocado. Del mismo modo, un sistema puede ser momentáneamente inestable, en vista de reiteradas revocaciones de precedentes, aunque esté dotado de previsibilidad inherente al respeto a los precedentes.

las decisiones que tomaron, sino, también, a las decisiones de los tribunales que le son superiores claramente cuando estos deciden confirmando interpretación a una ley o atribuyendo calificación jurídica a determinada situación. Se trata de algo que, además de advenir de la mera visualización de la tarea atribuida a los tribunales superiores, deriva de la percepción de la lógica del sistema de distribución de justicia y de coherencia que se impone al discurso del Poder Judicial⁶⁰.

No hay cómo tener estabilidad cuando los jueces y tribunales ordinarios se ven como piezas de un sistema, pero se entienden como entes dotados de autonomía para decir lo que quisieron. La estabilidad de las decisiones, por lo tanto, presupone una visión y una comprensión de la globalidad del sistema de producción de decisiones, lo que, lamentablemente, no ocurre en el Brasil, donde todavía se piensa que el juez tiene el poder para realizar su “justicia” y no para colaborar con el ejercicio del deber estatal de prestar la adecuada tutela jurisdiccional, para lo que es imprescindible la estabilidad de las decisiones.

2.1.4 La relación entre doble grado y respeto a los precedentes en la dimensión de seguridad jurídica

Aunque la idea de someter al juez a la letra de la ley haya constituido mero sueño de la Revolución Francesa, no hay duda que, en tesis, la seguridad jurídica sería proporcionada por un sistema judicial en el que el magistrado solo aplicase la letra de la ley. Caso fuese admitida, como hipótesis, la imposibilidad de que el juez decida fuera de los trazos de la norma general, la previsibilidad sería inevitable. Eso significa que es correcto pensar que la idea de sumisión del juez al legislador colaboró para la formación de un sistema despreocupado por el respeto a los precedentes.

⁶⁰ DEUTSCH, Jan G. “Precedent and adjudication”. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 83, jul. 1974.

Sin embargo, considerándose esa situación, se torna curioso el énfasis que el *Civil Law* dio al doble grado de jurisdicción. Ahora, si el juez solo puede declarar las palabras de la ley, no hay razón para tener dos juicios repetitivos sobre el mérito. Sin embargo, como los tribunales superiores nunca fueron ignorados en el *Civil Law*, el origen del doble grado debe ser buscado en otro lugar.

Recuérdese que la Corte de Casación francesa, instituida en 1790, tuvo el intento de limitar el poder judicial mediante la cesación de las decisiones que no eran acordes a la ley⁶¹. Antes de la Casación, los revolucionarios intentaron impedir al Poder Judicial de interpretar la ley, instalando un órgano legislativo al cual los jueces deberían recurrir en caso de falta de claridad o de duda acerca del derecho creado por el Legislativo. Se afirmó que, en la excepcionalidad del conflicto entre normas, oscuridad o falta de ley, el juez debería obligatoriamente presentar la cuestión al legislativo para la realización de la “interpretación autorizada”⁶².

⁶¹ Ver CALAMANDREI, Piero. Ob. cit., p. 426 y ss., TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 29 y ss.

⁶² La Ley Revolucionaria de 1790 no solo dice que “los tribunales judiciales no tomarán parte, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo ni impedirán o suspenderán la ejecución de las decisiones del poder legislativo” (Título II, art. 10) sino también que los tribunales “se reportarán al cuerpo legislativo siempre que así lo consideraren necesario, a fin de interpretar o editar una nueva ley” (Título II, art. 12). “Los tribunales judiciales no tomarán parte, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedirán o suspenderán la ejecución de las decisiones del poder legislativo” (Título II, art. 10); “se reportarán al cuerpo legislativo siempre que así lo consideraren necesario, a fin de interpretar o editar una nueva ley” (Título II, art. 12); “las funciones judiciales son distintas y siempre permanecerán separadas de las funciones administrativas. Bajo pena de pérdida de sus cargos, los jueces de ninguna manera interferirán con la administración pública, ni convocarán a los administradores a la prestación de cuentas respecto al ejercicio de sus funciones (Título II, art. 12). (Ley Revolucionaria de Agosto de 1790). Ver CAPPELLETTI, Mauro. “Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 272.

De modo que la Casación fue instituida como válvula de escape contra la no presentación del caso a la interpretación autorizada del legislativo o, lo que parece ser más razonable, en virtud de la toma de conciencia sobre la inviabilidad, inclusive, de la práctica concreta de obligar a los jueces a exponer todas sus dudas a los legisladores⁶³.

Además, aunque fuese llamada tal corte como Casación, en un primer momento, no integró el Poder Judicial. La naturaleza no jurisdiccional de la Casación era compatible con su función de casar o anular las decisiones judiciales que diesen a la ley un sentido no deseado. O sea, la Casación originariamente representó una alternativa —más factible— en relación a la “consulta interpretativa autorizada”. Nótese que la Casación fue instituida únicamente para casar la interpretación incorrecta, no para establecer la interpretación correcta o para decidir la sustitución a la decisión proferida por el juez ordinario. La Corte no se sobreponía al órgano judicial ordinario por tener el poder de proferir la última decisión, sino por tener el poder para casar la decisión que negó la ley producida por el Parlamento.

Delante de eso, queda claro que el *doublé degré de juridiction* o precisamente, la Corte de Casación, partió del presupuesto en el que el juez podría no aplicar correctamente la ley. Para permitir el florecimiento del nuevo régimen —instalado en el Parlamento— y para callar a su rival —el Poder Judicial—, la Revolución Francesa quiso que el juez se limitase a declarar las palabras de la ley. Pero, exactamente porque temía al Poder Judicial y, así, era conciente del riesgo y probabilidad de que el juez interpretase la ley de manera disconforme con las intenciones del nuevo régimen, se creó la Corte de Casación para reprimir la actuación judicial desafinada.

En esta dimensión, como es evidente, no sería siquiera pensado un sistema de respeto a los precedentes. Ahora, si la Corte existe exactamente porque el juez no merece respeto o confian-

⁶³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 39 y ss.

za, no hay cómo construir un sistema que, para funcionar, deba partir de la premisa de que el juez respeta a la Corte. Como se ve, las lógicas de las tradiciones de *Civil Law* y de *Common Law* son absolutamente contrarias. Y eso es extremadamente importante y sugestivo.

En el derecho brasilero contemporáneo hay una absurda y curiosa no percepción de contradicción existente entre la mitificación del doble grado y la ausencia de respeto a las decisiones de los tribunales superiores. De forma acrítica, al mismo tiempo en que se ve en la obligatoriedad de los precedentes un atentado contra la libertad del juez, se celebra que el doble grado de jurisdicción es una garantía de justicia. Los jueces piensan que ejercen poder cuando juzgan como desean, pero no perciben que no tienen poder para decidir individualmente ni siquiera una acción de desalojo fundada en falta de pago o una acción resarcitoria derivada del accidente de tránsito⁶⁴ y, además de eso, que sus sentencias, en regla, no interfieran en la vida de los litigantes.

La mejor doctrina italiana sustenta que el doble grado de jurisdicción refleja, históricamente, una idea jerárquico-autoritaria de jurisdicción y del Estado⁶⁵, además de generar una profunda desvalorización de las decisiones de primer grado. Eso porque el doble grado se asienta en un ambiente de desconfianza en relación al juez de primer grado que no podría tener poder para decidir libre

⁶⁴ Si todas las sentencias que se pronuncian respecto de la materia de hecho y son marcadas por la oralidad, deben ser sometidas al tribunal, al juez de primer grado, lamentablemente, puede ser confundido con un instructor. Un doble juicio sobre la materia de hecho constituye señal de confrontación a la oralidad y, principalmente, de desconfianza en el juez de primer grado. Es en esa perspectiva que se anuncia que el doble grado produce la desvalorización del juez de primera instancia.

⁶⁵ Ver PIZZORUSSO, Alessandro. . Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali. *Rivista di Diritto Processuale*, 1978, p. 33 y ss; CAPPELLETTI, Mauro. *Doppio grado di giurisdizione: Parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell' iconoclastia?* *Giurisprudenza italiana*, 1969, p. 81 y ss.

y, solitariamente, cualquier demanda. Como demostró Cappelletti el primer defecto esencial del doble grado, que no está presente —especialmente en el proceso civil— en los países anglosajones, es la profunda desvalorización del juicio de primer grado con la consecuente glorificación, si así se puede decir, de los jueces de segundo grado⁶⁶. En virtud de la necesidad del segundo grado, la causa en primer grado, no se ganó ni se perdió⁶⁷; la sentencia del juez, por no tener, en regla, ejecución inmediata, sirve para un poco más que la nada. Como afirma el profesor florentino, el primer grado es solamente una larga fase de espera, una extenuante y penosa antesala para llegar a la fase de apelación o a la verdadera decisión o al menos para la parte que tenga condiciones económicas para alcanzarla⁶⁸.

De modo que solamente una ingenuidad imperdonable podría sustentar la idea de que el doble grado de jurisdicción constituye principio fundamental de justicia e incluso, una garantía constitucional⁶⁹ y al mismo tiempo, aprobar la tesis de que el juez de primer grado debe tener libertad para decidir de forma contraria al Superior Tribunal de Justicia y al Supremo Tribunal Federal. Esto sería solo una situación ilógica brutal si no constituyese una trampa conscientemente y ardidmente montada para deslegitimar

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. "Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano". In: *Proceso, ideologías, sociedad* (trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf). Buenos Aires: EJE, 1974, p. 278.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ "... es correcto afirmar que el legislador infraconstitucional no está obligado a establecer, para toda y cualquier causa, una doble revisión en relación al mérito, principalmente porque la propia Constitución Federal, en su art. 5 LXXVIII, garantiza a todos el derecho a la tutela jurisdiccional tempestiva, derecho este que no puede dejar de ser llevado en consideración cuando se piensa en 'garantizar' la seguridad de la parte a través de la institución de la 'doble revisión'" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Processo de conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, vol. 2, p. 584.

el poder de los jueces. Se espera que luego se pueda percibir que negar al juez del primer grado el poder para decidir sus causas de menor complejidad y, al mismo tiempo, estimularlo a confrontar con los tribunales superiores, no es nada más que no considerar los derechos fundamentales de naturaleza procesal y al propio Poder Judicial.

Resáltese que en el *Common Law*, mucho más que en el *civil law* y, especialmente, más que en Brasil —que es uno de los raros países en el mundo en que el doble grado de jurisdicción es visto de manera mesiánica—, se confiere importancia y dignidad al juez de primer grado. En los Estados Unidos, el juez de primer grado goza de gran prestigio. El *trial-judge* al menos en nivel federal, es considerado como un magistrado que nada debe a los jueces de las cortes superiores en términos de conocimiento y experiencia⁷⁰. El sistema del *Common Law*, por confiar en el juez, le confiere poder para juzgar solo innumerables demandas. Basta recordar que, como regla, el *appeal* solamente es admitido en hipótesis de error de derecho, consonante con la idea de limitar los poderes del juez en el *review*⁷¹.

⁷⁰ VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milán: Giuffrè, 1973, p. 156.

⁷¹ “En el sistema del *Common Law* se habla de *right to appeal*, pero el *appeal* se asemeja mucho más al recurso especial brasileiro que a la apelación, toda vez que solamente es admisible en casos de un error de derecho. Se argumenta que una de las principales razones para no admitirse un *review* en los modelos de nuestra apelación está en la posibilidad del juez del *Common Law* de disponer de eficaces instrumentos instructorios, como del *discovery device*, la declaración de parte o la *cross-examination*. De cualquier forma, lo que realmente marca el procedimiento del *Common Law* es la concentración de los actos procesales y la oralidad que viabilizan un amplio diálogo entre el juez y las partes y un profundo y adecuado examen de los hechos, lo que acaba justificando incluso una cierta hostilidad delante de un imaginable ‘segundo juicio’ por parte de alguien que evidentemente no puede estar en condiciones más adecuadas para dar solución al caso” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART,

Por lo tanto, si es completamente contradictorio sustentar la intangibilidad del doble grado y, al mismo tiempo, el poder que tiene el juez de primer grado de decidir en desacuerdo con los tribunales superiores, no es necesario afirmar el doble grado de jurisdicción para respetar los precedentes. En verdad, la relativización del doble grado y la obediencia a los precedentes son elementos presentes en el sistema que realmente respeta a sus jueces.

La idea de sumisión del juez a la ley tornó sin importancia al respeto a los precedentes, pero la admisión, no revelada claramente, de que el juez puede negar la ley, además de haber creado un sistema de casación de las decisiones judiciales, abrió oportunidad a la mitificación del doble grado. Todavía, la glorificación del doble grado no fue capaz de permitir ver la contradicción en permitirse al juez de primer grado contradecir las decisiones de los tribunales superiores. Mientras sucedía eso, en el sistema en el que no había necesidad de limitar el poder del juez, se volvió natural el respeto a los precedentes para garantizarse la previsibilidad que se esperaba obtener, en el *Civil Law*, mediante la sumisión del juez a los dictados del legislador. El derecho estadounidense además de respetar los precedentes, dio al juez de primer grado real poder para decidir las cuestiones de hecho, tornando el *appeal* posible solo delante de errores de derecho. Así, el *Common Law* incorpora, coherente con su propia tradición de confianza en la magistratura, además del respeto a los precedentes, la valorización del juez de primer grado. El punto tiene gran relevancia: tiene el valor de demostrar, a aquellos que piensan que el respeto a los precedentes minimiza la figura del juez ordinario, que el poder del juez no depende de la circunstancia de él ser libre para decidir, sino de la circunstancia de

Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Processo de conhecimento*, cit. vol. 2, p. 582 y ss). Ver, CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard Law Review*, vol. 89, mayo 1976, pp. 1.281-1.315; CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milán: Giuffrè, 1979, p. 15.

su libertad para decidir ser parte de un poder que se autorespete, que es respetado y que se hace respetar.

2.1.5 Tutela de la seguridad jurídica y de la confianza

El Estado tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la seguridad. Posee el deber de tutelarlos mediante prestaciones fácticas y normativas. Son innumerables las normas infraconstitucionales y varias las prestaciones fácticas con las que el Estado tutela la seguridad —vista en sentido genérico— de derecho general a la seguridad.

La seguridad jurídica también es tutelada mediante varias normas y prestaciones fácticas estatales. Visible es la norma constitucional que afirma la inviolabilidad de la cosa juzgada, del derecho adquirido y del acto jurídico perfecto (art. 5, XXXVI, CF), aunque existan en la Carta Magna otras normas que, incluso indirectamente, tutelan la seguridad jurídica, como las que garantizan el contradictorio y la fundamentación de las decisiones judiciales. En el Código de Proceso Civil, igualmente se encuentran reglas de tutela a la seguridad, como aquellas que tratan, por ejemplo, de la preclusión, impidiendo una decisión de alguna cuestión ya decidida o la práctica de un acto procesal fuera de tiempo. Además de eso, la asistencia jurídica, por ejemplo, puede ser vista como una prestación fáctica para la tutela de la seguridad jurídica, ya que el abogado gratuito puede ser indispensable para que el jurisdiccional pueda tener sus derechos protegidos en el proceso.

De cualquier forma, para que exista seguridad jurídica hay que tutelar la confianza del jurisdiccional, en el exacto sentido de previsibilidad, como fue visto antes. Como escribe Canotilho, seguridad jurídica y protección de la confianza andan estrechamente asociadas, “al punto de algunos autores considerar al principio de la protección de la confianza como un subprincipio o como una dimensión específica de la seguridad jurídica. En general, se considera que la seguridad jurídica es conexas con elementos objetivos del orden jurídico — garantía de estabilidad jurídica, seguridad de

orientación y realización del derecho—, mientras que la protección de la confianza se prende más con los componentes subjetivos de seguridad, específicamente la calculabilidad y previsibilidad de los individuos en relación a los efectos jurídicos de los actos de los poderes públicos”⁷².

La previsibilidad depende, obviamente, de la confianza⁷³. No hay cómo prever sin confiar. De modo que también puede ser dicho que la confianza es un requisito de la previsibilidad. Por lo tanto, como el Estado tiene el deber de garantizar la previsibilidad, le cabe tutelar o proteger la confianza del ciudadano en relación a las consecuencias de sus acciones y a las reacciones de los terceros delante de sus actos, así como lo que dice respecto a los efectos de los actos del poder público.

La tutela de la confianza, ciertamente, depende de normas. Recuérdese que un ordenamiento destituido de capacidad de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas y, así, de generar un sentido de seguridad en los ciudadanos no puede sobrevivir, al menos como ordenamiento “jurídico”⁷⁴. La doctrina ve en la norma que garantiza la cosa juzgada un ejemplo de la tutela de la confianza. Canotilho, a propósito, al relacionar los principios de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza con los actos normativos, jurisdiccionales y administrativos, habla de “prohibición de normas retroactivas restrictivas de derechos o intereses jurídicamente protegidos”, en “inalterabilidad del caso juzgado” y en “tendencial estabilidad de los casos decididos a través de los

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 257.

⁷³ De acuerdo con Ingo Sarlet, “un nivel mínimo de seguridad (jurídica), estará solo asegurado cuando el Derecho asegure también la protección de la confianza del individuo (y del cuerpo social como un todo) en el propio orden jurídico y, de modo especial, en el orden constitucional vigente” (SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 11).

⁷⁴ V. CORSALE, Massimo. Ob. cit., p. 40.

actos administrativos constitutivos de derechos”⁷⁵, dejando de atinar para otra forma de tutela de la confianza en relación a los actos jurisdiccionales.

No hay duda que la cosa juzgada es imprescindible para la tutela de la confianza en los actos del poder público. La cosa juzgada da al jurisdicionado la seguridad de que su derecho no podrá ser contestado más y que el litigio que envolvió su derecho no volverá a ser decidido. Sin embargo, la cosa juzgada, aunque sea imprescindible, no es suficiente para dar tutela a la confianza y garantizar la previsibilidad delante de los actos jurisdiccionales. Incluso en los ordenamientos del *Civil Law*, especialmente aquellos que dan énfasis al control difuso de constitucionalidad, no pueden dispensar el esquema de los precedentes vinculantes para garantizar la seguridad jurídica y dar tutela a la confianza⁷⁶.

La falta de explicitación legal de los precedentes vinculantes puede ser vista como auténtica falta de tutela de seguridad jurídica, una verdadera omisión del legislador. Todavía así, el respeto a los precedentes no depende de alguna regla legal que afirme su obligatoriedad o su explicitación, pues las normas constitucionales que atribuyen a los tribunales superiores las funciones de uniformizar la interpretación de la ley federal y de afirmar el sentido de la Constitución Federal son indiscutiblemente suficientes para dar origen a un sistema de precedentes vinculantes.

2.1.6 La cosa juzgada y el precedente vinculante delante de la tutela de la seguridad jurídica y de la confianza

Las funciones de la cosa juzgada y del precedente vinculante a la luz de la seguridad jurídica y de la tutela de confianza son

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 257.

⁷⁶ Sobre la incidencia del principio de la confianza en la esfera jurisdiccional, en especial, la relación entre protección de confianza y la estabilidad de las decisiones judiciales, ver BLANCO, Federico Castillo. *La protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons. 1998. p. 362 y ss.

distintas. El respeto a los precedentes garantiza la previsibilidad en relación a las decisiones judiciales, así como la continuidad de la afirmación del orden jurídico. La cosa juzgada, a su vez, garantiza que ninguna decisión estatal interferirá de modo a inutilizar el resultado obtenido por la parte con la decisión cobijada por la cosa juzgada, así como la estabilidad de las decisiones judiciales.

Delante de la cosa juzgada, no hay que hablar de previsibilidad o de continuidad para comprender de algún modo —y por lo tanto, de afirmar— el ordenamiento jurídico. La confianza que la cosa juzgada confiere al jurisdicionado nada tiene que ver con la expectativa de una decisión en determinado sentido. La cosa juzgada tutela la confianza del ciudadano en el acto estatal que decidió *su caso*, asegurando que el beneficio otorgado por este acto jamás le sea retirado.

La cosa juzgada, en tal perspectiva, también es una garantía contra la retroactividad de las decisiones de inconstitucionalidad o de constitucionalidad. El hecho de que el Supremo Tribunal Federal afirme la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de la norma en la que la decisión se basó no genera, por mera consecuencia lógica, la destrucción de la cosa juzgada. Esta no puede desaparecer en virtud de una nueva comprensión judicial de los fundamentos de la decisión, pues solo puede ser deconstituida en hipótesis extremas, en las que vicios graves abren oportunidad a su rescisión (art. 485, CPC).

La cosa juzgada es imprescindible para la afirmación del poder estatal, sobretudo en razón de ser, virtualmente, inatacable. El discurso realizado en el proceso, para poder ser calificado de discurso jurídico, o sea, de discurso del poder acerca del derecho, debe tener un término final a partir del cual se torne definitivo e inmutable. Al lado de los actos jurisdiccionales no preocupados con la definición de los litigios, la cosa juzgada es atributo del proceso jurisdiccional.

Por otra parte, el precedente vinculante permite al jurisdicionado prever las consecuencias jurídicas de sus actos y conductas,

teniendo el efecto de permitir la confianza en las decisiones ya tomadas —entonces vistas como criterios para definir su comportamiento— y en las decisiones que pueden venir a ser emanadas —comprendidas como decisiones que pueden alcanzar sus esferas jurídicas.

Como es obvio, incluso mirando solo para el pasado, la confianza generada por el precedente vinculante nada tiene que ver con la confianza proporcionada por la cosa juzgada. En un caso, la confianza es en la orientación advenida de la jurisdicción; en el otro, la confianza está en la inmutabilidad del acto del poder jurisdiccional.

2.1.7 *Precedente y cosa juzgada erga omnes*

Más próxima a la seguridad generada por el precedente está aquella advenida de la cosa juzgada *erga omnes*, peculiar a las decisiones de fundabilidad emanadas en las acciones destinadas a la tutela de derechos difusos (art. 103, I y III, CDC)⁷⁷.

Esta especie de cosa juzgada protege beneficios conferidos por la decisión a todos los miembros de la sociedad, como los titulares que son de derechos difusos. Explicando mejor: como los derechos difusos son pertenecientes, de forma generalizada, a los miembros de la sociedad y, por lo tanto, no pueden ser divididos ni atribuidos aisladamente a personas o grupos determinados, la legitimidad para las acciones dirigidas a su tutela, es dada a ciertos entes, vistos por el legislador como capaces de representar

⁷⁷ “Las hipótesis de efectos *erga omnes* previstas en el art. 103 están expresadas en los incisos I y III, los que determinan este efecto a la acción colectiva cuando se trata de intereses o derechos difusos o en la hipótesis de intereses o derechos individuales homogéneos, en beneficio de las víctimas y sus sucesores” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev., atual. y ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 1.128).

los intereses de los miembros de la sociedad (art. 81 y 82, CDC). Juzgado fundado el pedido de tutela jurisdiccional, afirma el art. 103, I, del CDC que la sentencia produce cosa juzgada *erga omnes*.

En ese caso, el beneficio otorgado por la sentencia se extiende a todos los titulares del derecho difuso en litigio hasta ese momento. Eso quiere decir que la cosa juzgada da a todos los miembros de la sociedad la garantía de que la tutela del derecho difuso, tal como fue definida en la sentencia, no será alterada en el futuro. Tratándose de la tutela inhibitoria de derecho difuso, la cosa juzgada garantiza a todos los titulares que el derecho no será violado. Así, cualquiera de ellos, en la forma individual, podrá hacer valer la cosa juzgada impidiendo la violación del derecho.

No obstante, la garantía de estabilidad de tutela inhibitoria del derecho difuso, obviamente, no se confunde con la garantía de que el derecho será tutelado en conformidad con el precedente. La cosa juzgada, como técnica de protección de la seguridad jurídica, tiene más fuerza que el respeto a los precedentes. El precedente está destinado a garantizar la estabilidad de la aplicación del derecho, mientras que la cosa juzgada garantiza la inalterabilidad de la aplicación del derecho en determinado caso concreto. Contrario a lo que ocurre en relación a la cosa juzgada, la estabilidad garantizada por el precedente no es absoluta, en la medida que los precedentes pueden ser revocados. El Poder Judicial puede dejar de interpretar la ley en determinado sentido, pero la interpretación de la ley, cristalizada en la sentencia cobijada por la cosa juzgada, jamás podrá ser alterada de modo a robar el beneficio otorgado a aquel que obtuvo la tutela jurisdiccional del derecho.

En otra perspectiva, la cosa juzgada *erga omnes* tutela la seguridad jurídica del ciudadano en virtud de que tal derecho le pertenece, al paso que el precedente protege la seguridad jurídica del ciudadano por ser mero jurisdiccional, o mejor, como sujeto a las decisiones del Poder Judicial.

2.2 Precedente e igualdad

2.2.1 El principio de igualdad y su incidencia

No es necesario recordar que la igualdad es un elemento indisociable del Estado Democrático de Derecho y, bien por eso, está fuertemente resaltado en la Constitución Federal, iluminando la comprensión, la aplicación y la construcción del ordenamiento jurídico.

Dice el art. 5, *caput*, de la CF que “*todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza...*”. Como es sabido, el tratamiento desigual es apenas permitido cuando es necesario para la realización de la propia igualdad, esto es, cuando existen factores que justifican e imponen el tratamiento desigual. No obstante, son rechazadas posibles discriminaciones gratuitas, no fundadas en elementos o criterios capaces de, lógica y substancialmente, imponer un trato desigual.

Como es obvio, tanto el Estado cuanto los particulares están sometidos al principio de igualdad. El Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial sufren la misma incidencia del principio. No obstante, si el administrador tiene su actividad estrictamente regulada por la igualdad y si el legislador ciertamente no puede editar leyes que procedan a desigualdades infundadas, el Poder Judicial, en el sistema brasileiro, se somete a la igualdad solo al tratamiento igualitario de las partes en el interior del proceso.

Es imprescindible subrayar, a esta altura del desarrollo del presente libro, que el Poder Judicial del *Civil Law* no se somete al principio de la igualdad en el momento de decidir, vale decir, en el instante de cumplir su deber, prestando la tutela jurisdiccional. El Poder Judicial deja de observar el principio de igualdad en el momento más importante de su actuación, exactamente cuando tiene que realizar el principal papel que le fue impuesto. Raciocinio opuesto, capaz de disculparlo, sería razonable apenas si le cabría decidir los casos iguales de forma desigual.

2.2.2 Igualdad ante la jurisdicción: igualdad en el proceso, igualdad al proceso e igualdad delante de las decisiones judiciales

Es interesante percibir que la doctrina brasilera, preocupada con la incidencia del principio de igualdad en el proceso civil, trata de aspectos internos al proceso, especialmente de aquellos concernientes a la participación de las partes. Se analiza si la ley otorga tratamiento igualitario a las partes, permitiendo la participación en "igualdad de armas", así como si el juez proporciona el mismo tratamiento a los litigantes⁷⁸.

Tanto es verdad que se acostumbra vincular la isonomía con el contradictorio, importando si las partes tienen adecuada posibilidad de actuar y de reaccionar de modo a influir sobre la formación de la convicción judicial. Como resalta Mario Chiavaro, el contradictorio no implica una identidad absoluta entre los poderes reconocidos a las partes de un mismo proceso ni, necesariamente, una simetría perfecta de derechos y de obligaciones, pues lo que cuenta es que las diferencias eventuales de tratamiento sean justificables racionalmente, a la luz de criterios de reciprocidad, a fin de evitar, sea como fuere, que haya un desequilibrio global en perjuicio de una de las partes⁷⁹.

También hay igualdad al proceso o, mejor, igualdad de acceso a la jurisdicción e igualdad de procedimientos y de técnicas procesales. Se trata, obviamente, de una igualdad que presupone un tratamiento particularizado a aquellos que poseen dificultades

⁷⁸ Ver CAPPELLETTI, Mauro. "Appunti in tema di contraddittorio". In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*, v. 1. Padova: Cedam, 1982, p. 211; CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982, p. 140; MARTINETTO, Giuseppe. *Contraddittorio (principio del)*. In: *Novissimo digesto italiano*, v. 4, p. 459; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 467 y ss.

⁷⁹ CHIAVARIO, Mario. *Ob. cit.*, p. 19.

económicas de acceso a la justicia⁸⁰ y a los que son titulares de derechos que exigen procedimientos y técnicas procesales diferenciadas.

Recuérdese que los procedimientos de los Juzgados Especiales, destinados a las personas menos privilegiadas financieramente, son considerados indispensables en un ordenamiento democrático. Del mismo modo, la quiebra del dogma del “procedimiento único”, impuesta por la pretendida neutralidad de los litigios, hizo surgir la necesidad de estructuración de procedimientos especiales y de técnicas procesales capaces de ser utilizadas conforme con las particularidades de los casos concretos. La técnica anticipatoria, por

⁸⁰ La igualdad también exige la consideración de aspectos económicos que pueden obstaculizar la participación en el proceso. Si la legitimación del ejercicio de la jurisdicción depende de la participación, y esa tiene importante expresión en el principio del contradictorio, no hay cómo entender como legítimo o democrático el proceso que prive a alguien de participar por razones de naturaleza económica o social. La legitimidad del proceso se liga a una posibilidad real y, no meramente formal, de participación. En esa línea importan no solo las garantías de asistencia judicial gratuita — esto es, el ofrecimiento, por parte del Estado, de abogados gratuitos, la dispensa del pago de costas procesales y la oferta de producción de pruebas sin el pago de gastos —, sino también, las normas procesales que objetivan garantizar la efectiva participación de la parte según las necesidades del derecho sustancial. En verdad, el legislador y el juez están obligados a establecer las discriminaciones necesarias para garantizar y preservar la participación igualitaria de las partes, sea considerando las dificultades económicas que obstaculizan la participación, sea atendiendo las particularidades del derecho material y del caso litigioso. Ahora, no es legítimo el poder ejercido en un proceso en el que las partes no pueden efectivamente participar o en donde solo una de ellas posee condiciones reales de influir sobre el convencimiento del juez. Un proceso de ese tipo, ciertamente no es un “proceso justo” o un proceso democrático. De ahí que se diga que las partes no solo tienen el derecho de participar del proceso, sino también, el derecho de participar en paridad de armas. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1 — *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. RT. 2010, 4ª ed., pp. 419-420).

ejemplo, además de imprescindible para propiciar una adecuada protección jurisdiccional al titular del derecho material sometido al temor del daño (art. 273, I, CPC) es igualmente necesaria para permitir la distribución isonómica del tiempo del proceso entre los litigantes (art. 273, II y numeral 6 del CPC)⁸¹.

⁸¹ “La distribución del tiempo del proceso, fundamental para la preservación del principio de la isonomía, justifica la tutela anticipatoria en caso de defensa de mérito indirecta infundada que requiere prueba diferente de la documental. En ese caso, es natural transferir la carga del tiempo del proceso, dándole al demandado, obviamente, la oportunidad de continuar actuando en el proceso para ver su defensa acogida y, consecuentemente, la tutela anticipatoria revocada. Aún más evidente es la necesidad de la pronta tutela de la parte de la demanda que se tornó incontrovertida en el curso del proceso (art. 273, num. 6, del CPC). Siguiéndose el clásico y antiguo principio de que el juzgamiento de mérito debe ser hecho en una única oportunidad y, por lo tanto, sin alguna forma de escisión, es inevitable concluir que la parte del pedido podrá tornarse madura para el juzgamiento en el curso del proceso. Ese problema se torna más visible cuando se piensa en la acumulación de pedidos y, especialmente, en la circunstancia de que esa acumulación es estimulada por el principio de economía procesal. Ahora, la imposibilidad de escisión del juzgamiento de mérito, o sea, del juzgamiento anticipado de solo uno de los pedidos acumulados, torna risible cualquier economía que se pretenda por medio de la acumulación. La tutela jurisdiccional es prestada de forma tempestiva cuando la técnica procesal y la administración de la justicia no retiran del juez la posibilidad de concederla luego de que los hechos hubieren sido esclarecidos. Por lo tanto, si la tempestividad exige que la tutela jurisdiccional sea concedida cuando los hechos constitutivos están evidenciados y el demandado todavía procura probar un hecho probablemente infundado (hipótesis vista hace poco), no puede haber duda sobre la imprescindibilidad de la técnica procesal para viabilizar la pronta e inmediata tutela de la parte de la demanda sobre la cual no existe más controversia fáctica. Evidenciándose una parte de la demanda en el curso del proceso que debe caminar adelante para que las pruebas puedan esclarecer el resto de la demanda, el derecho a la tutela jurisdiccional tempestiva impone la fragmentación de la tutela jurisdiccional del mérito. *No hay aquí lesión al derecho de la defensa. En verdad, el ordenamiento jurídico que impide la inmediata tutela de la parte incontrovertida de la demanda es el que viola el derecho de acción, constituyendo un ordenamiento*

Como está claro, no solo hay gran preocupación con la igualdad de tratamiento de los litigantes en el proceso, sino también con la igualdad de acceso a la justicia y con la igualdad a los procedimientos y técnicas procesales. En esta dimensión, si es posible hablar, para facilitar la comunicación, de igualdad *en el* proceso y de igualdad *al* proceso, es más apropiado pensar en igualdad delante de la jurisdicción, teniéndose como especies la igualdad del tratamiento en el proceso, la igualdad de acceso y la igualdad al procedimiento y a la técnica procesal.

Se ve, a partir de ahí, una grave laguna. ¿En qué local está la igualdad ante las decisiones judiciales? Ahora, el acceso a la justicia y a la participación adecuada en el proceso solo tienen sentido cuando son correlacionadas con la decisión. Al final, este es el objetivo de aquel que busca el Poder Judicial y, apenas por eso, tiene necesidad de participar del proceso. En otros términos, la igualdad de acceso, la igualdad a la técnica procesal y la igualdad de tratamiento en el proceso son valores imprescindibles para la obtención de una decisión racional y justa.

Viéndose a la decisión como fruto del sistema judicial y no como mera prestación atribuida a un juez —singularmente considerado—, se torna inevitable constatar que la racionalidad de la decisión está anclada en el sistema y no solo en el discurso que el juez profirió. Así, por ejemplo, no hay racionalidad en la decisión ordinaria que atribuye a la ley federal interpretación distinta de

despreocupado por la efectividad de la tutela de los derechos. Cuando se dice que la duración del proceso no debe perjudicar al autor que tiene la razón, se objetiva preservar el principio de isonomía. En los casos en los que la parte de la demanda es incontrovertida y en donde el derecho del autor está evidenciado y la defensa de mérito indirecta es infundada, la ausencia de previsión de tutela anticipatoria obligaría al Estado a faltar con su compromiso de prestar tutela jurisdiccional de modo tempestivo. Tratar un derecho evidente y un derecho no evidente de igual forma es tratar de la misma manera situaciones desiguales" (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, v. 1 — Teoria Geral do Processo. Cit. pp. 370-371).

aquella que le fue dada por el órgano jurisdiccional incumbido por la Constitución Federal para uniformizar tal interpretación, velando por la unidad del derecho federal. La irracionalidad es aún menos disimulable en la decisión que se aleja de aquella anterior, proferida por el mismo órgano jurisdiccional en caso similar, o mejor, en el caso que exigió la apreciación de la cuestión jurídica que el órgano originario de la decisión ya definiera.

De cualquier forma, antes de adentrarse en el análisis del derecho a la igualdad delante de la jurisdicción, es necesario dejar resaltado que no se debe confundir derecho al proceso justo con derecho a la decisión racional y justa. El derecho al proceso justo es satisfecho con la realización de derechos fundamentales de naturaleza procesal, como el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional y el derecho al contradictorio. Pero la legitimación de la jurisdicción no depende solo de la observancia de estos derechos ni puede ser alcanzado solamente por el procedimiento en contradictorio y adecuado al derecho material, siendo ahí imprescindible pensar en una legitimación por el contenido de la decisión⁸².

⁸² La idea del proceso justo no es suficiente para legitimar la decisión. El respeto a los derechos fundamentales procesales es requisito para tener una decisión justa; no obstante, aunque sea necesario, se trata de un requisito insuficiente. La tesis que hace suponer que la justicia de la decisión deriva de un proceso justo es reductiva, pues no considera el contenido de la decisión, dando énfasis solo al procedimiento. En esa perspectiva, la decisión es el simple resultado del procedimiento, un acto jurisdiccional despojado de contenido sustancial. Lo que importa es solamente la calidad y la sustancia del procedimiento. Como percibió Taruffo, tal perspectiva “implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l’osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portato a quella decisione” (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In *Sui Confini (scritti sulla giustizia civile)*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 221). Sobre el tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1, Ob. cit.

Nótese que el procedimiento puede ser legítimo a la luz de los derechos fundamentales procesales y, aún así, producir una decisión no comprometida con la sustancia de las normas constitucionales. El contradictorio legitima el procedimiento como medio, sin embargo, se presta a garantizar el ajuste de la decisión al contenido de los derechos fundamentales. Se afirma, delante de eso, que la legitimación de la jurisdicción depende de la legitimidad de la decisión.

En esta dimensión surge la cuestión del contramayoritarismo, o mejor, de la tensión entre la decisión judicial que afirma el derecho fundamental de cara a la norma editada por los representantes electos por la mayoría. Delante del problema puesto por la cuestión del contramayoritarismo y buscando explicar la legitimidad de la decisión, surgen teorías textualistas, procedimentalistas y sustancialistas. Las primeras proponen una interpretación textualista de la Constitución, acorralando la legitimidad de la jurisdicción al liberalismo de las normas constitucionales⁸³. Las teorías proce-

⁸³ El textualismo es incapaz de dar legitimidad a la decisión jurisdiccional, una vez que las normas constitucionales, especialmente las que afirman derechos fundamentales, tienen naturaleza abierta e indeterminada. Para concretizar los derechos fundamentales — viabilizando su protección y realización fáctica — y situar bien y controlar las normas infraconstitucionales es necesario delinear los contenidos de los derechos fundamentales, lo que no puede ser hecho a través de una interpretación textual de la Constitución. Esa dificultad lleva a los textualistas a la recreación del propio problema a ser enfrentado, pues, delante de la necesidad de completar el sentido vago de las disposiciones constitucionales, son forzados a definir criterios capaces de seleccionar cuál es el correcto sentido literal del texto constitucional. Algunos dicen que es el sentido atribuido por los miembros de la asamblea constituyente que elaboró la Constitución; otros que es el sentido que parecería razonable a los ojos de la generación constituyente; y otros, todavía, que es el sentido que le da la generación actual. O sea, los textualistas tienen que apelar fuera del texto constitucional para solucionar dudas interpretativas. No obstante, este es precisamente el defecto que ellos apuntan en las demás teorías constitucionales. Luego, esa es una teoría que reproduce su propia crítica.

dimentalistas buscan dar legitimidad a la jurisdicción destacando su papel de refuerzo al proceso democrático de elaboración de la ley⁸⁴; mientras las sustancialistas dan énfasis al contenido material

Ver SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997. Para una versión más rica y provechosa del argumento textualista: AMAR, Akhil Reed. *Intratextualism*. *Harvard Law Review*. 1999, v. 112, pp. 747-827.

- ⁸⁴ Las teorías procedimentalistas critican la búsqueda de un contenido sustancial en la tutela de los derechos fundamentales con base en el argumento de que no existen valores fundamentales aceptados por todos los ciudadanos de forma pacífica. Aquellos que se encuentran en esas corrientes afirman que, delante de la naturaleza abierta de las normas constitucionales, no se debe dar al juez el poder de escoger los valores sustanciales en ellas contenidas, pues eso podría generar la tiranía de los tribunales. Por lo tanto, la legitimidad de la decisión, según esas teorías, jamás sería encontrada dándose al juez el poder de determinar el contenido sustancial de los derechos fundamentales para oponerse a la decisión de la mayoría de la casa legislativa. He aquí lo que escribe John Hart Ely, uno de los más importantes representantes del procedimentalismo norte-americano: “Nuestra sociedad no tomó la decisión constitucional a favor de un sufragio casi universal para cambiar de actitud y aceptar, en decisiones populares, la imposición, desde lo alto, de los valores de los juristas de primera clase. Como Robert Dahl observó, ‘luego de casi veinticinco siglos, las únicas personas que parecen convencidas de las ventajas de ser gobernadas por reyes filósofos son () unos pocos filósofos’ (En el original: “Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers. As Robert Dahls has observed, ‘after nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are (...) a few philosophers’) (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 59-60). Aunque parte de las teorías procedimentalistas hagan preponderar la participación popular sobre los derechos fundamentales, la teoría de Habermas *Civil Law Civil Law* —al contrario de las otras teorías procedimentalistas— permite la infiltración de la decisión por paradigmas ético morales, mostrándose preocupada por la formación de un consenso sobre el respeto de los derechos fundamentales, en un espacio público en el cual deba desenvolverse el

de los preceptos constitucionales, advenido de la legitimación de la jurisdicción del hecho de que los jueces aplican las cláusulas amplias de la Constitución de acuerdo con una concepción atractiva de los valores morales que le sirven de base⁸⁵.

debate popular. Según el filósofo alemán, la jurisdicción constitucional debe buscar legitimidad asegurando que el proceso de génesis de la ley sea receptivo a aquello que los ciudadanos establecen como consenso en el espacio público. Para él, los jueces constitucionales deben actuar de cara a garantizar las condiciones del proceso democrático de legislación. A ellos les cabe “examinar los contenidos de normas controvertidas, principalmente en conexión con los presupuestos comunicativos y condiciones procedimentales del proceso legislativo democrático” (En el original: “Die Inhalte strittiger Normen vor allem im Zusammenhang mit den Kommunikationsvoraussetzungen und Verfahrensbedingungen des demokratischen Gesetzgebungsprozess überprüfen” (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 320). V. también HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1988. Acerca de la teoría de la jurisdicción constitucional de Habermas en Brasil, ver, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*: Belo Horizonte, Mandamentos, 1998; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, pp. 203-217.

⁸⁵ Ronald Dworkin sintetiza la propuesta sustancialista en el siguiente pasaje: “Nuestro sistema constitucional reposa sobre una teoría moral particular, esto es, que hombres tienen derechos morales (moral rights) contra el Estado. Las cláusulas difíciles de la Carta de los Derechos () tienen que ser entendidas como apelativas a conceptos morales (); por esa razón una corte que está incumbida en la carga de aplicar estas cláusulas plenamente como derecho tiene que ser una corte activista, en el sentido de que necesita estar preparada para moldear y responder cuestiones de moralidad política” (En el original: “Our constitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficulty clauses of the Bill of Rights () must be understood as appealing to moral concepts (); therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality”) (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard Press, 1978, p. 147). V. también

En este momento no importa analizar cuál es la teoría más adecuada o cómo es posible conferir legitimidad a la decisión que afirma un derecho fundamental de cara a la voluntad de la mayoría. El objetivo es solo demostrar que la legitimación de la jurisdicción depende del contenido de la decisión y, por lo tanto —al menos de cara a la teoría procedimentalista de Habermas y de las teorías sustancialistas— de un “consenso” acerca del significado del derecho fundamental en ella afirmado. Siendo así, es evidente que la jurisdicción no encuentra legitimación al ofrecer decisiones diversas para casos iguales o al generar una decisión distinta de la que fue formada en el tribunal competente para la definición del sentido y del significado de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales. En verdad, es poco más que absurdo pensar que el Poder Judicial, caracterizado por un déficit de legitimidad democrática en relación al Legislativo, pueda tener varias concepciones acerca de un mismo derecho fundamental, para en un momento admitir y en otro momento negar la constitucionalidad del producto de la Casa habitada por los representantes elegidos por la mayoría.

Si hay una definición judicial de derecho fundamental o incluso, acerca del significado de una ley federal, todos deben ser tratados igualmente ante ellas. A menos, es claro, que se admita que la jurisdicción pueda y deba convivir con varios significados de un mismo derecho fundamental o de una misma ley federal, lo que eliminaría cualquier posibilidad de tener una elaboración teórica racionalmente capaz de explicar la legitimidad de una

DWORKIN, Ronald. *Integrity in law*. In *Law's empire*, Cambridge, Harvard Press, 1986.; y, para la elaboración más reciente de esa tesis, DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. Una defensa calificada de la teoría sustancialista también es encontrada en TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press. 1985; TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

decisión que afirma un derecho fundamental y dejaría sin alguna razón de ser a las normas constitucionales que consagran las funciones jurisdiccionales de uniformización de la interpretación de la ley federal y de atribución del sentido a la Constitución, además de, obviamente, violar la idea imprescindible de igualdad ante la jurisdicción.

2.2.3 Igualdad ante la ley e igualdad ante la interpretación judicial de la ley

2.2.3.1 La plurisignificación del texto de la ley

No habría motivo para hablar de igualdad delante de las decisiones en el caso que estas pudiesen resolverse en la mera aplicación de la ley. Bastaría la noción de igualdad ante la ley. Por lo tanto, cuando se piensa en igualdad delante de las decisiones, nos remitimos al problema de la interpretación judicial⁸⁶.

Déjese claro que se está considerando la decisión en relación a la ley, aunque obviamente no se ignore la importancia de los hechos litigiosos para la construcción de la decisión judicial⁸⁷. Descartados los hechos y resumiéndose la cuestión a la aplicación

⁸⁶ En el libro *Interpreting Precedents*, advierten Bankowski, MacCormick, Morawski y Ruiz Miguel que el derecho mantendría una uniformidad solo formal en caso pudiese variar de acuerdo con el caso. Anotan los juristas que la uniformidad del derecho es un componente esencial para el tratamiento igualitario de casos sustancialmente similares, esto es, de casos que se califican como similares a partir de una determinada y estable interpretación del derecho. En el original: "This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law" (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 488).

⁸⁷ Ver TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile. Milán.

de la ley, es necesario recordar que hace mucho que ya se acepta que la tarea del intérprete no se resume a la explicitación del texto de la norma, debiendo constituir una continua reformulación y adecuación del texto legal a las nuevas situaciones concretas⁸⁸.

En efecto, aunque este ítem proponga demostrar el impacto de la técnica de las cláusulas generales y del neoconstitucionalismo sobre la idea de mera aplicación de la ley, no hay cómo admitir —ni incluso a nivel teórico— la posibilidad de limitar la función judicial a la simple aplicación de la ley. En verdad, es una gran ingenuidad suponer que el texto de la ley solamente pueda tener un significado o una interpretación. Esa ingenuidad puede ser excusable solo cuando es arrinconada a las angustias de la tradición del *Civil Law*. Ahora, por más perfecta que pueda parecer su construcción lingüística, el texto legal tiene, en menor o mayor latitud, significado equívoco e indeterminado y, así, abre oportunidad para una amplia variedad de interpretaciones —lo que, por sí solo, ya fundamenta un sistema de precedentes. Como dice Riccardo Guastini, el texto de la ley admite una pluralidad de interpretaciones, o sea, exprime potencialmente no solo una norma (dictada por el intérprete) de límites determinados, sino, una multiplicidad de normas alternativas, siempre de contenido indeterminado⁸⁹.

2001, p. 11 y ss. También en TARUFFO, Michele. *Sui confini...*, Ob. cit., p. 195 y ss.

⁸⁸ V. PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 54; CHIARLONI, Sergio. “Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2002/1, p. 1 y ss.

⁸⁹ La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazione ‘false’. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzial-

El problema de la aplicación de la ley no está propiamente en el poder conferido al juez, sino en la propia dicción de la norma legal. Aunque el objetivo de la limitación de la decisión a la letra de la ley sea el de contener el arbitrio del juez, no hay duda de que la comprensión de la ley y, por lo tanto, el subjetivismo, varía en la medida en que la letra de la norma abre mayor o menor espacio para el magistrado de poder actuar en la definición del significado normativo. Se entiende, en vista de eso, que el subjetivismo del juez es un dato; lo que importa, delante de la construcción de la decisión, es el texto legal. La ley es interpretada —y no meramente aplicada— no solo porque el juez inevitablemente debe comprenderla, sino, especialmente, porque su significado necesita ser aprendido y deducido.

2.2.3.2 *La técnica legislativa de las cláusulas abiertas*

Es un lugar común, en la doctrina jurídica, la idea de que fue vivida la época de la decodificación. Los Códigos, con su pretensión de generalización y uniformidad, cedieron lugar a leyes especiales destinadas a regular situaciones específicas, titularizadas por grupos y posiciones sociales determinados⁹⁰.

En el derecho procesal, el fenómeno también es observado. Recuérdese que, en el proceso civil de connotación liberal clásico, debería bastar un único procedimiento para atender a todas las posiciones sociales y a todo y cualquier derecho. La doctrina procesal de inicios del siglo pasado veía los procedimientos es-

mente e al menos diacronicamente equivoco: sicché risulta semplicemente impossibile distinguere tra interpretazioni 'vere' e interpretazioni 'false'. Quale mai dovrebbe essere il criterio di verità delle tesi interpretative?" (GUASTINI, Riccardo. *Se i giudici creino diritto*. In: VIGNUDELLI, A (org.). *Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 391).

⁹⁰ V. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milán: Giuffrè, 1979; IRTI, Natalino, *Codice Civile e società policita*, cit.

peciales como especie de desvío del procedimiento patrón de tutela de los derechos. Sin embargo, ya hace algunas décadas que los procedimientos especiales asumieron la connotación de instrumentos elaborados para atender a las variadas situaciones jurídicas carentes de tutela⁹¹.

El problema es que, delante de una variedad de procedimientos y de técnicas procesales, se aumenta no solo el poder del juez, sino también, la posibilidad de soluciones variadas para las situaciones litigiosas. Es claro que la situación sustancial que puede ser tutelada mediante el procedimiento que viabiliza la ejecución inmediata de la sentencia, por ejemplo, es tratada de forma diferenciada en relación a otra cuyo procedimiento de tutela somete la eficacia de la sentencia al doble grado de jurisdicción⁹².

Además, delante de la percepción del inevitable envejecimiento y agotamiento de las disposiciones legislativas, se tornó clara la necesidad de la ley de contener espacios capaces de dar al juez el poder de adaptación de la norma a las nuevas realidades y valores.

⁹¹ Con eso es quebrada la confusión entre instrumentalidad del proceso y neutralidad del proceso en relación al derecho material, afirmándose la noción de instrumentalidad sustancial.

⁹² "La pluralità di normative processuali e, quindi, di riti differenziati, già di per sé, favorisce la possibilità di soluzioni diversificate ed, in ultima istanza, aumenta il tasso di discrezionalità delle decisioni del giudice. Del resto, a suo tempo, già Giambattista Vico osservava: 'hodie leges ita minutae, ut innumera privilegia videantur'. L'aumento dei poteri del giudice si coglie, poi, anche in riferimento alle scelte e agli adattamenti delle procedure e delle tecniche di risoluzione delle controversie. A titolo di esempio, basti ricordare come nella giustizia civile il ricorso ai provvedimenti d'urgenza sia divenuto ormai molto frequente e le misure cautelari o quelle anticipatorie tendano a definire la controversia. Si profila, in altri termini, una forma di 'supplenza' della tutela cautelare e di quella anticipatoria, o comunque della cognizione sommaria, rispetto allà cognizione piena ed esauriente" (PICARDI, Nicola. "La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 44).

Surge, a partir de ahí, la noción de cláusulas generales⁹³, vista como la técnica legislativa que se contrapone a la técnica casuística. Hay profunda modificación en la manera en la que el legislativo produce el derecho. O mejor, aunque el legislativo continúe valiéndose de Códigos, se deja de utilizar la técnica casuística, admitiéndose, a su lado, las llamadas cláusulas generales, destinadas a permitir al juez considerar circunstancias no normadas para dar solución adecuada a los casos concretos. En el fondo, esto afirma un nuevo papel para la codificación en la actualidad: se abandona la plenitud y se llega a la centralidad.

La técnica casuística es utilizada cuando, para la estructuración de la norma, se establecen, en la medida de lo posible, criterios para la calificación de los hechos normados⁹⁴. Norma de tal especie no exige mayor esfuerzo del juez, permitiendo la aplicación por medio de la subsunción. Por el contrario, las cláusulas generales son caracterizadas por la vaguedad o imprecisión de conceptos, teniendo el objetivo de permitir el tratamiento de particularidades concretas y de nuevas situaciones, inexistentes e imprevisibles a la época de la elaboración de la norma⁹⁵.

Observa Judith Martins-Costa que las cláusulas generales no pretenden “dar, previamente, respuestas a todos los problemas de la realidad, una vez que esas respuestas son progresivamente construidas por la jurisprudencia”. Advierte que, “por no reglamentar

⁹³ V. MARTINS-COSTA, Judith. “O direito privado como um ‘sistema em construção’”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, 1998, p.129 y ss; GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 2, abr./jun. 2000, p. 3 y ss; TEPEDINO, Maria Celina B. M. “A caminho de um direito civil constitucional”. *Revista de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 65, 1993, p. 21 y ss.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. “O direito privado como um ‘sistema em construção’”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 134.

⁹⁵ V. PICARDI, Nicola. “La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 46.

algo de modo complejo y exhaustivo, actúan técnicamente como metanormas, cuyo objetivo es enviar al juez criterios aplicativos determinables en otros espacios del sistema o a través de tipologías sociales variables, de los usos y costumbres objetivamente en vigor en determinado ambiente social. En razón de estas características, esta técnica permite capturar, en una misma hipótesis, una amplia variedad de casos cuyas cualidades específicas serán formadas por vía jurisprudencial y no legal⁹⁶.

Nótese, desde luego, que la técnica de las cláusulas generales, peculiar a los códigos de la contemporaneidad, se funda en la premisa de que la ley puede ser apenas elemento que colabora para la construcción judicial del derecho. Por lo tanto, tal técnica no solo derrumba la idea de completud de los compendios legislativos, definidos exclusivamente a partir de la técnica casuística, sino también demuestra la insuficiencia de la ley aplicada a la base de la subsunción, para la solución de los variados casos litigiosos concretos. Con eso, incuestionablemente confiere mayor subjetividad al juez, dándole el poder para construir la decisión a partir de elementos que no están presentes en el tejido normativo.

El paso de la técnica casuística, en la que la aplicación de la norma se da por subsunción, hacia la técnica de las cláusulas generales, de cara a la cual se exige un raciocinio judicial mucho más complejo y sofisticado, hace ver la necesidad de insistir en la igualdad ante las decisiones judiciales. De hecho, cuando se tiene conciencia teórica de que la decisión no siempre es resultado de criterios previamente normados, no se puede constituir regla fundada en elementos que no están presentes en la legislación destinada a regular un caso concreto, no hay cómo dejar de percibir que las expectativas que recaigan en la ley se transfieren para la decisión judicial. La seguridad jurídica pasa a estar estrictamente

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. "O direito privado como um 'sistema em construção'". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 134.

vinculada a la decisión —esta es responsable por la previsibilidad en relación al derecho y, por lo tanto, tiene que contar con estabilidad.

Sucede que, delante de esta variación de eje, se torna también necesario repensar el significado externo de la decisión. No basta afirmar que esta no puede ser vista como mera aplicación de la ley: se trata de algo que es obvio e indiscutible. Es imprescindible conferir a la decisión del juez contemporáneo otro valor, que le asegure respeto y previsibilidad.

Ahora bien, si el juez se vale de la cláusula general para llegar a la regla adecuada a la regulación del caso concreto, la cláusula general es norma legislativa incompleta y la decisión es la verdadera norma jurídica del caso concreto. De esa forma, como es intuitivo, se presenta previsible la posibilidad de los jueces de crear diversas normas jurídicas para la regulación de casos sustancialmente idénticos. Sucede que, como es obvio, la función de las cláusulas generales no es la de permitir una inflación de normas jurídicas para un mismo caso, sino establecer normas jurídicas de carácter general.

Y eso es detectado por la mejor doctrina civilista de nuestros días. Judith Martins-Costa escribe que “el alcance para además del caso concreto ocurre porque, por la reiteración de los casos y por la reafirmación en el tiempo de la *ratio decidendi* de los juzgados, se especificará no solo el sentido de la cláusula general, sino la exacta dimensión de su normatividad. En esta prospectiva, el juez es, efectivamente, la boca de la ley —no porque reproduzca, como un ventrílocuo el habla del legislador, como le gustaría a la Escuela de la Exégesis, sino, porque atribuye su voz a la dicción legislativa, convirtiéndola, en fin, en algo oíble en todo su múltiple y variable alcance”⁹⁷.

Como se ve, la notable civilista llega incluso a utilizar el término propio de la teoría de los precedentes (*ratio decidendi*),

⁹⁷ Ídem, p. 139.

comúnmente utilizado en el *Common Law* para identificar el real significado de un precedente y el modo y la extensión en que este vincula las decisiones judiciales subsecuentes.

Todo eso quiere decir que, aunque el juez pueda crear una norma jurídica, es necesario impedir que haya una multiplicidad de normas jurídicas para casos iguales, generando inseguridad y desigualdad. Se aplica ahí, literalmente, la máxima del *Common Law*, en el sentido de que los casos iguales deben ser tratados de la misma forma (*treat like cases alike*)⁹⁸.

No obstante, considerándose que la técnica de las cláusulas generales se difundió a partir de los años 40 del siglo XX, es, como mínimo, curioso constatar que los países del *Civil Law* —y, lo que aquí realmente importa, el Brasil— no se hayan dado cuenta efectivamente de este problema. En verdad, el sistema que prevé cláusulas generales y dejar de instituir mecanismos destinando la fijación de normas jurídicas con carácter general, se comporta de forma irresponsable y en desacuerdo con la Constitución, en especial con las normas que garantizan la seguridad e igualdad. Al proceder así, el sistema presenta el remedio, pero se olvida de los perversos efectos colaterales que este proporciona.

La concepción del Poder Judicial eliminado por el Poder Legislativo y la idea de que el juez es mero ejecutor de la ley, obviamente están distantes. Eso no significa, entretanto, que la admisión de la insuficiencia de la ley y la atribución de poder al juez para dictar la norma capaz de regular el caso concreto, tengan generado un sistema en el que el magistrado es libre para crear el derecho. La ampliación de la latitud del poder judicial con base en las cláusulas generales no solo exige un sistema de precedentes⁹⁹, sino también

⁹⁸ Ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *Civil Law e Common Law*. Revista de Processo, vol. 172, p. 139 y ss.

⁹⁹ “La unidad legislativa derrumbó, por igual, a la vista del afinamiento del espeso muro divisorio entre el derecho público y el privado, debido a la

reclama una profundización de criterios capaces de garantizar el control de las decisiones judiciales.

Para enfrentar con profundidad la discusión, cabe el análisis de lo que se ve en el derecho procesal contemporáneo. También el derecho procesal civil fue repentinamente marcado por un paulatino y progresivo aumento de los poderes del juez. Se dejó de lado la rigidez de las reglas y la suposición de que la seguridad y la igualdad solo podrían ser garantizadas en caso de que el juez no tuviese espacio para fugar de la letra de la ley y de la tipicidad de las formas procesales. Fueron instituidas en el Código de Proceso Civil, normas con conceptos vagos y otras que expresamente atribuyen al juez el poder deber de adoptar la técnica procesal necesaria para la adecuada tutela del derecho material en el caso concreto.

La alteración del derecho procesal civil y de la función judicial en el aspecto procedimental tienen relación con la necesidad de darse al juez el poder y movilidad que le permitan tutelar de forma efectiva las nuevas situaciones de derecho sustancial. No

actuación creciente de la órbita estatal en la regulación del mundo de los privados —mediante, inclusive, el establecimiento de políticas públicas y la elaboración de normas directivas— y a la aceptación efectiva de la fuerza normativa de la Constitución sobre el derecho privado, inclusive para el efecto de la aplicación directa de sus principios en la legislación ordinaria. Así, la unidad legislativa queda fisurada en razón de la relectura que viene siendo procedida a la doctrina de la división de los poderes del Estado, otro reflejo de la llamada ‘crisis de la ley’, resultante no solo de la caótica y desordenada profusión legislativa, sino también del cuestionamiento de la legitimidad del actual modelo representativo de naturaleza parlamentaria. Actual, por igual, como una argolla más en esta larga cadena, la recepción, en ciertos ordenamientos del *Civil Law*, de modelos de raciocinio tradicionalmente considerados como típicos al sistema del *Common Law*, lo que, por extensión, se reflejará en la redefinición del papel de la jurisprudencia como fuente de creación jurídica” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 200, pp. 282-283).

fue por otra razón que fueron abandonadas las vetustas garantías de seguridad y de libertad proporcionadas por las “formas” del proceso civil clásico. En este sentido es interesante el recuerdo de Vittorio Denti acerca de la célebre conferencia de Chiovenda¹⁰⁰, pronunciada en los albores del siglo XX, en la que el cultor del derecho procesal italiano no solo subrayó la necesidad de formas para evitar la posibilidad de arbitrio del juez, sino además resaltó “la estrecha ligazón entre la libertad individual y el rigor de las formas procesales”¹⁰¹.

Vigoró en el proceso civil, particularmente en la época del proceso civil clásico, el llamado principio de tipicidad de las formas ejecutivas, cuyo significado era impedir la utilización de medios ejecutivos no expresamente previstos en la ley. El principio objetivaba garantizar la libertad de los litigantes delante de la jurisdicción. Midiéndose el poder de actuación del juez por la ley, eran garantizadas las formas mediante las cuales la actividad jurisdiccional podría ser ejercida. Se daba al litigante la garantía de que, en el caso de su eventual condena, la jurisdicción no podría sobrepasar los límites de los medios ejecutivos expresamente tipificados en la ley.

Sin embargo, con el paso del tiempo, se volvió necesario dar a los litigantes y al juez una mayor latitud de poder, sea para permitir que los jurisdicionados pudiesen utilizar el proceso de acuerdo con las nuevas situaciones de derecho material y con las realidades concretas, sea para dar al juez la efectiva posibilidad de tutelarlas.

Esta necesidad llevó al legislador no solo a crear una serie de institutos de complemento a conceptos indeterminados —como la tutela anticipatoria fundada en el “abuso de derecho de defensa” (art. 273, II, CPC)—, admitiendo su uso en la generalidad de los casos, sino también, a fijar lo que denominó normas procesales abiertas (art. 461, CPC).

¹⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme...*, cit.

¹⁰¹ DENTI, Vittorio. Ob. cit., p. 808.

Tales reglas derivan de la aceptación de la idea de que es ley no puede arrinconar las técnicas procesales a cada una de las necesidades del derecho material o diseñar tantos procedimientos especiales cuantos fuesen considerados como necesarios para la tutela jurisdiccional de los derechos. La ley procesal no puede antever las verdaderas necesidades del derecho material, toda vez que estas no solo se modifican rápidamente, sino también, asumen contornos variados conforme a los casos concretos. Delante de eso, se llegó, naturalmente, a la necesidad de una norma procesal destinada a dar a los jurisdicionados y al juez el poder de identificar, aunque sea por dentro de su moldura, los instrumentos procesales adecuados a la tutela de los derechos.

No obstante, tales normas no confieren solamente mayor poder para la utilización de instrumentos procesales, sino también, otorgan al juez el deber de demostrar la idoneidad de su caso, en vista de la obviedad de que todo poder debe ser ejercido de manera legítima. Si antiguamente el control del poder jurisdiccional era hecho a partir del principio de la tipicidad, o de la definición de los instrumentos que podían ser utilizados, hoy ese control es más complejo y sofisticado.

Así, por ejemplo, la legitimidad del uso de los instrumentos procesales del art. 461 del CPC, que ofrece a las partes y al juez un abanico de instrumentos procesales destinados a viabilizar la denominada “tutela específica”, depende de la identificación de la especie de tutela específica (tutela inhibitoria, etc.) objeto del caso concreto; de la consideración del derecho de defensa y de la regla de la necesidad —no olvidando, obviamente, de la racionalidad de la argumentación expresada en la fundamentación de la decisión.

Tal artículo afirma que el juez podrá imponer multa diaria al reo para obligarlo al cumplimiento de la orden de hacer o de no hacer, en la concesión de la tutela anticipatoria o en la sentencia concesiva de la tutela final (art. 461, par. 3 y 4), o todavía, determinar para dar efectividad a cualquier de esas decisiones, las “medidas necesarias” que son ejemplificadas por el par. 5, con

la multa, la búsqueda y aprehensión, la remoción de personas y cosas, la destrucción de obras y el impedimento de alguna actividad nociva. O sea, el legislador dio al juez el poder de imponer el medio ejecutivo adecuado (art. 461, par. 4 y 5), adoptar la sentencia idónea y conceder la tutela anticipatoria (art. 461, par. 3), haciendo referencia solo a las técnicas procesales que pueden ser utilizadas, pero no precisando en qué situaciones de derecho material y mucho menos en qué casos concretos estas deben ser aplicadas.

Percíbase que, para la adecuada aplicación de esa norma, el juez está obligado a identificar y precisar las necesidades de derecho material particularizadas en el caso concreto. De modo que no hay cómo el juez pueda ordenar un hacer o un no hacer bajo pena de multa, determinar la búsqueda y aprehensión o conceder tutela anticipatoria (siempre, por ejemplo), sin anteriormente comprender la razón por la cual está actuando, o mejor, sin antes identificar la especie de tutela específica solicitada (inhibitoria, de remoción del ilícito, resarcitoria, etc.) y sus presupuestos (amenaza de ilícito, práctica de un acto contrario al derecho, daño, etc.)¹⁰².

¹⁰² Los procedimientos y las técnicas procesales solamente adquieren sustancia cuando son relacionados al derecho material y a las situaciones concretas y por eso pueden correr el riesgo de ser vistos como neutros en relación al derecho sustancial y a la realidad social cuando son pensados como procedimientos o técnicas destinados, por ejemplo, a la imposición de un hacer o determinar la búsqueda y aprehensión. Ahora no es necesario mucho esfuerzo para evidenciar que imponer un hacer o determinar la búsqueda y aprehensión, no tienen cualquier significado en el plano del derecho material o concreto. Es por eso que se insiste en hablar de tutela inhibitoria, resarcitoria, de cumplimiento en la forma específica, etc. Nótese que "tutela" significa el resultado jurídico sustancial del proceso, representando el impacto del proceso en el plano del derecho material. Cuando se teoriza el tema de las "tutelas", se tiene en mira exactamente la imprescindibilidad de la identificación de las situaciones de derecho material para la comprensión crítica de la ley procesal y para el delineamiento de las técnicas procesales capaces

Sin embargo, cuando se busca la técnica procesal idónea para tutelar efectivamente el derecho y, de esa forma, la adecuada concreción de la norma procesal abierta, evidentemente, no es posible olvidarse de la esfera jurídica del demandado. Si es posible escoger la técnica procesal capaz de dar protección al derecho, no hay cómo admitir que tal opción pueda perjudicar al demandado. Eso quiere decir que la utilización de la técnica procesal, delante de la norma procesal abierta, tiene su legitimidad condicionada no solo a la identificación de la tutela del derecho material, sino también, a un control previo que considera tanto el derecho del demandante cuanto el derecho del demandado.

Ese control es hecho a partir de subreglas de la regla de proporcionalidad, esto es, de las reglas del medio idóneo y de menor restricción posible. La providencia jurisdiccional debe ser idónea a la tutela del derecho, al mismo tiempo, trayendo menor restricción posible a la esfera jurídica del demandado. Es claro que, antes de todo, la providencia debe ser idónea a la tutela del derecho. El juez solamente debe preocuparse por la menor restricción posible después de haber identificado el medio idóneo a la tutela del derecho.

Mientras tanto, la necesidad de razonar a partir de la consideración de la tutela en el plano del derecho material y de la regla de la necesidad no tendría significado sin la debida justificativa, o sea, sin la motivación capaz de expresar adecuadamente el raciocinio judicial. La justificativa permite el control crítico sobre el poder del juez¹⁰³, siendo que el equívoco de la justificativa evidencia la ilegitimidad del uso de la técnica procesal.

de otorgar efectividad a la prestación jurisdiccional y, así colocarla en una dimensión realmente apta para concretizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

¹⁰³ V. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 194-195; "Funzione della prova: la funzione dimostrativa". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, p. 553-554; "La motivazione della sentenza". *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano VIII, n. 30, oct./dic. 2003, p. 674 e ss.; "Il controllo

La ampliación del poder de ejecución del juez, acontecida para dar mayor efectividad a la tutela de los derechos, posee como contrapartida, la necesidad de que el control de su actividad sea hecho a partir de la comprensión del significado de las tutelas en el plano del derecho material, de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción y mediante su indispensable complemento, la justificación judicial. Por el hecho del juez de tener poder para la determinación de la mejor manera de la efectivación de la tutela, se exige de él, por consecuencia, la adecuada justificación de sus elecciones¹⁰⁴. En ese sentido, se puede decir que la justificativa es la otra cara del incremento del poder del juez.

2.2.3.3 La legalidad substancial

De cara a la cuestión de las cláusulas generales, otro aspecto, con profundas implicancias sobre la tradición del *Civil Law*, debe ser considerado. Aunque las cláusulas generales también tengan la función de viabilizar la infiltración de los derechos fundamentales en los códigos y leyes, el impacto del neoconstitucionalismo sobre la interpretación jurídica es más extenso.

En el Estado Constitucional, las normas constitucionales y los derechos fundamentales dan unidad y armonía al sistema y, por tal razón, obligan al intérprete a colocar el texto de la ley en

di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica". Disponible en <www.studiocelestano.it/lenuovevocideldiritto>. Último acceso el 15/11/2009. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2002, p. 17.

¹⁰⁴ La regla de la necesidad, aunque haga parte del raciocinio decisorio, porque viabiliza la decisión, obviamente no puede ser ignorada cuando otorga una justificativa. Incluso porque tal regla no sirve solo para facilitar la decisión, sino mucho más, para que se pueda justificar de modo racional, permitiéndose el control por las partes.

su perspectiva¹⁰⁵. En otras palabras, las normas constitucionales son vinculantes de la interpretación de las leyes¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “Al decirse que la ley encuentra límite y contorno en los principios constitucionales, se admite que ella deja de tener apenas una legitimación formal, quedando amarrada sustancialmente a los derechos positivados en la Constitución. La ley no vale más por sí misma; no obstante, depende de su adecuación a los derechos fundamentales. Si antes era posible decir que los derechos fundamentales estaban circunscritos a la ley, se torna exacto afirmar que son las leyes que deben estar en conformidad con los derechos fundamentales. Pero si esa nueva concepción de derecho todavía exige que se hable de principio de legalidad, restó necesario darle una nueva configuración, comprendiéndose que si antes ese principio era visto en una dimensión formal, ahora este tiene contenido sustancial pues requiere la conformación de la ley con la Constitución y, especialmente, con los derechos fundamentales. La transformación del principio de legalidad llevó a Ferrajoli a aludir una segunda revolución, contrapuesta exactamente a aquella que fue creada con la aparición del antiguo principio de legalidad — que ya había provocado, con la afirmación de la omnipotencia del legislador, una alteración de paradigma en relación al derecho anterior al del Estado Legislativo. Esa segunda revolución también importó una nueva quiebra de paradigma, sustituyendo el viejo principio de legalidad formal por el principio de estricta legalidad o de legalidad sustancial. Delante de eso, alguien podría pensar que el principio de la legalidad simplemente sufrió un desarrollo, ya que la subordinación a la ley pasó a significar subordinación a la Constitución, o mejor, que la subordinación del Estado a la ley fue llevada a una última consecuencia, consistente en la subordinación de la propia legislación a la Constitución, que nada más sería la ley mayor. Sin embargo, esa lectura constituyó un reduccionismo del significado de la subordinación de la ley a la Constitución o una incomprensión de las tensiones que conducirían a la transformación de la propia noción del derecho. En verdad, la subordinación de la ley a la Constitución no puede ser comprendida como una regla de ‘continuación’ de los principios del Estado legislativo, pues significa una ‘transformación’ que afecta a las propias concepciones del derecho y de la jurisdicción” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil — Teoria geral do processo*, cit., vol. I, p. 47 y ss.).

¹⁰⁶ Según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un ‘manifiesto’ político cuya concretización constituye tarea exclusiva del legislador, los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales —carentes de cualquier efecto inmediato—, sino solo las normas que son afirmadas por las leyes. Pues bien, uno de los elementos del proceso de constitucionaliza-

Aunque la interpretación de la ley siempre deba considerar el texto constitucional, no siempre, como es obvio, el intérprete está delante de un caso difícil que le exige la individualización de la interpretación que esté de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, cuando eso ocurre, el margen de discrecionalidad —comprendida como latitud de poder— para que el juez pueda definir la interpretación de la norma es incontestablemente más amplia de la que es aquella que le es conferida por una regla que debe ser aplicada mediante la subsunción.

La necesidad de comprensión de la ley a partir de la Constitución aumenta el riesgo de subjetividad de las decisiones judiciales, lo que acaba vinculando la legitimidad de la prestación jurisdiccional a su precisa justificación. De esa forma, si es que es como escribe Wróblewski, justificar una decisión judicial consiste en darle las razones apropiadas¹⁰⁷, el problema de la legitimidad de la decisión judicial se encuentra en la definición de aquello que asegura su aceptabilidad racional¹⁰⁸.

Es cierto que la decisión debe guiarse por la ley, pero eso no es suficiente como argumento a favor de la decisión. Una decisión racional no es lo mismo que una decisión basada solo en datos dotados de autoridad —generalmente, si es que no es siempre, la decisión judicial exige que la argumentación recaiga en puntos

ción es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, o sea, de la idea de que toda norma constitucional — independientemente de su estructura o de su contenido normativo— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos". (GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 53).

¹⁰⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Legal syllogism and rationality of judicial decision". *Rechtstheorie*, Berlin, Dunker & Humblot, v. 5, 1974, p. 1, p. 39.

¹⁰⁸ V. MICHELMAN, Frank. "Justification (and justifiability) of law in a contradictory world". *Nomos XXVIII: Justification*, New York: New York University Press, v. 71, 1986, p. 71-99.

que no pueden ser deductivamente expuestos¹⁰⁹. Mejor dicho, la racionalidad del discurso judicial, siempre que sobrepasa la simple deducción lógica a partir de la norma general para el caso particular —es decir, siempre que pone en cuestión la premisa de la subsunción—, envuelve un discurso que va más allá de aquello que tradicionalmente se concibe como jurídico —que sobrepasa el dominio restringido de las “fuentes de derecho”—, lo que se puede llamar discurso práctico o moral.

Esa situación es propicia para la diversidad de decisiones. En estas hipótesis, tampoco hay cómo admitir la existencia de una pauta racional capaz de hacer que todos los jueces lleguen a una misma decisión, aunque estén delante de casos sustancialmente iguales. De modo que, también cuando se da a los jueces el poder de definir casos que solo pueden ser resueltos mediante una delicada interpretación de la norma a la luz de la Constitución, existe

¹⁰⁹ Respecto de la argumentación jurídica, además de los abordajes precursoros de Chaim Perelman, (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Trattato dell'argomentazione*. Torino: Einaudi, 1996), Theodor Viehweg (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UNB, 1979), Edward H. Levi (LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1949) e Stephen Toulmin (TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958), são fundamentais as teorias de Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978), Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, Ob. cit.), Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landi, 2001), Aulis Aarnio (AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), Aleksander Peczenik (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989), Klaus Günther (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004), Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, Ob. cit.), Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996) e Manuel Atienza (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). São Paulo: Landy, 2006).

una necesidad imprescindible de establecer una norma jurídica o un precedente con alcance general.

2.2.3.4 *El control de la constitucionalidad de las leyes*

No obstante, la fuerza del neoconstitucionalismo, especialmente en el sistema brasileiro, es mayor todavía. Pues bien, cuando se da al Poder Judicial el poder de controlar la constitucionalidad de la ley, es evidente que la función judicial sobrepasa en mucho el límite que fue deseado por el Estado legislativo. En Brasil, el juez de primer grado de jurisdicción y los tribunales ordinarios tienen el poder para dejar de aplicar la norma que consideren inconstitucional, así como para adoptar las técnicas de control de constitucionalidad denominadas “interpretación conforme a la Constitución” y “declaración parcial de nulidad sin reducción del texto”. El Poder Judicial, en esos casos, se contrapone a la producción del legislativo, ejerciendo actividad incuestionablemente creadora.

El poder jurisdiccional de afirmación de la inconstitucionalidad de la ley, necesario para la constitucionalización del orden jurídico, coloca al juez en la posición de agente capaz de negar el producto elaborado por los representantes de la mayoría. Como advierte Alexander Bickel al delinear la formulación clásica del problema de la jurisdicción en el constitucionalismo estadounidense, la dificultad fundamental es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en el sistema: “Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un representante del ejecutivo electo, la Corte frustra la voluntad de los representantes del pueblo real del aquí y ahora; ella ejercita control, no en nombre de la mayoría prevalente, sino contra ella. Eso, sin implicancias místicas, es lo que realmente sucede. (...) es la razón por la cual es posible la acusación de que el control judicial de constitucionalidad no es democrático”¹¹⁰.

¹¹⁰ “La principal dificultad es que el *judicial review* es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. () Cuando la Suprema Corte declara

En cuanto eso, aunque el control de constitucionalidad pueda ser visto como una fuerza contramayoritaria, su legitimidad adviene de la circunstancia de que los derechos fundamentales están excluidos de la disposición del Poder Legislativo, teniendo el Poder Judicial el deber de protegerlos, concretizarlos y afirmarlos para la propia constitucionalización del ordenamiento jurídico.

En realidad, como los derechos fundamentales son afirmados por un Poder con déficit de legitimidad popular, ellos deben expresar el consenso popular. No obstante, el consenso popular es formado por diversas concepciones, que son naturalmente conflictivas y antagónicas¹¹¹. Alexy distingue una concepción moral individual o particular delante de la concepción moral pública, afirmando que esa última envuelve una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en un mundo caracterizado por el pluralismo. Para tal fin, fundándose en Rawls¹¹²,

inconstitucional un acto legislativo o la práctica de un agente electo del ejecutivo, ella frustra la voluntad de los representantes de las personas del aquí y ahora; ella ejercita un control, no en el interés de la mayoría prevaleciente, sino en contra de ella. Eso, sin aderezos místicos, es lo que efectivamente sucede. (...) es la razón por la cual el cambio puede ser el hecho de que el *judicial review* es antidemocrático" (En el original: "The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. (...) When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. (...) it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic" (Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, p.p. 16-17).

¹¹¹ ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático". *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 39.

¹¹² Según Rawls, las concepciones individuales racionales, aunque sean opuestas, pueden permitir un consenso. Para explicar su idea, dice Rawls que debe haber un consenso sobrepuesto (*overlapping consensus*), el cual sería la única forma de alcanzar una concepción pública de justicia

concluye que el contenido de los derechos fundamentales está en lo que los ciudadanos racionales con concepciones personales distintas consideran como condiciones de cooperación social justas “tan importantes” (consenso) que no pueden ser dejadas en las manos del legislador¹¹³.

Al afirmar la inadecuación de la ley a un derecho fundamental, el juez debe argumentar que la ley interfiere sobre el bien que fue excluido de su esfera de disposición¹¹⁴. No se trata simplemente de oponer el derecho fundamental a la ley, sino, de demostrar mediante la adecuada argumentación, que la ley colisiona con el derecho fundamental. Por lo tanto, la afirmación del derecho fundamental delante de la ley debe significar oposición entre una argumentación jurisdiccional en pro de la sociedad y la decisión tomada por el Poder Legislativo. Se trata, como dice Alexy, de una representación argumentativa a cargo de la jurisdicción de cara a una representación política concretizada en la ley¹¹⁵.

Pero la comprensión de la existencia de esas dos formas de representación no resuelve el problema. Si la jurisdicción tiene la representación argumentativa en beneficio de la sociedad o en defensa de los derechos fundamentales, pero la representación política está consubstanciada en la ley, es necesario que la representación argumentativa supere la representación política¹¹⁶.

En esa perspectiva, la democracia no se resume solo a un proceso de decisión marcado por la existencia de elecciones periódicas

en una sociedad pluralista (RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 132 y ss.).

¹¹³ ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales...*, Ob. cit., p. 40.

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem; ERMAN, Walter. “Lucken im materialrechtlichen und prozessualen Schutz von Rechten”. *Juristenzeitung*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1960, p. 297; CLASSEN, Claus Dieter. “Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt”. *Juristenzeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 693.

¹¹⁶ V. SPECTOR, Horacio. “Judicial review, rights and democracy”. *Law and Philosophy*, n. 22, 2003, p. 334.

y por la regla de la mayoría. Un concepto adecuado de democracia debe envolver no solamente la decisión, sino, también, discusión¹¹⁷. La inclusión de la discusión en el concepto de democracia torna esta en deliberativa¹¹⁸. Se trata de una tentativa de institucionalizar el discurso en tanto y en cuanto posible como un instrumento para la producción de decisiones públicas¹¹⁹. Esa dimensión discursiva de la democracia es ejercida por la representación argumentativa, y es en ella que se sitúan las bases de la convivencia política legítima. El control judicial de constitucionalidad de la ley se justifica cuando los jueces demuestran públicamente que sus juzgamientos están amparados en argumentos que son reconocidos como buenos argumentos o, al menos, como argumentos plausibles, por todas aquellas personas racionales que aceptan la Constitución.

De modo que el control de constitucionalidad de la ley da al juez el poder-deber de argumentar y convencer a la sociedad cuando surge la divergencia sobre si una decisión del legislador colisiona con un derecho fundamental. Nótese, no obstante, que si el Poder Judicial tiene el poder de afirmar el significado de los derechos fundamentales para controlar y corregir las leyes, la decisión judicial que los afirma puede tener una importancia que trasciende a toda la legislación infraconstitucional y la necesidad de identificar un discurso racional, no puede dejar de tener un alcance general obligatorio.

Percíbese que el problema de la necesidad de atribuir alcance general obligatorio a las decisiones que realizan el control de constitucionalidad solo existe en los sistemas de control difuso de constitucionalidad, como en Brasil. No hay cómo admitir que un juez de primer grado de jurisdicción o incluso cualquier tribunal,

¹¹⁷ ALEXY, Robert. "Balancing, constitutional review and representation". *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford Journals, vol. 3, n. 4, 2005, p. 579.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Ídem.

pueda decidir mediante una concepción de derecho fundamental desatinada de aquella a la cual le haya sido atribuida por el Supremo Tribunal Federal, aunque sea en sede de control difuso de constitucionalidad.

No hay necesidad de pensar en cosa juzgada *erga omnes*, propia de las acciones en las que el control de constitucionalidad es concentrado, o en sùmula vinculante. Las decisiones tomadas por el Supremo Tribunal Federal, incluso en control difuso —v.g., recurso extraordinario— no pueden dejar de tener eficacia vinculante. El Poder Judicial no puede legítimamente convivir con concepciones diversas y antagónicas acerca de un derecho fundamental, máxime cuando su significado ya fue definido por el Supremo. Imaginar que las decisiones tomadas por este tribunal solo por ser producidas en control difuso, no obligan a los demás jueces es desconsiderar la fragilidad del coeficiente de legitimidad democrática del Poder Judicial y olvidar la importancia del discurso —visto como elemento componente del concepto de democracia— como vía de legitimación del control de constitucionalidad.

De cualquier forma, está claro que las concepciones de derecho y de jurisdicción fueron transformadas, sobre todo, en virtud del impacto de la técnica de las cláusulas generales y del neoconstitucionalismo. Eso es más que suficiente para imponer urgente elaboración dogmática capaz de garantizar la igualdad ante las decisiones judiciales.

2.3 Coherencia del orden jurídico

2.3.1 La lógica del sistema estructurado sobre los tribunales y recursos

El sistema jurisdiccional que no confiere un único juicio al poder de definir las demandas, presuponiendo la necesidad de que la causa pase por dos juicios, constituye un sistema de doble juicio sobre el mérito, ó, lo que equivale a decir, un sistema que exige el doble análisis del mérito. Se trata de un sistema que nie-

ga el poder al juez de primer grado, pues impide que este decida aisladamente las demandas, inclusive aquellas particularmente caracterizadas por la discusión de los hechos, para las cuales el juez que tiene contacto directo con la prueba es sabidamente más preparado para decidir.

La lógica de un sistema de ese tipo está fundada en la idea de que cabe a los tribunales decidir las demandas. Es sólo técnico-didáctica la explicación de que la acción se agota con la sentencia (de primer grado de jurisdicción). En verdad, la acción se agota con la última decisión tomada en el proceso.

En un sistema como el descrito, todo y cualquier litigante sabe que para consagrarse vencedor tendrá que recibir la decisión favorable del tribunal. En consecuencia, en principio sería posible admitir que poco importa, especialmente cuando las decisiones no tienen ejecución en la pendencia de los recursos, quién gana o pierde la causa en primer grado de jurisdicción. Pero es exactamente ahí donde el problema se torna visible. Nótese que la idea de que lo que importa es la decisión del tribunal es verdadera solo en parte. Ella es verdadera para las partes, pues estas solo tendrán una “decisión” —en el sentido de final y efectiva— en el tribunal. Falsa, sin embargo, para el Poder Judicial y delante de la propia lógica que estructura el sistema judicial.

El juez de primer grado tiene el poder para decidir y no para demorar un proyecto de decisión. Así, el sistema espera que en algunos casos, la parte vencida se conforme con la sentencia, tornando innecesaria la actuación del tribunal. Paralelamente, eso solo realmente ocurrirá cuando las partes sepan la decisión que será proferida por el tribunal. Tal situación acontecerá cuando hubiese un mínimo de estabilidad en la interpretación del derecho para generar previsibilidad a los litigantes, que así podrán decidir por la oportunidad de interposición del recurso. No habría lógica en la estructuración de un sistema contrapuesto por un juez y un tribunal si, en toda y cualquier demanda, las partes tuviesen que

necesariamente llegar al tribunal y, así, exigir más trabajo, tiempo y gastos financieros de la administración de justicia.

De modo que la lógica y la racionalidad del sistema estructurado sobre el juez y el tribunal exigen, inevitablemente, la formación de jurisprudencia estable y, todavía, el respeto por parte de los jueces inferiores. El respeto a los precedentes, en esta dimensión, se fundamenta apenas en la lógica del propio sistema judicial. Si la premisa aceptada fuese la de que los jueces inferiores pueden decidir cuestiones de derecho sin considerar los tribunales, habría grave disparate lógico en tener al tribunal como punto final del proceso, obligando a las partes a necesariamente llegar a este, con todas las enfermedades de ella derivadas.

Lógica semejante, pero sin duda más fuerte y fácil de ser percibida, sustenta la sumisión de las decisiones de los tribunales ordinarios a las decisiones del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal. Es sabido que cabe al Superior Tribunal de Justicia definir la interpretación de la ley federal —o infraconstitucional— y al Supremo Tribunal Federal establecer el significado de las normas constitucionales. El sistema afirma que la parte perjudicada por decisión del tribunal que interpretó la ley en desacuerdo con otros tribunales o con el Superior Tribunal de Justicia tiene el derecho de recurrir a este para hacer prevalecer su interpretación. Algo absolutamente similar ocurre cuando se abre oportunidad para que el Supremo Tribunal Federal defina o imponga el significado de la norma constitucional.

Ahora, sería un poco más que irracional admitir el procesamiento de una causa en tribunales que pudiesen decidir sin considerar las decisiones del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal¹²⁰. Inicialmente, eso significaría un

¹²⁰ Calmon de Passos percibió esa lógica. Al tratar la cuestión de la sùmula vinculante, advirtió que la fuerza vinculante de las decisiones de los tribunales superiores existe “*independientemente* de la previsión legal expresa y vinculan como derivación *necesaria del propio sistema y de su*

castigo a la parte que tiene razón ante el tribunal superior, pues la penalizaría con la necesidad de interposición de un recurso, con el consecuente consumo de tiempo y dinero para llegar a la decisión que, desde el inicio, se sabía —o al menos se presuponía— que prevalecería. Pero eso también generaría deslegitimación del propio Poder Judicial, en la medida en que haría ver no solo inexplicable conflicto interno en el seno del Poder Judicial, sino también expresaría inadmisibles falta de respeto a la jerarquía, base lógica de todo y cualquier sistema que se proponga funcionar razonablemente.

2.3.2 *El respeto a la jerarquía*

Realmente, no hay sistema que, estructurado en niveles, pueda desprestigiar el respeto a la jerarquía. Los tribunales superiores están en la cumbre de la organización sistémica del Poder Judicial, incumbiéndoles la profunda responsabilidad de “definir” —con todo el peso y gravedad— la debida interpretación de la ley federal y de la Constitución. Por lo tanto, sus decisiones deben ser respetadas cuando fuese necesario. De manera que, formada una cultura precedentalista en los tribunales superiores, no habrá cómo dejar de seguir los precedentes entonces fijados.

Sin embargo, todavía existe en las entrañas de la doctrina y de la vida de los operadores del derecho, la idea de que por no existir jerarquía entre los jueces, estos no deben respeto a las decisiones de los tribunales que están sobre ellos. En verdad, el equívoco se encuentra en el significado que se retira de la palabra jerarquía, mezclándose independencia y autonomía con inexistencia de respeto a las decisiones o, en esta dimensión, con insubordinación. Es evidente que cuando se habla en el sentido antes expuesto, en jerarquía, no se pretende negar la independencia y la autonomía

modo constitucional de operar” (PASSOS, J.J., “Calmon de. Súmula vinculante”. *Revista do TRF 1 R.*, 1997, vol. 9, p. 171).

de los jueces. Se pretende evidenciar que, por una razón lógica derivada de la función y del lugar de inserción conferidos a los tribunales por la Constitución Federal, la jerarquía justifica una incuestionable necesidad de respeto a las decisiones judiciales¹²¹.

2.3.3 La coherencia en la afirmación del orden normativo

Es indiscutible que un Estado de Derecho no puede expresar un orden jurídico destituido de coherencia. Aunque el fenómeno de la decodificación haya hecho surgir leyes especiales, destinadas a tutelar, de modo particular, determinadas situaciones sustanciales y posiciones sociales, ellas, obviamente, no pueden producir tratamiento diferenciado que fugue del principio de isonomía. Eso quiere decir que las normas no pueden ser incompatibles con el ordenamiento jurídico para que este tenga coherencia.

Paralelamente, o lo que importa en este momento, no es la expresión estática del derecho, esto es, las leyes, sino su expresión dinámica traducida por la boca de los jueces. Es interesante aludir a la idea de “boca de los jueces”, ya que Montesquieu hablaba de boca de los magistrados para registrar que de ella solo deberían salir las palabras constantes de las leyes¹²². El juez debería ser, solo

¹²¹ En relación a ese punto, el Tribunal Supremo español emitió una decisión bastante interesante, concluyendo que el juez inferior está obligado a respetar las decisiones establecidas en recurso de casación en virtud de la naturaleza y de la finalidad de este recurso, concebido en el interés de la ley y del principio de seguridad jurídica. Se trataba de un caso de responsabilidad patrimonial por error judicial en el que se preguntaba si existiría error judicial en la no observancia de la decisión establecida en recurso de casación. El Tribunal consideró que la eficacia vinculante, para los jueces y tribunales inferiores, deriva lógicamente de la propia finalidad del recurso de casación, concebido en el interés de la ley y de la preservación del principio de seguridad jurídica (TSE, Sala Tercera, Sentencia del 18.01.2005). Sobre la relación del recurso de casación con el principio de confianza, ver BLANCO, Federico Castillo. Ob. cit., p. 366 y ss.

¹²² MONTESQUIEU, Baron de. Ob. cit., p. 160; TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 280.

para la Revolución Francesa, la *bouche de la loi*, pues del Poder Judicial no podría venir cualquier otra cosa que no fuese la mera aplicación de la ley.

Cuando el juez habla solamente para pronunciar las palabras de la ley, el discurso del Poder Judicial es, indiscutiblemente, el discurso del Legislativo. En este ambiente, como es evidente, no hay cómo comprende la distinción entre norma del legislador y norma pronunciada por el juez. Ahí no se puede vislumbrar la idea de que la norma, comprendida como texto legal, siempre es considerada como hábil para permitir al intérprete formular otra norma o que el texto legal es siempre un significante capaz de permitir la extracción de uno o más significados.

Algo bastante diferente ocurre cuando se constata que la norma elaborada por el legislador es solo un texto legal o un dispositivo que, necesariamente, se transforma en otras cosas cuando, después de comprendido, tiene un significado expresado por el intérprete o por el juez. Tal significado, cuando es revelado mediante la afirmación del poder estatal, constituye una norma que exprime el derecho o torna audible la voz del juez, no más rebajada por la ley.

Por lo tanto, en el momento en el que el juez dejar de ser la boca de la ley o la boca de un ser inanimado —como quería Montesquieu¹²³— y pasa a ser la boca del derecho o la boca de alguien que confiere valor al derecho, queda claro que la producción normativa también deriva del Poder Judicial. El Poder Judicial se convierte en principal responsable por la coherencia del derecho,

¹²³ Recuérdese lo que dijo Montesquieu: "Podría suceder que la ley, que es al mismo tiempo clarividente y ciega, fuese en ciertos casos muy rigurosa. Sin embargo, los jueces de una nación no son, como decimos, más que la boca que pronuncia las sentencias de la ley, *seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*" (MONTESQUIEU, Barón de. Op. Cit., p. 160).

adviniendo de ahí la obviedad de que no hay Estado de Derecho sin un Poder Judicial establecedor de un derecho coherente.

Sin embargo, la coherencia del derecho afirmado por el Poder Judicial constituye un problema bastante diverso del de la coherencia del ordenamiento jurídico. Cada dispositivo legal es y apenas puede ser una única norma legal, debiendo siempre ser compatible con el ordenamiento jurídico restante, de modo que este sea coherente. Mientras tanto, una decisión no excluye otra o no la vuelve inválida. Como varias decisiones pueden afirmar el significado de un solo texto legal, el derecho producido por el Poder Judicial constituye un problema de coherencia y no de compatibilidad.

Las decisiones que atribuyen a un mismo texto legal diferentes significados, conviven naturalmente en los sistemas que no tienen precedentes con fuera obligatoria general. Por lo tanto, la cuestión que debe ser solucionada es la de si el derecho de los jueces, visto como discurso del Poder Judicial, guarda coherencia cuando es formado por decisiones que confieren significados dispares a una única norma legal¹²⁴.

No existe coherencia en un derecho que se expresa mediante decisiones que tratan casos iguales de manera desigual¹²⁵. En ver-

¹²⁴ MacCormick advierte que la falta de coherencia en lo que es el derecho envuelve una falta de sentido. “Un conjunto incoherente de normas puede ser tal que cada una pueda ser cumplida sin infringir cualquier otra e, incluso así, puede parecer no haber sentido en la constitución de un orden razonable de conducta — imagine una casa en la cual los habitantes deben dejar sus cuartos tan desordenados cuanto fuese posible los lunes, miércoles y viernes y entonces ordenarlos a la máxima perfección los martes, jueves y sábados, quedando el domingo como un día de descanso. Es posible tener y observar esas reglas de casa — ¿Pero cuál es el sentido?” (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law...*, cit., pp. 223-224).

¹²⁵ En el trabajo *Rationales for precedente*, Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski y Alfonso Ruiz Miguel afirman lo siguiente: “Una vez que (o en la medida en que) nosotros estamos aquí tratando de sociedades

caracterizadas por la fidelidad a la ideología y la práctica del orden legal 'racional' en el sentido propuesto por Max Weber (1967), podemos ciertamente decir que la coherencia en la interpretación de las disposiciones específicas sobre muchos casos y prácticas interpretativas que se destinan a garantizar una coherencia global del sistema jurídico, son absolutamente fundamentales para ellas. Coherencia en ambos sentidos es la propia esencia del orden jurídico racional, así como es crucial para la idea de un discurso legal racional. No es sorpresa que, en todos los sistemas legales estudiados, el valor de la coherencia de la ley es uno de los elementos clave en la comprensión de la lógica local para la práctica de tratar al precedente como vinculante en cualquiera que sea el sentido particular o sentidos localmente atribuidos a su impositividad (o generalmente, su fuerza normativa). Eso es comprensible como una razón independiente para el precedente, enraizado en la propia naturaleza de argumentación racional, esencial para el orden jurídico racional. En un punto de vista diferente, el papel unificador del precedente puede también ser visto simplemente como aspecto del carácter unitario del sistema legal de un Estado bien organizado, lo cual es papel principal para que las cortes lo sustenten. Coherencia legal, en conjunto con la uniformidad de la decisión, es realmente un valor reconocido en todos los lugares, servido por el respeto a la fuerza del argumento a partir del precedente, lo cual es función principal de las cortes, en su papel interpretativo, alcanzar. El valor de la uniformidad puede ser tomado como un desiderato técnico jurídico, así como la coherencia tal vez pueda ser considerada un aspecto de *elegantia juris*; pero ambos también concurren a la integridad global del Estado como garante de un sistema jurídico único" (En el original: "Given that (or so far as) we are here dealing with societies characterized by an adherence to the ideology and the practice of 'rational' legal order in the sense proposed by Max Weber (1967), we can indeed say that coherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practices aimed at securing an overall coherence of the legal system, are absolutely fundamental to them. Coherence in both senses is of the very essence of rational legal order, just as it is definitive for the idea of a rational legal discourse. It is not surprising that, in all the systems studied, the value of coherence of law is one key element in the locally understood rationale for the practice of treating precedent as binding in whatever is the particular sense or senses locally ascribed to its bindingness (or, more generally, its normative force). This is understandable as an independent rationale for precedent, rooted in the very character of the rational argumentation essential for rational legal order. From a different

dad, en el caso de decisiones que afirman significados distintos en relación a un mismo texto legal, no hay siquiera cómo pensar en derecho de los jueces o en discurso del Poder Judicial. Se desconoce el pensamiento y el discurso del Poder Judicial¹²⁶.

Nótese, a pesar de eso, que es extremadamente grave cuando se tiene conciencia de que el derecho es producido por el Poder Judicial y de que el Estado de Derecho depende de un derecho coherente¹²⁷. Como advierte Neil MacCormick, “en un Estado

point of view, the unifying role of precedent can also be seen as simply an aspect of the unitary character of the legal system of a well-ordered state, one which it is the particular role of courts to sustain. Legal coherence, together with uniformity of decision, is indeed an everywhere acknowledged value served by respect for the force of argument from precedent, and one which it is the particular function of courts in their interpretative role to achieve. The value of uniformity can be deemed a technical-legal desideratum, just as coherence may be considered an aspect of *elegantia juris*; but both also go to overall integrity of the state as guarantor of a single legal system”) (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 487).

¹²⁶ “Una práctica de seguir los precedentes contribuye en mayor medida para a coherencia e inteligibilidad en el derecho de lo que los ejercicios de poder *ad hoc* y desprovistos de patrón. La coherencia y la inteligibilidad son deseables por dos motivos: ellas tornan el derecho más ‘acompañable’ (*followable*) y también más susceptible a la evaluación racional y a la crítica” (SUMMERS, Robert S. Ob. cit., p. 383).

¹²⁷ Ocurrida la celebración del décimo aniversario del Superior Tribunal de Justicia, su principal idealizador, el jurista Miguel Reale, profirió una conferencia que se volvió célebre. En esta ocasión al tocar la cuestión de la “súmula vinculante”, confesó: “No puedo dejar de hacer una referencia a un tema que hace mucho tiempo me fascina, es la institución por el Supremo Tribunal Federal antes y por esta Alta Corte, después, de la súmula, del derecho sumular, que vino a representar una recepción creadora del *Common Law* para completar el ordenamiento jurídico brasileiro. Yo soy un convencido adepto del ‘poder sumular’ teniendo al respecto algunas ideas personales. Es incontestable y legítima, a mi ver, la competencia atribuida al Supremo Tribunal Federal y a esta Alta Corte para sumular las decisiones fundamentales, aquellas directrices básicas sobre las cuales no descansan dudas, bien como la de exigir que ellas sean obedecidas

moderno, con muchos jueces y muchas rortes y una jerarquía estructurada de recursos, las mismas reglas y soluciones deben orientar la decisión independiente del juez del caso. Fidelidad al Estado de Derecho requiere que se evite cualquier variación frívola en el patrón decisorio de un juez o corte para otro"¹²⁸. En esa línea, Earl Maltz, en un ensayo publicado en la *North Carolina Law Review*, puntualiza que uno de los valores más importantes del sistema político americano es el de que los principios que orientan a la sociedad deben constituir "reglas de Derecho" y no simples opiniones de algunos hombres que, temporalmente, ocupan relevantes cargos en el Poder¹²⁹.

por los jueces inferiores. Se alega que, con eso, habría el riesgo de enyesar la doctrina y la jurisprudencia, pero todo está en comprender lo que se entiende por sùmula. La sùmula, para mí, tiene la función específica de marcar el horizonte de la juridicidad. Mediante la sùmula, se puede saber en determinado momento, cuál es la línea de vigencia y de la eficacia de las normas jurídicas determinadas por la tarea jurisdiccional, por la operación jurisdiccional. Es claro que, como en todas las formas del horizonte, su línea retrocede a la medida en que el proceso de la doctrina avanza. De ahí mi entendimiento de que debería haber una actualización de las sùmulas, en función de los hechos, valores y reglas supervinientes, toda vez que ninguna norma jurídica puede ser interpretada aisladamente, sino en el contexto unitario del ordenamiento (). Entiendo que, también, las sùmulas del Superior Tribunal de Justicia no son sùmulas abstractas establecidas para siempre y es este el miedo de mi clase, la clase de los abogados, cuando insiste en la lucha contra la sùmula vinculante. Yo soy favorable a la sùmula vinculante *tanto en el Supremo Tribunal Federal como en esta Alta Corte, no solo por motivos de orden pragmático, o sea, para atender la mera economía de medios, sino también porque el Derecho tiene "horizontes de juridicidad" que son comunes e imperativos a todos los grados de jurisdicción sin lo que la experiencia jurídica de un pueblo perdería su sentido unitario de la comprensión de lo justo*" (REALE, Miguel. Conferencia proferida el 7 de abril de 1999. *Superior Tribunal de Justicia — Eventos conmemorativos (1998-1999)*. Brasilia, 1999, p. 94-96).

¹²⁸ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law...*, cit., p. 178.

¹²⁹ "One of the most widely shared values in the American political system in that principles governing society should be 'rules of law and not merely

2.4 Control del poder del juez. Garantía de imparcialidad

Se afirma, en la generalidad de los sistemas del *Civil Law*, que la fundamentación es imprescindible para otorgar a las partes la garantía de imparcialidad del juez. Se argumenta, todavía, que la fundamentación, además de servir a las partes, importa a todos los jurisdicionados interesados en la legitimidad de las decisiones judiciales, especialmente de aquellas que tienen mayor repercusión ante la sociedad. La fundamentación, en este sentido, se presta para que el juez pueda demostrar su imparcialidad, bien como para conferir legitimación al ejercicio del poder jurisdiccional.

Todo eso revela una sorprendente ingenuidad. Razonando siempre en torno de cuestiones de derecho, hay que preguntarse: ¿Será que la fundamentación, por sí sola, otorga alguna garantía a las partes? La fundamentación, en tal perspectiva, ¿puede dar legitimación al ejercicio del poder jurisdiccional? O mejor aún, en un sistema en que las cuestiones de derecho pueden ser decididas sin algún respeto al pasado¹³⁰, ¿Hay propósito en entender que la fundamentación es capaz de garantizar la imparcialidad del juez y conferir legitimación a la jurisdicción?

La justificación de determinada interpretación o solución de una cuestión jurídica, en caso no precise llevar en cuenta lo que ya fue decidido, no significa en ningún término una garantía de imparcialidad. Ahora, si un juez, Cámara o grupo pueden decidir casos iguales de forma diferente o atribuir significados diferentes

the opinions of a small group of men who temporarily occupy high office". (MALTZ, Earl. Ob. cit., p. 371).

¹³⁰ "Si usted debe tartar igualmente casos iguales y diferentemente casos distintos, entonces nuevos casos que tengan semejanzas relevantes con decisiones anteriores deben (*prima facie*, por lo menos) ser decididos de manera igual o análoga a los casos pasados. Conectada a esa razón está la idea de un sistema jurídico imparcial que hace la misma justicia a todos, independientemente de quiénes fueron las partes del caso y de quién se está juzgando" (ídem).

a una misma norma, es evidente que no hay cómo garantizar la imparcialidad.

En verdad, al permitir decisiones dispares a los casos iguales, el sistema estimula el arbitrio y la parcialidad. Si el juez puede atribuir significados distintos a la misma norma, el juez parcial está libre para decidir de la forma que le conviniese, basta con justificar sus opciones arbitrarias. No obstante, cuando está sujeto a su pasado, esto es, a lo que ya decidió, el juez no puede, aunque desee, ser parcial o arbitrario. Le queda prohibido decidir casos iguales según el rostro de las partes. Recuérdese que MacCormick, en *Rethoric and the rule of law*, enfatiza la relación entre la necesidad de dar tratamiento igual a los casos similares y el principio de imparcialidad. Según el recién fallecido teórico escocés, cuya producción jurídica tuvo gran impacto en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica, deriva del principio *treat like cases alike*, la “idea de un sistema jurídico imparcial que hace la misma justicia para todos, independientemente de quiénes fueren las partes del caso y de quién está juzgando”.

Para que la parte pueda tener garantía contra la parcialidad, poco importa la fundamentación. Esta apenas puede constituir garantía de imparcialidad cuando está relacionada al deber del juez de mantener coherencia con lo que ya decidió. Para tener garantía, no basta obligar al juez justificar sus decisiones —hay que impedirle decidir de forma arbitraria, lo que significa impedirlo de decidir casos iguales de forma diferente. La parte tendrá la garantía de imparcialidad si el juez fuere prohibido de negar su pasado; no obstante, poco se tendrá si al juez le fuere impuesto solo el deber de fundamentación, abriéndose para él la oportunidad de justificar toda y cualquier decisión.

Percíbese que con la prohibición de negación de las decisiones pasadas, se garantiza la racionalidad de la función jurisdiccional y no solamente la racionalidad interna de la decisión. La imparcialidad del juez, en otras palabras, no puede ser garantizada por

la racionalidad interna de las decisiones, sino, solo mediante la racionalidad del modo como el juez ejerce el poder jurisdiccional.

Eso es importante especialmente en los tribunales, donde se supone que la alternancia de la composición de las Cámaras o colegiados puede legitimar decisiones variadas a casos similares. Aunque la diversidad de decisiones, en esta hipótesis, no sea señal de parcialidad, la prohibición de decisiones diferentes, aunque sean emitidas por composiciones diversas del mismo órgano juzgador, es indispensable para garantizar la imparcialidad.

De otro lado, poco dice, en términos de legitimación del ejercicio del poder, la fundamentación de las decisiones. Como fue demostrado en el ítem precedente, las decisiones, para que puedan expresar un Estado de Derecho, deben guardar coherencia mostrando lo que realmente el derecho es para el poder incumbido en afirmarlo.

Justificativas diversas para atribuciones de diversos significados a una misma norma jurídica, muy lejos de poder legitimar el ejercicio de la jurisdicción, exclaman un poder incapaz de responder a su propia razón de ser, que es la de, atribuyendo significado, hacer valer el ordenamiento jurídico de modo uniforme y coherente.

Además, la ciencia de que el precedente guiará las decisiones futuras da al juez mayor responsabilidad al afirmarlo. En esta perspectiva, importa la manera cómo el precedente podrá ser utilizado y manipulado, especialmente por las partes. Para evitar injusticias futuras, el juez debe reflejar sobre las repercusiones del precedente, lo que, evidentemente, le atribuye mayor responsabilidad al decidir. Todavía, la necesidad de cautela en relación al futuro hace que el juez quede inhibido de tratar el caso que en el presente le es sometido, de forma arbitrariamente diferenciada. En ese sentido, el respeto a los precedentes también colabora para la garantía de la imparcialidad¹³¹.

¹³¹ La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia SU 047/99, advirtió la importancia del respeto a los precedentes en el sistema colombiano: El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordena-

2.5 Posibilidad de orientación jurídica

Al desarrollar la cuestión del acceso a la justicia, la doctrina del *Civil Law* afirmó la importancia del derecho a la información jurídica, argumentando ser indispensable orientar a los ciudadanos acerca de sus derechos, inclusive para estos poder requerir tutela jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción¹³².

La idea es importante para la elaboración de un cuadro de derecho procesal marcado por el respeto a la democracia, pero, así como la fundamentación en relación a la imparcialidad es insuficiente para proporcionar lo que se desea para tener un mínimo

mientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos” (COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia, SU 047/99. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>. Accedido el 15 de nov. del 2009).

¹³² V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 1988, pp. 166-179.

de factibilidad. Eso porque la orientación jurídica, depende, fundamentalmente, de la orientación de lo que los tribunales piensan.

El mayor responsable por la orientación jurídica es el abogado¹³³. En todas las democracias cabe a la clase de abogados la pesada y grave responsabilidad de orientar a los ciudadanos acerca de sus derechos. Es espantoso percibir, mientras pasa eso, que los abogados brasileiros no tienen cómo orientar a sus clientes acerca de los derechos. No les es posible orientarlos acerca de lo que deben esperar al tomar determinada postura delante de una situación jurídica o de un conflicto, exactamente por nada poder decir, con algún grado de confianza, sobre la posición del Poder Judicial.

El conocimiento de la legislación y de la doctrina, aunque sean importantes, no permite al abogado pasar al ciudadano las informaciones que él realmente necesita saber para decidir sobre la oportunidad de realizar un negocio, incrementar su actividad o tomar cualquier otra decisión con repercusión jurídica. Ahora, el ciudadano necesita saber —obviamente que con determinado grado de previsibilidad— lo que debe esperar del Poder Judicial.

El lego, cuando comparece a un estudio de abogados, tiene dificultad en creer que, delante de la situación jurídica que le interesa, el Poder Judicial ya tomo y continúa tomando decisiones completamente dispares y contradictorias. En un primer momento llega a desconfiar, suponiendo que no está hablando con alguien adecuadamente preparado para informarlo. El abogado, así, antes de pasar al cliente la inútil información de que existen varias orientaciones sobre la cuestión, tiene que hacerse creer, demostrando que el Poder Judicial, en virtud del sistema del cual hace parte, puede decidir casos iguales de manera desigual —algo, sin duda, difícil de ser explicado.

Sin embargo, en un sistema que respeta los precedentes, la orientación jurídica se torna efectivamente factible. Los abogados

¹³³ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 8 y ss.

tienen cómo cumplir su papel, que deja de ser el de simplemente arriesgar —aunque con costosa y convincente argumentación— la obtención de una decisión que entre las varias que puedan ser dadas, favorezca a su cliente. En esta dimensión, los abogados pueden dar a sus clientes una previsibilidad acerca de una situación jurídica dada o de un posible litigio. En suma: para que los abogados puedan adecuadamente ejercer sus funciones y para que los ciudadanos puedan realmente ser orientados acerca de sus derechos, el Poder Judicial debe ser confiable, o mejor, sus decisiones deben ser previsibles.

2.6 Definición de expectativas

Es cierto que siempre existe un margen de incertidumbre entre los beneficios de una actividad de negocio en relación a otros. Sin embargo, ese margen de incertidumbre puede ser mayor o menor, más o menos profundo. Es innegable, no obstante, que la imprevisibilidad de las decisiones judiciales es un elemento que colabora para la extensión de ese margen de incertidumbre, variando su profundidad en la medida de la mayor o menor intensidad de la imprevisibilidad¹³⁴.

Cuando se dice que la previsibilidad en relación a las decisiones judiciales permite al empresario trazar planos y estrategias para sus negocios o de su empresa, se deja de esclarecer que el beneficio generado por esa previsibilidad solo disminuye el margen de incertidumbre. No obstante, aunque sea así, hay que admitir que la previsibilidad de las decisiones judiciales limita la inseguridad, disminuyendo la posibilidad de frustraciones y de pérdidas económicas¹³⁵.

¹³⁴ V. KAPLOW, Louis. "An economic analysis of legal institutions". *Harvard Law Review*, n. 99, 1986, pp. 509-617.

¹³⁵ "Las economías de costo asociado a un sistema del *stare decisis* sobrepasan los gastos derivados del litigio. Mayor seguridad no solo desincentiva los litigios, sino también permite un planteamiento más eficiente con base en

Hay, en consecuencia, una racionalización de expectativas, a colaborar, en una dimensión colectiva, con racionalización del propio mercado y con la optimización de economía¹³⁶. Cuando el

los precedentes. Nuevamente, compárense los efectos del actual sistema del *stare decisis*, que establece algunos obstáculos a la autoreversión de la Suprema Corte a un régimen de mayor libertad discrecional. El sistema actual reduce el grado de agitación en el cuerpo del precedente de la Corte, permitiendo así, que 'las ramas políticas y el pueblo' planeen más eficientemente con bases en reglas conocidas. Un sistema más discrecional, en comparación, haría el planeamiento y los recursos más onerosos y menos eficientes" (En el original: "The cost savings associated with a system of *stare decisis* extend beyond those incurred in litigation. Increased certainty not only discourages litigation; it also enables more efficient planning in reliance on precedent. Again, compare the effects of the current system of *stare decisis*, which establishes some barriers to self-reversal by the Supreme Court, to a more freely discretionary regime. The current system reduces the degree of upheaval in the Court's body of precedent, thus enabling 'the political branches and the people' more efficiently to 'plan against the background of known rules'. A more discretionary system, by comparison, would make planning and reliance more costly and less efficient") (LEE, Thomas R. "Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent". *North Carolina Law Review*, n. 78, 2000, p. 652).

¹³⁶ Tratando de la necesidad de la observancia obligatoria de la jurisprudencia de los tribunales superiores en un Estado de Derecho, resaltó el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España, Francisco José Hernando, en discurso en ocasión de la solemnidad de la inauguración del año judicial 2005-2006: "En realidad, si arduo resulta explorar los costes indirectos generales de un sistema de Justicia imperfecto, más aún lo será deslindar la participación que tiene en esos mismos costes la relativa incerteza derivada de las resoluciones contradictorias. Sí puedo referirme globalmente a los informes confeccionados por el Banco Mundial, en los que se ha expresado que la presencia de un sistema judicial imperfecto constituye un serio obstáculo para el florecimiento de la actividad económica. Por otra parte, aunque también resulte incuantificable en sus consecuencias precisas, es notorio que los *ratings* elaborados por instituciones financieras u otras entidades internacionales, en los que se evalúa la solidez económica e institucional de los distintos países, y desde luego la Justicia, tienen una

empresario define o racionaliza expectativas, deja de hacer gastos para asegurar pérdidas antes vistas como posibles. La racionalización de las expectativas, implicando racionalización de ganancias y pérdidas, da al empresario mayor objetividad y seguridad en la disponibilización de recursos, eliminando la necesidad de gastos innecesarios y favoreciendo los gastos realmente oportunos para incrementar sus negocios, con beneficios para el mercado y para la economía¹³⁷.

Mientras eso sucede, definir expectativas no es importante solo para la economía de mercado, sino también, para la esfera de cada uno y para la armonía de la vida en sociedad. La ciencia de cómo los tribunales deciden es importante para que las personas puedan estabilizar sus vidas y, especialmente, para que los conflictos puedan ser prontamente disipados a partir de una simple intervención de los abogados. La estabilidad personal y la disolución de los conflictos con la mera consulta al derecho, esto es, las decisiones de los tribunales, es fuente propicia para la armonía de la vida social.

2.7 Desestímulo al litigio

No hay duda de que la preocupación por la cuestión del acceso a la justicia no debe llevar al estímulo de la litigancia. No cabe confundir acceso a la justicia con facilidad de litigar. La proposición de una acción tiene profundas implicancias de orden personal y económico, debiendo constituir una opción hecha a partir de

influencia evidente en las decisiones inversoras precedentes del exterior" (HERNANDO, Francisco José. Jurisprudencia vinculante: una necesidad del estado de derecho. *Revista de Economía y Derecho*, vol. 3, n. 10, 2006, pp. 80-81).

¹³⁷ BLUME, Lawrence E.; RUBINFELD, Daniel L. The dynamics of the legal process. *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 405-419; KAPLOW, Louis. Ob. cit., p. 543 y ss.; FISCH, Jill E. "Retroactivity and legal change: an equilibrium approach". *Harvard Law Review*, vol. 110, 1997, pp. 1090-1091.

un proceso de reflexión, en el que sean considerados, de modo racional, los pros y contras que puedan advenir de la instauración del proceso judicial.

Recuérdese, por ejemplo, que la proposición de una acción, además de intensificar el estado de litigiosidad, lo extiende en el tiempo mientras dura el proceso. La perpetuación de litigiosidad es fuente de angustias y sufrimientos de orden psicológico, causando males personales de difícil dimensionamiento. Por otra parte, la indefinición de la situación jurídica, causada por la pendencia del proceso, puede impedir a la parte dar regular continuidad a sus proyectos, inhibiendo la evolución de sus actividades.

La previsibilidad de las decisiones judiciales ciertamente disuade la proposición de demandas¹³⁸. Cuando la parte que se juzga perjudicada tiene conocimiento de que el Poder Judicial no

¹³⁸ “Un sistema que mejora la estabilidad del cuerpo de precedentes de la Corte desestimula los gastos en litigios que se destinan a perturbarlo. Por otro lado, un régimen altamente discrecional señalaría una mayor recepción a la argumentación dirigida a la revocación del precedente, incentivando así el aumento de los gastos destinados a la revocación de las decisiones anteriores. Fundamentalmente, las reglas del *stare decisis* aumentan el nivel de estabilidad y certeza en el derecho, disminuyendo así el incentivo a la litigiosidad en todos los niveles del sistema judicial. La idea de que la incertidumbre estimula la acción judicial no es exactamente nueva. La visión presentada aquí es simplemente que una regla del *stare decisis* aumenta la seguridad y, por lo tanto, reduce el incentivo a la litigiosidad” (En el original: “A system that enhances the stability of the Court’s body of precedent discourages expenditures on litigation aimed at disrupting it. Conversely, a more highly discretionary regime would signal a greater receptiveness to arguments directed at overruling precedent, thus encouraging increased expenditures directed at overruling previous decisions. More fundamentally, rules of *stare decisis* enhance the level of stability and certainty in the law, thereby decreasing the incentive for litigation at all levels of the judicial system. The notion that uncertainty promotes litigation is hardly a new one. The insight offered here is simply that a rule of *stare decisis* increases certainty and thus reduces the incentive for litigation”) (LEE, Thomas R. Ob. cit., p. 652).

ampara su pretensión, esta ciertamente no gastará tiempo y dinero en busca de una tutela jurisdiccional que, de antemano, sabe que le será desfavorable. Pero, cuando al abogado no le resta otra alternativa a no ser informar a su cliente de que, en lo que dice respecto a su problema, el Poder Judicial ya decidió y ha decidido de varias formas, la parte queda con la viva impresión de que debe proponer la demanda, arriesgando obtener una tutela favorable. Al final, si un juez o una Cámara o colegiado pueden dar éxito a la causa, entre otras que pueden darle un resultado desfavorable, vale la pena correr con los costos y con la demora del proceso. El autor de la acción es obligado a pensar con la lógica de un apostador, transformando al distribuidor de justicia en especie de ruleta, cuyo último soplo determinará la suerte del litigio. Hay nítida posibilidad de que el Poder Judicial sea visto como una casa de loterías, en la que existen apuestas convenientes, incluso pagándose un alto precio.

En verdad, el costo de esa lotería es más alto para el Estado. Al no corresponder a la expectativa de confianza del ciudadano, en virtud de la indefinición de solución jurisdiccional al caso, el Poder Judicial queda obligado a correr con todos los costos de las varias demandas que se aventuran a la “suerte judicial”. Delante de ese cúmulo, sin propósito de servicio, la administración de justicia genera más gastos, se torna burocrática, lenta y, sobre todo, destituida de capacidad para conferir adecuada atención a los conflictos¹³⁹.

Curioso es, mientras acontece eso, no percibir la importancia de la previsibilidad en un sistema que demuestra tanta preocupación con el crecimiento del número de procesos y con la consecuente y creciente pérdida de capacidad del Poder Judicial

¹³⁹ Ver POSNER, Richard A. “Judicial behavior and performance: an economic approach”. *Florida State University Law Review*, vol. 32, 2005, p. 1259; SHAVELL, Steven. “Suit and settlement vs. trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs”. *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 55 y ss.

para que forma adecuada y tempestiva, dé solución a los litigios. Ahora, si el Poder Judicial está embebido de trabajo, si los tribunales no vencen el número cada vez mayor de recursos, nada más acertado que inhibir demandas innecesarias en relación a las cuales se pueda, desde luego, prever el resultado.

2.8 Favorecimiento de acuerdos

Como ya fue posible percibir, la previsibilidad de las decisiones también favorece los acuerdos¹⁴⁰. Eso ocurre porque, para llegar al acuerdo, las partes deben estar en la situación en la que sus ventajas y desventajas puedan ser claramente conocidas y objetivamente negociadas.

Es cierto que la previsibilidad de la decisión a ser dada al litigio, a primera vista, beneficia a una parte en detrimento de la otra. O sea, es posible pensar que la parte en cuyo favor el precedente milita, puede ser estimulada a litigar. Mientras tanto, la previsibilidad permite a las dos partes la racionalización de las ventajas y desventajas de la litigiosidad. Naturalmente, la parte cuya pretensión está de acuerdo con el precedente tiene ventaja sobre la otra, ya que en contra de su favor operan solo la demora y

¹⁴⁰ “Cualquiera que pueda ser el problema específico de las políticas individuales donde dadas decisiones son instrumentalmente eficaces, la práctica de respetar los precedentes, una vez que haya sido establecida, debe incluir al menos lo siguiente: () 2. Eficiencia en el interés de partes privadas, que puede ser alcanzada de forma más confiable la resolución extrajudicial de puntos en disputa si consideraran el derecho como bien decidido e improbable de ser perturbado” (En el original: “Whatever may be the problem-specific individual policies towards which given decisions are instrumentally effective, the practice of respecting precedents once they have been laid down include at least the following: () 2. efficiency in the interest of private parties, who can more reliably reach out-of-court settlements of points in dispute if they regard the law as clearly decided and unlikely to be upset”) (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 490).

los costos del proceso. No obstante, la parte que sabe que probablemente tendrá una decisión contraria, se sentirá propensa a evitar el litigio, ofreciendo ventajas que sean capaces de desestimular a su oponente de proponer la acción. Eso quiere decir, precisamente, que la previsibilidad acomoda la situación de conflicto, desestimulando ambos litigantes de contender y favoreciendo los acuerdos.

Anótese que el acuerdo, además de evitar los prejuicios derivados de la indefinición de la situación litigiosa y de reducir el número de demandas —colaborando con la racionalización del servicio del Poder Judicial—, permite la real eliminación de la desavenencia, una vez que, por el diálogo, da a las partes la oportunidad de restaurar la confianza y establecer perspectiva de relación futura, estable e incluso fructífera.

2.9 Despersonalización de las demandas. Mayor facilidad de aceptación de la decisión

Hay casos en los que la tutela jurisdiccional no se agota con la sentencia, sin embargo, depende de actos voluntarios del demandado o de los medios ejecutivos capaces de presionar al cumplimiento o a la realización de lo que debería haber sido hecho por el demandado. En esas hipótesis, existen sentencias no autosuficientes o no satisfactivas, en contraposición a las sentencias autosuficientes o satisfactivas, consideradas como sentencias hábiles por sí solas, para prestar la tutela jurisdiccional del derecho. Entre las primeras están la sentencia condenatoria, mandamental y ejecutiva; entre las últimas, la sentencia declaratoria y constitutiva.

Las sentencias no satisfactivas, por poder ser voluntariamente cumplidas, tienen mayor efectividad cuando encuentran al reo predispuesto a observarlas. Especialmente en esas situaciones, es importante que el demandado salga del proceso convencido de que no tenía razón o, al menos, de que el proceso se desarrolló de modo a demostrar que la razón era del demandante. Ahí la fun-

damentación ejerce importante papel, prestándose a evidenciar la justicia o la racionalidad de la decisión.

Se pretende demostrar con eso que las decisiones pueden ser más o menos asimilables o aceptables por el vencido. Como es obvio, la aceptabilidad de la decisión también tiene relevancia en los casos de las sentencias satisfactivas y de improcedencia (declaratoria negativa). Para la armonía de la convivencia social y la plena afirmación del poder estatal, es importante que el vencido no se rebele contra las decisiones judiciales, importando poco si no necesitan ser cumplidas.

Decisiones diferentes tomadas en casos iguales tienen grande dificultad de imponerse o, mejor dicho, de ser aceptadas por las partes vencidas¹⁴¹. En realidad, la contradicción expresada en decidir casos iguales de manera diferente es suficiente para que el vencido desconfíe de la justicia o de la racionalidad de la decisión. Aquel que obtiene decisión desfavorable cuando, en un caso

¹⁴¹ John Paul Stevens, *Justice* desde 1975 y hoy miembro más antiguo de la Corte Suprema Americana, apunta que “la adherencia a la doctrina del *stare decisis* también aumenta la reputación de los jueces y hace que el fruto de su trabajo sea más aceptable al gran público. Una norma que ordene a los jueces a decidir casos iguales de la misma forma, aumenta la posibilidad de que los jueces de hecho administrarán justicia imparcialmente y que ellos serán vistos actuando de esta manera. Esta percepción, que obviamente aumenta la fuerza institucional del Poder Judicial, es de la mayor importancia teniendo en vista su efecto estabilizador en la conducción privada de relaciones económicas y en el sistema general del gobierno” (En el original: “Adherence to the doctrine of *stare decisis* also enhances the reputation of judges and makes their work product more acceptable to the community at large. For a rule that orders judges to decide like cases in the same way increases the likelihood that judges will in fact administer justice impartially and that they will be perceived to be doing so. This perception, which obviously enhances the institutional strength of the judiciary, is of greatest importance because of its stabilizing effect on the private ordering of economic relationships and on the entire system of government”) (STEVENS, John Paul. “The life span of a judge-made rule”. *New York University Law Review*, vol. 58, rev. 1, abr. 1983, p. 1-21).

idéntico, otro recibe una decisión favorable, tiene buenos motivos para rebelarse o para dejar de creer en el Poder Judicial.

Cuando los casos iguales son decididos de forma diferente, la decisión es relacionada con el juez que la pronunció o con las partes del proceso en que fue proferida. Así, en determinado sentido, las decisiones acaban siendo personalizadas, lo que dificulta la credibilidad en el poder. De modo que el respeto a los precedentes constituye importante factor para la despersonalización de las demandas y, por lo tanto, para la aceptabilidad de las decisiones y la afirmación del poder estatal¹⁴².

2.10 Racionalización del doble grado de jurisdicción

Cuando las cortes inferiores no están obligadas a respetar las decisiones de los tribunales superiores, la parte que ante el tribunal superior tiene razón, puede ser obligada a recurrir apenas para hacer valer la orientación que se sabía que, desde el inicio, iría a definir el litigio.

En ese caso, como es obvio, además de agravarse innecesariamente la carga de ese trabajo del tribunal —en total desatención con la eficiencia y la economía de la administración de justicia—, se perjudica irracionalmente no solo a la parte cuyo derecho ya fue reconocido por el Poder Judicial, sino, lo que es todavía peor, también a la parte que se comportó de acuerdo con la orientación del tribunal superior y en ella depositó su expectativa.

¹⁴² “La práctica de seguir los precedentes despersonaliza las decisiones y así torna más probable que las partes derrotadas se adherirán a la decisión sin que la parte vencedora necesite recurrir a medidas coercitivas. Los derrotados percibirán que la decisión no es meramente ‘contra’ ellos, *ad hoc*, sino ‘contra todos los demás en situación semejante’ (En el original: “The practice of following precedent depersonalizes decisions and thus renders it more likely that losing parties will adhere to the decision without the winning party having to resort to coercive measures. Losers will see that the decision is not merely ‘against’ them, *ad hoc*, but ‘against all others similarly situated’”) (SUMMERS, Robert S. Ob. cit., p. 382).

Ahora, si la decisión del tribunal superior previamente fija el resultado de la demanda, en la medida en que el proceso puede terminar en tal tribunal dependiendo exclusivamente de la interposición del recurso, no hay cómo admitir que el tribunal inferior pueda decidir de forma diferente.

Una decisión divergente apenas tendría efectos prácticos concretos en caso la parte vencida en el tribunal inferior dejase, por lapsus o equívoco, de interponer el recurso. A la par de eso, como es evidente, razonar con tal hipótesis sería elaborar una lógica contraria al sistema y a la tutela del derecho material.

De otra parte, no se piense que la obligatoriedad de respeto a las decisiones de los tribunales superiores tornará a los precedentes de los tribunales superiores no susceptibles de revocación. Respetar precedentes no significa convertirlos en inmutables. Al contrario, la idea del respeto a los precedentes trae consigo la posibilidad de revocación. El precedente debe ser modificado delante de la alteración de valores y de circunstancias, derivadas de la evolución de la sociedad y del avance de la tecnología, así como cuando se constata, a partir de una robusta fundamentación, que este se fundamentó en un equívoco.

De esa forma, la admisibilidad de un recurso, de cara a la decisión que respetó el precedente, no es imposible, aunque lo sea —y deba ser— evidentemente excepcional. Nada impide que se llegue al tribunal superior a partir de una fundamentación reveladora de la nueva realidad o de nueva convicción jurídica acerca de determinada cuestión, postulándose la revocación del precedente.

2.11 Contribución a la duración razonable del proceso

Uno de los *Leitmotiv* recurrentes en la historia del proceso es su duración¹⁴³. El tiempo necesario para la emisión de la decisión final, aunque no adecuadamente teorizado, siempre fue visto como

¹⁴³ CARPI, Federico. Ob. cit., p. 11.

algo que intuitivamente trae perjuicio a las partes, especialmente a la parte que, de cara al litigio, no está con el bien o con el patrimonio en disputa en sus manos.

La EC 45-2004 insertó en el art. 5 de la CF el inciso LXXVIII, definiendo el derecho fundamental a la duración razonable del proceso. La norma no confiere apenas una tutela jurisdiccional tempestiva al autor, sino también garantiza, igualmente, el derecho a la duración razonable del proceso al reo y a la sociedad.

El derecho del reo, más que exigir prestaciones positivas del Estado, tiene la configuración de derecho de defensa, constituyendo garantía del ciudadano, precisamente una garantía de que no será sometido al poder estatal por más tiempo del necesario.

De otra parte, la sociedad igualmente tiene el derecho de ver los procesos desarrollados en tiempo razonable. Piénsese, en esa línea, en las acciones destinadas a la tutela de la cosa pública¹⁴⁴ y la tutela de los derechos transindividuales¹⁴⁵, así como las acciones de improbidad y en los procesos penal y electoral.

El respeto a los precedentes constituye excelente respuesta a la necesidad de dar efectividad al derecho fundamental a la duración razonable del proceso, privilegiando al demandante, demandado y a los ciudadanos en general. Si los tribunales inferiores están obligados a decidir de acuerdo con los tribunales superiores, siendo el recurso admisible solo en hipótesis excepcionalísimas, la parte no tiene que necesariamente llegar a la corte superior para hacer valer su derecho, dejando de ser perjudicada por la demora y también de consumir tiempo y trabajo de la administración de justicia.

De otro lado, si el demandado puede tener su esfera jurídica afectada en el curso del proceso, pero existe un precedente que le garantice que la resolución del mérito se dará a su favor, impide la propia concesión de tutela de naturaleza temporal y,

¹⁴⁴ Acción popular.

¹⁴⁵ Acción colectiva.

cuando fuera eventualmente concedida, se evita su perpetuación en el tiempo¹⁴⁶.

Además, la importancia del respeto a los precedentes, contribuyendo a la optimización del uso del proceso y del dispendio de tiempo, favorece la credibilidad de la sociedad en el Poder Judicial.

2.12 Economía de los gastos

El respeto a los precedentes vuelve innecesaria la interposición del recurso, eliminando los gastos financieros derivadas de este y el gasto del tiempo inherente a su procesamiento.

Nótese que eso favorece a la propia parte cuyo derecho no es reconocido en el precedente, pues de nada sirve obtener una decisión favorable que sabidamente será reformada. La eventual ejecución de la decisión ciertamente la obligaría a retornar la situación al estado anterior o a indemnizar daños y perjuicios trayéndole apenas costos y dificultades y a la administración de justicia, no solo más trabajo, sino, peor que eso, dispendio de esfuerzos inútiles pues serían destinados a hacer y deshacer la ejecución provisoria.

¹⁴⁶ Además del derecho a la tempestividad de la tutela jurisdiccional y del derecho al plazo adecuado, es necesario aislar el derecho del litigante a no ser sometido al proceso, especialmente a actos procesales que interfieran en su esfera jurídica, por tiempo superior al necesario. Algunos actos jurisdiccionales como el que concede tutela cautelar, restringen la esfera jurídica de la parte antes de la solución definitiva del litigio. Como la tutela cautelar restringe el derecho del demandado con base en un juicio de verosimilitud y por ese motivo es esencialmente provisoria, sus efectos no pueden perdurar más allá del tiempo necesario para la protección de la seguridad. La manutención de la tutela cautelar, además del tiempo necesario al alcance de aquello que fue presupuesto en el momento de su concesión, configura violación indisfranzable al derecho a la duración razonable. Lo mismo se puede decir en relación a la persistencia en el tiempo de la tutela anticipatoria y de todas las liminares.

Aunque la economía de dinero y tiempo pueda tener poca importancia al considerarse el caso individualmente, su significado surge con intensidad cuando es vista como beneficio proporcionado por el sistema de distribución de justicia a sus usuarios. El respeto a los precedentes torna el uso del sistema judicial más barato, viniendo al encuentro de los objetivos perseguidos por la democratización del acceso a la justicia y por la realización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 5., XXXV, CF).

Además de esto, es necesario percibir que el proceso, a partir del instante en que su desarrollo se torna irracional, pasa a tener un costo sin propósito para el Estado¹⁴⁷. La pendencia de procesos que, por una cuestión lógica, ya deberían haber sido encerrados, innecesariamente envuelve jueces, funcionarios y la propia estructura del sistema, como predios, equipamientos, material, etc., lo que no solo conviene el acceso a la justicia más caro, sino también obliga al Estado a ejercer una función que, a pesar de ser indispensable, podría tener costos mejor optimizados, dándole la posibilidad de distribuir más eficientemente los gastos, destinándolos para otras funciones igualmente relevantes¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Recuerdan Rafael Bielsa y Eduardo Graña que la "la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado —hace ya algunos años— que la demora no solo perjudica al afectado, sino que también dificulta la administración de justicia en sí misma, ya que no se posterga únicamente la rectificación del daño o la reivindicación de la persona injustamente acusada, sino que —además— se colman de causas los tribunales, se aumentan los costos para todos los litigantes, se obliga a los jueces a simplificar, y se interfiere con la pronta decisión de aquellos litigios en los que todas las partes muestran la debida diligencia y preparación para el juicio, viéndose todo el proceso recargado por la falta de organización y de solución a los problemas" (BIELSA, Rafael A.; GRAÑA, Eduardo R. "El tiempo y el proceso". *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, vol. 55, 1994, pp. 185-229).

¹⁴⁸ V. KORNHAUSER, A. "An economic perspective on *stare decisis*". *Chicago-Kent Law Review*, n. 65, 1989, p. 63-92; HEINER, Ronald A. "Imperfect

2.13 Mayor eficiencia del Poder Judicial

Los ítems que precedieron, tratando de la relación del respeto a los precedentes con la duración razonable del proceso y con la economía de gastos, lógicamente apuntan a una mayor eficiencia del Poder Judicial. Si, al respetar precedentes, el sistema torna el proceso más célebre y barato, no hay duda que el Poder Judicial se presenta más eficiente.

La importancia de que el Poder Judicial ejerza sus funciones sin grandes costos y de forma oportuna posee gran relevancia. Es conocido que el costo y la lentitud del proceso siempre fueron obstáculos al acceso a la justicia. No siempre todos pueden enfrentar sus gastos y soportar su demora. Se llegó a recordar, incluso, que la persona con menor condición financiera no tiene fuerza para soportar la lentitud del proceso y que, normalmente, no puede, sin daño grave, convivir con una justicia morosa. La demora es proporcionalmente más grave a quien tiene menos dinero¹⁴⁹.

En tal condición, el Poder Judicial presenta un déficit de democracia. Eso quiere decir que no se puede admitir un sistema judicial con un volumen de trabajo desproporcional y destituido de racionalidad, en la medida en que la falta de optimización del sistema genera insuficiencia¹⁵⁰; exactamente lo que se debe evitar para tener un proceso marcado por el valor de la democracia.

decisions and the law: on the evolution of legal precedent and rules". *Journal of Legal Studies*, n. 15, 1986, pp. 227-261.

¹⁴⁹ V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas...*, cit., ítem 2.4; CAPPELLETTI, Mauro. "El proceso como fenómeno social de masa". *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974. pp. 133-134; CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954. p. 146.

¹⁵⁰ "En la ausencia de una regla de respeto a la autoridad superior, la carga de trabajo del Poder Judicial se tornaría casi insoportable. Las cortes inferiores no podrían ni siquiera aplicar las reglas y normas a los casos factualmente complejos presentados ante ellos, si los principios norteadores del derecho estuviesen siempre abiertos a la reconsideración.

El respeto a los precedentes es imprescindible para la atribución de racionalidad al sistema, haciendo que el desarrollo del proceso inmediatamente cese cuando la definición del caso dependiera del análisis de cuestión de derecho definida por el tribunal superior. En esa perspectiva, el respeto a los precedentes constituye elemento garante de la eficiencia y de la legitimidad democrática del Poder Judicial.

3. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS PRECEDENTES

3.1 Obstáculo al desarrollo del derecho y al surgimiento de decisiones adecuadas a las nuevas realidades sociales

En un análisis apresurado sería posible suponer que la fuerza obligatoria del precedente judicial impediría el desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia, tornando al derecho inmovilizado a pesar del transcurrir del tiempo. Es claro que tal suposición parte de la premisa de que el precedente, una vez fijado, no puede ser alterado.

No obstante, ni siquiera en la cuna del *Common Law*, en la que la fuerza de los precedentes un día llegó a ser absoluta, se insiste en la inmutabilidad de los precedentes. Recuérdese que por un largo periodo de tiempo (1886-1966), en Inglaterra, la *House of*

En ese sentido, el *stare decisis* facilita la conservación de los 'recursos judicializantes' (*adjudicative resources*) al nivel del tribunal inferior, permitiendo que ellos solucionen 'más casos de lo que podrían' sin esa regla" (En el original: "Absent a rule of deference to higher authority, the judiciary's workload would become almost unbearable. Lower courts could hardly go about the business of applying the rules and standards applicable to the factually complex cases before them if the governing principles of law were always open to reconsideration. In this sense, *stare decisis* facilitates the conservation of 'adjudicative resources' at the lower-court level by permitting courts to 'resolve more cases' than they could without such a rule") (LEE, Thomas R. Ob. cit., p. 651).

Lords entendió estar irremediablemente obligada a respetar las decisiones pasadas¹⁵¹. En 1886, cuando del juzgamiento de *London Tramways v. London County Council*, la Cámara dejó claro que jamás podría dejar de observar sus propios precedentes. Este precedente pasó a ser visto, por así decir, como una “inmunidad” contra el *overruling*¹⁵². Nótese que, en *London Tramways*, la Corte subrayó que no podría tomar en cuenta los fundamentos para reconsiderar sus precedentes, importando poco el valor del contenido de tales fundamentos¹⁵³. La orientación era de que, no obstante el surgimiento de nuevos valores y hechos, los precedentes no podrían ser alterados. No relevaba la circunstancia de la propia *House* estar convencida de que la reafirmación de determinado precedente configuraría injusticia.

Más de la mitad del siglo pasado fue necesario recorrer para que la Cámara de los Lords pueda afirmar lo contrario, o sea, que los precedentes deberían ser revocados delante de la transformación de la sociedad. El célebre *Practice Statement* de 1966 afirmó que la *House of Lords*¹⁵⁴ podría pasar a contraria sus propios precedentes cuando eso le pareciese correcto (*depart from a previous decisión when it appears right to do so*), habiendo sido anotado, en su justificación, que los *Lordships* “reconocen que una adherencia muy rígida a los precedentes puede llevar a la injusticia en un caso concreto y también restringir excesivamente el debido desarrollo del derecho”¹⁵⁵.

¹⁵¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 5.

¹⁵² DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 125.

¹⁵³ EVANS, Jim. Ob. cit., p. 58.

¹⁵⁴ Recuérdese que la *House of Lords* fue recientemente “substituida” por la *Supreme Court of the United Kingdom* que asumió sus funciones judiciales. La *Supreme Court of the United Kingdom* fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, the *United Kingdom Constitutional Reform Act 2005*), habiendo iniciado sus actividades el 1 de Octubre del 2009.

¹⁵⁵ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 126.

Con eso, como es obvio, los precedentes de la Cámara no dejaron de ser vinculantes. El objetivo del *Practice Statement* de 1966 fue el de apenas dar a la Corte la posibilidad de revocar sus precedentes, sin dejar de subrayar, como fue visto, el motivo por el cual así se estaba disponiendo: evitar la “injusticia en un caso concreto” y la excesiva restricción al “debido desarrollo del derecho”¹⁵⁶.

Es interesante percibir, por lo tanto, que la preocupación de que la fuerza obligatoria de los precedentes pueda impedir el desarrollo del derecho, llevándolo a la falta de progreso de la doctrina y de la jurisprudencia, encuentra respuesta en un acto del poder inglés de más de cuarenta años. En los días que corren, la *House of Lords*¹⁵⁷, en la misma línea de otras Cortes del *Common Law*, está plenamente autorizada a revocar sus precedentes, aunque no venga utilizando este poder ni deba utilizarlo con frecuencia en el futuro¹⁵⁸.

Mientras eso sucede, si hoy es incontestable el poder de la Cámara de poder revocar sus precedentes para atender a las nuevas realidades y a las necesidades del desarrollo del derecho, en los Estados Unidos eso siempre fue visto como algo normal, incluso como algo necesario para el adecuado funcionamiento de la “justicia”.

La Suprema Corte americana ha revocado con gran frecuencia sus precedentes. Y eso, por varias razones. Los jueces de la Suprema Corte usualmente presentan más de una razón para revocar

¹⁵⁶ De acuerdo con MacCormick, este cambio permitió que fuesen eliminados los peores efectos del *stare decisis*, tornando a los precedentes pasibles de reconsideración (MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* Cit., p. 198).

¹⁵⁷ Reitérese que la House of Lords fue recientemente “substituida” por la Supreme Court of the United Kingdom que asumió sus funciones judiciales.

¹⁵⁸ V. DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 128.

un precedente, aunque utilicen algunos fundamentos más que los otros. Las justificaciones más comunes son inconsistencia con los últimos precedentes y un caso equivocadamente decidido. Con menor frecuencia, se argumenta que con impracticabilidad (*unworkability*) y alteración de circunstancias¹⁵⁹.

Recuérdese, en abono a la ancestral admisión de revocación de precedentes en el derecho estadounidense, las palabras de Benjamin Cardozo, hace casi un siglo, insculpidas en el célebre *Nature of the judicial process*. En esta obra, precisamente en su cuarta conferencia titulada "Adherence to precedent" —The subconscious element in the judicial process", argumenta el gran jurista americano: "Estoy dispuesto a admitir que la regla de vinculación del precedente, aunque no deba ser abolida, debe ser, hasta cierto punto, relajada. Pienso que, cuando una norma, después de haber sido debidamente probada por la experiencia, se revela incompatible con el sentido de justicia o con el bienestar social, debería haber menor hesitación en admitirlo y revocarse totalmente. Tuvimos que hacer eso en el campo del derecho constitucional. Tal vez debamos hacerlo con mayor frecuencia en los campos del derecho privado, donde las consideraciones de orden social no son tan fuertes y apremiantes. Debería haber mayor disposición a abandonarse una postura insustentable cuando no sea posible suponer, de modo plausible, que la regla a ser descartada determinará la conducta de los litigantes, particularmente cuando ella fuese, en su origen, producto de instituciones o de condiciones que ganaron nuevo significado o desarrollo con el pasar de los años. En tales circunstancias, las palabras del juez Wheeler, en *Dwy vs. Connecticut Co.*, 89 Conn. 74,99, exprimen el tono y la disposición de espíritu con que se debe enfrentar los problemas: 'Tal corte sirve mejor al Derecho que reconoce que las reglas de Derecho que se desarrollaron en una generación remota, en la

¹⁵⁹ GERHARDT, Michael. Ob. cit., p. 19.

completud de la experiencia pueden ser vistas como perjudiciales a otra generación; que descarta la antigua norma cuando verifica que otra regla de Derecho representa mejor aquello que debe ser, de acuerdo con lo que está establecido sentado por el juzgamiento de la sociedad; y que no concede derecho adquirido relevante basado en una norma antigua. Fue así que los grandes autores que escribieron sobre el *Common Law* descubrieron la fuente y el método de su desarrollo y en su desarrollo encontraron la salud y la vitalidad del Derecho. Este no es ni debe ser estacionario. La mudanza de ese atributo no debe quedar a cargo del Legislativo'. Si los jueces intencionalmente interpretan mal los usos y costumbres (*mores*) de su época, o si estos ya no corresponden a los nuestros, ellos no deben atar de manos a sus antecesores, forzándolos a una impotente sumisión"¹⁶⁰.

Como está claro, la preocupación por el estancamiento del desarrollo del derecho, por la perpetuación de los errores e injusticias y por la insensibilidad en relación al surgimiento de nuevos valores y hechos, siempre estuvo presente en el derecho estadounidense. No solo la doctrina, sino, también en procesos ya centenarios de las cortes americanas, no dejaron escapar la necesidad de permitirse la revocación de los precedentes —obviamente que en casos excepcionales y con la debida justificativa.

Resáltese que los precedentes, en un sistema que se funda en su respeto, solamente pueden ser revocados excepcionalmente, cuando el desarrollo de la doctrina demuestra que el precedente está, *indiscutiblemente*, equivocado o cuando surgen nuevos valores o nuevas circunstancias fácticas —como aquellas derivadas de la evolución tecnológica— que *imponen su redefinición*. Es claro que los precedentes no pueden ser revocados solo porque la corte no aprecia sus fundamentos o entiendo que otros serían más apropiados o incluso supone que tales fundamentos no son

¹⁶⁰ CARDOZO, Benjamin N. Ob. cit., pp. 150-152.

adecuados o válidos¹⁶¹. Para la revocación de un precedente, la evolución de la doctrina debe haber llegado a una etapa en la que el fundamento que la anclaba no sea más sustentable en los tribunales. De lo contrario, no habría sentido de hablarse de fuerza obligatoria de los precedentes y en estabilidad y seguridad por ellos proporcionados¹⁶².

¹⁶¹ “La razón más obvia para revocar un precedente es que el tribunal inferior que lo creó haya cometido un error. Pero la revocación tiende a ser un asunto más delicado cuando un tribunal está próximo a ponderar una decisión propia o de un tribunal de igual autoridad. En estas circunstancias, el tribunal (cuyo precedente se revocará) —admitiéndose que el tribunal pueda revocarlo— deseará, como mínimo, ser convencido de que el precedente impugnado es obviamente equivocado” (En el original: “The most obvious reason for overruling a precedent is that the inferior court which created it made a mistake. But overruling tends to be a more delicate matter when a court is considering a decision of its own or of a court of equal authority. In these circumstances, the overruling court —assuming the court has the capacity to overrule— will at the very least want to be convinced that the impugned precedent is clearly wrong”) (DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 118).

¹⁶² Atiéndase, en este sentido, para lo que Eisenberg llama de “*basic overruling principle*”: “El primer principio que nordea la revocación es el que sigue: una doctrina debe ser revocada (i) si ella falla sustancialmente en la satisfacción de los patrones de congruencia social y consistencia sistémica y (ii) si los valores que embasan el patrón de estabilidad doctrinaria y el principio del *stare decisis* —los valores de imparcialidad (*evenhandedness*), protección de la confianza justificada (*justified reliance*), prevención de sorpresa injusta (*unfair surprise*), contradictorio (*replicability*) y manutención (*support*)— no fueren más atendidos por la preservación de la doctrina de lo que su revocación. Se llama a esto principio básico de revocación (*basic overruling principle*)” (En el original: “The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of *stare decisis* — the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support — would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling. Call this the basic overruling principle”) (EISENBERG, Melvin. Ob. cit., pp. 104-105).

Tanto los precedentes, por así decir, constitutivos —que crean una regla a partir del derecho consuetudinario— cuanto los precedentes interpretativos —que fijan la interpretación de las normas legales— pueden ser revocados. No obstante, nótese bien: el precedente solo puede ser revocado por el tribunal que lo estableció o por un tribunal superior. El juez inferior, sometido a la fuerza del precedente, obviamente no puede revocarlo. La estabilidad inherente al precedente solo puede ser quebrada por el tribunal que le dio origen o por el tribunal que le es superior.

En el derecho brasileiro, una vez afirmada una cultura precedentalista, la revocación de los precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Supremo Tribunal de Justicia, le cabrá, respectivamente, a cada uno de estos tribunales. Y eso será imprescindible al tenerse fuertes y convincentes fundamentos de la inviabilidad de la perpetuación del precedente de cara a la mutación de la realidad o de los valores sociales, o todavía, de la etapa en la que se encuentre la doctrina.

De tal suerte, como es evidente, las normas creadas por el Poder Judicial, lejos de estar petrificadas o eternizadas, estarán en constante adaptación a los nuevos tiempos y a la evolución de la dogmática y de las teorías jurídicas. Ahora, si el precedente sirve para definir el horizonte de la juricidad¹⁶³, sin el cual el ejercicio de la jurisdicción no tendría como ser coherente, no hay cómo dejar de ver que el desarrollo de la doctrina puede interferir sobre la línea del horizonte, pudiendo hacerla retroceder. En otras palabras: la ausencia de precedente con fuerza obligatoria torna imposible la coherencia de las decisiones judiciales —y así, del derecho—, pero la evolución de la doctrina puede demostrar que el precedente, cuya fuerza daba coherencia al sistema y al derecho, debe ser revocado para permitir la constitución de una coherencia capaz de reflejar el nuevo o, en otros términos, un horizonte redefinido.

¹⁶³ REALE, Miguel. Ob. cit., p. 95.

De modo que respetar los precedentes no significa absolutizar la estabilidad y la certeza de la jurisprudencia.

3.2 Obstáculo a la realización de la isonomía sustancial

La fuerza obligatoria de los precedentes podría ser vista, además, como factor equalizador de situaciones desiguales. En ese sentido, la necesidad de respeto a los precedentes impediría el tratamiento diferenciado de situaciones que, por su falta de semejanza, no podrían ser tratadas de manera uniforme.

Sucede que respetar los precedentes no redundo —ni jamás redundó— en una obligación de aplicarlos sin reflexión alguna. Por el contrario, no hay cómo mirar solo para uno de los lados de los efectos provocados por la utilización de los precedentes. No es posible considerar los beneficios generados por el respeto a los precedentes, como la previsibilidad y la estabilidad, sin considerar los perjuicios derivados de su inadecuada utilización.

Los precedentes, así como las leyes, deben ser racionalmente utilizados¹⁶⁴. No pueden ser vistos solo en abstracto, como si fuesen modelos adaptables a toda y cualquier situación concreta, sino como normas que deben tomar en cuenta las particularidades de cada situación litigiosa.

¹⁶⁴ Un bien del raciocinio jurídico, abierto y articulado sobre sus planos de argumentación y producido mediante el “peso” y el equilibrio de razones y contrarrazones delante del dominio público, muestra no existir un paradigma deductivo que ofrezca certeza absoluta capaz de certificar la incontestable validez de cada decisión producida en los tribunales. Pero también permite acreditar que, entre los extremos de certeza absoluta y de arbitrariedad total, hay un abanico de decisiones viables, genuinamente guiadas por principios, reglas y precedentes que admiten certeza tolerable y previsibilidad y que confieren real sustancia —sin embargo no un peso absoluto— al ideal o voluntad de un ideal de igualdad en el derecho y en el Estado de Derecho. V. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alonso Ruiz. Ob. cit., p. 495.

En esa perspectiva, es conocida la técnica del *distinguished*, impuesta por la teoría de la comprensión y de la utilización de los precedentes en el ámbito del *Common Law*¹⁶⁵. Básicamente, *distinguishing* es lo que los jueces del *Common Law* hacen cuando realizan la distinción entre un caso y otro. Por tanto, como es obvio, es necesario entender el precedente, separando su *ratio decidendi* de todo aquello que en este es *obiter dicta*. Hacen parte de la *ratio decidendi* los hechos materialmente relevantes para la decisión, mientras los hechos irrelevantes son considerados *obiter dicta*. Es posible afirmar, también, que la *ratio decidendi* expresa la tesis jurídica que califica la decisión, siendo todas las demás consideraciones jurídicas, no imprescindibles a la toma de la decisión, *obiter dicta*.

Así, en principio, el juez estará delante de otro caso o al depararse con hechos diversos de aquellos que impusieron la definición de la interpretación jurídica individualizada en el precedente. Se habla en principio, porque para la aceptación de que el caso no es susceptible al precedente, no basta que los hechos sean simplemente diferentes, siendo importante que los hechos en la lógica de la tesis jurídica fijada en el precedente, no sean idóneos a provocar la aplicación de la misma tesis jurídica. Cuando los hechos, a pesar de diferentes, no pueden fugarse a la aplicación del precedente, hay un caso similar o incluso sustancialmente igual¹⁶⁶. Recuérdese que

¹⁶⁵ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 113 y ss.; MALTZ, Earl. Ob. cit., p. 367 y ss.; PECZENIK, Aleksander. "The binding force of precedent". In: MACCOR-MICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 461 y ss.; GOODHART, Arthur. "Determining the *ratio decidendi* of a case". *Essays in jurisprudence and the Common Law*. Cambridge: University Press, 1931. p. 1 y ss.

¹⁶⁶ Davyd Lions, al discurrir sobre el tema de la justicia formal en el interior de los precedentes, hace el siguiente análisis: "Juzgamientos morales, al contrario de meras reacciones viscerales que pueden ser expresadas en palabras, presuponen algunos patrones generales (*general standards*). Eso se da porque un juzgamiento es predicativo de la idea de que hechos

los casos similares y no perfectamente iguales —si es que estos existen—, deben ser tratados igualmente. Casos sustancialmente desiguales obviamente no deben ser tratados de modo uniforme.

Por lo tanto, no hay propósito en pensar que el respeto a los precedentes puede generar injusticia, en virtud de la imposibilidad de la desconsideración de las peculiaridades de una posición o situación jurídica dada. En realidad, en un sistema en el que se respeta los precedentes, a ningún juez le es dada la posibilidad de aplicarlos a casos que tienen particularidades que los tornan distintos, a repeler tratamiento igualitario o uniforme. No hay distinción entre aplicar mal los precedentes y aplicar mal las normas legales. Las dos situaciones generan injusticias. Ahora, la igualdad formal delante de la ley puede coexistir con una fuerte desigualdad de tratamiento. Finalmente, aplicar la misma ley a situaciones

relevantes del caso basan el juzgamiento de alguien sobre este. Pero creer que ciertos hechos son relevantes de una cierta manera en caso dado es creer que los mismos hechos son relevantes de la misma manera en otros casos, manteniéndose las mismas características. No se hace necesario ser capaz de articular los propios patrones. Lo importante es que, al hacer un juzgamiento, la persona esté comprometida con la idea de que este puede ser fundamentado, de alguna forma, en los hechos y eso la compromete a la concepción de que tales hechos son, de la misma manera, relevantes en casos similares, siendo las similitudes relevantes determinadas por los patrones por ella definidos” (En el original: *Moral judgments, as opposed to mere visceral reactions that can be expressed in words, presuppose some general standards. That is because a judgment is predicated on the idea that relevant facts in the case ground one’s judgment of it. But to believe that certain facts are relevant in a certain way in one case is to believe that the same facts are relevant in the same way in other cases, other things being equal. One need not be able to articulate one’s standards on demand. The point is that in making a judgment one is committed to the idea that it can be grounded in some way on the facts, and this commits one to the view that such facts are similarly relevant in similar cases, the relevant similarities being determined by the standards that one applies*) (LYONS, David. “Formal justice and judicial precedent”. *Vanderbilt Law Review*, vol. 38, abr. 1985, pp. 495-512).

desiguales es lo mismo que aplicar un mismo precedente a casos sustancialmente distintos.

Lo mismo ocurre cuando se piensa que la uniformidad en la aplicación del derecho es contraria a la necesidad de respuesta adecuada a la variabilidad de las condiciones y de las actitudes sociopolíticas de determinado local. Siendo otras las condiciones de un local, para demostrar la irracionalidad de la aplicación de la tesis jurídica a los hechos y circunstancias que le son peculiares, no hay cómo aplicar el precedente.

Nótese, así, que todo se resuelve cuando se percibe que el precedente no tiene solo valor formal, sino también, valor sustancial. Al aplicar el precedente, incumbe al juez jamás olvidar su importancia sustancial¹⁶⁷.

3.3 Violación al principio de separación de poderes

Considerándose la clásica función atribuida a la jurisdicción en el *Civil Law*, sería posible afirmar que una decisión, incluso

¹⁶⁷ En su relatorio en su conocida coletanea de artículos *Interpreting precedents*, dicen Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski y Alfonso Ruiz Miguel: "Pero, en los sistemas examinados, la cuestión está lejos de ser si el precedente debe ser incuestionablemente vinculante; es una cuestión intrincada y debatida cuándo y en qué medida existe suficiente razón apta para alterar un precedente de influencia relevante para un precedente establecido, al mismo tiempo en que se permite el apartamiento del precedente, o incluso su revocación, cuando el caso se haya tornado lo bastante fuerte para cancelar las pretensiones de los valores formales que apoyan la adherencia al precedente" (En el original: "But, in the systems under review, the issue is nowhere whether precedent should be indefeasibly binding; everywhere, it is a difficult and discussed question when and how far sufficient reason exists to disturb or vary settled precedent weight to established precedent while allowing departure from precedent, or even overruling of it, when the case has become strong enough to cancel the claims of the formal values supporting adherence to precedent") (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 492).

advenida de la corte superior, no puede tener fuerza para obligar al propio Poder Judicial. Se diría que cabe al juez apenas aplicar las normas generales a los casos concretos; nunca editar una norma que pueda tener eficacia general sobre los miembros del Poder Judicial.

La cuestión es realmente importante. No hay cómo examinarla a partir de la doctrina del *Common Law*. En el *Civil Law*, el tema fue ampliamente debatido en Portugal en vista del conocido instituto de los asientos¹⁶⁸, de peculiar complejidad, conforme reconoció su mayor estudioso, Castanheira Neves, en el libro que se tornó clásico¹⁶⁹. El Tribunal Constitucional portugués le dio profundo

¹⁶⁸ “Con los *assentos* que nuestros Supremos Tribunales, funcionando en tribunal pleno, pueden emitir para resolver un ‘conflicto de jurisprudencia’ —y que se ven en traducir la conversión de la doctrina o posición jurídica, por el que el tribunal decida la solución de ese conflicto, en una prescripción normativa, ‘con fuerza obligatoria general’— nos ofrece nuestro derecho un instituto jurídico original y difícilmente comprensible” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto jurídico dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, pp. 1-2).

¹⁶⁹ “Nuestro pensamiento jurídico ha presentado efectivamente en los *assentos* un instituto perturbadoramente problemático, como desde luego lo comprueba el tipo de atención e incluso la preocupación de quien ha sido objeto y que no puede decirse común a la generalidad de los institutos jurídicos que, como este, presentan una naturaleza de simple instrumento técnico dirigido a la resolución de un problema estrictamente jurídico. Basta decir que, para además del extenso debate que suscitó en sus trabajos legislativos de su institución definitiva y de particular consideración que nunca dejó de merecer la preparación de todas las reformas de nuestro derecho procesal, desde 1926 y para incrementar todavía los numerosos estudios doctrinarios que lo tuvieron como tema, ya sea en reflexión crítica, en análisis simplemente dogmático, fueron inclusivamente los *assentos* convocados a las instituciones políticas, al ocuparse la Asamblea Nacional expresamente de ellos con la presentación y la discusión de un aviso previo en 1951. Con lo que se puede decir que fueron proyectados a un plano que sobrepasa el dominio solo técnico-jurídico, denunciándose, tal vez

tratamiento. Así, no hay cómo dejar de analizar la jurisprudencia constitucional portuguesa en ese aspecto.

Es conocido, en la doctrina que respecta a los asientos, la sentencia de vista 810-93, del Tribunal Constitucional del que fuera relator el Consejero Monteiro Diniz. Se trata de una sentencia que merece ser analizada de forma minuciosa.

En recurso al Tribunal Constitucional, se sustentó que la aplicación del asiento del 3 de julio de 1984, hecha por la sentencia de vista recurrida, debería reputarse inadmisibile, ya que este no constituiría fuente de derecho conforme el antiguo (en vigor en dicha época) art. 115., n. 5¹⁷⁰, de la Constitución Portuguesa, cuya doctrina, según el recurrente, representaría un corolario del principio de la separación de poderes.

La sentencia de vista recurrida, al aplicar el asiento, se fundó en el art. 2. (Revocado por el Dec.-ley 329-A-95) del Código Civil portugués, que disponía así: "En los casos declarados en la ley, los tribunales pueden fijar, por medio de asientos, doctrina con *fuera obligatoria general*". El recurso alegó la inconstitucionalidad de esta norma, argumentando que ella violaría el referido art. 115, n. 5 de la Constitución. He aquí lo que disponía el art. 115, n. 1 y 5: "Art. 115 (Actos normativos) 1 — Son actos legislativos las leyes, los decretos leyes y los decretos legislativos regionales; 5 — Ninguna ley puede crear otras categorías de actos legislativos o

así, que al final el instituto tiene que ver con algo más de lo que con el simple juridismo de la especializada dogmática de los juristas y que antes, en este, van implicados valores jurídicos fundamentales. solo que, no obstante todo eso, creemos no ser temerario reafirmar que el verdadero sentido de los *assentos* continúa por esclarecer puntos decisivos, una vez que nuestro pensamiento jurídico, dirigiéndoseles en términos hesitantes, cuando no incluso con objetivos contradictorios y, sobre todo, sin la actitud metodológicamente más adecuada, no logró todavía comprender su exacta naturaleza y significado, los cuales en verdad se le escaparon" (ídem, p. 22-25).

¹⁷⁰ Ver art. 115, n. 5 de la Constitución de la República Portuguesa.

conferir actos de otra naturaleza o poder de, con eficacia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender o revocar cualquiera de sus preceptos”¹⁷¹.

Así, en virtud de este recurso, cabe al Tribunal Constitucional apreciar y decidir, concretamente, si los asientos, tal como en tal época se configuraban en el ordenamiento jurídico portugués, disponían de legitimidad constitucional.

En su fundamentación, la sentencia de vista del Tribunal Constitucional registró la doctrina de Canotilho y Vital Moreira, en el sentido de que “se contiene en la norma del art. 115 dos sentidos primordiales: (a) la aprobación del principio de tipicidad de actos legislativos y consecuente prohibición de actos legislativos apócrifos o concomitantes, con la misma fuerza y valor de la ley; (b) la idea de que las leyes no pueden autorizar que su propia interpretación, integración, modificación, suspensión o revocación sea afectada por otro acto que no sea otra ley”¹⁷². Advirtió la sentencia ser “evidente que la prohibición de actos no legislativos de interpretación o integración de las leyes no excluye todos los actos interpretativos o integradores con eficacia externa. La administración y los tribunales no pueden dejar de interpretar e integrar las leyes cuando las aplican. *Lo que se pretende prohibir es la interpretación (o integración) auténtica de las leyes a través de actos normativos no legislativos, sea de naturaleza administrativa (reglamentos), sea de naturaleza jurisdiccional (sentencias)*”¹⁷³. Posteriormente, la sentencia de vista que recordó Canotilho y Vital concluyeron que es de ahí que “*deriva, entre otras cosas, la inconstitucionalidad de los asientos en relación a las normas legales, porque, independientemente de su caracterización dogmática como*

¹⁷¹ Ver art. 115, n. 1 y 5 de la Constitución de la República Portuguesa.

¹⁷² PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Decisión 810-93, rel. Const. Monteiro Diniz; j. 07.12.1993. Disponible en: www.tribunalconstitucional.com.pt/tc/acordaos

¹⁷³ Ídem.

legislatio auténtica de la ley, de forma vinculadora para terceros; ellos siempre estarían por naturaleza excluidos en materia de reserva de ley, pues ahí solo la ley puede establecer normas”¹⁷⁴.

Líneas adelante, la sentencia de vista concluyó así: “Ya se observó que la génesis de la colisión constitucional de la norma del art. 2 del Código Civil radica en el hecho de que los asientos se irrogan el derecho de interpretación o integración auténtica de la ley, con fuerza obligatoria general, asumiendo así la naturaleza de los actos no legislativos de interpretación o integración de las leyes. La disposición genérica contenida en aquella norma relativa a la fuerza vinculante general de los asientos estuvo en el origen de la eliminación del n. 2 del art. 769 del Código de Proceso Civil de 1961, que, en una línea de continuidad del art. 768 del Código de Proceso Civil de 1939, prescribía que la doctrina asentada por la sentencia de vista que resolviese el conflicto de jurisprudencia sería ‘obligatoria para todos los tribunales’. Y de este modo, la disputa que se venía ubicando sobre el valor jurídico a atribuir a los asientos a partir de aquel precepto (el único que contemplaba tal materia) —para unos, los asientos apenas vincularían a los tribunales jerárquicamente subordinados a aquel que hubiese emitido, mientras que, para otros, disponían de una vinculación normativa idéntica a la de las normas generales del sistema jurídico— vino a ser expresamente resuelta a través de la consagración del entendimiento doctrinal que perfilaba la eficacia general e incondicionada de los asientos, esto es, la vinculación normativa general propia de las fuentes de derecho. Por otro lado, como también ya se refirió, el Código de Proceso Civil de 1961 suprimió la posibilidad de modificación de los asientos constantes en el art. 769 del Código de 1939, posibilidad ya contemplada en el art. 66 del Decreto 12.353 que, por su vez, recibiera inspiración en el Decreto 4.620 la consagración de un sistema así, rígido e inmutable, además de anquilosar

¹⁷⁴ Ídem.

e impedir la evolución de la jurisprudencia, necesariamente dictada por el devenir del derecho y de su adecuada realización histórico-concreta, contraría manifiestamente el sentido más auténtico de la función jurisprudencial. *Ahora, tanto la eficacia jurídica universal atribuida a la doctrina de los asientos, como su carácter de inmutabilidad, no solo se presentan como atributos anómalos relativamente a la forma inicial de su institución en 1939, sino también, se configuran como formas de caracterización inadecuada de un instituto que busca la unidad del derecho y la seguridad del orden jurídico. Y parece poder afirmarse que, desprovista de esta caracterización, esto es, sin fuerza vinculante general y sujeta, en principio, a la contradicción de las partes y a la modificación por el propio tribunal de ella emitente, aquella doctrina perderá la naturaleza de acto normativo de interpretación e integración auténtica de la ley.* Desde que la doctrina establecida en el asiento solo obligue a los jueces y a los tribunales dependientes jerárquicamente subordinados a aquel que haya emitido y ya no los tribunales de otras órdenes ni la comunidad en general, deja de disponer de fuerza obligatoria general, lo que representa, en el entendimiento de Marcello Caetano, la pérdida automática del valor propio de los actos legislativos (cf. *ob.loc.cit.*).

En efecto, desde que el Supremo Tribunal de Justicia, en la secuencia de recurso interpuesto por las partes, disponga de competencia para proceder a la revisión de los asientos —y no cabe a este Tribunal pronunciarse sobre los presupuestos y amplitud del esquema procesal a seguir en orden a la concretización de ese objetivo—, la eficacia interna de los asientos, restringiéndose al plano específico de los tribunales integrados en el orden de los tribunales judiciales de que el Supremo Tribunal de Justicia es el órgano superior de la respectiva jerarquía, *perderá el carácter normativo para situarse en el plano de la mera eficacia jurisdiccional y revestir la naturaleza de simple 'jurisprudencia calificada'*. Y siendo así, la norma del art. 2 del Código Civil, entendida como significado que los tribunales pueden fijar, por medio de los asientos, *'doctrina obligatoria'* para los tribunales integrados en el orden del

tribunal emitente, susceptible de venir a ser alterada por este, dejará de entrar en conflicto con la norma del art. 115, n. 5 de la Constitución. Es así que, con tal sentido, el asiento no representa un acto normativo no legislativo capaz de, con eficacia externa, hacer interpretación auténtica de las leyes”¹⁷⁵.

Como está absolutamente claro en la fundamentación de la sentencia de vista del Tribunal Constitucional portugués, se entendió que la inconstitucionalidad de la norma del art. 2 (revocado por el Dec.-Ley 329-A-95) del Código Civil —que daba a los tribunales el poder de fijar, por medio de asientos, “doctrina con fuerza obligatoria general”— estaría “tanto en la eficacia jurídica *universal* atribuida a la doctrina de los asientos, como en su carácter de *inmutabilidad*”. Advirtió expresamente la sentencia de vista que, “sin fuerza vinculante general y sujeta, en principio, a la contradicción de las partes y a la modificación por el tribunal de ella emitente, aquella doctrina perderá la naturaleza de acto normativo de interpretación e integración auténtica de ley”¹⁷⁶. Posterior a la fundamentación, definió la sentencia, en su parte dispositiva, ser “inconstitucional la norma del art. 2 del Código Civil en la parte en que atribuye a los tribunales competencia para fijar la doctrina con fuerza obligatoria general, por violación a lo dispuesto en el art. 115, n. 5, de la Constitución”¹⁷⁷.

Ahora, los precedentes no tienen fuerza obligatoria general y pueden ser revocados —exactamente para poder caminar dentro de la evolución del ordenamiento jurídico, en atención a la modificación de los hechos, de los valores, de las normas y de la evolución de la doctrina. Eso significa que las premisas tomadas por el Tribunal Constitucional portugués, para concluir por la

¹⁷⁵ Ídem.

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Ídem.

naturaleza legislativa de los asientos, nada tiene que ver con la cuestión del respeto a los precedentes.

Fundamentalmente, los precedentes no tienen naturaleza legislativa porque, además de poder ser revocados por los tribunales, solo tienen eficacia obligatoria sobre los propios miembros del Poder Judicial. Además, los precedentes del *Civil Law* se sitúan en un nivel, por decirlo así, intralegal, al paso que la ley es típicamente una prescripción original o un *novum* en el orden jurídico positivo. Aunque tal problemática no haya sido relevante para que el Tribunal Constitucional portugués pueda atribuir naturaleza legislativa a los asientos, una norma —con asiento— que se limita a definir como adecuada una de las interpretaciones de la norma legal, con ella —esto es, con la ley— lógicamente no puede confundirse, en la medida en que indiscutiblemente están situadas en planos diferentes.

Es cierto que se puede decir que existen precedentes creativos o constitutivos —o mejor, no meramente interpretativos— en el *Civil Law*. Sin embargo, aunque algunos precedentes del *Civil Law* puedan tener, excepcionalmente, naturaleza creativa en perspectiva clásica, nadie piensa en prohibirlos bajo el fundamento de violación del principio de separación de poderes.

Es necesario recordar que los sistemas del *Civil Law* y *Common Law* caminan para la convergencia. La más reciente forma de pensar en el *Common Law* privilegia una concepción interpretativa del precedente y no más una visión de legislación subordinada, tan al gusto de teorías positivistas. Mientras eso, aunque el *Civil Law* camine en dirección a una verdadera sobreposición entre la interpretación y la creación del derecho, “oficialmente” se resiste a aceptar la decisión judicial como fuente formal del derecho¹⁷⁸. No hay cómo dejar de denunciar la cobardía o tal vez timidez

¹⁷⁸ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Ob. cit., p. 493.

imperante en el *Civil Law*, de admitir que los derechos han sido libremente creados —y los jueces y tribunales incluso han sido obligados a crearlos. Hay una verdadera fosa entre lo que se dice que es hecho y lo que realmente es hecho.

El cuestionamiento de la fuerza obligatoria de las decisiones judiciales delante del principio de la separación de poderes constituye una marcante falta de conciencia jurídica o ingenuidad inoportuna e inexcusable. Quien ve problema en la imposición obligatoria de determinada interpretación de la ley parece no haber percibido que el Poder Judicial, mucho más que fijar la interpretación de la ley, tiene el poder de, a partir de la Constitución, negar la ley, alterarla o incluso crearla delante de la omisión o insuficiencia capaz de inviabilizar la tutela de derecho fundamental. Ahora, no es necesario mucho esfuerzo para entender que si el juez, singularmente, puede controlar la constitucionalidad de la ley, los tribunales superiores evidentemente pueden decidir con fuerza obligatoria sobre todos los miembros del Poder Judicial. En esta dimensión, a propósito, obviamente, no hay cómo afirmar que la *súmula* vinculante, por tener eficacia que incide más allá del Poder Judicial, viola la separación de poderes.

3.4 Violación de la independencia de los jueces

Se argumenta, todavía, que obligar al juez a decidir de acuerdo con un precedente significaría violar su independencia. Es como si fuese imprescindible al juez, para ser independiente, poder atribuir significado a la ley, importando poco si el tribunal, inclusive encargado de establecer el significado, ya haya fijado su sentido. Se sustenta, en otros términos, que el juez solo es independiente cuando tiene poder para decidir de forma diferente de los tribunales superiores, aunque, con eso, el Poder Judicial termine por dar trato desigual a casos iguales.

Ahora, el Poder Judicial tiene el deber de prestar, de forma racional e isonómica, solución a los casos concretos. Es por eso

que se expresa mediante un sistema, en el que los jueces tienen competencias definidas. Para adecuadamente distribuir la justicia, el sistema cuenta con varios órganos judiciales y diversos tribunales, inclusive tribunales superiores, a los cuales se otorga competencia para atribuir significado a la ley federal y definir el sentido de las normas constitucionales.

Percíbese que la circunstancia de existir varios órganos judiciales competentes para apreciar la misma causa en un solo proceso quiere decir que el Poder Judicial, visto en su unidad, tiene el poder de fijar su entendimiento al respecto de la ley, aplicándola al caso concreto y dándole solución.

Partiéndose de la premisa —fundacional del Estado de Derecho— de que los hombres son iguales ante la ley y los tribunales —y, por lo tanto, delante de sus decisiones—, se torna paradójico admitir que personas iguales, con casos iguales, puedan obtener decisiones diferentes del Poder Judicial. Se trata, bien vistas las cosas, de un absurdo curiosamente todavía alimentado por algunos sectores.

Viola la igualdad y el Estado de Derecho admitir que un caso, cuya cuestión jurídica ya fue definida por los tribunales, pueda ser juzgado de forma distinta por uno de los órganos del Poder Judicial, cuando, como todos saben, la jurisdicción es una. Ahora, si no hay duda de que el Poder Judicial, tomado en su unidad, no puede atribuir varios significados a la ley o decidir casos iguales de forma diferente, restaría a aquellos que sustentan que el juez no puede subordinarse al precedente, el argumento de que el Poder Judicial puede y debe tener diversos entendimientos y decisiones sobre la misma ley y el mismo caso, como si fuese un Poder irremediablemente multifacético.

Ahora, un organismo que tiene manifestaciones contradictorias es, indudablemente, un organismo enfermo. Por lo tanto, es necesario no confundir independencia de los jueces con ausencia de unidad, bajo pena de, al contrario, tenerse un sistema que racional e isonómicamente distribuye justicia, tenerse algo que, de

modo a fallar a los fines a los que se destina, surca un manicomio, donde voces irremediabilmente contrastantes, de forma ilógica y contraproducente, combaten¹⁷⁹.

El juez y los órganos jurisdiccionales son piezas dentro del sistema de distribución de justicia. Para que este sistema pueda realmente funcionar en un Estado de Derecho, cada uno de los jueces debe comportarse de modo a permitir que el Poder Judicial realmente pueda descomprometerse de sus deberes ante los ciudadanos, prestando la tutela jurisdiccional de forma isonómica y con coherencia. Debería ser evidente, pero no lo es, que el cargo de juez no existe para que aquel que lo ocupa pueda emitir “su decisión”, sino para que él pueda colaborar con la prestación jurisdiccional —para lo cual, la decisión en contraste al precedente, nada representa, constituyendo, en verdad, una falta de servicio.

¹⁷⁹ En la posición desplegada por la Suprema Corte americana en *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) — caso que mantuvo el *holding* de *Roe v. Wade* y es considerado el marco de la concesión del derecho al aborto en los Estados Unidos — luego de fundamentarse en Benjamin N. Cardozo en una obra aquí ya mencionada, los *Justices* O'Connor, Kennedy y Souter (en opinión parcialmente seguida por los *Justices* Blackmun y Stevens) afirman que, “en realidad, el concepto de Estado de Derecho que subyace a nuestra propia Constitución, exige tal continuidad en el tiempo, para el cual el respeto al precedente es, por definición, indispensable” (En el original: “The obligation to follow precedent begins with necessity, and a contrary necessity marks its outer limit. With Cardozo, we recognize that no judicial system could do society’s work if it eyed each issue afresh in every case that raised it. See B. Cardozo, *The nature of the judicial process* 149 (1921). Indeed, the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable”) (Estados Unidos de América. Suprema Corte Americana. 505 U.S. 833. Opinión mayoritaria elaborada por los *Justices* O'Connor, Kennedy y Souter, juzgado el 29.06.1992. Disponible en: <http://case-law.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=505&invol=833>. Accedido el: 15.02.2010.

En esta dimensión, vale la pena recordar el discurso proferido por el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España, en ocasión de la solemnidad de inauguración del año judicial 2005-2006. Después de insistir que un estado de dispersión o de imprevisibilidad de decisiones —peculiar al sistema español— no es compatible con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica y de la unidad jurisprudencial y que, por eso, es indispensable conferir eficacia vinculante a las decisiones de los tribunales superiores, observó el Presidente Francisco José Hernando que la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia “no significaría un cambio” en el “sistema constitucional de la justicia civil”. Alertó, todavía, que con eso “tampoco se afectará a la independencia judicial”. Como es conocido, esa independencia no es otra cosa que una garantía institucional encaminada a asegurar la sujeción exclusiva, sin injerencias o presiones, de los jueces al imperio de la ley. *Cosa distinta de esa independencia es la libertad de criterio del Juez*. La independencia judicial *en modo alguno equivale a independencia de criterio propio*. La independencia es objetiva, funcionalmente afectada al imperio de la ley y previsible, pues su contenido es el contenido de la ley. El criterio subjetivo es personal, mutable y, por tanto, imprevisible. Ningún problema existe, pues, en mi opinión, para unificar criterios a través de la jurisprudencia, siempre y cuando nos mantengamos dentro de los confines de la ley, es decir, de la mejor interpretación y aplicación de la ley hechos por el Tribunal Supremo: el único órgano jurisdiccional que conforme nuestra arquitectura constitucional está llamado a definir el ordenamiento jurídico aplicable en España en virtud de su posición de, como digo, único intérprete de ese mismo ordenamiento”¹⁸⁰.

No hay duda de que la coherencia del orden jurídico o la unidad en la expresión de las decisiones es imprescindible al Estado

¹⁸⁰ HERNANDO, Francisco José. Ob. cit., pp. 82-83.

de Derecho. De modo que la pretensión de dar al juez el poder de juzgar el caso como bien quiera entender, no obstante ya el tribunal superior haber detallado sus contornos, constituye una pretensión que, además de lógicamente destituida de fundamento, es anárquica, en la medida en que es ajena al Estado de Derecho.

Es evidente que el juez inferior no es un subalterno del tribunal, siendo que todos los jueces ejercen y poseen el mismo poder, diferenciándose en la medida de sus competencias. Eso no quiere decir que el Poder Judicial no tenga el deber de tratar de modo igual a los casos iguales, del que es corolario lógico la necesidad de vincularse los juicios inferiores a los superiores¹⁸¹. Nótese que

¹⁸¹ En una conferencia conmemorativa al décimo aniversario de instalación del Superior Tribunal de Justicia, declaró Miguel Reale: "Es incontestable y legítima, a mi ver, la competencia atribuida al Supremo Tribunal Federal y a esta Alta Corte para sumular las decisiones fundamentales, aquellas directrices básicas sobre las cuales no descansan dudas, *bien como exigir que ellas sean obedecidas por los jueces inferiores*" (REALE, Miguel. Ob. cit., p. 94). A su modo, pero sobre el mismo tema, se pronunció Calmon de Passos: "Tal vez solo porque, infelizmente en el Brasil después de 1988 de adquirida la urticaria del 'autonomismo', y todo el mundo es comandante y nadie soldado, todo el mundo es mazo y nadie yunque, tal vez por eso se haya tornado en un tema pasional el problema de la sùmula vinculante. Y eso lo percibí muy temprano, cuando, hablando para Jueces Federales sobre la irrecurribilidad de la fuerza vinculante de algunas decisiones de tribunales superiores, uno de ellos, joven, inteligente, vibrante, me interpelló: Profesor Calmon, y ¿dónde queda mi libertad de conciencia y mi sentido de justicia? Respondí, en esta oportunidad: los vencidos, ¿sufren los efectos de la decisión que les repugna el sentido moral y les mutila la libertad? ¿Por qué los jueces podrían torturarnos y estarían libres de ser torturados por un sistema jurídico capaz de ofrecer alguna seguridad a los jurisdicionados? Si somos todos independienetes, el Ministerio Público, el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los sindicatos, las organizaciones no gubernamentales, los sin eso y los sin aquello o los a favor de eso o a favor de aquello, entonces, coloquémonos todos juntos, pero cada cual en su bloque de 'yo solito' y sea lo que Dios quisiese, o el diablo arreglase. Amén. De todo cuanto fue expuesto, concluimos, para afirmar que el problema de la fuerza vinculante de las decisiones de los

el problema no es, exactamente, subordinar al juez inferior al superior, sino, hacer que el Poder Judicial respete sus decisiones pretéritas o, mejor dicho, los precedentes que se formaron en el pasado. Son todos los jueces y no solamente los inferiores quienes deben respeto a los precedentes. Quien debe respeto a los precedentes es el Poder Judicial. Y eso, simplemente, porque el Poder Judicial tiene el deber de expresar, de modo coherente, el orden jurídico.

Regístrese, no obstante, que aunque el Poder Judicial deba respeto a los precedentes, *le cabe revocarlos cuando fuese necesario*¹⁸². La circunstancia de que los jueces inferiores no pueden realizarlo, lejos de significar un riesgo en la relación de autonomía e independencia entre los jueces y tribunales, simplemente revela la lógica de un sistema estructurado para prestar justicia de modo coherente y efectivo. A propósito, algo no tan diferente existe cuando los jueces inferiores ven sus decisiones reformadas por los jueces superiores. Como es obvio, en este caso ningún juez piensa en rebelarse contra la decisión del juez superior o incluso puede negarla, aunque con ella pueda discordar o delante de ella pueda estar disgustado.

En términos de eficacia del sistema y del Poder, no importa si el juez inferior concuerda con la decisión del juez superior —es apenas esa que vale y produce efectos. Ahora, esta es la misma lógica que sustenta un sistema que, necesariamente, no puede tratar casos iguales de forma desigual. *Es fácil concluir, en consecuencia, que vincular las decisiones inferiores a las superiores significaría solo evitar el trabajo —y todos los males de ahí derivados— de ellas ser reformadas.*

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional portugués, en la sentencia de vista 810-93, hace poco varias veces puntualizado,

tribunales superiores, *incluso sin texto expreso, hasta innecesarios*, todavía cuando convenientes, *deriva de la lógica del sistema y solo puede existir en esa misma perspectiva*" (PASSOS, J.J. Calmon de. Ob. cit., p. 171).

¹⁸² Ver ítem hace poco desarrollado.

enfrentó la cuestión de la independencia de los jueces de cara a la fuerza de los asientos. Subráyese otra parte de la célebre sentencia: “Pero, en este cuadro de caracterización normativo-procesal del instituto, el hecho de que a los jueces de los tribunales integrados en el orden del tribunal emite del asiento (incluso los de este tribunal mientras no se opere su reversibilidad) les sea impuesta la aplicación de la doctrina contenida en este, *¿no representaría la violación de su independencia decisoria? Se tiene por seguro que no.* En efecto, aunque no compartiendo el entendimiento de Marcello Caetano en el sentido de que, ‘existiendo una jerarquía de tribunales, se admite que la decisión del superior pueda ser tornada obligatoria para los que de ella dependen, exactamente como las instrucciones en la jerarquía administrativa’ (cf.ob.loc.cit.), y teniendo bien presente el principio de la independencia de los tribunales consagrados en el art. 206 de la Constitución, hay que ponderar que la definición jurisprudencial contenida en la decisión del Supremo Tribunal de Justicia, en los términos propuestos, *no envuelve perjuicio a la autonomía de la interpretación del derecho que se comprende en la independencia de los tribunales.* Una definición jurisprudencial tal, proveniente del más alto tribunal de jerarquía de los tribunales judiciales (en el presente proceso de fiscalización concreta de constitucionalidad, solo importa considerar los asientos del Supremo Tribunal de Justicia), sin eficacia externa *erga omnes* y, susceptible, en principio, de impugnación procesal por las partes interesadas en la causa, hay que tener como adecuado elemento integrador de la propia estructura jurisdiccional de la que brota. *La subordinación debida por los tribunales a aquella jurisprudencia tiene algo en común con la generalidad de las decisiones proferidas en vía de recurso a las cuales es debido el acatamiento incluso cuando de ellas no estén de acuerdo los jueces de los tribunales de instancia.* A propósito, la propia Constitución, en el art. 281, n. 3, rigiendo sobre la declaración con fuerza obligatoria general de inconstitucionalidad o ilegalidad de cualquier norma, juzgada inconstitucional o ilegal por el Tribunal Constitucional en tres ca-

sos concretos, aunque no imponiendo una automática y obligatoria intervención del Tribunal en tal sentido, instituyó un sistema cuya matriz también radica en la unidad del derecho y, de algún modo, en la uniformidad de la jurisprudencia. Ese florecimiento constitucional del valor de la uniformización jurisprudencial ha de ser entendido en términos de, *una perspectiva global del funcionamiento del sistema judicial*, justificar la subordinación de todos los tribunales judiciales a la ‘jurisprudencia calificada’ del Supremo Tribunal de Justicia, *sin que de tal subordinación, resulte comprometida la independencia decisoria*¹⁸³.

3.5 Violación del juez natural

Después de lo expuesto, otras alegaciones, como la de que el respeto a los precedentes atenta contra el principio del juez natural, dispensan mayor esfuerzo de reflexión. Pensar que la fuerza obligatoria de los precedentes deshace la garantía al juez natural es simplemente reafirmar que el juez, a quien debe corresponder el litigio, no puede estar obligado a adoptar el precedente.

Como fue demostrado, si el Poder Judicial define el significado de la norma, la sociedad no puede determinar su comportamiento solo a partir de la norma legal, siéndole imprescindible pautarse por los precedentes. En esa línea, la necesidad de precedentes hoy es inapartable. Por lo tanto, la dificultad que genera el falso argumento ahora en análisis deriva de la falta de percepción de que el precedente obliga al Poder Judicial y no un juez al otro.

3.6 Violación de la garantía del acceso a la justicia

Decir que la fuerza obligatoria del precedente viola la garantía del acceso a la justicia significa suponer que todos tienen derecho a un juzgamiento ajeno a previas definiciones vinculantes, de parte del Poder Judicial, del significado de la ley incidente en el litigio o de la solución a ser dada al caso. En esa perspectiva, realmente, el

¹⁸³ PORTUGAL, decisión citada.

derecho de acceso a la justicia significa derecho a un juzgamiento desprovisto de vínculos con precedentes.

Recuérdese, antes de nada, que el precedente es siempre revocable. Además, cabe siempre al juez analizar la adecuación del precedente al caso concreto, debiendo demostrar, cuando fuera la hipótesis, la distinción del caso que está en sus manos delante de aquel que dio origen al precedente o, incluso, evidenciar que la regla jurídica definida en el precedente no se aplica al caso que debe juzgar.

Por lo tanto, bien vistas las cosas, lo que se desea, a través de esa visión de acceso a la justicia, es el derecho a un juzgamiento descomprometido con el propio Poder Judicial —o, exactamente, un juez sin responsabilidad delante del Poder del cual hace parte— o la prohibición del propio Poder Judicial de comprometerse con los precedentes.

Parece que se olvida que el Poder Judicial, en un Estado de Derecho, se obliga consigo mismo a decidir¹⁸⁴. Resáltese que lo que se propone, en este libro, es exactamente develar el compromiso del juez con sus decisiones pasadas. Al decidir, el juez irremediabilmente se obliga delante de otras partes, en iguales condiciones. Eso significa que, cuando los tribunales superiores definen el significado de una norma legal o una cuestión jurídica, el Poder Judicial está incuestionablemente obligado a decidir de acuerdo con el precedente.

Así, la vinculación a los precedentes, en lugar de negar, fortalece el derecho de acceso a la justicia. Ahora, no hay cómo admitir

¹⁸⁴ Como ya declaró la Corte Constitucional de Colombia, “es natural que, en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas” (COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia, SU 047/99. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>. Accedido el: 15 nov. 2009.

decisiones variadas y contradictorias en un mismo caso —la previsibilidad y estabilidad son imprescindibles. La previsibilidad elimina la litigiosidad, evitando la proposición de demandas en un ambiente abierto a soluciones dispares, que, inevitablemente, desgastan y debilitan al Poder Judicial.

De otro lado, obligar al respeto de los precedentes elimina los gastos, el tiempo y todos los trastornos producidos por una litigiosidad innecesaria, como lo es aquella que obliga a la parte cuyo derecho es respaldado en el precedente, a interponer recurso para tener su derecho efectivamente tutelado. Al final, si existe algo que viola el derecho de acceso a la justicia, su lugar está en la imposición a la parte de la carga innecesaria de litigar para tener su derecho protegido. Eso viola, de forma inocultable, los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y a la duración razonable del proceso.

Sobre la comprensión y la utilización de los precedentes

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Primeras consideraciones

Este capítulo está destinado a permitir la comprensión del significado del precedente y a trazar los principios que deben orientar su utilización, o sea, su “vida y muerte”. El significado del precedente no es alcanzado solo mediante su diferenciación de los conceptos de decisión, *súmula*, etc., sino también a partir de la consideración de sus contenidos y, especialmente, de las partes que, en su interior, identifican lo que el tribunal realmente piensa acerca de una cuestión jurídica dada.

De otra parte, es vital saber usar un precedente, identificándolo como algo que, al mismo tiempo orienta a las personas y obliga a los jueces; no inmoviliza las relaciones sociales ni impide a la jurisdicción producir un derecho acorde con la realidad y con los nuevos tiempos.

Si, en la primera perspectiva, se elabora teóricamente una especie de “Rayos X” del precedente, aislándose áreas que no le son representativas y legítimas; en la segunda perspectiva, su análisis es externo. Se trata ahí de constatar que, aunque todo precedente

tenga un contenido, ese puede ser limitado o extendido conforme las necesidades de los casos concretos, para permitir así, que un derecho se desenvuelva en la medida que nuevas situaciones litigiosas lleguen al área Judicial.

Además, como ningún precedente tiene la pretensión de ser eternamente válido, hay que tener en cuenta criterios que, sin violar la confianza justificada, permitan su revocación. Teniendo en vista que el precedente obligatorio busca realizar el derecho y tutelar la seguridad jurídica, es indispensable tratar la posibilidad de anticipación de la revocación del precedente y la modulación de los efectos de la decisión revocatoria, a modo de evitar la aplicación injusta del precedente desgastado y, una segunda hipótesis, proteger a aquel que creyó en una decisión judicial.

1.2 Precedente y decisión judicial

Sería posible pensar que toda decisión judicial es un precedente. Con todo, ambos no se confunden, solo tiene sentido hablar de precedente cuando se tiene una decisión dotada de determinadas características, básicamente la potencialidad de afirmarse como paradigma para la orientación de los justiciables y de los magistrados¹.

De modo que, si todo precedente constituye una decisión, no toda decisión constituye un precedente. Nótese que el precedente

¹ “En Nueva York, la palabra ‘precedente’ es utilizada de varias maneras, pero cuando es utilizada (de manera) más estricta, precedente significa decisiones vinculantes de las Cortes Superiores de la misma jurisdicción, así como decisiones de la misma Corte de apelación. Las Cortes generalmente atribuyen a tal precedente un valor de decisión obligatoria, especialmente en materias del *Common Law*, tales como contratos, responsabilidad civil y propiedad” (En el original: “In New York, the word ‘precedent’ is used in a variety of ways, but when used most strictly, precedent means binding decisions of higher courts of the same jurisdiction as well as decisions of the same appellate court. Courts generally accord such precedent decisive authoritative value, especially in Common Law areas, such as contract, torts, and property”). SUMMERS, Robert. Ob. cit., p. 364.

constituye una decisión acerca de una materia de derecho —o, bajo el *Common Law*, de un *point of law*— y no de materia de hecho, en cuanto la mayoría de las decisiones abordan cuestiones de hecho. Cuando somos enfrentados a puntos de derecho, las decisiones muchas veces se limitan a anunciar lo que está escrito en la ley, no revelando propiamente una solución judicial acerca de una cuestión de derecho, en el sentido de que la solución al menos dé una interpretación de la norma legal. De cualquier forma, una decisión que interpreta la ley, mas sigue el juicio que ha consolidado, solo por eso no constituye precedente. Sin embargo, para constituir precedente, no basta que una decisión sea la primera en interpretar una norma. Es preciso que una decisión enfrente todos los principales argumentos relacionados a la cuestión de derecho en el marco del caso concreto. Incluso porque los contornos de un precedente pueden surgir a partir del análisis de varios casos, o mejor, mediante una construcción de la solución judicial de una cuestión de derecho que pasa por diversos casos.

Por lo tanto, una decisión puede no tener los caracteres necesarios para la configuración del precedente, por no tratar de cuestiones de derecho o limitarse a afirmar una letra de la ley, como puede estar solo reafirmando el precedente. Igualmente, un precedente requiere un análisis de los principales argumentos relativos a la cuestión de derecho, más allá de poder necesitar de innumerables decisiones para ser definitivamente delineado.

En esta dimensión es claro que un precedente no es solamente una decisión que trata de una cuestión jurídica dada con determinada aptitud, sino también una decisión que tiene cualidades externas que escapan a su contenido. En suma, es posible decir que el precedente es la primera decisión que elabora la tesis jurídica o es la decisión que definitivamente la delinea, dejándola cristalina.

1.3 Precedente y sùmula

Las sùmulas siempre fueron conocidas en el derecho brasileño. Inicialmente, las sùmulas servían para identificar y precisar el entendimiento de un tribunal acerca de una cuestión jurídica.

Jamás tuvieron eficacia práctica, y aunque no eran obligatorios incluso para los jueces del tribunal que las producían, y nunca contaron con una adecuada atención dogmática, es necesaria la dilucidación de su uso y revocación.

Recuérdese, solo para intentar demostrar lo que se pretende anunciar, que estas sùmulas se mantenían o se mantienen en vigor aunque no sean utilizadas o negadas en la práctica del tribunal que los emitió. En realidad, estas sùmulas nunca tuvieron utilidad, habiendo acreditado, como máximo, ser aptas para evidenciar lo que, en determinado instante, un tribunal decidió sobre una cuestión dada.

De cualquier forma, lo que particulariza a las sùmulas es la circunstancia de ser enunciados de un tribunal acerca de sus decisiones, y no una decisión que se califica como precedente. El resumen es parte de un lenguaje que describe las decisiones. Se trata, en este sentido, de un metalenguaje, pues volvió a enunciar algo que ya fue parte del lenguaje de una decisión judicial.

El problema es que un enunciado acerca de decisiones judiciales no tiene las mismas garantías de un precedente. Para que exista precedente no basta solo un enunciado acerca de una cuestión jurídica, sino es imprescindible que este enunciado haya sido elaborado en respeto a la adecuada participación en el contradictorio de los litigantes y, así, haya surgido como un resultado de un proceso judicial, o mejor, como un verdadero resultado del debate entre las partes. Es cierto que se podría decir que un enunciado de una sùmula proviene de las decisiones judiciales, fruto de la participación en el contradictorio. Resulta que una sùmula, solo por eso, es diferente, careciendo de igual legitimidad, al menos cuando se piensa en su observancia obligatoria o en su incidencia sobre la esfera jurídica de otros justiciables.

En un procedimiento de elaboración de sùmulas no están presentes las partes que dieron origen a la formación de la tesis jurídica. Alguien podría decir que la presencia de las partes no confiere legitimidad a un precedente, ya que la eficacia de este dice relación con personas que nada tienen que ver con el proceso en que fue emitido. No obstante, la legitimidad de la cosa juzgada

no puede ser confundida con la legitimidad del *stare decisis* o del precedente con fuerza obligatoria. El precedente obligatorio, aunque se relacione con personas que no participaron del proceso, tiene su legitimidad condicionada a haber sido proferido en un proceso con una adecuada participación de los litigantes en el contradictorio, los cuales velarán para que la tesis jurídica no sea desfigurada. Así, la preocupación, como parte, por los efectos de la decisión, o, más precisamente, por la cosa juzgada, curiosamente confiere legitimidad y eficacia al precedente obligatorio en relación a los terceros.

Fuera de eso, se desconsidera un valor de gran importancia cuando las decisiones judiciales son substituidas por las *súmulas*. Cuando hay metodología adecuada para que se comprendan los precedentes, la tesis jurídica proclamada en una decisión judicial es necesariamente relacionada a las circunstancias del caso, las cuales, cuando no están presente en un caso juzgado, pueden llevar a un *distinguished*, esto es, a una diferenciación del caso y a la no aplicación de un precedente. No obstante, las *súmulas* simplemente neutralizan las circunstancias del caso o los casos que llevarán a su edición. Las *súmulas* solo se preocupan por la adecuada delimitación de un enunciado jurídico. Aunque se pueda, en tesis, procurar a los juzgados que darán origen a los resúmenes, algo que los particularice, es incontrastable que, en Brasil, no hay método ni cultura para tanto. Ni los jueces ni los abogados investigan las decisiones que subyacen a las *súmulas* cuando se enfrentan con sus aplicaciones. Para que eso pudiese ocurrir habría que tener una comprensión de que las *súmulas* no constituyen meros enunciados o simples consolidaciones de la interpretación de la ley, sino algo que refleje una tesis jurídica inseparable de las circunstancias que lo motivaron².

² Por tal razón, en el Código de Processo Civil Comentado (São Paulo, Ed. RT), escrito con Daniel Mitidiero, se dejó en claro, cuando se enumeraron las *súmulas* al final del libro, la necesidad de comprenderlas a partir de los juzgados que le dieron origen.

Algo no muy diferente ocurre con la sùmula vinculante. Esa también es un enunciado externo a la decisión judicial. De cualquier manera, si un precedente puede, mal o bien, permitir o anunciar una tesis jurídica adoptada por decisiones pasadas, ciertamente no hay ventaja en tener un procedimiento para comunicar algo que ya fue proclamado, a menos que no se sepa —o no se tenga dogmática o criterios suficientes para saber— lo que fue realmente dicho por la decisión judicial que pasó.

De hecho, cuando una decisión no define, con certeza, una tesis jurídica proclamada, puede haber necesidad de delimitación mediante un enunciado. En esa hipótesis, como es obvio, la sùmula nada acrecentará a lo que fue dicho por el tribunal, sino solo precisará la tesis proclamada. No obstante, es cierto que cuando son desconocidos los criterios para la identificación de lo que realmente fue proclamado en una decisión, se torna natural la necesidad de, en medio de la niebla, preferirse “elaborar” —en vez de “encontrar”— un enunciado.

Nótese, solo para comunicar mejor un raciocinio, que en un sistema que respeta la eficacia obligatoria de las tesis jurisprudenciales siempre se prefiere un sistema de identificación de un enunciado al interior del precedente y no un catálogo de sùmulas.

1.4 El esquema de la decisión judicial de *Civil Law*

La cuestión de la extensión de la cosa juzgada a los fundamentos de la decisión

La decisión, en el *Civil Law*, toma en consideración los hechos y el fundamentos jurídico (causa de pedir) expuestos por el autor, analizándose si los hechos fueron demostrados y, en fin, verificándose si los hechos afirmados y demostrados se amoldan a la norma jurídica alegada. Hay un raciocinio volcado a la formación de la convicción, aliado a otro, destinado a encuadrar los hechos en una moldura delineada por la norma jurídica. Bien por eso, el juez es obligado a narrar los hechos y los fundamentos jurídicos, el contenido de la defensa y las pruebas requeridas y producidas. Después de eso, debe exponer las razones por las cuales entien-

que las alegaciones de hecho fueron, o no, demostradas, bien porque concluye que los hechos demostrados generan, o no, los efectos jurídicos pretendidos por el autor. Al final, la línea de fundamentación de la decisión definirá la procedencia o la improcedencia de lo pedido, considerando la tutela del derecho y la especie de sentencia solicitada. Recuérdese que, de acuerdo con el art. 458 del CPC, “son requisitos esenciales de la sentencia: I.— el reporte, que contendrá los nombres de las partes, la suma de lo pedido y de la respuesta del demandado, bien como el registro de las principales ocurrencias habidas en el desarrollo del proceso; II.— los fundamentos, en que el juez analizará las cuestiones de hecho y de derecho; III.— el dispositivo en que el juez resolverá las cuestiones que las partes le sometieron”.

El reporte está destinado a permitir el control de la coherencia interna de la sentencia. Así, por ejemplo, si es relatado que ambas partes producirán prueba testimonial, la fundamentación no puede aludir a las pruebas de solo una de las partes, aunque no serán raras las sentencias en que el juez, por equívoco, considera solo las pruebas de la parte vencedora, como si tuviese el deber de justificar que esta tiene razón y no que, mediante las pruebas presentadas en el proceso, se convenció de la razón del autor o del demandado.

En la fundamentación de la sentencia, son enfrentadas las cuestiones de hecho y de derecho. Ahí cabe al juez demostrar su raciocinio probatorio y la convicción que formó acerca de los hechos, bien como las razones por las cuales acogió o no una tesis jurídica sustentada por el autor, o sea, los motivos por los cuales entendió que de los hechos evidenciados derivan, o no, los efectos jurídicos pretendidos.

Constituye un requisito esencial de la sentencia, más allá del reporte y de los fundamentos, lo dispositivo, lugar donde el juez resolverá sobre la procedencia de lo pedido. Se sustenta que debe existir relación de pertinencia lógica entre la fundamentación y la

parte dispositiva³. Así, la fundamentación vincula lo dispositivo, o mejor, la procedencia o la improcedencia de lo pedido.

La cosa juzgada material, en el derecho brasileño, incide solo sobre lo dispositivo de la sentencia, no abarcando los fundamentos. El art. 469 del CPC dice que no producen cosa juzgada: "I.— los motivos, aunque importantes para determinar el alcance de la parte dispositiva de la sentencia; II.— la verdad de los hechos, establecida como fundamento de la sentencia; III.— la apreciación de la cuestión prejudicial, decidida incidentalmente en el proceso". De modo que los fundamentos, aunque importantes para la comprensión de la parte dispositiva de la sentencia, no son cubiertos por la cosa juzgada material. Con eso, se torna posible la negación y la rediscusión de los motivos de la sentencia en otra acción⁴.

Limitar la cosa juzgada material a la parte dispositiva constituye una opción técnica en el ámbito del *Civil Law*. En el régimen de *Civil Law*, nada impide que las partes puedan ser prohibidas de rediscutir los fundamentos de la decisión. Nótese, no obstante, que este obstáculo solo alcanzaría a las partes, de forma que los fundamentos jamás servirían para orientar a los justiciables, garantizándoles alguna previsibilidad y seguridad.

En verdad, el problema de los límites objetivos de la cosa juzgada esconde algo interesante para el estudio que ahora se hace. Si la cosa juzgada es limitada a la parte dispositiva y debe existir relación de pertenencia lógica entre los fundamentos y lo dispositivo, basta solo eso para disciplinar el litigio, poco importando los fundamentos. Estos solo ganarían importancia en el caso que permanezcan custodiados por la cosa juzgada. En este caso, sino, los fundamentos tendrían importancia única y exclusivamente para las partes. No tendrían alguna importancia para los demás justiciables, al contrario de lo que acontece en el *Common Law*. En este sistema, el valor de la fundamentación de la decisión judicial nada tiene que ver con la cosa juzgada material o con la tesis de

³ Ver RTJ 143/600, RTJ 150/269.

⁴ Ver RJTJSP 109/236, RTJ 103/759, RTJ 113/242.

extender la cosa juzgada a los fundamentos. Los fundamentos ahí tienen relevancia no solo porque son ellos los que dan contenido a la decisión judicial, mostrando su significado, sino especialmente porque el significado de la decisión judicial importa para que los justiciables puedan orientarse y para que los jueces sepan cómo deben tratar los casos judiciales iguales o semejantes.

Percíbese que los fundamentos solo tienen interés, en el Civil Law, cuando tratan una determinada situación jurídica que puede ser declarada, y no por evidenciar las “razones de decidir”. Tanto es verdad que una acción declaratoria incidental, reclama, como presupuesto, una relación jurídica autónoma (art. 5º, CPC). Y eso apunta a otra cuestión: como una decisión, una tradición de Civil Law siempre reflejaría la única intención de la ley, jamás existiría el problema de la diversidad de interpretaciones legales. Estaría negada la propia razón de ser del stare decisis o de un sistema de precedentes.

2. *RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM EN EL COMMON LAW*

2.1 *Ratio decidendi*

No hay duda que, en un sistema de *Common Law*, los fundamentos no tienen su importancia condicionada a la cosa juzgada. Por otra parte, querer explicar los precedentes obligatorios relacionando los fundamentos con la cosa juzgada constituye un grosero error.

Déjese claro, antes que nada, que las razones de decidir o los fundamentos de la decisión importan, en el Common Law, porque la decisión no se trata solo de las partes. La decisión, vista como precedente, interesa a los jueces —a quien incumbe dar coherencia a la aplicación del derecho— y a los justiciables —que necesitan seguridad jurídica y previsibilidad para desenvolverse en sus vidas y actividades—. El juez y el justiciable, en esa dimensión, tienen necesidad de conocer el significado de los precedentes.

Ahora, el mejor lugar para buscar el significado de un precedente está en su fundamentación, o mejor, en las razones por las cuales se decidió de cierta manera o las razones que llevaron a la fijación de lo dispositivo. Es claro que la fundamentación, para ser

comprendida, puede exigir menor o mayor atención al reporte y al dispositivo. Estos últimos no pueden ser ignorados cuando se busca el significado de un precedente. Lo que se quiere evidenciar, sin embargo, es que el significado de un precedente, está, esencialmente, en su fundamentación, y que, por eso, no basta solamente mirar su parte dispositiva.

*La razón de decidir, en una primera perspectiva, es la tesis jurídica o la interpretación de la norma consagrada en la decisión. De modo que la razón de decidir ciertamente no se confunde con la fundamentación, pero en ella se encuentra*⁵. Además, la fundamentación no solo puede contener varias tesis jurídicas, sino también considerarlas de modo diferente, sin dar igual atención a todas. Por otra parte, la decisión, como es obvio, no posee en su contenido solo tesis jurídicas, sino igualmente enfoques periféricos irrelevantes en cuanto vistas como necesarias a la decisión del caso⁶.

Es preciso señalar que la *ratio decidendi* no tiene correspondencia en el proceso civil adoptado en Brasil, pues no se confunde con la fundamentación y con lo dispositivo. La *ratio decidendi* en el *Common Law*, es extraída o elaborada a partir de los elementos de la decisión, esto es, de la fundamentación, en lo dispositivo y del reporte. Así, cuando se relacionan los llamados “requisitos de

⁵ V. DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 67.

⁶ “*Ratio decidendi* puede significar tanto ‘razón para la decisión’ como ‘razón para decidir’. No se debe inferir de eso que la *ratio decidendi* de un caso necesite ser un razonamiento jurídico (*judicial reasoning*). El raciocinio jurídico puede tener un papel importante para la *ratio* pero la *ratio* en sí misma es más que un raciocinio y, en el interior de diversos casos habrán raciocinios judiciales que no constituyen parte de la *ratio*, sino, de la *obiter dicta*” (En el original: “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the *ratio decidendi* of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the *ratio*, but the *ratio* itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the *ratio*, but *obiter dicta*”). DUXBURY, Neil. Op. cit, p. 67.

la sentencia" ella ciertamente es "algo más". Y esto simplemente porque, en una decisión de *Common Law*, no se tiene en vista solamente la seguridad jurídica de las partes —y así, no importa solo la cosa juzgada material—, sino también la seguridad jurídica de los justiciables, en su globalidad. Si el dispositivo es cubierto por la cosa juzgada, que da seguridad a la parte; es la *ratio decidendi* que, con el sistema del *stare decisis*, tiene fuerza obligatoria, vinculando a la magistratura y confiriendo seguridad a las decisiones.

No hay cómo esclarecer que la búsqueda de la definición de las razones de decidir o de *ratio decidendi* parte de la necesidad de evidenciarse la parte del precedente que tiene efecto vinculante, obligando a los jueces a respetar los juzgamientos posteriores. En el *Common Law*, hay acuerdo en que la única parte del precedente que posee tal efecto es la *ratio decidendi*.

El concepto de *ratio decidendi* siempre fue muy discutido. En verdad, la dificultad siempre estuvo en su identificación en la decisión judicial, aunque sea cierto que la *ratio* no debe confundirse con el dispositivo y con la fundamentación, sino constituir algo externo a ambos, algo que es formulado a partir de la parte expositiva, de la fundamentación y del dispositivo.

Fíjese que, aunque la doctrina del *Common Law* hable de interpretación del precedente⁷, sería posible preguntarse si un precedente es realmente interpretado. De cualquier forma, es fácil demostrar que mediante una idea de interpretación del precedente no se busca revelar el contenido de su texto, sino identificar sus extractos formales, o mejor, el significado formal de sus porciones, las cuales se extraen de determinados efectos, como el efecto vinculante u obligatorio (*binding effect*). Es claro que el acto de procurar el significado de un precedente o de interpretar un precedente, no se confunde con el de interpretar la ley. Cuando se habla de interpretación de precedente, la preocupación está centrada en sus elementos que lo caracterizan en cuanto precedente, especialmente de la delimitación de su *ratio* y no el contenido por

⁷ *Interpreting precedents: a comparative study*. Coord. Neil Maccormick y Robert S. Summers. London: Dartmouth, 1997.

esa expresión. En esa situación, la tarea del Tribunal es analizar la aplicación de los precedentes al caso que está bajo juzgamiento, ocasión en que se vale, básicamente, de las técnicas del *distinquishing* y del *overruling*. Es por eso que este Tribunal, más que interpretar, razona por analogía⁸.

No hay señal de acuerdo —en el *Common Law*— incluso acerca del método capaz de permitir la identificación de la *ratio*⁹. De cualquier forma, dada su notoriedad, debe ser referida la denominada prueba de Wambaugh¹⁰ y el método de Goodhart¹¹.

Para Wambaugh, *ratio decidendi* es una regla general en cuya ausencia el caso sería decidido de otra forma. El abogado describe cómo la prueba se debe hacer. Antes que todo debe ser cuidadosamente formulada la supuesta proposición de derecho. Después debe introducirse en la proposición una palabra que invierta su significado. Entonces, es necesario preguntarse si, en caso que el tribunal hubiese admitido la nueva proposición y la hubiese tomado en cuenta en su raciocinio, la decisión habría sido la misma. Siendo la respuesta afirmativa, el caso no es un precedente para la

⁸ “El derecho jurisprudencial (*case-law*), podemos decir, al contrario del derecho legislado, tiende a ser análogo en lugar de interpretado” (En el original: “Case-law, we might say, unlike statute law, tends to be analogized rather than interpreted”) DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 59. V. RAZ, Joseph. *The authority of law — Essays on law and morality*. Oxford — Clarendon Press, 1991. p. 191 y ss.

⁹ “La mayor dificultad en el camino para un entendimiento claro de cualquier doctrina del precedente y, por lo tanto, de cualquier derecho jurisprudencial, es la calidad controvertida de la *ratio decidendi*” (En el original: The greatest difficulty in the way of a clear understanding of any doctrine of precedent and thus of any kind of case-law is the controversial quality of the *ratio decidendi*”) MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes...*, cit., p. 157.

¹⁰ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 17 y ss.

¹¹ GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, cit., p. 1 y ss.

proposición; en la hipótesis negativa, el caso tiene autoridad para la proposición original. Wambaugh resume su prueba diciendo que la proposición o doctrina del caso, la razón de la decisión, la *ratio decidendi*, debe ser una regla general sin la cual el caso debería haber sido decidido de otra manera¹².

Antes de la prueba de Wambaugh, invirtiéndose el sentido de la proposición tomada en cuenta por el tribunal, su decisión no puede ser la misma para que la proposición constituya *ratio decidendi*. La proposición con sentido invertido —por tanto, otra proposición— haría que el caso fuera decidido de otra manera. Si la nueva proposición genera la misma decisión, la proposición original, en vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*.

La prueba de Wambaugh —bastante próximo a la de Vaughan CJ, formulado en el siglo XVII— es apuntada como falsa por la doctrina contemporánea del *Common Law*. Se señala que tal situación hace que el Tribunal base su decisión en los fundamentos que, separadamente, pueden levantar la misma solución. Cuando el significado de uno de los fundamentos es invertido, el otro fundamento es suficiente para preservar la decisión o para impedir la alteración de la conclusión. Así, la prueba de Wambaugh, en el sentido de que la inversión de la proposición haría que el caso fuese decidido de otra forma, no vale cuando el caso se basa en los fundamentos que, aisladamente, pueden conducir a la misma solución. En realidad, en esa situación, la prueba de Wambaugh haría que las proposiciones siempre fuesen *obiter dicta*, ya que ninguno de los fundamentos sería necesario para la decisión¹³.

El método de Goodhart da mayor énfasis en los hechos que la prueba de Wambaugh. Propone que la *ratio decidendi* sea determinada mediante la verificación de los hechos tratados como fundamentales o materiales por el juez. Goodhart presentó su método en el ensayo que apareció publicado, por primera vez, en

¹² WAMBAUGH, Eugene. Ob. cit., p. 18.

¹³ V. DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 77; ABRAMOWICZ, Michael. Defining dicta. *Stanford Law Review*, vol. 56, 2005, p. 953-966.

el *Yale Law Journal* en diciembre de 1930¹⁴. Este ensayo, titulado *Determining the ratio decidendi of a case*, se tornó la base de todas las investigaciones posteriores acerca del tema, en el *Common Law*¹⁵. De acuerdo con Goodhart, la *ratio decidendi*, a que se refiere constantemente como “*principle of a case*”, no es encontrada en las razones o en la *rule of law* establecida en la *opinión*. Tampoco es necesariamente encontrada mediante la consideración de todos los hechos averiguados en el caso y en la decisión judicial. Para Goodhart, la *ratio* es identificada por medio del análisis de los hechos tratados por el juez como materiales o fundamentales y la decisión que en ellos se basó¹⁶.

¹⁴ Antes de eso, precisamente en 1928, Goodhart publicó un importante artículo en el *Cambridge Law Journal*, intitulado *Three cases on possession*, en el que su concepción de *ratio decidendi* se mostró bastante diferente. En este artículo, en lugar de buscar la *ratio decidendi* en los hechos — en la identificación de los hechos que el juez consideró materiales e inmateriales — Goodhart busca en los fundamentos o en las *reasons for the decisión* (razones para la decisión). V. GOODHART, Arthur. *Three cases on possession*. *The Cambridge Law Journal*, n. 3, 1928, p. 195-208.

¹⁵ “No obstante el ensayo de Goodhart pertenecer a una época diferente — fórmulas para la determinación de la *ratio decidendi* de un caso tienden a parecer un tanto fosilizadas hoy en día — debe notarse que muchos académicos y jueces aceptaban y, probablemente, continúan aceptando la concepción por él creada” (En el original: “Although Goodhart’s essay belongs to a different era — formulae for the determining the ratio decidendi of a case tend to look rather fossilized today — it should be noted that many academics and judges did, and probably still do, accept the conception that he devised”) DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 83.

¹⁶ Subráyese que el trabajo de determining the ratio decidendi of a case, cuando es comparado a lo que Goodhart escribió anteriormente — *Three cases on possession* —, revela la influencia que recibió de Joseph Francis, uno de los más importantes realistas de la historia del *Common Law* al lado de Oliphant. Francis escribió un artículo para polemizar con Goodhart, publicado en la *St. Louis Law Review*, también en 1928, bajo el título de *Three cases on possession — Some further observations*. V. FRANCIS, Joseph. *Three cases on possession — Some further observations*. *St. Louis Law Review*, n. 14, 1928, p. 11-16.

Una mejor explicación: para Goodhart es necesario determinar todos los hechos del caso, *como vistos* por el juez y, después, identificar cuáles de estos hechos el juez admitió como material o fundamental para decidir¹⁷. Pero, para la *ratio*, más allá de los hechos que el juez consideró materiales, también es importante la decisión que en ellos se fundó.

En realidad, es necesario descubrir cuáles hechos fueron tratados como materiales y cuáles fueron tratados como inmateriales. Muchas veces es difícil determinar los hechos que fueron considerados inmateriales. Eso porque la determinación de los hechos materiales puede no estar implícita en el raciocinio judicial, ni haber sido expresamente realizado por el juez. La dificultad en estos casos es saber si el tribunal consideró, o no, el hecho como inmaterial. Es lo que ocurre cuando el Tribunal, después de haber definido todos los hechos del caso, identifica un pequeño número de hechos para fundamentar su decisión. Los hechos omitidos presumiblemente son inmateriales. Goodhart explica a través de ejemplo, sirviéndose del caso *Rylands v. Fletcher*. Fletcher contrató un contratista para construir un depósito en su propiedad. El contratista actuó con negligencia y el agua del depósito invadió las tierras del vecino, causando perjuicios. Goodhart, al analizar la situación, admitió como “hechos del caso”: i) *B* tenía un depósito en su propiedad; ii) el contratista contratado por *B* para edificarlo, actuó con negligencia; iii) el agua drenó del depósito y perjudicó a *A*. Fueron considerados “hechos materiales: i) *B* tenía un depósito construido en su propiedad; ii) el agua drenó y perjudicó a *A*. Anota Goodhart que el Tribunal ignoró el hecho relacionado a la negligencia del contratista, que fue implícitamente considerada

¹⁷ “Habiendo determinado, como primer paso, todos los hechos del caso tales como fueron vistos por el juez, es necesario, entonces, descubrir en cuáles de estos hechos él encontró material para su juzgamiento” (En el original: “Having, as a first step, determined all the facts of the case as seen by the judge, it is then necessary to discover which of these facts he has found material for his judgment”). GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case*. Cit, p. 15.

como hecho inmaterial. Así, como el Tribunal no consideró la negligencia del contratista, no hubo responsabilización de B por la negligencia de su contratado, más si una institución de la doctrina de la “*absolute liability*” (responsabilidad objetiva)¹⁸.

¹⁸ “En *Ryland v. Fletcher*, el demandado contrató una persona para hacer un reservorio en su propiedad. Debido a la negligencia del obrero en no llenar algunos espacios de agua en desuso, el agua rebalsó e inundó la propiedad del demandante. El demandado fue considerado responsable. ¿Sería el principio del caso que un hombre que construye un reservorio en su propiedad sea considerado responsable por la negligencia de un obrero independiente? ¿Por qué, entonces, en este caso es siempre mencionado como aquel que fijó la doctrina más amplia de la ‘responsabilidad objetiva’? La respuesta es encontrada en las opiniones. Luego de determinar los hechos arriba descritos, los jueces entonces ignoraron el hecho de la negligencia del obrero y fundamentaron sus conclusiones en el hecho de que un reservorio artificial había sido construido. La negligencia del obrero fue, así, implícitamente considerada como hecho material. El caso puede ser analizado de la siguiente forma: Hecho I.— El demandado tiene un reservorio construido en su propiedad. Hecho II.— El obrero que lo construyó fue negligente. Hecho III.— El agua rebalsó y perjudicó al demandante. Conclusión — El demandado es responsable ante el autor. Hechos materiales como fueron vislumbrados por la Corte: Hecho I.— El demandado tiene un reservorio construido en su propiedad. Hecho III.— El agua rebalsó y perjudicó al demandante. Conclusión — El demandado es responsable ante el autor. En razón de la omisión del Hecho II, la doctrina de la ‘responsabilidad objetiva’ fue establecida” (En el original: “In *Rylands v. Fletcher* the defendant employed an independent contractor to make a reservoir on his land. Owing to the contractor’s negligence in not filling up some disused mining shafts, the water escaped and flooded the plaintiff’s mine. The defendant was held liable. Is it the principle of the case that a man who builds a reservoir on his land liable for the negligence of an independent contractor? Why then is the case invariably cited as laying down the broader doctrine of ‘absolute liability’? The answer is found in the opinions. After stating the facts as above, the judges thereafter ignored the fact of the contractor’s negligence, and based their conclusions on the fact that an artificial reservoir had been constructed. The negligence of the contractor was, therefore, implied held to be an immaterial fact. The case can be analyzed as follows: Facts of the case: Fact 1 — D had a reservoir built on his land. Fact II — The contractor who built it was negligent. Fact III — Water

El juez debe expresar o implícitamente tratar los hechos como materiales o inmateriales. Frecuentemente, el juez expresamente indica los hechos que considera materiales o inmateriales. Como eso no siempre ocurre, Goodhart sugiere varias pruebas para determinar qué hechos deben ser admitidos como haber sido tratados como materiales o inmateriales por el juez. Así, los relacionados a la persona, tiempo, lugar, género y cantidades son presumiblemente inmateriales, a menos que sean declarados como materiales. Los argumentos y razones del Tribunal, así como la declaración de la regla de derecho que está siendo seguida, igualmente tienen importancia para la identificación de los hechos que fueron considerados materiales e inmateriales¹⁹.

Por último, Goodhart advierte que la conclusión basada en un hecho hipotético o mejor en un hecho cuya existencia no ha sido determinado por la Corte, no constituye *ratio decidendi*, sino *obiter dictum*²⁰.

Fíjese que la doctrina de Goodhart le da importancia al principio de que casos iguales deben ser tratados de la misma forma (*treat like cases alike*). Cualquier Corte que se considera vinculada

escaped and injured P. Conclusion — D is liable to P. Material facts as seen by the Court: Fact I — D had a reservoir built on his land. Fact III — Water escaped and injured P. Conclusion — D is liable to P. By the omission of Fact II, the doctrine of 'absolute liability' was established"). GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit., p. 17-18.

¹⁹ Como esclarece Rupert Cross, tratando del método de Goodhart, "su justificativa puede ser incorrecta y su afirmativa sobre el derecho amplía demás, pero ellas nos indicarán sobre cuáles hechos este alcanzó su conclusión" (En el original: "His reason may be incorrect and his statement of the law too wide but they will indicate to us on what facts he reached his conclusion"). CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 71.

²⁰ "Una conclusión fundamentada en un hecho hipotético es un *dictum*. Por hecho hipotético se quiere aludir a cualquier hecho cuya existencia no fue determinada o aceptada por el juez" (En el original: "A conclusion based on a hypothetical fact is a dictum. By hypothetical fact is meant any fact the existence of which has not been determined or accepted by the judge"). GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit., p. 26.

por el precedente debe llegar a la misma conclusión a la que se llegó en el caso en que se estableció el precedente, a menos que el caso juzgado tenga otros hechos que puedan ser tratados como materiales, o que los hechos considerados materiales en el caso anterior ahora estén ausentes²¹.

Dejándose de lado la prueba de Wambaugh y el método de Goodhart, que no podrían ser olvidados en virtud de su notoriedad en el *Common Law*, importa dejar claro que la identificación de la *ratio decidendi* siempre fue buscada en dos puntos, uno especialmente preocupado por la identificación de los hechos del caso, ya que la *ratio* sería la decisión respecto de ellos, y otro con las razones que subyacen a la conclusión, o sea, con las razones que anuncian la regla que da la solución al caso²².

²¹ V. DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 83.

²² Ver, ainda; MONTROSE, J. L. Reasoning ratio decidendi and Denning L. J. *The Modern Law Review*, 1954, vol. 17, p. 462 y ss.; MONTROSE, J. L. Ratio decidendi and the House of Lords. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 124 y ss.; MONTROSE, J. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 587 y ss.; SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 413 y ss.; SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1958, vol. 21, p. 155 y ss.; STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 597 y ss. Una vez que la polémica entre Montrose y Simpson alcanzó a Goodhart, este afirmó que ellos no entendieron su principal argumento: "El Profesor Montrose y el Sr. Simpson, en cuatro ocasiones hasta ahora, manifestaron opiniones acerca de la *ratio decidendi* de un caso. Yo habría hesitado en intervenir en este debate de gladiadores si no fuese por el hecho de que ambos se referían exhaustivamente a mi artículo *Determining the ratio decidendi of a case*. No es mi propósito discutir, en el presente artículo, los puntos de los cuales ellos aparentan divergir una vez que no estoy completamente seguro si comprendí sus argumentos. Estoy inquieto con una cuestión mucho más restringida y personal. Ambos eruditos escritores están de acuerdo en que las conclusiones alcanzadas en mi artículo son insatisfactorias. El Profesor Montrose así entiende con fundamento de que ellas son conflictivas con la teoría 'clásica' que él acepta como correcta, mientras el Sr. Simpson es de la opinión de que mi teoría es substancialmente la misma que la 'clásica', la cual entiende él como abierta a críticas. Los

No hay duda de que el método fáctico es restrictivo cuando es comparado con el normativo. Eso no solo porque los hechos no se repiten y, por tanto, nunca son los mismos, sino también porque las circunstancias fácticas varían de acuerdo con las particularidades de los casos —que, en abstracto, pueden ser identificados en una misma especie o clase—. Sin embargo, cuando son consideradas las razones para la decisión, se torna posible ver con claridad que hechos similares deben ser encuadrados en una misma categoría, y, así, no solamente merecen, sino en verdad exigen, una misma solución para que no sea violado el principio de igualdad, más claramente el principio de que casos iguales deben ser tratados de la misma forma.

eruditos escritores no están de acuerdo sobre la existencia o naturaleza de una teoría 'clásica', pero están en feliz acuerdo en lo que respecta al contenido de mi doctrina relativa al precedente vinculante. Infelizmente, desde mi punto de vista, ambos consideran mi teoría de una forma que, pienso, es imposible de reconocerla toda vez que omiten aquello que considero como el punto esencial de mi tesis" (En el original: "Professor Montrose and Mr. Simpson have now on four occasions expressed views concerning the *ratio decidendi* of a case. I would have hesitated to intervene in this gladiatorial combat if it had not been for the fact that both of them referred at considerable length to my article Determining the *ratio decidendi* of a case. It is not my purpose to discuss in the present article the points on which they seem to disagree because I'm not certain that I have always understood their arguments. I'm concerned with a narrower and more personal matter. Both of the learned writers are in agreement that the conclusions reached in my article are unsatisfactory. Professor Montrose does so on the ground that they conflict with the 'classical' theory which he accepts as being correct, while Mr. Simpson is of the opinion that my theory is substantially the same as the 'classical' one which he regards as open to criticism. The learned writers are not in accord concerning either the existence or the nature of the 'classical' theory, but they are in happy agreement concerning the content of my doctrine relating to the binding precedent. Unfortunately, from my standpoint they both state my theory in a form which I find it impossible to recognize, as it omits what I regard as the essential point of my thesis"). GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 117.

Las razones para encontrar la solución de un caso son imprescindibles para la comprensión racional del precedente. El asunto método fáctico como asistente, capaz de racionalizar el marco de la causa a juicio (*caso*) en el caso tratado en el precedente (*caso precedente*), y que solo en caso de duda sobre la inclusión del caso fáctico en el cuadro precedente. Recuérdese, en efecto, que la distinción entre situaciones concretas únicamente tiene razón de ser cuando representan hipótesis que, desde una perspectiva valorativa y jurídica, efectivamente reclaman tratamiento diferenciado²³.

Destáquese brevemente, todavía, el problema relativo a saber quién define la *ratio decidendi*²⁴: si el órgano que establece el precedente o si aquel que está al analizar si el precedente ha de ser aplicado al caso que está en sus manos para el juzgamiento. No hay

²³ “El poder del precedente depende de alguna asimilación entre el evento en comentario y algún otro evento. (...) La tarea de una teoría del precedente es explicar, en un mundo en el que el único evento puede ser encuadrado en varias categorías diferentes, siendo algunas asimilaciones plausibles y otras no” (En el original: The power of precedent depends upon some assimilation between the event at hand and some other event. (...) The task of a theory of precedent is to explain, in a world in which a single event may fit into many different categories, how and why some assimilations are plausible and other are not”) SCHAUER, Frederick. Precedent, cit., p. 577.

²⁴ No se olvida, sin embargo, la opinión escéptica de Joseph Francis, quien, en un artículo escrito en 1929, en respuesta al Three cases on possession, de Arthur L. Goodhart, escribió: “Si fuese verdad que el camino para el progreso humano está cubierto de principios y conceptos muertos, entonces me atrevo a sugerir que el empeño de encontrar la *ratio decidendi* de un caso, en breve, será visto bajo el mismo enfoque de aquel de un médico intentando localizar el ‘alma’” (En el original: “If it is true that the path of human progress is strewn with dead principles and dead concepts then I venture to suggest that the effort to find the *ratio decidendi* of a case will soon be viewed in the same light as a physiologist trying to locate the ‘soul’”) FRANCIS, Joseph F. Three cases on possession — Some further observations. *St. Louis Law Review*, vol. 11, 1928. V. SCOFIELD, Robert G. Goodhart’s concession: defending *ratio decidendi* from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. *King’s College Law Journal*, vol. 16, 2005, p. 311-328.

duda que, aunque la *ratio decidendi* sea establecida por el órgano que elaboró el precedente, eso no eximirá a los jueces de, en el futuro, comprenderla mediante los nuevos casos en juzgamiento.

Nótese que, al suponerse que el Tribunal posteriormente crea el precedente, se establece un efecto retroactivo, no deseable y admisible cuando se tiene en cuenta la seguridad y la previsibilidad. El nuevo caso da al Tribunal posterior solo la posibilidad de comprender el precedente, que existe desde cuando es establecido por el Tribunal primitivo. Por lo tanto, si se admitiese que el juez del nuevo caso elabora la *ratio decidendi*, se tendría necesariamente dos *ratio decidendi*, una elaborada por el juez en el caso originario y otra por el juez del nuevo caso. Recuérdese que es en esta dimensión que Julius Stone habló de *ratio decidendi* descriptiva y de *ratio decidendi* prescriptiva, también atribuyendo a esta última la calificación de obligatoria, ya que revela las razones que una Corte posterior está obligada a seguir²⁵.

Además, es relevante la definición propuesta por Rupert Cross, en su conocido *Precedent in English law* en el sentido de que la *ratio decidendi* de un caso es *cualquier regla de derecho* expresa o implícitamente tratada por el juez como *paso necesario* para alcanzar su conclusión, teniendo en vista la línea de razonamiento por él adoptada o una parte de su instrucción para el jurado²⁶.

Tratando de la definición de Cross, MacCormick la imputa como muy amplia, advirtiendo que en cualquier caso en que una ley está siendo interpretada o aplicada, la ley en sí, o un artículo de ella, corresponderá a una regla sin la cual la misma conclusión no podría ser alcanzada (por lo menos si quisiéramos decir por "conclusión" una conclusión de, por ejemplo, responsabilidad por la aplicación de aquella ley específica). Nadie supone, en tanto, que la ley sea la *ratio*. En verdad la *ratio* será lo que el Tribunal

²⁵ STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi, cit., p. 597.

²⁶ "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury". CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 77.

afirma como interpretación correcta de la ley. Por ese enfoque, es claramente preferible describir o definir la *ratio*, por el hecho de ser una solución del juez, en vez de ser cualquier regla de la cual dependa su conclusión²⁷.

Esta crítica a la doctrina de Cross fue recientemente reafirmada por Duxbury. Según el profesor de la *London School of Economics*, cuando el juez interpreta la ley para llegar a la decisión, la *ratio* es lo que el juez acredita ser la mejor interpretación de la ley — “*the judges ruling, in other words, rather than the legal rule*”²⁸—.

Otra parte de la definición de Cross que interesó a MacCormick señala que la regla de derecho —vista por el último como “solución del juez”— debe ser tratada como “paso necesario” al alcance de conclusión. MacCormick advierte que la preocupación sobre las implicancias de lo que es necesario fue levantada primero por Brian Simpson en su artículo en *Oxford Essays in Jurisprudence*. Ahí él demostró que, en los términos de Cross, y tal vez en ciertas formulaciones judiciales, el termino “necesidades” comprende muchos significados y, por eso, propone sustituir la idea de lo que “es necesario” para una decisión, por la idea de que “es suficiente” para la decisión²⁹.

²⁷ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 209. Neil Duxbury comulga con la misma crítica de MacCormick: “La suposición de Cross — de que la *ratio* es la ‘regla del derecho’ que el juez trata como necesaria para una decisión — no parece exactamente correcta. Cuando, por ejemplo, un juez interpreta una ley en el proceso de emitir su decisión, la *ratio* es lo que el juez cree que sea la mejor interpretación de la ley — la decisión del juez, en otras palabras, en lugar de regla legal” (En el original: “Cross’s assumption — that the *ratio* is the ‘rule of law’ that a judge treats as necessary to a decision — does not seem quite correct. When, for example, a judge interprets a statute in the process of reaching a decision, the *ratio* is what the judge believes to be the best interpretation of the statute — the judge’s ruling, in other words, rather than the legal rule”). DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 77.

²⁸ V. DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 78.

²⁹ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 209.

No obstante, para MacCormick la formulación de Simpson comprende casi tanto contenido cuanto la “necesidad” de Cross. Así, el teórico escocés acaba por refutar tanto la doctrina de Cross como la de Simpson, proponiendo otra lectura de la idea de suficiencia, presentada por el último. Admite que, para configurar *ratio*, el fundamento necesita ser suficiente, pero la cuestión jurídica debe exigir una solución en particular para justificar la decisión del caso³⁰.

2.2 *Obiter dictum*

La discusión sobre el significado de *obiter dictum* es tan antigua, intensa y difícil como la reñida sobre el significado de *ratio decidendi*³¹. Eso porque el concepto de *obiter dictum* está absolutamente ligado al de *ratio decidendi*.³²

En el siglo XVII, época en que ya se discutía sobre la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, se entendía que la última no era *opini3n judicial*, prevaleciendo esta idea hasta mediados del siglo XIX. Se suponía que el *obiter dictum*, a pesar de pronunciada por un Tribunal, era un argumento de carácter extrajudicial³³.

No es difícil percibir la razón por la cual el *Common Law* siempre se preocupó en distinguir *ratio decidendi* del *obiter dictum*. Tal distinción se debe a la valorización de los fundamentos de la decisión, propio del *Common Law*. Como en este sistema importa verificar la parte de lo juzgado que tiene efecto obligatorio o vinculante, hay motivo para investigar, con cuidado, la fundamen-

³⁰ Idem, p. 210.

³¹ “La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* es antigua” (En el original: “The distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum* is an old one”). CROSS, Rupert. Op. cit., p. 37.

³² “Hoy es difícil imaginar al abogado (del derecho) jurisprudencial desconocer esta distinción — la distinción, esto es, entre *ratio decidendi* y la *obiter dicta* de un caso” (En el original: “Today, it is difficult to imagine a Common Lawyer being unaware of this distinction — the distinction, that is, between the *ratio decidendi* of and the *obiter dicta* within a case”). DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 67.

³³ CROSS, Rupert. Op. cit., p. 37.

tación, separándose lo que realmente da significado a la decisión de aquello que no tiene relación o no le es esencial.

En el *Civil Law*, al contrario, correspondiendo a los tribunales solo aplicar la ley, poca importancia tendría dar la fundamentación, ya que ésta haría solo la conexión entre los hechos y la norma legal dirigida a regular la situación conflictiva. La fundamentación, así, sería necesariamente breve y sucinta. Una vez que la decisión debería solo dar actuación a la ley, no habría motivo para buscar una fundamentación al significado de la decisión. La decisión que se limita a aplicar la ley no tiene nada que pueda interesar a otros, que no sean los litigantes. Es por este motivo que, en el *Civil Law*, el que siempre preocupó, en términos de seguridad jurídica, fue lo dispositivo de la sentencia que aplica la regla de derecho dándole concreción. No es por otra razón que, cuando se piensa en seguridad de los actos jurisdiccionales, se alude solamente a la cosa juzgada y, especialmente, a su función de hacer inmutable e indiscutible la parte dispositiva de la sentencia. Al tratar de la *obiter dictum*, Rupert Cross pregunta si en ella es posible ver más de una proposición de derecho que no forma parte de la *ratio decidendi*. Cross admite que, en principio, la respuesta a la cuestión es negativa, aunque deban ser considerados los diversos grados de autoridades y las varias especies de *obiter dictum*.

Para comprender el significado de *obiter dictum*, todavía en la dimensión del *Common Law*, se torna necesario subrayar que cuando se mira a una cuestión preguntándose si ella constituye *ratio decidendi* u *obiter dictum*, se indaga sobre la necesidad o no de su enfrentamiento a fin de llegar a la decisión³⁴.

³⁴ "Algunas partes de una opinión no son formalmente vinculantes como precedentes. Eso es verdad acerca de las comprensiones u opiniones de una Corte que *no sean necesarias* a la solución de la cuestión específica presentada a la Corte. Esa terminología es llamada de *dicta* y por lo general no es vinculante. Como fue mencionado, *dicta* son normalmente definidas como declaraciones presentes en la opinión 'no necesarias' a la decisión de la Corte sobre la cuestión o las cuestiones" (En el original: "Some parts of an opinion are not formally binding as precedent. This is true of the views or opinions of the court which are *not necessary* to the

Algunas cuestiones son indiscutiblemente innecesarias al alcance de la decisión, y, así, son ciertamente *obiter dicta*. Como esclarece Neil Duxbury, los pasajes que son *obiter dicta* se presentan de diversas formas, como las que no son necesarias al resultado, las que no son conectadas con los hechos del caso o las que son dirigidas a un punto que ninguna de las partes buscó argumentar³⁵. Por otro lado, dice Robert Summers, en el trabajo dirigido a explicar el funcionamiento de los precedentes en su país, que la especie de *dicta* más común en los Estados Unidos consiste en declaraciones del Tribunal sobre cuestiones que ella no está realmente decidiendo o fue llamada a decidir³⁶.

Sin embargo, hay cuestiones que nada tienen que ver con el caso que está siendo juzgado y cuestiones que, aunque no necesiten ser apreciadas para llegarse a la decisión, tienen íntima relación con el caso *sub judice*. Es claro que las cuestiones relacionadas al caso, bien como las que fueron detenidamente tratadas por el Tribunal y acogidas por parte representativa de sus miembros, tienen más autoridad que las que no dicen relación al caso en juicio y son sumariamente enfrentadas.

No obstante, lo que parece preocupar más a la doctrina es algo que, bien vistas las cosas, guarda particularidad con el hecho de que, en el *Common Law*, el sistema de precedentes se basa en la resolución de los casos.

Cross, por ejemplo, alude a cuestiones independientes y cuestiones dependientes para justificar la calificación de una determinada cuestión como *obiter dictum*. Cuando existen dos cuestiones, pero la recepción de una de ellas basta para ganar una causa y, además, al abordar la segunda cuestión no depende de

resolution of the specific issue before the Court. This language is called *dicta* and it is generally not binding. As indicated, *dicta* are usually defined simply as statements in the opinion 'not necessary' to the Court's decision on the issue or issues"). SUMMERS, Robert. Ob. cit., p. 384.

³⁵ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 68.

³⁶ SUMMERS, Robert. Ob. cit., p. 385. Ver, todavía, ABRAMOWICZ, M.; STEARNS, M. Ob. cit.

la aceptación de la primera, hay cuestiones independientes. En la hipótesis en que la segunda cuestión solo puede ser apreciada si es acogida la primera, hay cuestiones dependientes³⁷.

En *Perry v. Kendrick's Transport* habían dos cuestiones ante la Corte de Apelaciones. Una dice relación a la imposibilidad de obtener indemnización, — por injurias personales —, con base en *Rylands v. Fletcher*. La otra era relativa a la viabilidad del demandado de invocar, en su defensa y en su recurso, que el daño fue causado por el acto de un extraño. La decisión, fundándose en uno y otro punto, sería favorable al demandado-apelante. El Tribunal decidió el primer punto en favor del autor-apelado, concluyendo que los daños por injurias personales podrían ser cobrados con base en *Rylands v. Fletcher*. Pero decidió la segunda cuestión en favor del demandado-apelante, que, así, salió victorioso en la apelación.

Hay cuestiones independientes en *Perry v. Kendrick's Transport*. Una fue decidida en favor del apelado y otra en favor del apelante. O sea, la segunda puede ser decidida en favor del apelante, aunque la decisión de la primera había dado razón al apelado. Por eso, y ahí es que surge un acercamiento a lo que realmente importa, Cross afirma que la decisión respecto de la primera cuestión no constituye *ratio decidendi*, sino *obiter dictum*. *Ratio decidendi* sería solo la declaración sobre la segunda cuestión.

El razonamiento sigue la propia lógica de Cross, Wambaugh y Goodhart. De acuerdo con Cross, las alegaciones acerca de la cuestión de las injurias personales eran *obiter* porque el tribunal no podía haberlas considerado como necesarias para la decisión en favor del demandado, esto es, para la providencia de la apelación. Ellas también serían *obiter* a la luz de la prueba de Wambaugh, porque la apelación podría ser decidida de la misma manera aunque el Tribunal hubiese decidido que los daños por injuria personal no podrían ser cobrados con base en *Rylands v. Fletcher*. Si sometidas al método de determinación de la *ratio decidendi* de Goodhart, las alegaciones relativas a la primera cuestión también serían *obiter*.

³⁷ CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 81 y ss.

No obstante entender que el enfoque de la primera cuestión sería *obiter*, Cross deja claro que es difícil acreditar que un órgano de primer grado se sentiría libre para decidir que los daños por injurias personales no pueden ser cobrados con base en *Rylands v. Fletcher* aunque esta declaración sea solo *obiter dictum* a la Cámara de los Lores³⁸. Cross está aludiendo al efecto persuasivo de la *obiter dictum*, que, en casos como el referido, puede tener una intensidad tan fuerte como la del efecto obligatorio, particular a la *ratio decidendi*.

En el caso sometido a la Cámara de los Lores, *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, también estaban presentes dos cuestiones. En este caso, en que se buscaba anular una orden del Ministro de Salud, fueron presentadas dos defensas: una afirmando que el Tribunal no tenía competencia para examinar la validez de la orden y otra en el sentido de que la orden era válida, según lo autorizado por el *Housing Act* de 1925. La *House of Lords*³⁹, por votación unánime de sus miembros, juzgó en contra el Ministro en el primer punto, pero, por cuatro votos contra uno, decidió la segunda cuestión a su favor. El resultado de la segunda cuestión era ciertamente *ratio decidendi*, pero había duda sobre el significado de la resolución del primer punto⁴⁰.

Sería posible decir que, como la segunda cuestión daba el triunfo de la causa al Ministro, no era necesario analizar la primera cuestión, que, por este motivo, sería *obiter dictum*. Por eso, más allá de que esta cuestión ha sido analizada en primer lugar, ella constituía un antecedente lógico en el razonamiento de los jueces, o sea, un punto que, por lógica, necesariamente debería

³⁸ Idem, p. 82-83.

³⁹ Recientemente, la *House of Lords* fue "substituida" por la *Supreme Court of the United Kingdom*, que asumió sus funciones judiciales. La *Supreme Court of the United Kingdom* fue creada por el Acto de Reforma Constitucional de 2005 (*Part 3, Constitutional Reform Act 2005*), habiendo iniciado sus actividades el 1 de octubre del 2009.

⁴⁰ Cross, Rupert. Ob. cit., p. 83.

ser analizado para que la Corte pudiese entrar en el análisis del segundo punto.

La diferencia de naturaleza entre las cuestiones analizadas en *Perry v. Kendrick's Transport* y en *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, fue detectado por Rupert Cross, que señaló que, en último caso, las cuestiones no eran independientes, sino interdependientes⁴¹. Si la primera cuestión es un antecedente necesario al juzgamiento de la segunda, la ausencia de necesidades apuntada en *Perry v. Kendrick's Transport* no podía ser invocada para negar la resolución de la primera cuestión, la calidad de *ratio decidendi*.

Sin embargo, en caso de cuestiones independientes, la cuestión cuyo análisis no es necesario a la resolución —que, por lo tanto, es *obiter dictum*— es íntimamente ligada al caso en juicio y abordada de forma profunda por el tribunal, asumiendo perfil y textura muy próximos al de la *ratio decidendi*. Por lo tanto, esta *obiter dictum* representa una especie que merece ser diferenciada del común de las *obiter dicta*.

Recuérdese que el tribunal, en algunos casos, trata de puntos irrelevantes, cuyo análisis es necesario hacer y que, por tanto, acaba representando un exceso de argumentación. Este tipo de *obiter dictum* ciertamente no tiene el mismo significado de la *obiter dictum* que trata de manera profunda un punto de derecho relacionado al caso⁴².

La *obiter dictum* que se aproxima a la *ratio decidendi*, aunque no tenga efecto obligatorio, tiene efecto persuasivo bastante fuerte. Recuérdese que, al analizar *Perry v. Kendrick's Transport*, Cross llega a decir que es difícil acreditar que un juez de primer grado pueda sentirse libre para negar lo que la Corte decidió en favor del apelado, aunque está reconociendo los argumentos del demandado-apelante, le ha dado el triunfo de la causa en el *appeal*⁴³. Dada la diferencia entre esas *obiter dicta*, la doctrina habla

⁴¹ Idem.

⁴² MERRILL, Thomas W. Judicial opinions as binding law and as explanations for judgements. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 15, oct. 1993.

⁴³ CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 82.

de *judicial dictum* y de *gratis dictum*. Se atribuye estas denominaciones al *obiter dictum* con gran efecto persuasivo, reservándose el tradicional título *obiter dictum* a las proposiciones que tratan de cuestiones no relevantes y periféricas⁴⁴.

2.3 La *ratio* como propuesta necesaria y suficiente para alcanzar la decisión

Como hemos visto, Rupert Cross define la *ratio decidendi* como paso necesario para alcanzar la conclusión. Simpson, por su parte, propuso la substitución de la idea de necesario por la de suficiente.

El verdadero problema, sin duda, está en el significado que se pretende atribuir a los vocablos “necesario” y “suficiente”. Si el paso es necesario, él es imprescindible, obligatorio. Suficiente, en tanto, es lo que basta. Ahora, hay diferencia entre camino obligatorio y camino suficiente. Si el camino es obligatorio, no hay cómo llegar a donde se quiere sin pasar por él. Sin embargo, si el camino es suficiente, se llega al lugar que se pretende pasando por él, que es apto para conducir al lugar deseado. Suficiente o apto o idóneo no se confunde con necesario u obligatorio.

⁴⁴ “Juristas y jueces del derecho jurisprudencial han intentando, en algunas oportunidades, acumular distinciones sobre la diferencia básica entre *ratio-obiter* argumentando que un caso puede contener un *holding* que sea más impositivo que una *ratio decidendi* y que puede haber *judicial dicta* que sea menos impositiva que las *rationes decidendi*, no obstante, más impositivas que cualquier otra *obiter dictum*. Mientras tanto, es la distinción básica que ha perdurado” (En el original: “Common-law jurists and judges have occasionally tried to pile distinctions upon the basic *ratio-obiter* distinction — arguing that a case might contain a ‘holding’ which is more authoritative than a *ratio decidendi*, and that there can be ‘judicial dicta’ which are less authoritative than *rationes decidendi* but more authoritative than any *obiter dictum*. But is the basic distinction that has endured”). DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 68. V. LLEWELLYN, Karl. *The case law system in America*. Chicago: University of Chicago Press, 1989. p. 14 y ss.; SCOFIELD, Robert G. The distinction between *judicial dicta* and *obiter dicta*. *Los Angeles Lawyer*, Los Angeles, vol. 25, oct. 2002.

Cross, al hablar de cuestiones independientes y dependientes⁴⁵ recuerda el caso —*Perry v. Kendrick's Transport*— en que no se consideró *ratio decidendi* al analizarse la cuestión que, juzgada favorablemente al recurrido, no impidió que la Corte, juzgando la segunda cuestión en favor del recurrente, proveyese el recurso. La primera cuestión no sería *ratio decidendi* por no ser necesaria para la providencia del recurso. Como es obvio, esta cuestión también no sería suficiente para proveerse el recurso. Sin embargo, si hubiese otra cuestión, invocada por el recurrente, capaz de permitir la providencia del recurso, habría dos cuestiones suficientes. En esta hipótesis, si el tribunal pudiese analizar solo una de las cuestiones, esta obviamente sería *ratio decidendi*, no hablando en *obiter dictum*. Adviértase desde luego, sin embargo, que, cuando el tribunal aprecia dos cuestiones suficientes al proveer un recurso, hay gran debate en la doctrina sobre la naturaleza del análisis de cada una de ellas⁴⁶.

Es importante destacar, no obstante, que en “*Perry v. Kendrick's Transport*” la primera cuestión fue juzgada en favor del recurrido y, la segunda, en favor del recurrente. Antes que eso, es posible preguntar si la idea de suficiencia se relaciona con el resultado del recurso o con el resultado determinado de la cuestión propuesta por la parte. O mejor, ¿el paso debe ser suficiente para el tribunal juzgar la cuestión afirmada por la parte (recurrente o recurrido) o para dar solución al recurso? El punto es realmente importante, ya que si la suficiencia se liga a la solución de la cuestión propuesta por la parte, no habría impedimento para considerarse *ratio decidendi* la decisión de la cuestión en favor del recurrido, en caso de la providencia del recurso. Nótese que, al ser así, no será propiamente el análisis de la cuestión lo que será suficiente para la decisión del recurso. En realidad, la razón o el fundamento es el que deberá ser suficiente a la solución de la cuestión.

⁴⁵ CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 81 y ss.

⁴⁶ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 75; CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 38. Ver el próximo ítem.

Otro caso, igualmente señalado por Cross, permite análisis. En el caso *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*⁴⁷, la *House of Lords* rechazó la cuestión planteada por el Ministro de Salud, y, al juzgar la segunda cuestión, decidió por cuatro votos contra uno en su favor. La primera cuestión dice relación a la competencia de la Corte para juzgar la validez de la orden del Ministro y, la segunda, su validez propiamente dicha, o sea, la circunstancia de estar la orden autorizada por el *Housing Act, 1925*.

Se consideró que la decisión sobre la competencia de la Corte era *ratio decidendi*, al argumentar que tal decisión sería *necesaria* para resolver el recurso. En esta situación, incluso sería posible hablar de *suficiente*, toda vez que la decisión sobre la competencia jamás podría ser pensada como *suficiente* para la resolución de la cuestión de fondo del recurso. Realmente, la decisión solo podría ser considerada *necesaria* para llegar al examen del mérito del recurso.

No obstante, si es considerada la conexión de las razones como la solución de la cuestión, dejándose de lado la idea de relacionar el análisis de la cuestión con la solución del caso, sería posible que la fundamentación de la *House of Lords* fue suficiente —y no solamente necesaria— para la decisión respecto de la competencia.

Cuando hay dos cuestiones y una es resuelta en favor del recurrido y la otra para dar providencia al recurso, la decisión en favor del recurrido nunca será suficiente para la solución en pro del recurrente, pudiendo, en máximo, ser considerada necesaria, como ocurrió cuando se tomó en cuenta el análisis de la cuestión de competencia como necesaria a la resolución del mérito. Entre tanto, cuando se destaca el razonamiento judicial para el análisis de las cuestiones puestas por las partes, colocándose a la luz la solución de esas cuestiones y no la solución del recurso o del caso, se torna viable pensar en la suficiencia de determinada razón para la solución de la cuestión, dejando claro que no solo la decisión del caso, sino también las decisiones relativas a otras cuestiones envueltas en el caso pueden constituir *ratio decidendi*.

⁴⁷ CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 38, 54 y 87.

2.4 Significado de juzgado con dos *rationes*

En el *Common Law*, se habla de decisiones con dos *rationes*. Por eso, es necesario dejar claro que, en estos casos, cada una de las *rationes* es considerada necesaria o suficiente para llegar a la solución del caso. Por lo tanto, no se piensa en dos *rationes* cuando hay decisiones contrapuestas, o mejor, una decisión favorable al vencido y otra al vencedor. Para que haya dos *rationes*, ambas deben ser capaces de propiciar idéntico resultado, esto es, decisión que beneficia al autor o decisión que beneficia al demandado.

En *Behrens v. Bertram Mills Circus Ltd, Devlin J.*, en la condición del juez de primer grado, hizo interesantes ponderaciones acerca del asunto. Argumentó que, si el juez presenta dos fundamentos para su decisión, ambos son obligatorios o vinculantes. No es posible escoger un fundamento, suponiendo el mejor, e ignorar al otro. Tampoco importa, para tal propósito, cuál fundamento viene antes y cuál viene después. Lord Simonds en *Jacobs v. L.C.C.*, afirmó en la *House of Lords* que no hay justificación para considerar un fundamento dado por el juez para su decisión como *obiter dictum*, solo porque él también presentó otro fundamento. En *Commissioner of Taxation for New South Wales v. Palmer*, Lord Macnaghten advirtió, en la misma línea, ser imposible tratar una proposición que la Corte declaró ser un claro y suficiente fundamento para su decisión, como *obiter dicta*⁴⁸.

⁴⁸ CROSS, Rupert. Op. cit, p. 38. Deriva de ahí, igualmente, la imposibilidad de la *dicta* al ser considerada vinculante. “La distinción entre *ratio decidendi* y *dictum* limita la tasa en la cual un nuevo derecho puede ser creado, la cual es importante en lo que respecta a la manutención del equilibrio de la obediencia al precedente (*precedent-obeying equilibrium*). Los jueces deben esperar, para crear un nuevo derecho, hasta que los casos apropiados lleguen a su apreciación y solamente la *ratio decidendi* o *holding*, la materia de derecho esencial y decisiva del caso, constituye precedente vinculante. *Dicta*, soluciones irrelevantes para la solución del caso, son, por convención, no vinculantes para futuros jueces aunque, tal cual los escritos de cualquier persona, ellas puedan ser consideradas como argumentos. Si las *dicta* fuesen vinculantes, un juez podría crear una cantidad ilimitada de nuevos derechos”. (En el original: “The distinc-

Por eso, en un sistema de *Common Law* hay inescindibles problemas en admitirse una decisión con dos *rationes*, aunque cada una de ellas pueda constituir base necesaria y suficiente para darse al caso idéntica solución. Hay preocupación en otorgar al juez un margen de poder que le permita indebidamente influir sobre el futuro desenvolvimiento del derecho. Nótese que, si una decisión puede fundarse en varias *rationes*, el juez puede definir innumerables reglas, que a partir de ahí, deban ser respetadas por la magistratura y consideradas por las partes y por los abogados⁴⁹.

Por otra parte, si la Corte posterior tiene poder para escoger entre una de las *rationes*, se afirma que esta no está propiamente obligada a seguir el precedente, sino solo a una de las *rationes*, y, lo que es más grave, aquella que, según su libre convicción, le parece más adecuada. En esta hipótesis, la Corte subsecuente estaría apta para crear el precedente, en vez de seguir el precedente antes creado⁵⁰.

A la inversa, si el caso debe tener solo una *ratio*, sería posible concebir a la *ratio* como el primer fundamento. El razonamiento sería el de que, como la primera *ratio* es suficiente para la solución

tion between *ratio decidendi* and *dictum* limits the rate at which new law can be created, which is useful with regard to maintaining a precedent-obeying equilibrium. Judges must wait to create law until appropriate cases arrive at their benches, and only the *ratio decidendi* or *holding*, the case's essential and decisive point of law, is binding precedent. *Dicta*, rulings irrelevant to the case's outcome, are, by convention, not binding on future judges, although, like anyone's writings they may be considered as arguments. If *dicta* were binding, a judge could create an unlimited amount of new law"). RASMUSEN, Eric. Judicial legitimacy as a repeated game. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, abr. 1994, p. 63-83. Disponible em: <http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen_94JLEO.judges.pdf>. Accedido el 11 de marzo del 2010.

⁴⁹ "Cuando los jueces identifican la *ratio* de un caso antecedente en el cual se presenta posible más de una *ratio*, ellos puede, de hecho, estar creando derecho, en lugar de estar siguiéndolo" (En el original: "When judges identify the *ratio* of an earlier case in which more than one possible *ratio* presents itself, in other words, they may in fact be making rather than following law"). DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 75.

⁵⁰ CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 88.

del caso, el segundo fundamento sería superficial o innecesario, y, por tanto, *obiter dicta*.

Contra la tesis de que la Corte que está con el caso sometido a juzgamiento debe poder delimitar, entre dos fundamentos firmados en precedente, aquel que le parece adecuado, se argumenta que esto eliminaría los beneficios proporcionados por el sistema de precedentes, especialmente, la seguridad jurídica y la previsibilidad.

Se alega, además, que si la Corte puede ver en un fundamento *ratio* y en otro *obiter dicta*, se estaría admitiendo que ella puede negar una *ratio* sin la debida justificación o realizar un *overruling* desprovisto de fundamento⁵¹.

De todos modos, se responde con la alegación de que si la definición de la *ratio* en estos términos es indicativo de arbitrariedad judicial, toda decisión acordada en una *ratio* podría ser tachada de arbitraria si, en teoría, pudiese haber más de un fundamento capaz de permitir el alcance de la misma decisión.

De hecho, en algunos casos las Cortes estadounidenses proceden de forma inversa, diciéndose vinculadas por razones que, hasta entonces, eran vistas como *obiter dictum* y, por tanto, no tenían ningún efecto obligatorio. Corresponde, en estas hipótesis, a un fenómeno de asimilación de la *dictum*, como *ratio* alternativa o en "*alternative holding*"⁵².

De modo que hay discusión en el *Common Law* sobre la naturaleza de los diferentes fundamentos que, en principio, serían capaces de permitir o alcanzar la solución idéntica⁵³. Nótese que esa discusión deriva de una circunstancia peculiar del *Common Law*. La dificultad en ver un juzgado con varias *rationes decidendi*

⁵¹ Ver, citando *Highland Falls v. State*, SUMMERS, Robert. Ob. cit., p. 385.

⁵² No obstante, como escribe Margaret Kniffin, las decisiones de la Suprema Corte en la que los jueces concuerdan con un único resultado por diferentes razones tiene reducido valor como precedente. (En el original: Some Supreme Court plurality opinions (in which Supreme Court Justices agree on a single result for different reasons) are of reduced precedential value" (KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 56).

⁵³ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 75.

tiene que ver con la idea de que el precedente, en el *Common Law*, refleja la solución del caso y no la solución de las cuestiones en él envueltas. Mediante los precedentes, los justiciables y las Cortes subsecuentes son informados de cómo los casos deben ser juzgados. Cuando se insiste en la idea de una única *ratio decidendi*, sea ella el primer fundamento, sea ella la que, a partir de la lectura del lenguaje del anterior juzgado, fue definida por la Corte que está con el caso en manos, se demuestra que la única preocupación existente tiene relación con la solución del caso. Ahora, si hubiese preocupación en cristalizar, mediante precedente, la solución de determinada cuestión jurídica versada en el caso, no habría razón para negar la calidad de *ratio decidendi*, a las razones que, por ejemplo, examinan la causa de pedir acumulada.

Percíbese, por otra parte, que, cuando la doctrina afirma, con preocupación, que el poder de escoger una de las *rationes* hecho para que la Corte cree un nuevo precedente⁵⁴, revela claramente que el precedente, en el *Common Law*, se dirige a permitir la resolución de casos y no de cuestiones que pueden importar a la solución de casos.

2.5 Particularidades del *Common Law*: la *ratio decidendi* como solución del caso

Sin embargo, ciertamente no es por casualidad que, en la tradición del *Common Law*, la *ratio decidendi* siempre estuvo ligada con la solución del caso y no con el análisis de las diversas cuestiones que pueden ser discutidas en el ámbito del tribunal.

No es necesario aclarar que el sistema del *Common Law*, al anclarse en un *stare decisis*, siempre se ha guiado por los juzgamientos dados en los casos. Cuando es invocado un caso X o un caso Y, son llamadas las *ratio decidendi* de esos casos. Así, es posible decir que el *stare decisis* o el sistema de precedentes del *Common Law* es un sistema de casos (*case law*).

⁵⁴ Tratando de esta situación y citando *Highland Falls v. State*, Robert Summers habla de "alternative holding". SUMMERS, Robert. Ob. cit., p. 385.

De modo que no es de extrañar que la *ratio decidendi* nunca haya sido ligada a las decisiones favorables de la parte vencida, como figura en *Perry v. Kendrick's Transport* y en *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, o incluso a las decisiones favorables al vencedor, pero no son necesarias para llegarse a la solución del caso.

Más visible, para demostrar que el *stare decisis* es un sistema de casos, es la tendencia a negar la calidad de *ratio decidendi* a las decisiones sobre las cuestiones que, aisladamente, podrían conducir a una solución favorable, cuando el caso fue resuelto mediante el análisis de otra cuestión. En esas situaciones, por otra parte, se llega a admitir que el Tribunal inferior puede considerarse obligado frente a las razones no necesarias a la solución del caso, las cuales, entonces, dejan de ser vistas como *dicta* y pasan a ser consideradas una *ratio decidendi* alternativa. Así, por ejemplo, la solución de la Corte en relación a la segunda cuestión es innecesaria, toda vez que la solución de la primera fue suficiente para definir el caso, aquella es *obiter dicta* y, por tanto, no vincula a los Tribunales inferiores. Pero hay casos, en los Estados Unidos, en que la Corte se considera vinculada por la solución dada a la cuestión que no es necesaria o suficiente —en principio un *dictum*—, que entonces es considerada. Se comprende mejor, de esa forma, los arrebatos de algunos estudiosos del *Common Law*, cuando se enfrenta con cuestiones amplia y profundamente discutidas por las Cortes, muchas veces decididas por unanimidad, que técnicamente son consideradas *obiter dicta* solo por no constituir paso necesario o suficiente a la resolución del caso. Cross, al constatar que en *Perry v. Kendrick's Transport* la Corte decidió la primera cuestión en favor del recurrente sin que eso fuese necesario para llegar a una solución positiva al recurrente, señaló que es difícil acreditar que un juez de primer grado vaya a sentirse libre para no respetar tal decisión⁵⁵, aunque ella sea técnicamente *obiter dictum*.

⁵⁵ CROSS, Rupert. Ob. cit., p. 82.

En el sistema brasileño, en que la fuerza de los precedentes nada debe a la resolución de los casos, se torna natural conferir fuerza de *ratio decidendi* a las razones suficientes para la solución de cuestiones que no se ligan necesariamente a la solución que es dada al caso. Así, por ejemplo, en una acción rescisoria juzgada fundada, nada impediría que las razones que sirvieron para rechazar una de las causas de pedir asumiesen la calidad de *ratio decidendi*. Ahora, el mismo motivo que estimula la obligatoriedad de las decisiones que resuelven los casos está presente cuando se está frente a decisiones que, aunque sin solucionar los casos, prestan significado a cuestiones frecuentemente discutidas por la judicatura.

2.6 La consideración de lo juzgado anteriormente. La importancia de una adecuada visualización de la *ratio decidendi*

En el momento del juzgamiento, es necesario visualizar adecuadamente la *ratio* de los precedentes anteriores. Eso por una razón obvia: si los jueces que están con el caso en las manos son obligados en virtud de la *ratio decidendi*, la simple invocación de un precedente no basta para lograr un resultado favorable a la parte, siendo necesario precisar lo que, en el interior de lo juzgado anteriormente, constituye *ratio decidendi* bien como lo que significa *obiter dictum*.

El problema es que no siempre es fácil definir los contornos de la *ratio decidendi*. En la doctrina del *Common Law* inglés, Rupert Cross ofrece un ejemplo del tratamiento de *Barwick v. The English Joint Stock Bank* en *Lloyd v. Grace, Smith & Co*⁵⁶.

En *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, se discutió sobre la cuestión de la responsabilidad del empleador por los actos practicados por su empleado, durante el servicio. Precisamente, sobre la responsabilidad del banco por los actos fraudulentos de su gerente, que perjudicó a alguien que obtuvo una garantía inútil o insuficiente. En la Corte, tras la decisión del juez de primera instancia a favor del empleador, el Juez Willer J. declaró: "pero,

⁵⁶ Idem, p. 42.

en relación a la cuestión de si el empleador es responsable por los actos de su empleado en el curso del servicio, y *en beneficio del empleador*, ninguna distinción sensible puede ser hecha entre el caso de fraude y el caso de cualquier otra falta. La regla general es la de que el empleador es responsable por toda falta del empleado o agente practicada en el curso del servicio y *para el beneficio del empleador*, aunque no sea probado mando u orden expresa del empleador⁵⁷.

En el caso, no hay duda de que el acto fraudulento practicado por el gerente benefició al banco. Sin embargo, se complejizó, en un juicio posterior, *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, sobre la extensión exacta de la *ratio decidendi* del caso *Barwick*. Considerándose las palabras del Juez Willes J., entregadas en *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, se verifica la alusión de que el acto ocurrió en “beneficio del empleador”. Pues bien, el problema, en *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, era precisamente lo de saber si la *ratio decidendi* del caso *Barwick* se limitaba a declarar la responsabilidad del empleado por los actos practicados en beneficio del empleador, o si, ampliamente, declaraba la responsabilidad del empleador por los actos practicados por el empleado, en el curso del servicio⁵⁸.

Nótese que la adecuada interpretación del primitivo precedente era fundamental para saber el exacto alcance de la responsabilidad entonces declarada. Una definición restrictiva de la *ratio decidendi* tornaría al precedente del caso *Barwick* favorable al empleador en *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* Eso porque, en el caso *Lloyd*, el empleador se defendió alegando que el acto fraudulento, practicado por su empleado, no le trajo ningún beneficio.

En el caso *Lloyd*, el juez de primera instancia decidió contra el empleador; la Corte de Apelación reformó la decisión recurrida, pero la *House of Lords* acogió el recurso de la víctima, declarando que el empleado es responsable por los fraudes practicados por su empleado durante el empleo. Para proveer el recurso,

⁵⁷ Idem, p. 42.

⁵⁸ Idem, p. 43.

la Cámara de los Lores fue obligada a interpretar el precedente del caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, especialmente las palabras de Willes J., ya descritas. Recuérdese que Willes J. aludió al hecho de que el acto fraudulento, en *Barwick*, benefició al banco. No obstante, la *House of Lords* entendió que esa alusión fue meramente accidental antes de los hechos que estaban a la vista de Willes J., no constituyendo parte de la *ratio decidendi*. La *House* llegó a esta conclusión después de un atento análisis del precedente del caso *Barwick*, visto en su totalidad. Por otra parte, la *Casa* interpretó el lenguaje de Willes J. considerando lo que fue dicho, en juzgamientos posteriores, por otros miembros de la Corte que juzgó *Barwick*⁵⁹.

Todo eso demuestra que la Corte posterior, para aplicar un precedente, necesita definir lo que realmente la obliga, vale decir, necesita tener delineada la *ratio decidendi* del caso ya resuelto. Por lo tanto, debe poner atención no solo al lenguaje del precedente, a la cuestión discutida del derecho y los hechos que en él estuvieron presentes, sino también a lo juzgado antes y, principalmente, después del precedente, que pueda explicar el significado de las declaraciones contenidas en un precedente interpretado.

Así, el caso *Barwick*, además de esencial para la comprensión de la importancia de la definición exacta de la *ratio decidendi*, permite que se tenga en vista la relevancia de los casos posteriores para la identificación del significado de las declaraciones contenidas en los precedentes. Véase incluso, posterior a la decisión en *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* Se fijó claramente el significado de *ratio* en el caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*.

2.7 La formación paulatina de la *ratio*

En el ítem anterior se mostró la importancia y la necesidad de interpretación de la *ratio decidendi* y que lo juzgado después puede servir como instrumento para su esclarecimiento. Algo diferente ocurre cuando un juzgamiento o juzgamientos posteriores agregan

⁵⁹ Idem, *ibídem*.

contenido a una anterior *ratio decidendi*, dándole otra conformación. En esta hipótesis no hay interpretación de antigua *ratio*, pero sí formación paulatina de *ratio*, que va ganando cuerpo en la medida que los juzgamientos van siendo proferidos⁶⁰.

La disimilitud puede ser más bien comprendida a partir de la distinción entre un acto de un fotógrafo y la actividad de un pintor. Aunque el fotógrafo pueda retratar y dar significado particular a un paisaje, atribuyéndole interpretación, es cierto que la fotografía congela la interpretación del pasado, mientras que el pintor va, con el pasar de los días, dando forma y significado a su pintura, hasta terminarla. Si se aparta de la premisa de que la interpretación siempre genera una nueva *ratio*, tornando la *ratio* interpretada sin autoridad, se reduce la importancia de la distinción que fue hecha. Pero ¿será verdad que la interpretación de la *ratio* destruye el significado del caso pretérito y la autoridad de su *ratio*?

Es cierto que la interpretación, más que decir el significado, puede ampliar o reducir un significado pretendido. Como ampliar y reducir son actos que conviven con una porción de significado que existía y que, sea con la ampliación o con la reducción, se mantienen, no hay cómo concluir que la *ratio*, después de interpretada, deja de tener alguna autoridad y que el caso del que proviene pierde importancia.

De cualquier forma, se pretende hablar aquí de la necesidad de nuevos significados y no del esclarecimiento del significado. Supóngase, por ejemplo, que en un caso, en que fue expresada de forma clara y precisa la *ratio*, no haya sido enfrentada determinada cuestión de derecho, que, si es acogida, puede reducir o ampliar la *ratio* primitiva.

En esa situación, aunque también se mantenga una parte de la primera ratio, su alteración no provee la necesidad del esclarecimiento, sino de imprescindibilidad del enfrentamiento de una nueva cuestión. No hay aumento o reducción en virtud de la ne-

⁶⁰ Ronald Dworkin compara, adecuadamente, el delineamiento de la *ratio decidendi* con un romance que va siendo escrito en capítulos. DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Texas Law Review*, vol. 60, p. 527-550.

cesidad de esclarecer, sino de la imperiosidad de complementar. Y no se piense que la complementación excluye la reducción, pudiendo darse solamente por la ampliación. En verdad, cuando la completa solución del caso exige el enfrentamiento de otra cuestión, el verbo reducir no es incompatible con la idea de complementar.

Nótese, además, que eso no se confunde con una revocación u *overruling*, ya que la *ratio* es alterada, pero no pierde su autoridad.

2.8 La interpretación de la *ratio*: los puntos de derecho

Para identificar un punto de derecho que fue parte de la *ratio decidendi*, o sea, que tiene fuerza obligatoria, es necesario analizar, en primer lugar, la presentación del caso por el Tribunal. Para ello, importa verificar lo que el Tribunal dice acerca de las alegaciones de las partes en relación a los hechos que dan composición al litigio, respecto de las pruebas y, en fin, sobre los puntos de derecho envueltos.

En la fundamentación del Tribunal será necesario investigar la manera de cómo los puntos de derecho fueron relacionados con las alegaciones de las partes y con los hechos. Los puntos de derecho que realmente importan son aquellos que no solo son recordados por el Tribunal, son relacionados con los hechos, de forma que se constituyen en la base para la solución del caso.

Es en este sentido que se dice que el punto de derecho tiene que ser necesario o suficiente para la solución del caso. Señálese que el punto de derecho tiene que ser suficiente para la específica solución dada al caso.

Es por ese motivo que no constituye *ratio decidendi*, en el *Common Law*, el fundamento que, aunque detenidamente analizado, es suficiente para la decisión que se pronuncia sobre la competencia del Tribunal, pero no soluciona el caso. También, por ejemplo, es por el mismo motivo que las razones que rechazan un argumento elaborado por la parte, que, con base en otro fundamento, obtiene solución favorable, no constituye *ratio decidendi*.

De cualquier forma, identificar un punto de derecho no es lo mismo que estar en posesión de una metodología que permita saber si el punto de derecho contenido en la *ratio decidendi* del precedente se aplica a un nuevo caso en juicio. Eso sucede fundamentalmente porque, cualquiera que sea esa metodología, ella nunca se eximirá de la comparación entre los hechos que componen los dos casos.

2.9 La interpretación de la *ratio*: los hechos que dan composición al caso y los que fueron considerados en la decisión

Si el sistema de precedentes, y, por tanto, la *ratio decidendi* y su fuerza obligatoria, objetiva que casos similares sean decididos de igual modo, cuanto más se aproximan los hechos de dos casos, mayor es la probabilidad de que la decisión dada al primer caso sea aplicable a la solución del segundo.

Esa idea tiene presente la obviedad de que los hechos nunca se repiten y nunca pueden ser dichos absolutamente iguales⁶¹. Es por eso que se habla de “probabilidades” de aplicación del precedente y en “mayor aproximación” de los hechos. Por tanto, para la conclusión acerca de la adopción de un precedente, es imprescindible tratar la proximidad de los hechos que dan composición a los casos cotejados.

Hay una diferencia entre “hechos del caso” y “hechos tomados como fundamentales para la decisión”. Es posible ver la fundamentación, los hechos que fueron considerados fundamentales para llegar a la decisión. Por eso, no siempre es fácil calificar los hechos

⁶¹ “No hay dos eventos exactamente iguales. Para que una decisión sea precedente para otra decisión, no hay necesidad de que los hechos de los casos anteriores y posteriores sean absolutamente idénticos. En caso eso fuese exigido, nada sería precedente para ningún caso”. (En el original: “No two events are exactly alike. For a decision to be precedent for another decision does not require that the facts of the earlier and the later cases be absolutely identical. Were that required, nothing would be a precedent for anything else”). SCHAUER, Frederick. Precedent, cit., p. 575.

que, siendo parte del caso, fueron omitidos por la decisión. Estos, por presunción, no son considerados fundamentales.

Recuérdese de *Rylands v. Fletcher*, tratado por Goodhart. En el caso en que un contratista fue contratado para construir un depósito de agua que, más tarde, se vació sobre el área del vecino del propietario contratante. Los hechos del caso también se incluyen en el hecho de que el contratista actuara con negligencia. Por eso, el Tribunal omitió este hecho, teniendo solo en consideración: i) la propiedad del depósito de agua y ii) que este se vació sobre las tierras del vecino, causándole daños. Goodhart, ciertamente a partir de la visualización de la decisión en su totalidad, advirtió que el Tribunal ignoró el hecho relacionado con la negligencia del contratista, considerándolo implícitamente no fundamental. Por eso, la *ratio decidendi* habría aclamado la doctrina de la "absolute liability"⁶².

Dejándose de lado la cuestión de los hechos fundamentales y no fundamentales, se torna indispensable percibir que los hechos del precedente siempre pueden ser encuadrados en determinada categoría —más restringida o más amplia—, en conformidad con las razones que servirían de base a la decisión.

Para proceder a tal encuadramiento, es necesario tomar en cuenta especialmente el lenguaje, los conceptos jurídicos, la cultura y los valores que pueden identificar las categorías en que los hechos se inserten. Es posible identificar al productor de jugo de naranja como productor de jugos o como productor de bebidas o todavía de géneros alimenticios. Alguien puede ser visto como consumidor, como miembro de cierta religión, como intelectual, como honesto, etc., dependiendo de la situación pragmática en que está inserto.

Ocurre que el encuadramiento de un hecho en determinada categoría, para el efecto de darse al primero la consecuencia otorgada a la segunda, depende del análisis cuidadoso de las razones contenidas en la decisión, pues son estas las que no se pueden justificar al encuadramiento del hecho del precedente en determinada categoría, como

⁶² GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit., p. 17-18.

*tampoco la inserción del hecho de un nuevo caso en la categoría de que forma parte el hecho del precedente*⁶³.

Al mirarse las razones de la decisión es necesario identificar la cultura y el modo de vivir de la época y del lugar del caso que dio origen al precedente. Eso porque como es sabido, el lenguaje, los conceptos jurídicos, la cultura y los valores pueden variar conforme a las épocas y los lugares.

*Sin embargo, como este encuadramiento, aunque sea dependiente de las razones del precedente, requiere racionalidad jurídica, por lo que siempre dependerá, en mayor o menor medida, de la justificación presentada en la decisión que aplicó el precedente. En la decisión del nuevo caso hay que justificar los criterios que llevaron a la asimilación de los hechos o al encuadramiento de estos en una misma categoría. En otras palabras, debe haber razón para asimilar hechos, procediéndose a su encuadramiento en una misma categoría*⁶⁴.

Que quede claro, por eso, que los hechos solamente deben ser distanciados, cuando al principio son aparentemente pertenecientes a una misma categoría, si las razones del precedente hicieran ver que se está ante contextos diversos.

Señálese, por último, que la fuerza de un precedente, o la extensión que él puede alcanzar, depende del tamaño o de la latitud de la categoría en que sus hechos fundamentales se inserten. Sin duda, cuanto más larga es la categoría a la que pertenecen los hechos del precedente, más amplia será el área de su aplicación.

⁶³ “... es cristalino que la relevancia de un precedente anterior depende de cómo caracterizamos los hechos presentes en el caso anterior” (En el original: “...it is clear that the relevance of an earlier precedent depends upon how we characterize the facts arising in the earlier case”). SCHAUER, Frederick Precedent, cit., p. 575.

⁶⁴ De acuerdo con Frederick Schauer, “la tarea de una teoría del precedente es explicar, en un mundo en el que un único evento puede ser encuadrado en varias categorías diferentes, cómo y por qué algunas asimilaciones son plausibles y otras no”. (En el original: “The task of a theory of precedent is to explain, in a world in which a single event may fit into many different categories, how and why some assimilations are plausible and others are not”). Idem, p. 577.

3. ELABORACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE *RATIO DECIDENDI* Y *OBITER DICTUM* EN EL DERECHO BRASILEÑO

3.1 La importancia de los hechos y de los precedentes interpretativos

Actualmente, los casos del *Common Law* frecuentemente tienen respaldo en normas legales infraconstitucionales o en precedentes, y, cuando constituyen *hard cases*, se fundamentan en principios de derecho, en su mayoría de rango constitucional. De modo que los casos no son estructurados solo en hechos o dependen de una solución exclusivamente fundada en hechos.

Eso, sin embargo, no priva al sistema de *Common Law* de algo que es peculiar a su propia tradición. El derecho jurisprudencial da mucha importancia a los hechos del caso, sea en cuanto la elaboración del precedente, en general en los *hard cases*, o en cuanto al análisis y la aplicación de los precedentes.

Como se puede percibir en los ítems anteriores, la aplicación de los precedentes, o mejor, la decisión sobre la aplicación de un precedente a un caso nuevo, depende de la aproximación de los hechos del precedente con los hechos del caso en juzgamiento. Tanto es así que, para alguna doctrina, la *ratio decidendi* es identificada a partir de los hechos del caso y no de las razones utilizadas para justificar la solución encontrada. Recuérdese que el célebre método de identificación de la *ratio decidendi* propuesta por Goodhart, hoy todavía considerado en el ambiente del *Common Law*, exige la determinación de los hechos del caso como vistos por el juez y, después, la identificación de cuáles de esos hechos el juez admitió como materiales o fundamentales para decidir⁶⁵.

En el *Civil Law*, y en lo que aquí interesa en el derecho brasileño, nunca se dio mayor importancia a los hechos del caso. Eso es fácilmente explicable. La tradición del *Civil Law* acreditó que los casos siempre encontrarían solución en la ley. La ley proporcionaría los hechos del caso, dejando al juez, después de encuadrar los hechos en

⁶⁵ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit., p. 15.

la norma, solo la tarea de decidir si de esta resultará el efecto jurídico deseado por el autor.

Es claro que la suposición de que los hechos siempre estarían encuadrados en la ley tiene relación con la idea de subordinar el Judicial al Legislativo. Con eso se pretendía evitar que el juez declare alguna otra cosa que no sean las palabras contenidas en la ley. En esta dimensión, es absolutamente correcto decir que el *Common Law*, a diferencia del *Civil Law* crea un derecho, o sea, decide solo a partir de los hechos del caso, no importando que no haya ley o precedente.

Nótese, sin embargo, que en tal dimensión está el pensar en las tradiciones del *Civil Law* y del *Common Law* y no en los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law* contemporáneos. En el actual derecho estadounidense, además de existir gran profusión de leyes⁶⁶, los precedentes pasaron a interpretar normas y, en especial, principios, inclusive de naturaleza constitucional.

En este sentido, cabe recordar que importante doctrina estadounidense, dirigida por Ronald Dworkin, sustenta que la dignidad de la decisión judicial no está en la creación del derecho por el juez, sino en la posibilidad de este para decidir a partir de principios y fundamentos⁶⁷. Estas decisiones — que afirman principios o derechos fundamentales — pueden ser vistas como constructivistas o interpretativas, dependiendo del lugar de que se parte al analizarlas. Teniendo como base la premisa de que no se puede tomar en cuenta principios para afirmar un derecho no expresado, la decisión que así se tome será vista como creadora de derecho; pero, al admitirse que el juez debe considerar principios y concretizar derechos, la decisión será comprendida como interpretativa.

De otro lado, es importante tener en cuenta lo que dicen McCormick, Bankowski, Morawski y Ruiz Miguel, en un importante artículo sobre los precedentes en el derecho comparado, cuando

⁶⁶ V. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 27 y ss.

⁶⁷ Recuérdese que el cosmos normativo de la concepción constitucionalista del derecho es más amplia de aquel tradicionalmente concebido por el positivismo. V. DWORKIN, Ronald. *O imperio do direito*. Cit., p. 273.

tratan de la repercusión de las decisiones en la Corte Europea de Justicia ante los Tribunales de los estados miembros. En este enfoque, los eminentes teóricos del derecho advierten que, en las decisiones que enfrentan cuestiones constitucionales y aplican cláusulas generales, la prestación judicial construye principios y les confiere efectos concretos, tornándose artificial, o hasta incluso ficticio, el intentar trazar una línea demarcatoria entre los precedentes interpretativos y los de creación. Actualmente, en virtud del impacto del constitucionalismo, no solo hay nítida aproximación entre las funciones de los jueces del *Common Law* y *Civil Law*, como visible proximidad entre los precedentes llamados de creación de un derecho y los interpretativos. Más aún, esa proximidad permite evidenciar la importancia de los precedentes en el sistema judicial brasileño, en que estas tienen y tendrán nítidas características interpretativas.

Es interesante percibir que la nueva dimensión de poder atribuida al juez del *Civil Law*, en razón del constitucionalismo y de la técnica legislativa de las cláusulas generales, tiene repercusión sobre la dignidad de los hechos en nuestro sistema. Como el principio no se limita a encuadrar hechos y atribuirles consecuencias jurídicas, teniendo una textura más abierta y alcance más generalizado, la racionalización de su adopción exige la detenida identificación de las particularidades fácticas del caso concreto. Además, las cláusulas generales, antes de su propio propósito, no pueden tener su aplicación justificada de manera racional sin la identificación de los hechos sobre los cuales inciden.

Pero la importancia que los hechos asumen en el *Civil Law* contemporáneo no deriva solo de esos factores. La superación de la idea de que el juez está subordinado a la letra de la ley permitió la percepción de la relevancia de los hechos para la identificación de la norma que les debe regular, bien como la necesaria interacción entre los hechos y las normas jurídicas, haciendo fructificar una nueva hermenéutica, en todo preocupada con tales circunstancias⁶⁸.

⁶⁸ V. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula*

De cualquier forma, lo que se puede destacar, en conclusión, es que, aunque los hechos hayan asumido otra connotación en el *Civil Law* actual, el juez brasileño evidentemente no está en la misma posición del juez de la tradición del *Common Law*, y, por tanto no tiene la misma dificultad en identificar los hechos, porque, aplicándose al caso reglas jurídicas, los hechos son por ellas previamente seleccionados y determinados. Además de eso, es importante dejar claro que la circunstancia del precedente, en el derecho brasileño, de tener naturaleza interpretativa no le priva la dignidad y la importancia operacional, así como su notable relevancia frente a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la previsibilidad y a la optimización de la justicia.

3.2 Particularidades de los precedentes en el derecho brasileño: las decisiones que tratan exclusivamente de cuestiones de derecho y las decisiones proferidas en el control abstracto de constitucionalidad

Los precedentes, en el derecho brasileño, tienen particularidades, especialmente aquellos que se forman en recursos especiales y extraordinarios y no en el control concentrado de constitucionalidad.

Todavía no es el momento de definir la naturaleza de los precedentes formados en esas hipótesis, si es persuasiva —y en qué grado— u obligatoria. El propósito de este ítem es más modesto. Se quiere solo dejar claro que estos precedentes no son estructurados a partir de los hechos, como comúnmente sucede en el ámbito del *Common Law*. Aunque las decisiones proferidas en el recurso especial y el recurso extraordinario sean tomadas en casos concretos, esos recursos son restrictivos a la valoración de cuestiones de derecho o de tesis jurídicas, lo que confiere a estos precedentes naturaleza genuinamente interpretativa.

Tanto las decisiones proferidas en el recurso especial como aquellas tomadas en el recurso extraordinario se limitan a interpre-

vinculante. Curitiba: Juruá, 2006.

tar cuestiones relativas a la ley federal y a la Constitución Federal, respectivamente. La naturaleza del “precedente interpretativo” de las cuestiones tomadas en estos recursos se hizo aún más evidente con la introducción del instituto de la repercusión general y del mecanismo del recurso repetitivo.

La valoración de la repercusión general de la controversia constitucional discutida en el recurso extraordinario y la posterior eficacia vinculante de la decisión al respecto de su existencia o inexistencia evidencian la adopción del precedente con fuerza obligatoria, así como la recepción de las ideas de la *ratio decidendi* —del *Common Law*— y de la eficacia trascendente de la fundamentación —del derecho alemán⁶⁹—. Déjese claro que existe un proceso irreversible de objetivación del control concreto de constitucionalidad en el ámbito del Supremo Tribunal Federal.

Por otro lado, las decisiones tomadas por el Superior Tribunal de Justicia cuando asumen clara naturaleza de precedente interpretativo a raíz del juzgamiento de recursos repetitivos, sobre todo cuando se tiene noticia de pronunciamientos de este tribunal superior imponiendo el respeto de los tribunales estatales y regionales federales a sus decisiones⁷⁰ —grado de respeto que,

⁶⁹ V. DEL CLARO, Roberto. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes — Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 175 y ss.

⁷⁰ En la sesión del día 10 de diciembre del 2009, la Corte Especial del Superior Tribunal de Justicia, al decidir por unanimidad la cuestión de orden levantada por el Ministro Aldir Passarinho Junior, alusiva a los Recursos Especiales 1.148.726-RS, 1.154.288-RS, 1.155.480-RS y 1.158.872-RS, determinó que las decisiones de los Tribunales de Justicia y de los Tribunales Regionales Federales que no adoptaren el entendimiento definido por el Superior Tribunal de justicia en juzgamiento basado en la Ley de los Recursos Repetitivos (Ley 11.672/2008) tendrán que ser fundamentadas. Se decidió *in verbis*: “a) La restitución, por decisión de órgano fraccionario independiente de sentencia de vista, unipersonal del relator o de la Presidencia (NUPRE), de los recursos especiales a la Corte de origen para que sean efectivamente apreciadas las apelaciones

aunque no sea suficiente para generar precedente de naturaleza obligatoria, al menos hace surgir un precedente persuasivo.

No hay duda de que tales precedentes, aunque definidores de tesis jurídicas, son instituidos en casos dotados de particularidades fácticas, que, por eso, muchas veces tienen que ser consideradas al analizarse la aplicación del precedente a casos posteriores. Sin embargo, la peculiaridad de estos precedentes es que sus “razones de decidir” son asimilables exclusivamente a partir de las razones de derecho dadas por el Tribunal al decidir.

Tratándose del control concentrado, el hilo conductor que proporciona amplia discusión de las tesis jurídicas en esta sede es la idea de proceso objetivo. No habiendo necesidad de pensar en partes y de juzgar un “caso concreto”, el Plenario del Supremo Tribunal Federal se concentra en la controversia constitucional y en sus efectos⁷¹. Tal técnica de juzgamiento permite un foco mayor en cuestiones que extrapolan lo individual para alcanzar a toda la colectividad. En estas hipótesis, al atribuirse eficacia vinculante a los motivos determinantes de la decisión, se crea precedente en todo asimilable a aquellos del Tribunal Constitucional alemán⁷².

o recursos de agravio como de derecho, a la luz de lo que determinan la Ley 11.672/2008 y la Resolución STJ 8/2008; b) La expedición de oficio a los Sres. Presidentes de los Tribunales Regionales Federales y Tribunales de Justicia sobre la decisión tomada en la presente cuestión de orden”.

⁷¹ V. GALLOTTI, Maria Isabel. A Constituição de 1988 e o controle jurisdicional de tributos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 193, p. 33 y ss.

⁷² En el derecho alemán, contrario a lo que acontece en el derecho brasileiro y en el derecho estadounidense, el Tribunal Constitucional Federal (*Das Bundesverfassungsgericht — BVerfG*) alemán ejerce un control monopolístico sobre la constitucionalidad de los actos normativos (*monopolisierten Normenkontrolle*) denominado de *Verwerfungsmonopol* (Cf. GRIMM, Dieter. *Die Verfassung und die Politik — Einsprüche in Störfällen*. München: C. H. Beck, 2001. p. 206). Las decisiones del *BVerfG* tienen eficacia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposición legal conforme el § 31, 1, de la Ley del Tribunal Constitucional alemán.

Los precedentes del control concentrado se limitan a ofrecer las razones por las cuales determinada norma es inconstitucional o constitucional, declarando su (in) constitucionalidad. El control es en teoría y con carácter objetivo. Al contrario de aquellos oriundos del recurso especial y extraordinario, tales precedentes no son individuales y concretos.

De todos modos, aunque el objeto del control concentrado sea una norma abstracta y general, el precedente que así se forma, innegablemente, asume la particularidad, al repetir la individualidad de la norma confrontada. La decisión de (in) constitucionalidad, en virtud de sus efectos generales y obligatorios, naturalmente se aplica a casos futuros. El problema es que, al considerarse solo la parte dispositiva de la decisión y, así, la específica norma cuestionada, simplemente se retira de la decisión de inconstitucionalidad la fuerza de precedente. Esto cuando se tiene en cuenta lo que realmente caracteriza una decisión como precedente, o sea, su *ratio decidendi*. Ahora, la decisión de inconstitucionalidad solo constituirá precedente, en el sentido de regla judicial que otorga estabilidad al orden jurídico y seguridad jurídica a los ciudadanos, cuando fuera considerada a partir de su *ratio decidendi* o, en otra terminología, de sus “motivos determinantes”.

Para que la norma similar pueda ser cubierta por un precedente oriundo de la decisión de (in) constitucionalidad, es preciso identificar su *ratio decidendi*, o, lo que es lo mismo, atribuir eficacia vinculante a sus motivos determinantes. Si no fuera así, en caso de decisión de inconstitucionalidad no habría razón siquiera para hablar de precedente. solo tiene sentido pensar en *ratio decidendi* o en un precedente obligatorio cuando se aspira abarcar casos similares. Eso porque el verdadero valor del precedente —sea cual fuere— no está en la parte dispositiva de la decisión, sino en la esencia de las razones presentadas para justificarla.

Pues bien, tratándose de control concentrado, los “casos similares” dicen relación a “normas similares”, motivo simple por el cual la idea de que la eficacia vinculante debe permanecer restringida a lo dispositivo no tiene algún sentido. Para tener precedente o pensarse en *ratio decidendi* es necesario extraer las

razones de decidir de la fundamentación de la decisión de inconstitucionalidad. Es la única forma de darse verdadera eficacia a la decisión de inconstitucionalidad, al menos en cuanto si se tiene como importante que ellas tutelen el orden constitucional y le garanticen la seguridad jurídica y la igualdad.

Además, considerando a la *ratio decidendi* de las decisiones de inconstitucionalidad, otro valor pasa a darse a los hechos, pues es posible que los hechos cubiertos por la norma declarada inconstitucional y por la norma en juicio puedan tenerse identificados al decidirse por la aplicabilidad del precedente contra la norma apuntada como similar.

3.3 La *ratio decidendi* como premisa para la solución de problemas y no simplemente de casos

Ya fue demostrado que la *ratio decidendi*, en el ámbito del *Common Law*, es vista como paso necesario para la específica solución dada al caso. En el derecho brasileño, sin embargo, la formación de *ratio decidendi* no necesita y no debe sufrir igual restricción.

Lo que se espera de un precedente, o sea, su capacidad de asegurar coherencia al derecho, seguridad jurídica e igualdad, no puede constituir privilegio de las soluciones definitivas dadas a cada uno de los casos. En principio, todas las cuestiones, envueltas y presentes de una u otra manera en los varios procesos jurisdiccionales, deben contar con los beneficios de la teoría de los precedentes.

Las cuestiones preliminares necesarias para llegar al análisis del mérito del propio caso, da origen a decisiones que obviamente tienen plenas condiciones de ofrecer una *ratio decidendi*, caracterizándose como precedentes a ser observados en el futuro. Así, por ejemplo, la decisión acerca de la competencia del Tribunal para decidir determinada materia, la decisión sobre la hipótesis de admisibilidad del recurso o la decisión respecto al presupuesto para el manejo de la acción rescisoria, por no hablar de innumerables otras situaciones, todas ellas carentes de estabilidad por medio de precedentes.

Además, no hay razón lógica para excluir de la clase de los precedentes, las decisiones que tratan de cuestiones resueltas en favor de la parte que, al final, resultó vencida. Supóngase, por ejemplo, que la Corte admita parcialmente el recurso y, en mérito, lo provea, o que la Corte niegue la decadencia de la acción rescisoria y, posteriormente, la juzgue improcedente. Nada impide que, en teoría, las decisiones relativas a estas situaciones se comporten como importantes precedentes.

En el caso de peticiones acumuladas, es posible tener tantos precedentes cuantas sean las peticiones, considerándose, evidentemente, las especies de acumulaciones. Cuando la acumulación es simple⁷³, en que las peticiones pueden ser juzgadas autónomamente, independientemente del resultado atribuido a cada uno, habrá siempre la oportunidad de que se formen tantos precedentes cuantos sean las peticiones, no importando si todos fueren juzgados procedentes, todos fueren juzgados improcedentes, o uno o algunos fueran juzgados procedentes y otros no.

En la hipótesis de acumulación sucesiva⁷⁴, cuando la segunda petición, para ser apreciada, depende de la procedencia de la primera, podría formarse dos precedentes —no importando o resultando del segundo— o un precedente — en caso en que la primera petición fue juzgada improcedente.

⁷³ “La acumulación puede ser simple, cuando los pedidos solamente tienen en común a las partes. Tales pedidos podrán ser formulados independientemente y el juez podrá juzgar todos fundados o infundados o apenas algunos precedentes. Hay acumulación simple, por ejemplo, cuando *A* propone una acción contra *B* cobrando, acumulativamente, dos deudas, siendo una de ellas oriunda del contrato de mutuo y la otra proveniente del contrato de compra venta”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Processo de conhecimento*. Cit. Vol. 2.

⁷⁴ “En la acumulación llamada sucesiva, el pedido formulado en segundo lugar solamente será apreciado en la hipótesis de procedencia del primero; el primer pedido es perjudicial al segundo. Así, por ejemplo, se tiene la acción reivindicatoria acumulada con daños y perjuicios o, todavía, la acción de resolución del contrato acumulada con daños y perjuicios” (idem).

Si la acumulación fuera alternativa⁷⁵, situación en que la segunda petición es realizada para la eventualidad de que la primera no pueda ser acogida, será abierta la oportunidad de solo un precedente, esto es, o el resultado de la procedencia de la primera petición o de aquel alternativo o el que se establece con la improcedencia de la petición.

Tratándose de petición anclada en varias causas de pedir, la formación de los precedentes dependerá del número de causas de pedir apreciadas. Así, por ejemplo, en caso de acción rescisoria, pueden ser analizadas varias causas de pedir hasta que se juzgue procedente la petición con base en una de ellas, o pueden ser enfrentadas varias causas de pedir hasta que se acabe por juzgar improcedente el pedido.

El tribunal puede, por ejemplo, rechazar dos causas de pedir de acción rescisoria por tres votos contra dos y acoger una de las causas de pedir por la misma votación. No importa si todos los jueces votaron —consideradas las dos causas de pedir— por la improcedencia de la petición, o sea, si los jueces A, B y C rechazaron la primera causa de pedir y los jueces D, E y nuevamente el juez A votaron por no acoger la segunda causa de pedir. Lo que importa,

⁷⁵ “Existe, finalmente, la acumulación alternativa de pedidos, que no se confunde con la hipótesis de obligación que puede ser cumplida de dos modos distintos. En la presente hipótesis existen dos pedidos, mientras en el caso en el que el demandado puede escoger el cumplimiento de su pretensión de un modo u otro, existe apenas un pedido. De acuerdo con el art. 289 del CPC, es lícito formular más de un pedido en orden sucesivo, a fin de que el juez conozca del pedido posterior no pudiendo acoger el anterior. Ahí uno de los pedidos es realizado como principal y el otro para la eventualidad de no ser posible el acogimiento del primero. Así, por ejemplo, el caso en el que el autor pide la complementación del área en la venta *ad mensuram* o, subsidiariamente, la reducción del precio (*quanti minoris*). En ese caso, sucede lo inverso de aquello que ocurre en la acumulación sucesiva de pedidos. En la acumulación alternativa, el segundo pedido solo será apreciado si no fuere acogido el primero; en la acumulación sucesiva, al contrario, el segundo pedido solo será apreciado si fuere precedente el primero” (idem).

para determinar la procedencia, es si un mínimo de tres jueces, sean cuales fueran, acogieron la tercera causa de pedir.

Es interesante recordar —una vez que está íntimamente ligado al tema de la individualización de la *ratio decidendi*— que son frecuentes los equívocos cometidos en sede de acción rescisoria cuando es tomada de los votos emitidos por los miembros del órgano colegiado. La proclamación del resultado del juzgamiento debe considerar el número de causas de pedir sustentadas por el actor. Si la acción rescisoria se funda, por ejemplo, en error de hecho y en la violación literal de las normas X e Y, no existe resultado de procedencia si, de los cinco jueces, dos juzgan la acción rescisoria infundada, uno declara haber ocurrido error de hecho, otro afirma haber sido violada la norma X y el último, la norma Y. En este caso existen tres acciones rescisorias acumuladas, habiéndose llegado al resultado de 4x1 en favor de la infundabilidad en cada una de ellas.

Sin embargo, solo es posible pensar en *ratio decidendi* cuando todos los miembros del órgano analizan la causa de pedir. Por lo tanto, si una causa de pedir es rechazada por tres votos contra dos y la otra es acogida por igual número, hay cómo individualizar dos *rationes decidendi*. Pero, si de los cinco jueces dos juzgan la rescisoria infundada y cada uno de los otros tres acoge causa de pedir distinta, es necesario que las tres causas de pedir, cada una de las rechazadas por cuatro votos a uno, hayan sido efectivamente discutidas por todos los jueces para que puedan dar origen a *rationes decidendi*.

3.4 Nuevo fundamento y aplicación del precedente. Aplicación del precedente sin la invocación de su fundamento. De la eficacia preclusiva de la cosa juzgada a la necesidad de identificar los casos

Elemento integrante de la acción y requisito necesario de la petición inicial, la causa de pedir es constituida por las alegaciones de hecho y por las razones jurídicas que justifican el pedido de tutela jurisdiccional del derecho. En otras palabras, se trata de

presentar un hecho y de demostrar su nexo con el efecto jurídico pretendido.

Si bien es cierto que el juez no puede decidir fuera de la causa de pedir, el problema es saber lo que está dentro de la causa de pedir. La pregunta respecto de lo que está inserto en la causa de pedir, en determinada perspectiva, tiene íntima relación con el llamado principio de lo deducido o de lo deducible o con la eficacia preclusiva de la cosa juzgada. Eso porque se reputa deducible lo que está inserto en la causa de pedir. La parte de la causa de pedir, haya sido o no expresamente deducida por el autor, se presume deducida.

De acuerdo con el art. 474 del CPC, “firme y ejecutoriada la sentencia de fondo, se consideran deducidas y rechazadas todas las alegaciones y defensas que la parte podría oponer tanto al acogimiento como al rechazo de lo pedido”. Por lo tanto, todas las alegaciones deducidas, bien como las deducibles —porque mantienen relación directa con lo material de la demanda, aunque no hayan sido puestas en juicio o analizadas por el juez— se presumen presentadas por la parte y conocidas por el juez.

Exactamente el mismo problema es puesto cuando se indaga respecto de las alegaciones que figuran precluidas, aunque no deducidas, posterior al “firme y ejecutoriada” (“*transito em julgado*”). Así, por ejemplo, tratándose de acción de desalojo fundada en uso inadecuado de inmueble, ¿el propietario puede en caso de infundabilidad, proporcionar otra acción sobre la alegación de no pago de la renta? Interpuesta la acción de resarcimiento sobre la alegación de que el demandado, al colisionar con el vehículo del actor, no respetó la señal roja, ¿o podrá el actor, habiendo sido vencido en la demanda, volver a juicio alegando que el demandado estaba conduciendo embriagado? Y ¿si el actor descubre que el demandado actuó con dolo, habiéndole causado perjuicio con intención deliberada? Al final, ¿qué define las alegaciones que precluyen con el “firme y ejecutoriada” de la sentencia? ¿Tales alegaciones serían aquellas que dicen relación a la norma jurídica contemplada como fundamento para lo pedido? ¿Serían solo las circunstancias accesorias que acompañan el hecho principal que compone la causa de pedir?

Es fácil percibir que, en el ejemplo de la acción de despojo, la segunda acción es totalmente viable, ya que se basa en otra causa de pedir. En la hipótesis de acción de resarcimiento, no hay cómo admitir la alegación posterior de que el reo estaba embriagado, pero es posible una nueva acción fundada en dolo. Eso es porque el estado de embriagado forma parte de la causa de pedir consistente en el hecho de haber el demandado actuado con culpa, pero la intención deliberada de causar perjuicio no forma parte de la primitiva causa de pedir, abriendo oportunidad de actuar sobre la alegación de que el demandado actuó con dolo.

Es una cuestión de lógica. Una vez que, en la elaboración de la petición inicial, deben estar presentes, a título de causa de pedir, solamente los elementos relaciones al específico fundamento —hechos jurídicos necesarios y suficientes para generar cierto efecto jurídico—, solo los hechos relacionados a esta causa de pedir deberán ser deducidos. Otros hechos, aunque puedan subsidiar otra causa de pedir, son totalmente impertinentes, y, así, no pueden figurar en la narrativa presentada en la petición inicial y ser apreciados en el juzgamiento de la causa. Por lo tanto, siendo alegaciones ajenas a la causa de pedir y así no estando sujetas a la decisión judicial, no pueden llegar a ser consideradas precluidas antes del “ firme y ejecutoriada” de la sentencia de fondo.

De modo que la preclusión, capaz de operar en razón del art. 474 del CPC, dice relación solo a las alegaciones concernientes al a misma causa de pedir. Solamente las alegaciones internas de la causa de pedir son capturadas por tal efecto preclusivo, de forma que se tornaron no deducibles en la acción posterior. Ninguna cuestión no perteneciente a una acción específica, aunque relacionada indirectamente a ella —porque corresponde a otra causa de pedir responsable de generar la misma petición—, o porque concierne a la pretensión de otra parte sobre el mismo objeto, etc., puede figurar sujeta a la eficacia preclusiva.

Por otra parte, el juez, al instruir el proceso, no puede tomar en cuenta la alegación no perteneciente a la causa de pedir. Por lo tanto, no cabe al juez, en la audiencia preliminar, fijar como

controvertido un hecho que no se relaciona con el hecho principal o con la causa de pedir.

Sin embargo, llegado el momento de esclarecer la relación entre la delimitación de los hechos por la causa de pedir con el tema de los precedentes. En realidad, lo que se pretende saber, cuando son moldeadas las ideas i) de que las alegaciones contenidas en la causa de pedir se reputan deducidas y ii) de que las alegaciones en ella no presentes no pueden ser juzgadas, es i) si la *ratio decidendi*, derivada del caso en que no se hizo determinada alegación, se aplica al caso posterior, en que esta alegación se está haciendo, y ii) si el juez puede considerar hecho no invocado en una acción, pero considerado en un precedente.

En el *Common Law* se hace el razonamiento inverso. Importa verificar los límites de la *ratio decidendi*, bien como la asimilación entre los hechos, para saber si esta incide sobre el caso en juzgamiento. Recordemos el caso *Rylands v. Fletcher*, en que Fletcher contrató un contratista para construir un depósito en su propiedad, cuya agua drenó y alcanzó las tierras del vecino. En casos posteriores, se discutió sobre el perfil de la *ratio decidendi* formada en este caso, especialmente si la *ratio* siguió la doctrina de la responsabilidad absoluta (*absolute liability*) o si, para declarar la responsabilidad del propietario, consideró la negligencia del contratista. Nótese que si la Corte, para declarar la responsabilidad, consideró la negligencia del contratista, ella no afirmó la responsabilidad objetiva del propietario por los daños derivados de actos generados a partir de su propiedad. Ella habría declarado la responsabilidad del propietario por los actos negligentes practicados por el contratado en su propiedad. Goodhart, al analizar *Rylands v. Fletcher*, entendió que el hecho de que el contratista haya actuado con negligencia no constituye un hecho material o fundamental para la decisión de la Corte. La Corte, en verdad, habría ignorado la cuestión de la negligencia del contratista, y, por tanto, en lugar de responsabilizar al propietario por la negligencia

de su contratado, instituyó la doctrina de la responsabilidad absoluta (*absolute liability*)⁷⁶.

Por lo tanto, la cuestión de la negligencia, por no ser hecho material, no importaría para la delimitación de la *ratio decidendi*. Pero hecho material no se confunde con hecho esencial o que da base a la causa de pedir. Hecho material es un hecho de la causa, considerado a partir del razonamiento y de las razones del juez como fundamental a la solución del caso. El hecho material importa para la delimitación de la *ratio* para la delimitación de la investigación respecto de su aplicación al caso posterior. Pero no tiene relevancia para la identificación de la cosa juzgada y para el análisis sobre la posibilidad de su alegación en un caso posterior.

Si el perjudicado, al formular la acción de resarcimiento, alega que el propietario es responsable porque su contratado actuó con negligencia, el juez no puede condenarlo si no queda evidenciada y considerada la negligencia como factor determinante del daño. Si la acción es propuesta sobre el fundamento de que el propietario es responsable por los actos derivados en su propiedad, sin que se haga la alegación relativa a la negligencia del contratado, el juez no podría condenar al propietario en virtud de la negligencia. Hay, en esta situación, dos causas de pedir distintas. La negligencia del contratado no es simple hecho que se inserte en otra causa de pedir. De modo que, si el lesionado no alega negligencia en la primera acción y recibe sentencia desestimatoria, podrá proponer otra acción de resarcimiento con base en la negligencia del empleado contratado; lo mismo pasa con la hipótesis de exclusiva alegación de negligencia en la primera acción. No hay incidencia del principio de lo deducido y de lo deducible.

Nótese que la especie técnico-jurídica del hecho material o fundamental tiene que ver con su necesidad o suficiencia para llegarse a la conclusión. Por lo tanto, un hecho puede haber sido alegado y constituir causa de pedir autónoma, y no ser considerado como necesario o suficiente, ya que otro hecho u otra causa de pedir habría sido

⁷⁶ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit., p. 17-18.

necesaria o suficiente para la decisión. De hecho, fue lo que ocurrió en *Rylands v. Fletcher*, pues se ignoró la negligencia al suponerse que bastaría, para la responsabilización, el hecho de que el daño surge del depósito construido en la propiedad de Fletcher.

En verdad, la distinción entre la calidad atribuida a los hechos (material e incluido en la causa de pedir) reposa en las diferentes intenciones en que están envueltos. Cuando se indaga si un hecho es material, se desea esclarecer los límites de la *ratio decidendi*, o si el hecho contenido en el caso posterior fue considerado en un precedente. Si el demandado se defiende alegando que su empleo no fue negligente, obviamente interesa al actor que, la Corte que tiene el caso en sus manos —el *instant Court* en los términos del *Common Law*— entienda que la primitiva Corte no tomó en consideración la negligencia para juzgar. Mientras tanto, cuando se pregunta si un hecho integra la causa de pedir, se quiere solo esclarecer si tal hecho está cubierto por la cosa juzgada, o mejor, por la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, con la cual el principio de lo deducido y de lo deducible tiene estricta conexión y similitud. Si el demandado alega las dos cuestiones para responsabilizar al demandado y recibe decisión final de improcedencia, no le es posible proporcionar acción con base en alguno de los hechos. Pero si el actor alega causa de pedir —por ejemplo, la culpa del demandado— y deja de alegar el hecho que en ella está integrado, la improcedencia le impide proporcionar nueva acción alegando el hecho que podría haber sido deducido para evidenciar la culpa, aplicándose el principio de lo deducido y de lo deducible e incidiendo la eficacia preclusiva de la cosa juzgada.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir, la pregunta de si la *ratio decidendi*, derivada del caso en que no se hizo determinada alegación, se aplica al caso posterior, en que esta alegación esté siendo hecha, se torna más simple. En esta situación no se habla de principio de lo deducido y de lo deducible y de eficacia preclusiva de la cosa juzgada. Así, poco importa si la alegación que dejó de ser hecha está o no contenida en una causa de pedir de la acción que dio origen al precedente. Ahora, no se está pretendiendo hacer valer la cosa juzgada, sino solo aplicar la *ratio decidendi*. El hecho

que la Corte no consideró al desechar el precedente, haya o no sido alegado por la Corte, constituye hecho inmaterial o no fundamental, de modo que la *ratio decidendi* no le concierne. Cuando esta alegación fue hecha en un caso posterior envolviendo otras partes —exactamente por no estar obstaculizada por la eficacia preclusiva de la cosa juzgada o por el principio de lo deducido y de lo deducible— cabrá realizar una tarea de distinción de los casos, demostrándose que la nueva alegación, hecha en un caso en juzgamiento, no fue considerada como hecho material en un caso primitivo, que dio origen al precedente.

Con el *distinguished*⁷⁷, la solución respecto a la aplicación de la *ratio* puede variar. Si la cuestión que se formuló en razón de la nueva alegación puede ser vista de manera autónoma, sin perjudicar el análisis de aquella ya enfrentada en un precedente, existirá dos cuestiones, debiendo el precedente ser aplicado para permitir al juez dar a la cuestión, idéntica o semejante solución a la ya definida. En tanto, si la nueva alegación no forma una cuestión autónoma, sino estuvo presa al fundamento apreciado en un caso que dio origen al precedente, no habrá como aplicarlo. En la última hipótesis, la nueva alegación, al exigir el *distinguished*, no deja espacio para que la cuestión sea solucionada mediante la aplicación del precedente. Aquí, se impone el examen de la misma cuestión, pero a partir de otra perspectiva. Hay un nuevo hecho material o fundamental, importando poco si este hecho estaba o no integrado en la causa de pedir del caso primitivo. Eso simplemente porque el principio de lo deducido y de lo deducible solo sirve para delimitarse la cosa juzgada material, que dice relación con la seguridad jurídica entre las partes de un mismo litigio, nada teniendo que ver con la *ratio decidendi*, que objetiva asegurar a todo y cualquier justiciable igualdad de tratamiento ante el juez.

Por lo tanto, es siempre posible hacer una nueva alegación, respecto a la misma causa de pedir de la acción que dio origen

⁷⁷ Sobre el *distinguished*, ver adelante.

al precedente, para intentar obtener solución diversa de aquella que se llegó en un caso en que se instituyó la *ratio*. Si el nuevo argumento o hecho muestra que el caso en juicio es diverso, será distinguido, dejándose de aplicar el precedente.

De otra parte, la indagación de si el juez puede considerar hecho (fundamento no invocado en la acción, pero considerado en el precedente, exige la verificación de si tal hecho está incorporado en la causa de pedir de la acción en juzgamiento). Si el fundamento o hecho está presente en la causa de pedir, aunque no expresamente alegado por la parte, él puede ser considerado por el juez. Tratándose del hecho que debe ser esclarecido mediante prueba, el juez puede fijarlo como controvertido de oficio, en la audiencia preliminar, determinando la producción de prueba para esclarecerlo. No obstante, si el fundamento considerado en un precedente constituye causa de pedir distinta de la presentada por la parte en la acción en desarrollo, el juez obviamente no puede tomarlo en cuenta para decidir.

La misma lógica rige las alegaciones del demandado. De acuerdo con el art. 300 del CPC, “compete al demandado alegar, en la contestación, toda la materia de defensa, exponiendo las razones de hecho y de derecho, con que impugna la petición del actor y especificando las pruebas que pretende producir”. El art. 302, un poco después, establece la carga del demandado de impugnar, en la forma especificada, las alegaciones de hecho del actor. Firme y ejecutoriada la sentencia contraria al demandado, todo lo que por él fue deducido, o podría haber sido deducido, se reputa rechazado, no pudiendo ser alegado para el efecto de intentar revertir la decisión (eficacia preclusiva de la cosa juzgada). Fíjese que el art. 474 del CPC es expreso en el sentido de que, ocurrido el “firme y ejecutoriada”, se reputa deducido y rechazado no solo lo que el actor podría invocar para acoger lo pedido, sino también lo que el demandado podría oponer a su rechazo.

Así, como incumbe al demandado presentar todas las defensas para el rechazo de lo pedido, no podrá el juez tomar en cuenta argumento o hecho que no sea parte de la defensa, aunque haya

sido expresamente considerada por el tribunal cuando elaboró el precedente.

No obstante, el no acogimiento de las alegaciones del demandado en determinado precedente, no impide que una parte distinta alegue otro fundamento para convencer al tribunal de que la *ratio decidendi*, entonces elaborada, no puede ser aplicada al caso en juzgamiento. Nuevamente corresponderá a la parte realizar la distinción de los casos, demostrando que la nueva alegación hecha en un caso en juzgamiento, no fue considerada como hecho material en el caso primitivo.

Otro punto interesante se relaciona con la pregunta sobre la diferencia entre alegar un nuevo argumento de derecho, para ver el precedente no aplicado, e invocar el hecho que torna los casos diferentes, sea porque en el primero está presente el hecho que no se encuentra en un caso en juzgamiento, sea porque el hecho que aparece en un nuevo caso no fue parte de aquel en que el precedente fue elaborado. En la situación en que se alega un nuevo hecho para que el precedente no sea aplicado, se demuestra que el nuevo caso no es igual a aquel en que el precedente fue instituido, y, en la hipótesis en que se alega que, en el primer caso, estaba presente el hecho que no está en el caso en juzgamiento, también se está evidenciando la disparidad entre los casos. No obstante, incluso la alegación del nuevo fundamento de derecho elimina la técnica de la "distinción". Eso porque la proximidad de los casos, cuando se piensa en la aplicación de precedentes, no depende solo de los hechos alegados, sino también de las razones jurídicas invocadas por la parte y consideradas por el juez.

De cualquier forma, es innegable que existen situaciones en que la parte simplemente dice que en un caso en juicio no está presente —o está presente— un hecho o fundamento considerado —o no considerado— en un caso que dio origen al precedente. En esta última decisión es interesante pensar en el caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank* en que se discutió sobre la responsabilidad del banco por acto fraudulento de su gerente. Como la Corte, en el juicio de este caso, alude al hecho de que el fraude habría beneficiado al banco, se cuestionó en caso posterior, *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*,

si la responsabilidad del empleado exige que un acto fraudulento — practicado por el empleado — le traiga beneficio, y, así, sobre la exacta extensión de la *ratio decidendi* del caso *Barwick*. Sin duda, la adecuada interpretación del precedente era fundamental para saber el alcance exacto de la responsabilidad que fuera declarada. Definición restrictiva de la *ratio decidendi*, en el sentido de que el acto traería beneficio al empleador, tornaría el precedente del caso *Barwick* favorable al empleador en *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, toda vez que, en el último caso, el empleador se defendió alegando que el acto fraudulento, practicado por su empleado, no le trajo ningún beneficio. Al juzgar el caso *Lloyd*, la *House of Lords* entendió que la alusión al beneficio fue meramente accidental contra los hechos que estaban a la vista de la Corte en *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, no constituyendo parte de la *ratio decidendi*, y, así, dio el triunfo de la causa a *Lloyd*, declarando la responsabilidad del empleador por el acto practicado por su empleado durante el servicio, independientemente de otro factor⁷⁸.

Considerándose la doctrina de Goodhart, el beneficio al empleador no es un hecho material o fundamental. Como en el caso *Barwick*, la Corte no consideró, para decidir por la responsabilidad, la cuestión del beneficio otorgado al empleador en virtud del acto practicado por su empleado; la defensa en el sentido de que el empleador no fuera beneficiado por el acto de su empleado no tuvo relevancia en el caso *Lloyd*. En este caso, se entendió que, en el caso *Barwick*, la Corte decidió que la responsabilidad prescinde de reflexión sobre el impacto del acto —se benefició o no— sobre el empleador.

Ahora bien, eso no quiere decir, obviamente, que el demandado no podría deducir la defensa de que no fuera beneficiado por el acto fraudulento para intentar evitar la aplicación del precedente firmado en *Barwick*. En *Lloyd*, la defensa argumentó que la decisión en *Barwick* admitió que para responsabilizar al empleador, el fraude lo beneficiaría. Es exactamente esta falta de beneficio que, en *Lloyd*, militaría en favor del demandado, distinguiendo los casos.

⁷⁸ Cross, Rupert. Ob. cit., p. 43.

3.5 Acción declarativa de (in)constitucionalidad y la aplicación del precedente. De la cosa juzgada *erga omnes* a la eficacia vinculante de los motivos determinantes de la decisión

Se discute en el derecho brasileño sobre los límites objetivos de la eficacia vinculante, preguntándose si esta alcanza los motivos determinantes de la decisión de inconstitucionalidad —y así incide en casos en que se discuten normas similares— o está restringida, como la cosa juzgada material, a la parte dispositiva de la decisión.

Cuando se habla de la eficacia vinculante de la fundamentación, se está generalizando, de modo no técnico, la eficacia vinculante u obligatoria atribuida, en el *Common Law*, a todo y cualquier *ratio decidendi*. Es comprensible. Habiendo sido constatado, en medio de la niebla de la doctrina procesal clásica del *Civil Law* la obviedad de que el tribunal no revela su entendimiento solo en lo dispositivo, es preciso desenvolver una teoría jurídica que no solo explique la razón para atribuirse eficacia obligatoria a lo que está en la fundamentación, sino que también se desarrollen criterios capaces de permitir la identificación de aquello que, en la fundamentación, efectivamente expresa el pensamiento del tribunal sobre la cuestión constitucional llevada a su conocimiento.

Corresponde al Ministro Gilmar Mendes el gran mérito de haber desarrollado el asunto a partir del derecho alemán. Aludiendo a la idea de “eficacia trascendente de la motivación”, el Ministro pudo ver que esta eficacia está íntimamente ligada a la propia naturaleza de la función desempeñada por los tribunales constitucionales, más allá de ser absolutamente necesaria la tutela de la fuerza normativa de la Constitución.

Con la expresión “eficacia trascendente de la motivación” se pretende pasar el significado de eficacia que, derivada de la fundamentación, recae sobre situaciones que, aunque específicamente distintas, tienen grandes semejanzas con la ya decidida y, por eso, reclaman las mismas razones que fueron presentadas por el tribunal al decidir. Así, si la norma constitucional X fue considerada inconstitucional en virtud de las razones Y, la norma

constitucional Z, por ser substancialmente idéntica a X exige la aplicación de las razones Y.

La expresión “motivos determinantes de la decisión”, en principio tomada como sinónima de la enunciada por “eficacia trascendente de la motivación”, contiene detalles que permiten la aproximación de su significado al de *ratio decidendi*. Eso porque hay, en esta expresión, una calificación de la motivación o de la fundamentación, al señalar aspectos que establecen un claro *link* entre los motivos y la decisión. Las razones tienen que ser determinantes para la decisión. Por lo tanto, no es cualquier motivo que tenga eficacia vinculante o trascendente, solo los motivos que son determinantes para la decisión adquieren esta eficacia. Y los motivos que determinan la decisión son nada más que las razones de decidir, esto es, la *ratio decidendi*.

Hechas esas consideraciones, es indispensable recurrir al pensamiento del Tribunal Supremo Federal, considerándose, en particular, la reclamación 1987, el *leading case* sobre el tema de la eficacia trascendente de la fundamentación⁷⁹. En esta reclamación se afirmó que el Presidente del Tribunal Regional del Trabajo de la 10ª región, al determinar la retención de fondos del Distrito Federal para el pago de multas, no respetó la decisión dictada por el Supremo Tribunal Federal en la ADIn 1.662.

Esta ADIn propuesta por el Gobernador del Estado de São Paulo, tuvo como objeto la IN 11/1997, del Tribunal Superior del Trabajo, que tuvo como objeto la EN 11/1997, que cuidaba la uniformidad de los “procedimientos para la emisión de “precatórios” y oficios requisitorios referentes a las condenas derivadas de decisiones “firmes y ejecutoriadas”, contra la Unión Federal (administración directa), municipios y fundaciones”. En IN 11/1997-TST, en sus artículos III y XII, equipara la hipótesis de incumplimiento del derecho de preferencia a la situación de no inclusión en el crédito en el presupuesto del ente deudor, así como la del pago menor, o realizado fuera de plazo, permitiendo,

⁷⁹ V. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*, cit., p. 148 y ss.

en estas hipótesis, la retención de los fondos públicos para el pago de deudas judiciales laborales. El ADIn se volvió exactamente contra esta autorización, aseverando la inconstitucionalidad. En el curso de ADIn fue promulgada la EC 30/2000, que alteró determinadas reglas relativas a los precatorios, mas nada modificó en cuanto al tema que está en discusión. Al juzgar el mérito del ADIn el Supremo Tribunal Federal advirtió que la EC 30 no trajo ninguna alteración a la disciplina de la retención en el ámbito de los precatorios laborales, decidiendo que este solamente estaría autorizado por la Constitución Federal en el caso de incumplimiento del derecho de preferencia, siendo inadmisibile en cualquier otra situación.

Sin embargo, la decisión del Presidente del Tribunal Regional del Trabajo de la 10^o Región no se ancló en la IN 11/1997-TST, sino se fundó en la EC 30. En esta situación, como es obvio, la Reclamación no podría ser juzgada procedente con base en un fundamento de que la decisión del TRT-10^a Región no habría respetado la parte dispositiva de la decisión proferida en ADIn. La procedencia de la Reclamación solo podría apoyarse en no respetar los fundamentos o las razones que el Supremos Tribunal Federal adoptó para pronunciar la inconstitucionalidad. Por lo tanto, en la Reclamación dejó en juego decidir si los motivos determinantes de la decisión de inconstitucionalidad o su *ratio decidendi* tendrían fuerza obligatoria, de modo que evidenciaría que la decisión del TRT-10. ^a Región no estaría respetando la decisión proferida en ADIn.

La Reclamación, después de una gran discusión entre los ministros, fue juzgada fundada por la mayoría de los votos. En la parte que interesa, la minuta de la resolución tiene la siguiente redacción: "Ausente la existencia de incumplimiento que autorice la retención, se revela evidente la violación al *contenido esencial* del acuerdo proferido en la mencionada acción directa, que posee eficacia *erga omnes* y efecto vinculante. La decisión del Tribunal, en esencia, habría faltado el respeto a su autoridad para legitimar el uso de la institución de la Reclamación. Hipótesis para justificar la trascendencia sobre la parte dispositiva de los motivos que apoyan la decisión y de los principios por ella consagrados,

una vez que los fundamentos resultantes de la interpretación de la Constitución deben ser observados por todos los tribunales y autoridades, contexto que contribuye a la preservación y desarrollo del orden constitucional. El relator de la Reclamación, ministro Mauricio Correa, afirmó que “la cuestión fundamental es que el acto impugnado no solo contrastó la decisión definitiva emitida en la ADIn 1.662, como, esencialmente, está en contradicción con sus motivos determinantes”⁸⁰. En términos más claros, quiso decir el ministro relator que la decisión contra la cual se reclamó contrastó con los motivos determinantes de la decisión dictada en la ADIn.

Acompañaron al ministro relator, admitiendo la tesis de la eficacia vinculante de los motivos determinantes, los ministros Celso de Mello, Cezar Peluzo, Gilmar Mendes y Nelson Jobim. Divergieron; no admitiendo que los fundamentos pueden tener efectos vinculantes, los Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurelio, Sepúlveda Pertence y Carlos Mario Velloso, siendo que este último, aunque parezca contradictorio, admitió la Reclamación⁸¹.

El ministro Carlos Velloso negó el alcance de la eficacia vinculante de los fundamentos y, por eso, no podría haber admitido que la decisión del TRT de 10.ª Región, basada en la EC 30, no consideró la eficacia vinculante de la decisión dictada en la ADIn 1.662, que declaró la inconstitucionalidad de un acto normativo del TST. Es lo que dice el ministro: “No me opongo, Sr. Presidente, a ese efecto vinculante, que considero inherente a la naturaleza de la decisión dictada en la acción directa. Cuando ese efecto vinculante era expreso en la Constitución, con la EC 03/1993 —CF, art.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Otra reclamación volvió a tratar del asunto. En la Rcl 4.219 existían nueve votos tratando de la cuestión cuando, en virtud del fallecimiento del reclamante, se juzgó perjudicado el pedido. Habían votado por la procedencia de la reclamación los Ministros Eros Grau, Cezar Peluzo, Gilmar Mendes y Celso de Mello. En sentido contrario, votaron los Ministros Joaquim Barbosa (relator), Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Carlos Brito y Cármen Lúcia. Restaban los votos de los Ministros Ellen Gracie y marco Aurélio.

103, 2.º—, relativamente a la ADC, afirmó que la EC 03/1993 solo explicó algo ya existente implícitamente. Este entendimiento, más recientemente, llegó a predominar en esta Corte. Debe quedar claro, entre tanto, que el efecto vinculante está sujeto a una limitación objetiva: el acto normativo objeto de la acción, lo dispositivo de la decisión vinculante, no sus fundamentos”⁸². El ministro Velloso, aunque haya afirmado que el efecto vinculante es “inherente a la naturaleza de la decisión dictada en la acción directa”, evidencia que, en su concepción, este efecto incide sobre lo dispositivo de la decisión y no sobre sus fundamentos.

El Ministro Carlos Britto, al emitir su voto, dice que seguiría el voto del relator, pero “observando el límite objetivo de la reclamación”⁸³. El Ministro Pertence, mostrándose incomodado con la atribución de eficacia vinculante a los fundamentos de la decisión, ponderó en tono de alerta: “Lo que parece es que realmente esta es una decisión de mayor importancia. Transformamos en sùmula vinculante cualquier premisa de una decisión...”⁸⁴.

El ministro Marco Aurelio argumentó que la atribución del efecto vinculante a la fundamentación equivaldría a la admisión de la cosa juzgada en relación a los fundamentos de la decisión, lo que —prosiguió— no sería admitido incluso en el campo civil, toda vez que el art. 469 del CPC es claro al limitar la cosa juzgada a la parte dispositiva de la sentencia⁸⁵.

⁸² STF, Rcl 1.987, voto do Ministro Carlos Velloso.

⁸³ Idem, voto del Ministro Carlos Britto.

⁸⁴ Idem, manifestación del Ministro Sepúlveda Pertence.

⁸⁵ “Pero, Sr. Presidente, hay más de una hipótesis: verificamos que el factor cronológico es contrario a la admisibilidad, como ya fue resaltado por el Ministro Sepúlveda Pertence, de esta reclamación. ¿Por qué? Porque en la ADIn 1.662 — si no me falla la memoria — cuya sentencia de vista fue incumplida, anulamos un acto de 1997 y la base de la decisión emitida por la loable Justicia Laboral es un diploma posterior, es la EC 30, del 200. Pero, se parte para el principio de trascendencia — y ahí, se vislumbra la cosa juzgada en cuanto a los fundamentos de la decisión de la Corte. Ni si quiera en el campo civil tenemos cosa juzgada de fundamentos. La cosa juzgada dice respecto, inicialmente — como está en el art. 469

Reconocidamente favorable a la tesis de la eficacia trascendente de la fundamentación, el ministro Gilmar Mendes recordó la literatura alemana, advirtiendo que, aunque en Alemania exista discusión sobre los límites objetivos de los efectos vinculantes —si alcanza la fundamentación o solo lo dispositivo—, la razón de ser del § 31⁸⁶ de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Alemán habría sido la de dotar sus decisiones de una eficacia trascendente, que, si fuese limitada a lo dispositivo de la decisión, no tendría mucho que añadir a la función desempeñada por la cosa juzgada material, además de disminuir significativamente la contribución que el Tribunal Constitucional puede dar a la preservación y al desarrollo del orden constitucional⁸⁷.

Cabe destacar el recuerdo del ministro Gilmar Mendes a la doctrina de Klaus Vogel, que, aunque aludiendo a la cosa juzgada, dice que su extensión iría más allá de lo dispositivo para alcanzar lo que llamó la “norma decisoria concreta”. Esa sería la “idea jurídica subyacente a la formulación contenida en la parte dispositiva, que, concebida de forma general, permite no solo la decisión del caso concreto, sino también la decisión de casos semejantes”⁸⁸.

En verdad, Vogel está mezclando cosa juzgada con eficacia vinculante y obligatoria, o mejor, está etiquetando la fuerza obligatoria de las decisiones, particular al *Common Law*, como cosa juzgada, o, precisamente, está confiriendo a la fundamentación lo que el *Common Law* atribuye a la *ratio decidendi*.

Es cierto que la limitación de la cosa juzgada material a la parte dispositiva constituye una opción técnica en el ámbito del *Civil*

del CPC — a la parte dispositiva del juzgado” (STF, Rcl 1.987, voto del Ministro Marco Aurélio).

⁸⁶ “Las decisiones del Tribunal Constitucional alemán tienen eficacia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposición legal, conforme al § 31, 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” (En el original: “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden”).

⁸⁷ STF, Rcl 1.987, voto del Ministro Gilmar Mendes.

⁸⁸ *Idem*, cf. Voto del Ministro Gilmar Mendes.

Law. Es posible impedir que las partes, en determinado sistema del *Civil Law*, rediscutan los fundamentos de la decisión. Sin embargo, hay que notar que este obstáculo solo afecta a las partes, a menos que se piense en cosa juzgada *erga omnes* de los fundamentos, lo que equivaldría, en esencia, a abandonar la institución de la cosa juzgada para tratar de otra cuestión, en que también importaría la obligatoriedad de los fundamentos, pero en dimensión y perspectiva completamente distintas.

La cosa juzgada nada tiene que ver con la intención de si permitir igual solución a casos semejantes. El concepto de Vogel debe su originalidad al concepto de *ratio decidendi*. Nótese que, así como la *ratio decidendi*, la “norma decisoria concreta” está a la distancia de lo dispositivo y de los fundamentos. Para permitir la decisión de casos semejantes, tanto la *ratio decidendi* como la norma decisoria concreta deben constituir una especie de “extracto significativo de la fundamentación”.

Sin embargo, no obstante la equivocada asimilación entre la eficacia vinculante y cosa juzgada, el concepto de Vogel, en cuanto bien visto, contiene un *plus* significativo en relación a la idea de eficacia vinculante o trascendente de la fundamentación. Es que la idea de norma decisoria concreta dice relación a la porción de fundamentación en que se identifica el motivo por el cual se decidió y, por tanto, al aislamiento de una parte significativa de la fundamentación, dejando de lado aquellas que no importan como razones de decidir, que así, son *obiter dicta*.

Como se ve, el concepto de Vogel se aproxima al de “motivos determinantes de la decisión”, visto que el calificativo determinante supone el motivo como imprescindible y esencial, y, de ese modo, como no superficial, estando en una sola dimensión, guardadas sus particularidades, las ideas de *ratio decidendi*, norma decisoria concreta y motivos determinantes (*tragende Gründe*) de la decisión⁸⁹.

⁸⁹ Este es un punto de congruencia entre los sistemas americano y alemán. Tanto en uno cuanto en el otro solo irradian efectos vinculantes los motivos determinantes de la decisión, esto es, la propia *ratio decidendi*. Cuestiones

Al colocarse los conceptos de norma decisoria concreta y de motivos determinantes de la decisión en la misma dimensión del de *ratio decidendi*, se desea solo evidenciar la importancia de extraer la fundamentación, lo que realmente llevó al tribunal a decidir, así como señalar que la no identificación de esta porción de la fundamentación genera incertidumbre, colocando en serio riesgo la seguridad jurídica y la propia misión que se quiere atribuir a los tribunales con la extensión de los efectos vinculantes.

Los conceptos de cosa juzgada material y de cosa juzgada *erga omnes* no son relevantes cuando se pretende dar soluciones iguales a casos semejantes. Incluso la eficacia vinculante, si se limita a la parte dispositiva, tendría alguna importancia. De otra parte, hablar de cosa juzgada *erga omnes* de los fundamentos de la decisión sería barajar las instituciones, ya que los objetivos perseguidos con la cosa juzgada y con la obligatoriedad de respeto a los fundamentos no se confunden, al exigir conceptos operacionales y metodologías diversas.

En esta dimensión, de cualquier forma, no hay razón para no admitir la adopción de *ratio decidendi* o de la eficacia vinculante de los motivos determinantes de la decisión de inconstitucionalidad en caso en que se impugne norma de contenido similar. Además, aunque el art. 102, § 2 de la CF afirme que las decisiones emitidas por el Supremo Tribunal Federal, en acciones directas de constitucionalidad y de inconstitucionalidad, tienen eficacia vinculante “relativamente a los demás órganos del Poder Judicial”, y, por tanto, no sobre el propio Supremo Tribunal Federal, parece incuestionable que las *rationes decidendi* de las decisiones de constitucionalidad e inconstitucionalidad emitidas por el Supremo Tribunal Federal —sea en control concentrado, sea en control difuso— no pueden dejar de ser observadas por él. Entendimiento contrario daría al Tribunal —al que incumbe la tarea de interpretar la Constitución, velando por su fuerza normativa—, la

dichas de paso (*obiter dicta*) no tienen fuerza vinculante, como también reconoce nuestro Supremo Tribunal Federal (STF, *Informativo 335*).

posibilidad de negar su importante misión para la estabilidad de la orden jurídica constitucional.

Como es obvio, no se quiere decir con eso que el Supremo Tribunal Federal no pueda, mediante la alteración de la realidad social, de la evolución de la tecnología o de la propia transformación de la comprensión del derecho (lo que no se confunde con el mero planteamiento del derecho), entender que los fundamentos de sus decisiones perdieron consistencia, y que, así, sus precedentes deben ser revocados. Eso es plenamente viable en el *Common Law*. En efecto, eso siempre fue practicado en los Estados Unidos.

En el *Common Law*, los precedentes son revocados fundamentalmente mediante lo que se denomina *overruling*. No hay duda de que el Tribunal Supremo puede revocar sus precedentes. Puede revocar, nótese bien, las *rationes decidendi* de sus decisiones⁹⁰. Para ello, sin embargo, tiene que descargarse del pesado onus argumentativo, demostrando que las razones que llevaron a la elaboración del precedente que se quiere revocar no son más sustentables en virtud de motivos nuevos, que deben ser mostrados presentes. Tales "motivos nuevos", es evidente, están muy lejos de nuevos entendimientos personales sobre la cuestión ya debatida.

Para dar concreción al principio de que casos similares deben ser decididos de la misma manera, es necesario atribuir eficacia vinculante a los motivos determinantes de la decisión, aislándose, en otras palabras, su *ratio decidendi*. De cosa juzgada erga omnes a la eficacia vinculante de la fundamentación, que es la realidad que se impone mediante la imprescriptibilidad de preservar y proteger la igualdad mediante la jurisdicción y la fuerza normativa de la Constitución.

⁹⁰ Otra situación dice respecto a si saber si la cosa juzgada, relativa a la decisión de constitucionalidad, impide que el Supremo Tribunal Federal, más tarde, llegue a la conclusión de que la norma, entonces declarada inconstitucional, es inconstitucional. En este caso, el problema es relativo al tema de la cosa juzgada material y no a la cuestión de la *ratio decidendi* o de la eficacia vinculante de los motivos determinantes de la decisión de (in)constitucionalidad.

3.6 Elementos para la caracterización de la *obiter dicta* en el derecho brasileño

No basta simplemente constatar que los fundamentos no efectivamente discutidos constituyen *obiter dicta*. Incluso hay como pensar que *obiter dicta* son solo los fundamentos no adecuadamente discutidos. Es necesario verificar, antes que todo, si el fundamento podría ser discutido y si la decisión tomada exigía su discusión⁹¹. De ese modo, se tornó inclusive más claro y objetivo el raciocinio que se debe recorrer para la determinación de la *ratio decidendi* y de la *obiter dicta*.

Los pronunciamientos que dicen relación a lo solicitado no formulado y la causa de pedir no invocada son, innegablemente *obiter dicta*. Lo mismo ocurre en relación a los fundamentos que, aunque forman parte de la causa de pedir, no fueron alegados y discutidos por las partes, y, así estarían siendo tratados en el proceso por primera vez. Los pronunciamientos relativos a estos puntos son, en general, no profundizados y no derivan de discusión

⁹¹ El Supremo Tribunal de Justicia, al realizar el examen de procedencia del recurso especial, ya aludió a la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*. Véase la sentencia de vista de la relatoría de la Ministra Denise Arruda: "Procesal civil — Agravo regimental en el agravo de instrumento — Recurso especial — Administrativo — Energía eléctrica — Interrupción del servicio. 1. El Tribunal local, aunque reconociendo que es indebida la manutención del servicio en comentario cuando el usuario incumpla el pago del servicio, con base en sus peculiaridades del caso concreto, entendió que 'el derecho a la salud merece mayor importancia en relación a las demás situaciones', haciendo referencia expresa al art. 196 de la CF/88. La eliminación de tal premisa importa necesariamente la conclusión de que sería viable la interrupción del servicio. 2. De ese modo, la premisa referida no constituye mero *obiter dictum*, como argumenta el recurrente, pero sí, *ratio decidendi*, que debería necesariamente ser impugnada por la vía adecuada (recurso extraordinario). Tal descuido obstaculiza el examen del recurso especial (Súmula 126/STJ). 3. Agravo regimental improcedente" (STJ, 1ª Sala, AgRg en el Ag 739535, rel. Min. Denise Arruda, DJ 07.11.2006).

entre todos los miembros del Colegiado, siendo hechos pasajeros o laterales al enfrentamiento de otra cuestión⁹².

Todavía, como los frutos de esas discusiones pueden sedimentarse, dando origen a la procedencia de lo pedido o incluso a la providencia del recurso, aquello que, en teoría y a primera vista, es *obiter dictum* puede transformarse en *ratio decidendi*. Lo pedido, la causa de pedir o el fundamento que no podría ser apreciado, aunque generen sentencias posibles de rescisión —sea por violación al principio de congruencia de lo pedido y a la causa de pedir o a los principios del contradictorio y al que prohíbe las llamadas “decisiones sorpresa”—, pueden dar origen a decisiones firmes y ejecutoriadas, incluso, a decisiones soberanamente firmes y ejecutoriadas, pasados dos años sin la presentación de acción rescisoria. Así, es posible pensar en las razones que específicamente conducirán a tales decisiones, aislándose en sus *rationes decidendi*, aunque estas puedan merecer menos crédito. Y eso, es claro, cuando las cuestiones han sido efectivamente discutidas por todos los integrantes del órgano colegiado, presupuesto sin el cual, por otra parte, ningún pronunciamiento, aunque relativo a lo pedido y causa de pedir invocados y discutidos por las partes, puede llegar a constituir *ratio decidendi*.

Más difícil, sin duda, es aislar el fundamento que, independientemente de haber sido alegado y discutido por los jueces, era innecesario para tomar la decisión. Es cierto que cuando un fundamento es innecesario para llegar a la solución de determinada cuestión, en general, él no es tomado en serio y efectivamente discutido por los jueces, caracterizándose fácilmente, de esa forma, como *obiter dictum*. Sin embargo, esta regla tiene excepciones. De ahí la importancia de analizar la conocida definición de Rupert Cross, celebrada en el *Common Law*, de que la *ratio decidendi* de

⁹² No obstante, siendo la aplicación del brocardo *iura novit curia* precedido del diálogo entre las partes, de cara al derecho al contradictorio, nada obsta que los fundamentos de la decisión vengan a ser considerados para efectos de la formación de la *ratio decidendi*. V. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Cit., p. 74-75.

un caso es cualquier regla de derecho expresa o implícitamente tratada por el jurado como *paso necesario* para alcanzar su conclusión, teniendo en vista la línea de razonamiento por él adoptada⁹³.

Es necesario aclarar en qué términos se debe tomar la decisión para la cual la *ratio decidendi* constituye un paso necesario. Importa percibir que el paso necesario, o la premisa o las razones en el curso del razonamiento decisorio, no dice relación con la “decisión del caso” vista en abstracto, sino se refiere a la específica decisión tomada por el juez o por la Corte en determinado caso.

De modo que, para individualizar el paso necesario, no basta relacionarlo, por ejemplo, con la solución del recurso, sino con la decisión que dio o negó providencia al recurso, y, más que eso, con el razonamiento decisorio empleado por la Corte para darle o negarle providencia. Así, si la Corte, al dar providencia al recurso del demandado, decide por la decadencia del derecho de autor, obviamente no importan las alegaciones de que, interpretándose de determinada manera la norma *x* o considerándose la teoría, el demandado podría ser condenado. Tales alegaciones no constituyen paso necesario a la decisión de decadencia.

Sin embargo, si el tribunal, para dar providencia al recurso y condenar al demandado a pagar, puede interpretar la norma *X* de determinada forma o admitir la teoría *y*, sería posible decir que las razones relacionadas a la admisión de la tesis *y* no importan porque el recurso fue proveído con base en la interpretación de la norma *X*. En verdad, es posible decir que la admisión de la teoría *y* en este caso, no es un paso necesario.

Entre tanto, el hecho de que un fundamento (por ejemplo, la admisión de la teoría *y*) sea suficiente para la providencia del recurso no garantiza que las razones que lo aprecian puedan dar origen a una *ratio decidendi*. Por otra parte, en el caso en que existen dudas suficientes, es necesario que ambas, para poder

⁹³ “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury” (CROSS, *Rupert. Ob. cit.*, p. 77).

ser reconocidas, hayan sido adecuadamente discutidas por los miembros del Colegiado.

Hay una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia que, por su repercusión en el medio forense, ofrece interesante ejemplo de *obiter dicta*. Se trata de un juicio que trató sobre la interpretación del art. 475-J del CPC, más precisamente, respecto de la necesidad de citación del condenado para la incidencia de la multa de 10% contra el pago en el plazo de quince días. En REsp 954.859, se decidió que la multa incidiría independientemente de la notificación personal del condenado⁹⁴. El relator, ministro Humberto Gomes de Barros, así argumentó: “Algunos estudiosos avistaron la exigencia de notificación personal. Felicítense el argumento de que no se puede presumir que la sentencia publicada en el diario haya llegado al conocimiento de la parte que deberá cumplirla, pues quien acompaña las publicaciones es un abogado. El argumento no es convincente. Primero, porque no hay disposición legal para tal notificación, lo que ya debería bastar. Los arts. 236 y 237 del CPC son suficientemente claros en este sentido. Luego, porque el abogado no es, obviamente, un extraño a quien lo constituyó. Cabe a él comunicar a su cliente de que hubo una condena. De hecho, el buen patrón debe avanzarse a la notificación formal, previniendo su constituyente para que se prepare y esté en condiciones de cumplir la condena. Si el abogado, por negligente, omite informar a su cliente y lo expone a la multa, debe responder por tal perjuicio⁹⁵. Nótese que el Tribunal no estaba juzgando la responsabilidad del abogado, sino solamente analizando la necesidad de notificación personal al condenado para la incidencia de la multa⁹⁶. De modo

⁹⁴ STJ, 3.ª Sala., REsp 954.859, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ “Ley 11.232/2005 — Art. 475-J, CPC — Cumplimiento de la sentencia - Multa - Término inicial - Intimación de la parte vencida - Innecesariedad. 1. La intimación de la sentencia que condena al pago de una cuantía cierta se consuma mediante publicación, por los medios ordinarios, a fin de que tenga inicio el plazo recursal. Innecesaria la intimación personal del

que la observación del relator, en el sentido de que el abogado se torna responsable por la multa al no informar a su cliente sobre la condena —cierta o no—, es verdadera *obiter dictum*, configurándose como mero argumento lateral, al margen de la cuestión que estaba siendo discutida, de solución innecesaria para llegarse a la decisión del recurso. Consecuentemente, esta observación de que el abogado es responsable por la multa del art. 475-J, jamás podrá ser invocada como precedente o *ratio decidendi*.

El Supremo Tribunal Federal, en AgRg en la Rcl 2475, también discutió cuestiones de gran relevancia al hablar sobre la *obiter dicta*. A través de esta Reclamación, afirmó que la 2.^a Sala del Tribunal Superior de Justicia, en el juicio de AgRg en REsp. 429.610/MG, habría faltado el respeto a la autoridad de la decisión emitida por el Supremo Tribunal Federal en la ADC 1/DF, en que se entendió que la LC 70/1991 —que concedió exención para las sociedades civiles prestadoras de servicios profesionales— es materialmente ordinaria y solo formalmente complementaria. La 2.^a Sala del STJ concluyó que la revocación de la exención de la Cofins no podría ocurrir por ley ordinaria, bajo pena de lesión al principio de jerarquía de la ley. Argumentó el reclamante que el Supremo Tribunal Federal, al juzgar la ADC 1/DF “consideró que la Constitución de la República no exige ley complementaria para disciplinar la Cofins, motivo por el cual se debe tener la LC 70/1991, que la instituyó, como una ley solo formalmente complementaria, pero materialmente ordinaria. La consecuencia de ese fundamento es la de admitir que la ley ordinaria viene a alterar lo dispositivo de la referida ley complementaria, justamente lo que hizo el art. 56 de la ley 9.430/1996, que revocó la exención de la Cofins concedida

deudor. 2. Con la calidad de cosa juzgada sobre la sentencia condenatoria, no es necesario que la parte vencida, personalmente o por su abogado, sea intimada a cumplirla. 3. Cabe al vencido cumplir espontáneamente la obligación, en quince días, bajo pena de ver su deuda automáticamente incrementada en 10%” (STJ, 3.^a Sala, REsp 954.859, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007).

en el inc. II del art. 6 de la LC 70/1991 para las sociedades civiles de prestación de servicios⁹⁷.

La medida requerida en la Reclamación fue negada cuando se dice que la decisión emitida en la ADC 1/DF “no asentó ser la LC 70/1991, ley complementaria simplemente formal. Es cierto que en el voto de Ministro relator eso fue dicho (RTJ 156/745). Se trata, sin embargo, de un *obiter dictum*. También en mi voto expresé *obiter dictum* igual (RTJ 156/745). Así, por lo menos al primer examen, no veo configurado el *fumus boni juris* que autoriza la concesión de la medida liminar⁹⁸ (decisión objeto de Recurso de Queja, del Ministro de Minería Carlos Velloso).

El reclamante, en el Recurso de Queja interpuesto contra esta decisión, sustentó que, cuando el Supremo Tribunal Federal declaró para considerar a la Cofins constitucional, se estaba frente a una ley solo formalmente complementaria, exponiendo un motivo determinante y no un *obiter dictum*.

El relator originario del Recurso de Queja, ministro Carlos Velloso, dice que “por no haber sido pedido que el Tribunal declarase que la LC 70/1991 sería materialmente ley ordinaria, no podría el Tribunal decidirlo, bajo pena de decidir *extra petita*. Es verdad que, en el voto del Ministro Relator, fue dicho que la contribución podría ser instituida por ley ordinaria y que “esa ley, en relación a lo dispositivo concerniente a la contribución social por ella instituida —que no son objeto de esa acción— es materialmente ordinaria” (RTJ 156/745). También en mi voto afirmé eso (RTJ 156/752). Tales afirmaciones, sin embargo, constituyen fundamento de los votos, o sus motivos. En lo que me concierne, *obiter dictum*. De un modo o de otro —fundamento u *obiter dictum*— no integran la parte dispositiva. El ministro Marco Aurelio, siguiendo el voto del relator, observó: “No está en juego, cuando juzgamos a ADIn 1, la naturaleza de la ley que habría disciplinado el Cofins. Como ha señalado el relator, consideramos a la autoridad,

⁹⁷ Sentencia de segundo grado emitido en el AgRg en la Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

⁹⁸ Idem.

el principio de no acumulación y no adentramos en esa cosecha. El relator de ADIn 1 aludió al hecho de que incluso no habría necesidad de ley complementaria para la creación de un tributo, de una contribución. Evidentemente, todavía, si no existió revolver en torno de esa materia, no llegamos a la decisión al respecto. Por eso acompaño al relator”⁹⁹.

El ministro Sepúlveda Pertence dejó claro que, en su entender, no hay cómo buscar hacer valer la autoridad de la decisión emitida en acción directa de constitucionalidad, vía Reclamación, alegando no respetar sus fundamentos: “Quiero dejar claro que, en principio, no extendiendo el efecto vinculante de las decisiones en las acciones de control abstracto de normas a su fundamentación; eso me basta. Para mí, solo falta el respeto a nuestra decisión en ADC 1, si se hubiese juzgado inconstitucional el dispositivo de la LC 70, entonces cuestionada, y luego afirmada constitucional”¹⁰⁰.

El voto del ministro Gilmar Mendes, al contrario de los votos de los ministros Carlos Velloso (relator), Marco Aurelio y Sepúlveda Pertence —que lo antecederán— no se preocupó en saber si la cuestión relativa a la naturaleza de la norma estaba cubierta por la parte dispositiva de la decisión tomada en acción directa de constitucionalidad. Eso porque, en su criterio, la eficacia vinculante sobre los motivos determinantes de la decisión. Así, lo que importaría saber es solo si los pronunciamientos de la Corte sobre esta cuestión constituyen *obiter dicta* o motivos determinantes de la decisión.

El voto del Ministro Gilmar fue dirigido a demostrar que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la LC 70/1991 fuera tratada en lo acordado en la ADC 1/DF. Consta en el voto: “Atenta lectura de lo acordado en la ADC 1/DF permite afirmar que la cuestión de la naturaleza jurídica de la LC 70/1991 fue expresamente tratada en los votos de los ministros Moreira Alves (relator), ministro Carlos Velloso (pp. 140-141) y el ministro Sydney San-

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

ches (p. 149). Los demás Ministros no enfrentaron expresamente la cuestión, silenciándose a su respecto, pero, genéricamente, acompañaron el voto del relator. De esa forma, no se puede dejar de admitir que la decisión emitida en la ADC 1/DF fue enfática al reconocer, como uno de sus fundamentos determinantes, que no se exige ley complementaria para la disciplina de los elementos propios a la hipótesis de incidencia de las contribuciones desde luego previstas en el texto constitucional, de forma que, por razones lógicas, la LC 70/1991 es, materialmente, una ley ordinaria, a pesar de la evidencia, la ley formalmente complementaria. Y no prevalece el argumento de que tal afirmación no constituye fundamento determinante, sino solo complementación (u *obiter dictum*) al fundamento principal (que, lo segundo que se alega, sería la existencia de previsiones constitucionales distintas para la Cofins y el PIS), pues está claro el voto del ministro Moreira Alves, que esta premisa es esencial, la cual conduce a la conclusión por la constitucionalidad de lo dispositivo en discusión. Así pues, se verifica que el Superior Tribunal de Justicia, en la decisión del AgRg en REsp 429.610/MG, no observó fundamento determinante de decisión de esta Corte Suprema emitida en la ADC 1/DF, de modo que lo pedido en la presente reclamación, al parecer, debe ser juzgado infundado¹⁰¹.

La cuestión relativa a la posibilidad de entender la eficacia vinculante de los motivos determinantes de la decisión de (in) constitucionalidad debe ser vista de forma separada en cara de la relativa a la identificación de la parte que, en la fundamentación, constituyen *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Una mejor explicación: no admitiéndose que los motivos de la decisión pueda tener eficacia vinculante, no hay incluso por qué cuestionar, en sede de Reclamación, si determinado pronunciamiento de la Corte, por ocasión del juzgamiento de ADC, constituye motivo determinante u *obiter dictum*. Ahora, si la fundamentación no puede ser abarcada por la eficacia vinculante, y, por tanto, no puede ser alegada como

¹⁰¹ Idem.

base de la Reclamación contra el irrespeto a la decisión dictada en control abstracto, poco importa la determinación de la *ratio decidendi*.

El ministro Carlos Velloso reconoció que, en la ADC 1, tanto en su voto como en el del relator afirmaron que la LC 70/1991 es materialmente ordinaria, y luego después, concluyó que “tales afirmaciones (...) constituyen fundamento de los votos, o sus motivos. En lo que me concierne, *obiter dictum*. De un modo o de otro —fundamento u *obiter dictum*— no integran lo dispositivo de la decisión” Por lo tanto, al negar providencia al Recurso de Queja, el Ministro Velloso afirmó el entendimiento de que “tales afirmaciones (...) no integran lo dispositivo de la decisión”. De su voto está claro que no importa si “tales afirmaciones” constituyen motivos determinantes u *obiter dicta*, sino que si se integran o no a lo “dispositivo de la decisión”. O sea, como para el Ministro Velloso los fundamentos no son tocados por la eficacia vinculante, bastaría constatar que las referidas “afirmaciones” no están insertas en la parte dispositiva de la decisión. Tanto es que, antes, el Ministro Velloso dice que el Tribunal no podría siquiera declarar que la LC 70/1991 es materialmente ley ordinaria, por eso “no habría sido pedido”. Si eso hubiera sido declarado, estaría el Supremo Tribunal Federal “decidiendo *extra petita*”¹⁰².

El voto del Ministro Sepúlveda Pertence también no dio importancia a la distinción entre *ratio decidendi* (o motivos determinantes) y *obiter dicta*. Fue incisivo al decir que no extiende “el efecto vinculante de las decisiones en las acciones de control abstracto de normas a su fundamentación”¹⁰³.

El Ministro Marco Aurelio dice que el Tribunal no habría enfrentado la cuestión; alegó que “no existió revolver en torno de esta materia”. Por eso, concluyó que, frente a esa falta de discusión, el Tribunal no llegó “a la decisión al respecto”¹⁰⁴. Así, aunque el Ministro Marco Aurelio, en principio, alude al argumento capaz de

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

demostrar que el pronunciamiento inserto en la fundamentación es *obiter dictum* —por no haber sido discutido— se torna claro que esa alusión es hecha para permitir la conclusión de que la Corte no emitió decisión al respecto. Pero una vez, por tanto, importa la circunstancia de que el pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de la ley no constituye una decisión, o mejor, no fue abarcado por la parte dispositiva de la decisión.

Sin embargo, el voto del Ministro Gilmar, sin duda, se preocupó en demostrar que las afirmaciones o sus pronunciamientos sobre la cuestión constituirían motivos determinantes de la decisión de constitucionalidad, no pudiendo ser vistos como *obiter dicta*. En esta perspectiva —del análisis de la naturaleza de los pronunciamientos insertos en la fundamentación— importaba solo saber si la cuestión realmente había sido discutida por los Ministros. El argumento del Ministro Carlos Velloso, de que, “por no haber sido pedido que el Tribunal declarase que la LC 70/1991 sería materialmente ley ordinaria, no podría el Tribunal decidir eso, bajo pena de decidir *extra petita*”¹⁰⁵, no tiene procedencia. Se sabe que la petición inicial de la acción declaratoria de inconstitucionalidad debe indicar lo dispositivo cuestionado, demostrar la existencia de controversia judicial relevante sobre su aplicación y presentar lo pedido de la declaración de constitucionalidad de este dispositivo. Además, debe contener los fundamentos jurídicos de lo pedido (art. 14, I, II y II, Ley 9.868/199). Pero el Tribunal está adscrito solo a lo pedido, o lo dispositivo aportado como constitucional, y no a los fundamentos jurídicos. Vale aquí el entendimiento adoptado en relación a la acción directa de inconstitucionalidad, de que el Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad por fundamentos diversos a los presentados en la petición inicial¹⁰⁶. Siendo el caso de declarar la constitucionalidad, el Tribunal puede meditar sobre cualquier fundamento suficiente para evidenciarla, aunque no se alegue en la inicial.

¹⁰⁵ Voto del Min. Carlos Velloso en el AgRg en la Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

¹⁰⁶ Ver STF, ADInMC 2.396/MS, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 14.12.2001.

Así, en cuanto lo pedido, evidentemente no era —no podría ser— de declaración de que la ley “sería materialmente ley ordinaria”¹⁰⁷, no importa si esta cuestión fue alegada en la petición inicial. Lo que importa, para aceptar que la cuestión constituye *ratio decidendi* en lo acordado en la ADC 1/Df, es que la discusión de que la LC 70/1991 sería, materialmente, una ley ordinaria “condujo a la conclusión por la constitucionalidad de lo dispositivo en la discusión”¹⁰⁸.

De cualquier forma, solo el voto del ministro Gilmar Mendes atentó a la individualización de la naturaleza de “tales afirmaciones” o pronunciamientos en el interior de la fundamentación. Se torna extraño, en esta dimensión, la propia opinión de lo acordado emitido en la Reclamación, subrayando que “en el juzgamiento de la ADC 1/DF, el Colegiado *no dirimió controversia* sobre la naturaleza de la LC 70/1991, corroborando que el enfoque, en el voto del relator, es simple entendimiento personal”¹⁰⁹.

3.7 La fundamentación de las decisiones en la nueva perspectiva

3.7.1 La fundamentación de las decisiones en la tradición del derecho procesal civil

En la concepción tradicional del derecho procesal civil del *Civil Law*, la fundamentación está relacionada con la necesidad del juez de presentar las razones que le permitieron llegar a la conclusión, esto es, a la decisión. En vista de su propia estructura, la decisión tiene sus razones o sus fundamentos.

Se argumenta que la fundamentación permite al vencido entender los motivos de su fracaso y, si fuera el caso, de interponer recurso, presentar sus razones adecuadamente, demostrando los

¹⁰⁷ Voto del Min. Carlos Velloso en el AgRg en la Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 01.02.2008.

¹⁰⁸ Voto del Min. Gilmar Mendes en el AgRg em la Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 01.02.2008.

¹⁰⁹ Sentencia de segundo grado emitido en el AgRg en la Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 01.02.2008.

equivocos de la decisión. En esta misma línea, la fundamentación también posibilita al tribunal entender los motivos que llevaron al juez de primer grado a decidir.

En suma, es indudable que no basta al juez estar convencido, le cabe demostrar las razones de su convencimiento. Esto permite el control de la actividad del juez por las partes o por cualquiera de las personas, ya que la sentencia debe ser el resultado del raciocinio lógico que se basa en el reporte, en la fundamentación y en lo dispositivo. En esta perspectiva, se concluye también que la fundamentación es esencial para la legitimación de la decisión. No es por otra razón, por cierto, que constituye deber del juez y garantía constitucional del justiciable, en los términos del artículo 93, IX, de la Constitución Federal.

Sin embargo, como los precedentes no forman parte de la tradición del *Civil Law*, el sistema jurídico brasileño no piensa en la fundamentación como material que puede revelar una *ratio decidendi*. Exactamente por eso, en cuanto a la fundamentación, en el *Common Law* importa directamente a todos los justiciables, dándoles previsibilidad y garantía de ocurrir la adopción de determinado comportamiento, más allá de otorgar estabilidad y coherencia al orden jurídico y real posibilidad de la jurisdicción de tratar casos similares de la misma forma; en el *Civil Law*, la fundamentación tiene importancia mucho más estricta. Ella interesa casi exclusivamente a las partes y, especialmente en términos retóricos, para dar legitimidad al poder desempeñado por los jueces.

Por cierto, se observa de pasada, que también el reporte tiene que ser puesto en nueva perspectiva en la tradición del *Civil Law*. Eso porque es a partir de él que sería posible cotejar los casos a fin de que se pueda aplicar de forma adecuada el precedente.

3.7.2 La extensión de la eficacia vinculante de los fundamentos como consecuencia de la comprensión de la función y de la importancia de los precedentes

Es cierto que en los países europeos que acogieron la eficacia vinculante de los fundamentos, especialmente en Alemania, se ob-

jetivó dar mayor fuerza a las decisiones del tribunal constitucional, impidiéndose que los demás órganos del poder público reiterasen comportamientos ya evidenciados como inconstitucionales en las razones de las decisiones emitidas por la Corte¹¹⁰.

Así, en un primer momento sería posible pensar que, en Brasil, la eficacia vinculante de los fundamentos fuese importante solo para las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

Sin embargo, aunque la eficacia vinculante de la fundamentación haya sido pensada en Alemania, para dar efectividad a las decisiones del tribunal constitucional y, por consecuencia, para tutelar la fuerza normativa de la Constitución y garantizar la unidad del derecho constitucional, es innegable que la técnica de la eficacia vinculante de la fundamentación fue forjada a partir de la necesidad de otorgar fuerza obligatoria a las decisiones y de la constatación, de ahí derivada, de que lo que importaba en la decisión, vista en su totalidad, no era su parte dispositiva y la cosa juzgada material, sino sus fundamentos, que, por eso mismo,

¹¹⁰ En el derecho alemán, ver: KERBUSCH, Hermann. *Die Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: unter besonderer Berücksichtigung der Verbindlichkeit von Normenkontrollentscheidungen*. 1982; WISCHERMANN, Norbert. *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen: zu den funktionsrechtlichen Auswirkungen der extensiven Auslegung des § 31 Abs. 1 BVerfGG*. Berlin: Duncker & Humblot, 1979; SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen; ein Studienbuch*. München: Beck, 2004; MELS, Philipp. *Bundesverfassungsgericht und Conseil Constitutionnel: ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem "gouvernement des juges"*. München: Vahlen, 2003; SCHALK, Sebastian. *Deutsche Präjudizien und spanische "Jurisprudencia" des Zivilrechts: eine vergleichende Gegenüberstellung*. Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Wien: Lang, 2009; KAU, Marcel. *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht: die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2007; BAUER, Thorsten. *Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: zugleich ein Beitrag zur Prozeduralisierung des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

tenían que ser recalcados y exteriorizados, también con fuerza obligatoria, a los demás órganos del poder público.

La eficacia vinculante de la fundamentación, también, aunque sea indiscutiblemente esencial para que el tribunal constitucional cumpla su papel, es una técnica jurídico-procesal que tiene como premisa la importancia de respetar los precedentes y sus fundamentos.

La extensión de la eficacia vinculante a los fundamentos, y no a lo dispositivo, revela claramente la intención de dar eficacia obligatoria a los precedentes. Por otro lado, no hay por qué hablar de precedente cuando no se otorga valor a sus fundamentos. De otra parte, la importancia de la eficacia obligatoria de los precedentes, en el derecho contemporáneo, sustenta la eficacia vinculante de los fundamentos.

De ahí la proximidad entre los institutos de la eficacia vinculante de los fundamentos y del *stare decisis*. En verdad, lo que aparta a la institución de la eficacia vinculante de los fundamentos —como pasó en Alemania— del *stare decisis* no es propiamente su razón de ser, sino su extensión subjetiva.

El *stare decisis* se refiere al poder de los jueces, al paso que la eficacia vinculante de los fundamentos alcanza, en la Alemania, todos los órganos del Poder Público. Nótese, entre tanto, que la extensión subjetiva de la eficacia vinculante constituye opción técnica, aunque basada en valores del Estado. Nada le impide que esta eficacia sea extendida o limitada. Recuérdese que en Alemania y en España la eficacia vinculante alcanza todos los poderes públicos, pero en Brasil solo a los órganos judiciales y a las autoridades administrativas. Además, mientras que en Brasil la eficacia vinculante no alcanza al Supremo Tribunal Federal en virtud de norma constitucional, en España hay norma expresa —art. 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— que dice que, cuando una sala del Tribunal Constitucional considera necesario apartarse, “en cualquier punto, de la doctrina constitucional precedente firmada por el tribunal, la cuestión será sometida a la decisión del Pleno”¹¹¹.

¹¹¹ ESPAÑA. Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre del Tribunal Constitucional. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/>

También nada obsta a que se restrinja la eficacia vinculante solo al Poder Judicial, cuando este instituto asume fisonomía prácticamente igual al del *stare decisis*. Por cierto, en esta dimensión es posible pensar, por ejemplo, en la eficacia vinculante de los fundamentos de las decisiones del Superior Tribunal de Justicia, en relación a los órganos judiciales de las justicias federal y estatal.

3.7.3 *Motivos determinantes y ratio decidendi*

Dentro de la fundamentación están presentes los motivos determinantes de la decisión. A través del análisis de la fundamentación es posible aislar los motivos determinantes o la *ratio decidendi*.

Un fundamento o motivo, aunque no necesario, puede ser suficiente para alcanzarse la decisión. El motivo suficiente, por eso, se torna determinante solo cuanto, individualizado en la fundamentación, se muestra como premisa sin la cual no se llegaría a específica decisión. Motivo determinante, así, es el motivo que, considerado en la fundamentación, se muestra imprescindible a la decisión que fue tomada. Este motivo, por imprescindible es esencial, o mejor, es determinante de la decisión. Constituye la *ratio decidendi*.

No obstante, como la individualización de los motivos determinantes presupone una nueva búsqueda sobre la fundamentación, o mejor, otra valoración de la fundamentación, no basta simplemente pensar en encontrar su esencia. El problema no es solo analizar la estructura interna de la fundamentación. Hay que preocuparse por su calidad.

Es cierto que, por regla general, los jueces tienen cuidado con los motivos suficientes. Sin embargo, especialmente cuando hay dos o más motivos suficientes a la decisión, es preciso verificarse todos los que fueron, o cuales fueran, debidamente discutidos y analizados por lo miembros del Colegiado.

[normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/Normas%20Reguladoras/leyorgtrib.pdf](#)>. Accedido el 16 de abril del 2010.

Parece extraño hablar de dos motivos suficientes. Nótese, sin embargo, que pueden existir dos motivos suficientes, y por eso necesarios, a una decisión. Así, por ejemplo, dos infracciones contrarias pueden ser dos fundamentos suficientes para determinada decisión de desalojo. Ninguno de ellos son necesarios, pero ambos son suficientes, y solo cuando se considera el razonamiento de la Corte, pueden ser calificados como determinantes de la decisión.

Sin embargo, uno de los motivos suficientes y determinantes de la decisión puede no haber sido adecuadamente discutido y analizado por el tribunal. En este caso, aquello que podría ser tomado como motivo determinante o como *ratio decidendi* para efecto de vinculación de otros órganos judiciales acaba no adquiriendo tal naturaleza. O mejor, acaba tornándose incompatible con la eficacia obligatoria de los fundamentos.

En estos casos, no hay propiamente *obiter dictum* o *ratio decidendi*. El motivo no es irrelevante para tomar la decisión. Al contrario, el motivo, consideraba la propia fundamentación, y, en términos lógicos, imprescindible para llegar a la decisión. Solo carece de la calidad necesaria a su configuración como *ratio decidendi*.

De otro lado, la facilidad de identificación de la *ratio decidendi* varía de caso a caso. La dificultad de individualización de la *ratio decidendi* puede derivar de la circunstancia del caso de haber sido analizado bajo argumentos no deducidos por la partes; de la complejidad de la materia; de que los fundamentos hayan sido analizados de modo prematuro; de la superficialidad de las discusiones y de la elaboración de los fundamentos; de la variedad y diversidad de los fundamentos presentados en los votos emitidos por los miembros del órgano judicial, entre otras. Por lo tanto, la definición de la *ratio decidendi* puede exigir, en algunas hipótesis, la consideración de varias decisiones, y, en otras, de sùmula —que, sobreponiéndose a las decisiones ya emitidas sobre el caso, individualice la *ratio decidendi* hasta ahora obscura e indescifrable—.

3.8 Cosa juzgada, eficacia *erga omnes* y eficacia vinculante: el énfasis en la *ratio decidendi*

La diferencia entre cosa juzgada, eficacia *erga omnes* y eficacia vinculante está en su esencia¹¹². Cuando se habla de eficacia *erga omnes*, se pretende tratar, en verdad, de los efectos directos de la

¹¹² En el sistema americano, la cosa juzgada se divide en dos tipos — *res judicata* y *collateral estoppel* — no siendo posible confundirlas en ninguna de sus versiones, con el *stare decisis*. Conforme señala Heinsz, “al contrario del *stare decisis*, ambas teorías exigen no solo la identidad de las causas, sino, también, de las partes involucradas en los procesos. La *res judicata* envuelve la noción de la preclusión del pedido (*claim preclusion*), mientras que el *collateral estoppel* trae consigo la idea de preclusión de hecho (*issue preclusion*). La *res judicata* previene que una persona renueve la discusión acerca de un pedido si, i) hay un juzgamiento final en una acción anterior, ii) las materias levantadas en un caso subsecuente son las mismas o podrían haber sido demandadas en la acción anterior y, iii) los pedidos en la segunda acción envuelven a la misma parte o interesados. La *collateral estoppel* impide que una parte renueve la discusión sobre un hecho si, i) el hecho en el litigio subsecuente es el mismo que aquel de la acción anterior, ii) el hecho fue objeto de litigio y necesario a una decisión final, iii) la persona contra la cual el *collateral estoppel* es afirmada era parte o interesado en la acción anterior y, iv) la parte precluida tuvo total y justa oportunidad de discutir el hecho” (En el original: “Res judicata and collateral estoppel are related but distinct concepts in the law of judgments. Unlike stare decisis, both of these theories require not only identity of issues, but also of parties involved in the actions. Res judicata involves the notion of claim preclusion, whereas collateral estoppels entails the idea of issue preclusion. Res judicata bars a person from relitigating a claim if (1) there is a final judgment from prior litigation, (2) the matters raised in the subsequent case either are the same or could have been litigated in the prior action, and (3) the claims in the second action involve either the same party or persons in privity with that party. Collateral estoppel prevents a party from relitigating an issue if (1) the issue in the subsequent litigation is the same as that raised in the prior litigation, (2) the issue was actually litigated and necessary to a final adjudication, (3) the person against whom the doctrine of collateral estoppel is asserted was a party to or in privity with a party to the prior action, and (4) the party precluded had a full and fair opportunity to litigate the issue”). HEINZ, Timothy J. Ob. cit., p. 275-300.

decisión. Es interesante analizar, para situar bien la pregunta, las llamadas cosa juzgada *erga omnes* y *ultra partes*, peculiares en la disciplina de la tutela procesal de los derechos difusos y colectivos.

De acuerdo con el art. 103, I, del CDC, la cosa juzgada en relación a las acciones que tratan de derechos difusos, es *erga omnes*, salvo cuando la solicitud fuera declarada improcedente por falta de pruebas. El derecho difuso es definido por el mismo Código como *transindividual*, indivisible, de sujeto indeterminado, perteneciente a toda la colectividad. Ahora, si el derecho pertenece a todos —o por lo menos a un complejo indeterminado e indeterminable de sujetos—, la decisión acerca de la situación litigiosa que envuelve el derecho —*transindividual*— debe cubrir a todos, convirtiéndose inmutable, en principio, para las partes del proceso (autor extraordinariamente legitimado y demandado) y para las partes en sentido material —para utilizar la nomenclatura de Carnelutti¹¹³. Bien vistas las cosas, esta disciplina de la cosa juzgada no tiene ninguna particularidad— excepto, obviamente, en cuanto a la posibilidad de interponer la misma acción sobre la base de otras pruebas. En esencia, no es la cosa juzgada que opera efectos *erga omnes*, sino los efectos directos de la sentencia. Nótese que, para quien no está catalogado como legitimado para la presentación de la acción —art. 82 del CDC y art. 5 de la Ley 7.347/1985—, la inmutabilidad de la decisión no deriva de la cosa juzgada, sino de la imposibilidad de discusión judicial de la situación jurídica por falta de legitimidad. Sólo en relación con los colegitimados para la acción colectiva se verifica la extensión de la cosa juzgada más allá de los límites de las partes. Sin embargo, eso también ocurre naturalmente, porque la sentencia firme y ejecutoriada abarca el efecto declaratorio de la sentencia¹¹⁴, que se convierte en inmuta-

¹¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1955. vol. 1, p. 56.

¹¹⁴ La cosa juzgada no constituye eficacia ni efecto de la sentencia. Es, en verdad, calidad que puede agregarse a los efectos sentenciales. La eficacia de la sentencia, mientras sea mera virtualidad, no puede ser abarcada por la inmutabilidad derivada de la cosa juzgada, ya que no existe con-

ble en la fase de la relación jurídica expuesta al pedido formulado. Ahora, si los colegitimados —*extraordinarios* porque el derecho postulado no les pertenece, sino a toda la colectividad, o al menos, a un conjunto indeterminado de sujetos— pueden exponer en juicio solo una única relación jurídica material, la calidad de firme y ejecutoriada de la sentencia torna inmutable la declaración sobre esa relación jurídica a las partes materiales y también a los legitimados extraordinarios —que, después de todo, no son más que *longa manus* de los titulares del derecho, con autorización legal para actuar en sus nombres. Para aclarar mejor, se equipara el fenómeno con la hipótesis en que el titular del derecho posee, para la tutela de sus intereses en juicio, dos o más sustitutos procesales. En la presentación de la acción por cualquiera de ellos, con o sin juzgamiento, acarreará la incidencia de la cosa juzgada no solo a

cretamente. *Sucede con los efectos que, en tesis, pueden ser cubiertos por la indiscutibilidad característica de la cosa juzgada. Todavía, dentro de estos efectos, están aquellos que dependen de factores externos y por eso no pueden ser alcanzados por la inmutabilidad de la cosa juzgada pues pueden venir a no operar efectivamente.* Así, por ejemplo, la ejecución no puede ser requerida cuando el efecto ejecutivo de la sentencia condenatoria no será actuado. Por otro lado, ocurriendo el pago voluntario, es evidente que el efecto ejecutivo será inhibido. Pero eso, como es obvio, no retira el sello de inmutabilidad relativo a la declaración contenida en la sentencia, o sea, nadie podrá negar, después de obtenida la calidad de cosa juzgada, aquello que fue declarado. Esa declaración (eficacia declaratoria) genera un efecto declaratorio que, en el caso de la sentencia capaz de producir cosa juzgada, es inmunizado. *De modo que solo el efecto declaratorio puede, efectivamente, tornarse inmutable en derivación de la cosa juzgada. Déjese claro, no obstante, que todas las sentencias tienen algo de declaratorio.* O mejor, cuando se dice que la cosa juzgada material incide sobre el efecto declaratorio, se desea afirmar que la cosa juzgada material toca en el elemento declaratorio de las sentencias declaratorias, condenatorias, constitutivas, ejecutivas y mandamentales — y no solo en la “declaración” propia a la sentencia declaratoria — proyectando por fuera del proceso, un efecto declaratorio inmutable. V. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Processo de conhecimento*, cit., vol. 2, Parte III, cap. 4.

quien propuso la acción, sino también a los demás colegitimados. Es que la relación jurídica material fue juzgada.

A su vez, el art. 103, II, del CDC trata de la acción colectiva para la defensa de los derechos colectivos (*en sentido estricto*). Estos derechos son según la ley (Art. 81, párrafo único, II, CDC), transindividuales, de naturaleza indivisible, pero con sujeto determinado, representado por un grupo, categoría o clase de sujetos, ligados entre sí o con la parte contraria de una relación jurídica de base. De acuerdo con el art. 103, II, la cosa juzgada, en esta hipótesis, opera *ultra partes*, excepto en la hipótesis de improcedencia por falta de pruebas; opera más allá de las partes del proceso, llegando a todo el grupo, categoría o clase a la que pertenece el derecho discutido. Por lo tanto, la misma objeción puede ser opuesta: no es la cosa juzgada la que se extiende más allá de las partes del proceso, sino es el efecto directo de la sentencia que incide, de manera inmutable, sobre los titulares del derecho. Y esto por la simple circunstancia de que ellos no detentan *legitimatium ad causam* para discutirla. Por otro lado, lo que se dice respecto a los demás legitimados, ocurre exactamente lo mismo a lo que se dice en relación a la tutela de los derechos difusos¹¹⁵.

Sin embargo, incluso por comodidad del lenguaje, la doctrina suele atribuir a la cosa juzgada efectos *erga omnes*. Entre tanto, es interesante observar que el art. 28, párrafo único, de la Ley 9.868/1999, dice que “la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, incluyendo la interpretación conforme a la Constitución y la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducir el texto, y tienen eficacia contra todos y efecto vinculante con relación a los órganos del Poder Judicial y la Administración Pública federal, estatal y municipal. “En el mismo sentido, el art. 102, § 2 de la CF afirma que “las decisiones definitivas de mérito, dictadas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas

¹¹⁵ V. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Processo de conhecimento*, cit., vol. 2, Parte III, Cap. 4; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Procedimentos especiais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 5, Parte VI, Cap. 8.

de inconstitucionalidad y en las acciones declarativas de constitucionalidad, producirían *eficacia contra todos* y efecto vinculante relativo a los demás órganos del Poder Judicial y de la administración pública directa e indirecta en las esferas federal, estatal y municipal. “El art. 102, § 2, es expreso y claro en el sentido de que la eficacia contra todos (*erga omnes*) deriva de las “decisiones” del Supremo Tribunal Federal y no de la cosa juzgada.

Antes de la EC 3/1993 no existía norma legal o constitucional para regular los efectos derivados de las decisiones adoptadas en el control abstracto de constitucionalidad. Fue la sentencia del Supremo Tribunal Federal que, paulatinamente, construyó la tesis de los efectos *erga omnes* de la decisión de inconstitucionalidad. A la luz de la EC 1/1969, el Supremo Tribunal Federal, inicialmente sometido a la decisión de inconstitucionalidad pronunciada en control abstracto por el Senado Federal, para que esto determinase la suspensión de la aplicación de la ley; sin embargo, incluso antes de la Constitución Federal de 1988, el Supremo Tribunal Federal pasó a entender que sus decisiones, dictadas en control abstracto de constitucionalidad, producirían efectos *erga omnes*, y por eso, desestimó la actuación del Senado Federal. Así, en la Representación 1016-3, el ministro Moreira Alves dio voto, seguido por unanimidad, en que se observa el siguiente pasaje: “Por la defensa de relaciones jurídicas concretas en la fase de leyes ordinarias en disconformidad con las Constituciones vigentes en la época en que aquellas entraran en vigencia, una declaración de inconstitucionalidad *incidenter tantum*, que solo pasa en cosa juzgada para las partes en juicio (consecuencia estrictamente jurídica), y que solo tiene eficacia *erga omnes*, si el Senado Federal decide (decisión de conveniencia política) la suspende en todo o en parte. Pero no ocurre lo mismo con referencia a la declaración de inconstitucionalidad obtenida en *representación*, la cual pasa en juzgado *erga omnes*, con reflexiones sobre el pasado (la nulidad opera ex tunc), independientemente de la actuación del Senado, por tratarse de una decisión cuya conveniencia política del proceso de su desencadenamiento se hizo *a priori*, y se impone, cualquiera que sean las consecuencias para las relaciones jurídicas concretas,

por sobre “el interés superior de la preservación del respeto a la Constitución, que preside el orden jurídico vigente”¹¹⁶.

De modo que se entiende, hace mucho tiempo, que la decisión de inconstitucionalidad produce efectos contra todos. Entre tanto, la atribución de eficacia *erga omnes* a las decisiones definitivas de inconstitucionalidad, tiene como premisa la cosa juzgada que las califica. Aunque el efecto directo de la decisión no se confunda con la cosa juzgada, la primera necesita de la segunda para permitir la indiscutibilidad y la estabilidad de la decisión final.

Pese a que en el proceso de control abstracto de constitucionalidad no se habla de partes, mucho menos de partes materiales o de terceros jurídicamente interesados, es evidente que la idea de alcanzar a todos deriva de la necesidad de no permitir, a quien quiera que sea, oponer la declaración de inconstitucionalidad.

En esta dimensión, la práctica constitucional brasileña pasa a acatar la tesis de que la cosa juzgada material califica la parte dispositiva de la decisión de inconstitucionalidad. Entiéndase que lo dispositivo de la decisión de inconstitucionalidad, esto es, la declaración de que la norma X es inconstitucional, se tornaría inmutable e indiscutible, y que tal dispositivo alcanzaría a todos. Pareciera ser que importaba de forma aislada y autónoma, la cosa juzgada material y la eficacia de la decisión en relación a todos. No bastaría solo la cosa juzgada, ni solamente la eficacia *erga omnes*.

Ante esto, se discute si el Supremo Tribunal Federal puede volver a tratar la norma que ya declaró constitucional. Pero la discusión ha sido desvirtuada. Si se considera la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, también vista como el principio de lo deducido y de lo deducible, se llega a afirmar que es posible proponer otra acción de inconstitucionalidad, desde que se funda en otra causa de pedir. Se objeta el argumento de que en la acción de inconstitucionalidad, el tribunal debe analizar la norma impugnada a la luz de la Constitución, y por lo tanto, no se puede fijar adscrito a los fundamentos invocados en la petición inicial. La adopción

¹¹⁶ STF, Pleno, Representación 1.016-3, rel. Min. Moreira Alves, j. 20.09.1979.

de la última tesis impediría la interposición de otra acción para la impugnación de la norma.

El Supremo Tribunal Federal, en MC en ADIn 1896-8, afirmó que “es de la jurisprudencia del Pleno, el entendimiento de que, en la acción directa de inconstitucionalidad, su juzgamiento no depende de la *causa petendi* formulada en el inicio, es decir, de los fundamentos jurídicos en ella deducidos, porque, en ese proceso objetivo de inconstitucionalidad, la Corte debe considerar todos los aspectos de la faz de la Constitución y no solo aquellos focalizados por el autor. Es de suponer, pues, que, en el precedente, al menos implícitamente, haya sido considerado cualquier fundamento para un eventual argumento de inconstitucionalidad, inclusive los presentados en el inicio de la presente acción. Siendo así, está perjudicado el requerimiento de medida cautelar, ya rechazada por mayoría de votos a causa del Tribunal referido”¹¹⁷. En sede de control difuso, el Supremo Tribunal Federal no conoce de recurso extraordinario por las mismas razones. Se decidió, en este recurso extraordinario, con el pleno de la Corte, “juzgar la ADI 2.031, relata la eminente ministra Ellen Gracie, con la improcedencia de la acción en cuanto el art. 75, § 1 y 2.º, Introducido en el ADCT por la CE 21/1999, lo que implica, en virtud de la *causa petendi* en tal acción, la integral constitucionalidad de esos dispositivos con eficacia *erga omnes*”¹¹⁸.

Sin embargo, la relación entre el efecto preclusivo de la cosa juzgada y la idea de causa de pedir abierta constituye una manipulación lógica y teórica, tal vez incluso estrictamente retórica. Si hay eficacia preclusiva de la cosa juzgada, todos los fundamentos deducibles, desde que integran la causa de pedir, se presumen deducidos. El principio de lo deducido y de lo deducible hace precluir todos los fundamentos que forman parte de la causa de pedir invocada en la acción que dio origen a la decisión cualificada por la cosa juzgada material. Ahora, hablar de causa de pedir abierta

¹¹⁷ STF, Pleno, MC ADIn 1.896-8, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.02.1999.

¹¹⁸ STF, 1.ª T., RE 357.576-7, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.12.2002.

significa dejar a un lado, para no alterar el principio de lo deducido y de lo deducible. En esta hipótesis, poco importa si determinado fundamento podría haber sido deducido o era integrante de la *causa petendi* invocada. Como todos los fundamentos podrían ser libremente analizados por el tribunal, se presume que todos habían sido —o podían haber sido— deducidos. Sin embargo, la idea de causa de pedir abierta, bien vistas las cosas, se une a la naturaleza específica de control abstracto de constitucionalidad, y, así, no debe ser vista como una respuesta a la eficacia preclusiva de la cosa juzgada. O más bien, es preciso tener conciencia de que el instituto de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada es incompatible con la acción directa de (in) constitucionalidad.

Basta indagar los motivos por los cuales se piensa en la posibilidad de rediscutir la declaración judicial de que la norma es constitucional, o, en otros términos, las razones por las cuales se puede insistir en que la declaración de constitucionalidad, aunque barnizada por la cosa juzgada material, no constituye obstáculo a la rediscusión de la norma específica¹¹⁹.

Es interesante percibir que tales motivos son exactamente los mismos que abren oportunidad para la Suprema Corte americana de realizar el *overruling* de un precedente —así, la alteración de la realidad social y de los valores de la sociedad, la evolución de la tecnología y la transformación de la concepción jurídica en general acerca de determinada cuestión—. De cualquier forma, aunque la constatación de esta identidad sea interesante, lo que realmente obliga a tratar la revocación de la decisión de inconstitucionalidad como hipótesis de superación del precedente, y no de desconsideración de la cosa juzgada, es la circunstancia de que, en el control abstracto de constitucionalidad, la cosa juzgada material proporciona estabilidad al orden jurídico y previsibilidad para los justiciables y no seguridad jurídica para las partes.

Resulta que la estabilidad del orden jurídico y la previsibilidad no pueden ser obstáculos a la mutación de la comprensión judicial

¹¹⁹ V. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit., p. 206.

de orden jurídica. Recuerde lo que dijo el juez Wheeler en *Dwy vCo. Connecticut*: “La Corte que mejor sirve al derecho es aquella que reconoce que las normas jurídicas creadas en una generación distante se pueden mostrar, después de un largo tiempo, insuficientes para otra generación; y aquella que descarta la antigua decisión al verificar que otra representa lo que estaría de acuerdo con el juicio establecido y asentado en la sociedad y no concede algún privilegio a la antigua norma por la confianza depositada en ella. Fue así que los grandes autores que escribieron sobre el Common Law descubrieron la fuente y el método de su desarrollo y, en su desarrollo encontraron la salud y vitalidad de tal Derecho. Él no es ni debe ser estacionario. El cambio de ese atributo no debe quedar a cargo del Legislativo”¹²⁰.

En las acciones concretas, en que la sentencia otorga tutela jurisdiccional a la parte formal o a las partes en sentido material, la función de la cosa juzgada es dar seguridad a la parte, permitiéndole disfrutar de la tutela jurisdiccional que le fue otorgada sin temor a que le pueda ser impugnada o usurpada. En las acciones abstractas, para decidir la constitucionalidad, ningún derecho o beneficio se otorga directamente a alguna parte. Como se ha dicho, el beneficio de la cosa juzgada en tales acciones, tendría relación con la estabilidad del orden jurídico y con la previsibilidad. Sin embargo, como los factores que autorizan la revocación de un precedente militan en favor de la propia oxigenación y el desenvolvimiento del orden jurídico, la única restricción para la rediscusión de la norma ya declarada inconstitucional estaría en el prejuicio que ella podría traer a la previsibilidad. Sin embargo, la previsibilidad no solo no es el valor que puede sobreponerse a la necesidad de desenvolvimiento de la jurisprudencia de la Corte, sino también, naturalmente, pierde consistencia ante los factores que apuntan para la probable y necesaria revocación del precedente.

¹²⁰ Cf. CARDOZO, Benjamin N. Ob. cit., p. 150-152.

Además, el beneficio traído por la previsibilidad, al reflexionar sobre la posición jurídica que se consolidó con base en el precedente que se quiere revocar, debe ser preservado mediante la adopción de regulación adecuada de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad. Existiendo situaciones que se consolidaron sobre la égida de la decisión de constitucionalidad, los efectos de la decisión de inconstitucionalidad no pueden recogerlas, debiendo ser reguladas en atención a particularidades de la decisión, al estar declarando inconstitucional la norma antes declarada constitucional.

De todos modos, se puede decir que, bien o mal, la decisión de constitucionalidad produce cosa juzgada material. Sin embargo, cuando se pasa a comprender que las decisiones del Supremo Tribunal federal deben ser obligatoriamente respetadas por los demás órganos del Poder Judicial, la función de la cosa juzgada, ante las decisiones de constitucionalidad, pierde utilidad. En realidad, hablar de cosa juzgada, en este caso, es instituir un falso problema para la innegable necesidad de revocación de los precedentes, que, una vez perpetuados, impediría el adecuado desenvolvimiento del orden constitucional.

No obstante, como la relación entre la decisión de constitucionalidad y la cosa juzgada está arraigada en la cultura jurídica, se torna importante también explicar la cuestión sobre el enfoque del instituto de la cosa juzgada. No hay dificultad en admitir la revocación de la decisión de la constitucionalidad, a partir de las bases que hacen viable la revocación del precedente, aunque se entiende que la decisión de constitucionalidad produciría cosa juzgada material y que todos los fundamentos que podrían ser alegados para evidenciar la inconstitucionalidad están precluidos.

La cosa juzgada refleja el estado de hecho y de derecho que existía en un determinado instante —en el que la decisión fue pronunciada—, razón por la cual la modificación del estado de hecho y de derecho hace surgir otra causa de pedir y, en consecuencia, otra acción, sin que sea violentada o desconsiderada la decisión y la cosa juzgada anteriormente formadas a partir de otros hechos y de otro panorama jurídico, aunque semejante.

Recuérdese que el cambio de la situación financiera del demandado de acción de alimentos que ya tiene cosa juzgada transitoria, constituyendo cosa juzgada que protege la decisión que declaró la inexistencia del derecho de percibir alimentos ante la ausencia de condición financiera del demandado, constituye nueva causa de pedir, y, por lo tanto, abre oportunidad para una nueva acción de alimentos. Esto no significa, sin embargo, que la acción de alimentos no forma cosa juzgada material. La acción de alimentos produce cosa juzgada material como cualquier otra destinada a resolver el litigio que debe ser definitivamente resuelto. solo queda por ver, con claridad, que la decisión que se estabilizó en virtud de la cosa juzgada, convive armónicamente con otra que eventualmente se forma a partir de la nueva situación fáctica, dando origen a otra cosa juzgada material. Es que cada una de las decisiones y cosas consideradas reflejan un respectivo estado de hecho, es decir, una particular causa de pedir.

Lo mismo ocurre cuando hay una alteración del ordenamiento jurídico. Después del efecto firme y ejecutoriado de la decisión, pueden sobrevenir no solo hechos nuevos, sino también las nuevas normas. Además de los hechos capaces de alterar la situación jurídica preexistente, pueden surgir normas que —por ejemplo abrogando que se aplicaron en la primera acción— den a la situación de hecho anterior una nueva conformación jurídica. De modo que una circunstancia de derecho posterior también da origen a una nueva causa de pedir, y, por tanto, a una nueva acción y a una nueva decisión.

Para no huir del ejemplo de la acción de alimentos, supóngase que, en vez de la alteración de la situación financiera, haya surgido una nueva norma, según la cual la relación de parentesco que daba origen al deber de alimentar reconocido en la sentencia definitiva, no más obliga al condenado a pagar alimentos¹²¹. El hecho previamente reconocido, según la nueva norma, no es más hecho

¹²¹ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 29.

constitutivo del deber de alimentos¹²². Por lo tanto, el deudor de alimentos podrá proponer acción inversa —una nueva acción— en contra del actor de la acción anterior. La nueva norma es una nueva circunstancia, y, por lo tanto, no está cubierta por el principio de lo deducido o es deducible. Por lo tanto, se genera una nueva causa de pedir y, entonces, la oportunidad otro juzgamiento, otra decisión y otra cosa juzgada.

La alteración en el ordenamiento jurídico modifica la relación entre las partes en el plano substancial, pero no puede alterar la “declaración” de que el acusado original, en el instante en que la sentencia fue dictada, debía alimentos al actor. El condenado, mediante acción basada en la alteración del ordenamiento jurídico, puede obtener sentencia que lo exonere de pagar alimentos. En este sentido, la nueva ley, al dar origen a una nueva acción y a otro juzgamiento, no infringe la cosa juzgada.

La nueva ley tampoco elimina al actor original el beneficio que la sentencia le pretendía generar, una vez que esa sentencia le otorgue derecho a los alimentos con base en la ley entonces vigente. Sin embargo, la sentencia dictada sobre la vigencia de la antigua ley, no puede continuar generando beneficios para el actor que, a partir de las alteraciones del ordenamiento jurídico, deja de tener derecho a los alimentos.

El razonamiento inverso significaría ignorar el efecto de las nuevas leyes sobre las relaciones en curso. Tomar en cuenta una nueva ley, así como un nuevo hecho, es simplemente admitir la existencia de relaciones continuativas. En realidad, la percepción de que una nueva ley puede hacer cesar un beneficio otorgado oportunamente por la cosa juzgada es un reflejo de la estructura temporal del propio derecho¹²³.

¹²² “La duplicità dei possibili eventi sopravvenuti non è che la conseguenza del duplice condizionamento che determina la durata limitata della situazione giuridica dedotta in giudizio (la temporalità della fattispecie e della norma giuridica)”. *Idem*, p. 29.

¹²³ *Idem*, p. 31.

Todo es también muy simple cuando se piensa en el cambio de la Constitución. Es evidente que, en este caso, las leyes pretéritas dependen de su compatibilidad con la nueva Constitución. Así, la eventual sentencia que haya declarado la constitucionalidad de la norma ciertamente puede tener su eficacia en el tiempo de la edición de la nueva Constitución. El verdadero problema que ahí surge dice relación a la adecuación de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Mejor dicho, se argumenta que si la norma pretérita, para permanecer eficaz, depende de su compatibilidad con la nueva Constitución, no existiría razón para admitir acción para declarar su inconstitucionalidad —la hipótesis no sería de norma inconstitucional, sino de norma no recepcionada—.

En ADIn 2, el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de votos, aprobó la orientación de que, tratándose de una norma editada a la luz de la Constitución pretérita, no cabe la acción declaratoria de inconstitucionalidad. En esta ocasión, el Tribunal no admitió la acción sobre el fundamento de imposibilidad jurídica de lo pedido¹²⁴.

El menú en el juicio ADIn 2 afirma que “el vicio de inconstitucionalidad, que es congénito a la ley, ha de ser determinado a la luz de la Constitución vigente al tiempo de su elaboración. La ley anterior no puede ser inconstitucional en relación a la Constitución superviviente; ni el legislador podría infringir la Constitución futura. La Constitución sobreviniente no torna inconstitucionales leyes anteriores en conflicto con ella; las deroga”¹²⁵.

El relator, ministro Paulo Brossard, argumenta que norma anterior a la Constitución puede no ser recepcionada, pero no podría ser declarada inconstitucional— inconstitucional puede ser solo la norma posterior a la Constitución. El problema de la

¹²⁴ “Por mayoría de votos, el Tribunal no conoció la acción, por impugnar leyes anteriores a la Constitución de 1988 (imposibilidad jurídica del pedido), vencidos los argumentos de los Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence y Neri da Silveira, que rechazaban esa medida preliminar” (STF, Pleno, ADIn 2, Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992).

¹²⁵ Idem.

norma anterior a la Constitución sería de derecho intertemporal, no de derecho constitucional. De acuerdo con el voto del relator, no se puede admitir una acción directa de inconstitucionalidad para tratar normas “que pueden estar revocadas, pero no son inconstitucionales (...). La solicitud es jurídicamente imposible. La acción directa es para declarar la inconstitucionalidad de una ley u otro acto normativo, no para declarar revocada tal o cual ley en virtud de la Constitución superviniente”¹²⁶.

El ministro Sepúlveda Pertence, a diferencia de la mayoría, no solo ponderó que, en este caso, nada impediría que se pensare en inconstitucionalidad superviniente, si no que advirtió el daño que en rigor se produciría por la admisión de la tesis de la revocabilidad, el cual sería la imposibilidad del uso de la acción directa. “Reducir el problema a las dimensiones de simple revocación de norma infraconstitucional por la norma constitucional posterior, si está propuesta que tiene por sí la seducción de la aparente simplicidad, redundaría en cerrar la vía de la acción directa. Y deja, en consecuencia, que el deslinde de las controversias suscitadas flote durante años sobre los desacuerdos entre jueces y tribunales de todo el país, para llegar a la decisión de la Alta Corte, al final de una larga caminata por las vías frecuentemente tortuosas de los sistemas de recursos (...) (...) Se perdería con todo eso, inevitablemente, no solo la velocidad, sino la uniformidad de los resultados de la tarea jurisdiccional de conformación del derecho antiguo a las nuevas directrices de la Ley Fundamental, con evidente pérdida de efectividad de esta y de la seguridad jurídica de los justiciables. Por el contrario, si se entiende que el conflicto analizado se traduce en inconstitucionalidad sobreviniente —llamada así, a pesar de la revocación de sus consecuencias jurídicas— se abre la vía del control abstracto, hoy generosamente ampliada por la desconcentración de la legitimidad activa”¹²⁷.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

Es cierto que el parámetro para medir la inconstitucionalidad debe ser el texto constitucional vigente a la época de la elaboración de la norma contrastada. Por lo tanto, si una norma no es compatible con el nuevo orden constitucional, debe revocarse. En este caso, sin embargo, también hay un objeto que sirve como parámetro para medir la revocación. La norma es confrontada por la nueva Constitución, y, como acontece en la relación (norma X Constitución) que tiene por fin la formación del juicio de constitucionalidad, no siempre hay certeza acerca de la recepción o no de la norma por el nuevo orden constitucional.

Por eso, es innegable la imprescindibilidad de la acción directa para estas situaciones. El acuerdo dictado en ADIn 2 — antes referido— dijo no haber “conocido la acción” por falta de “posibilidad jurídica de lo pedido.” Al no conocer la acción, en la dictación del acuerdo, no se admite la acción directa para declarar, en abstracto, la inconstitucionalidad de la disposición revocada. Pero más que saber si la solicitud era posible o si el procedimiento era adecuado para la especie de tutela jurisdiccional pretendida, es necesario percibir que, así como el control concentrado es importante para la norma considerada en frente de la Constitución de su tiempo, ella es imprescindible para la norma pretérita antes de la nueva Constitución. Recuérdese, además que la Ley 9.882/1999 —que reglamenta el proceso y el juzgamiento de argumentación del descubrimiento del precepto fundamental— dice en su art. 1., párrafo único, I, que también cabe argumentación de violación de precepto fundamental “cuando fuere relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre ley u otra normativa federal, estatal o municipal, *incluidos los anteriores a la Constitución*”.

Existe situación diversa cuando se tiene en cuenta la alteración de los hechos, capaz de tornar una norma, aunque ya declarada constitucional, inconstitucional. Es cierto que la alteración de la realidad social y de los valores de la sociedad, así como la evolución de la tecnología, pueden hacer que una norma ya declarada

constitucional, se transforma en inconstitucional¹²⁸. Estas son las razones que son dadas, en forma constante, para la revocación de precedentes en el *Common Law*. Sin embargo, aunque en este momento se piense en cosa juzgada material y no en *stare decisis* o la eficacia obligatoria de los precedentes, tales razones constituyen nuevas circunstancias capaces de hacer surgir una nueva causa de pedir —obviamente diferente de aquella que funda la anterior acción directa de constitucionalidad—, y, así, otra cosa juzgada material, en todo distinta a la anterior. Por ser cosas juzgadas diferentes, sus eficacias temporales no se sobreponen. Una cosa para la otra nacer¹²⁹.

Una decisión declaratoria de inconstitucionalidad ante relaciones continuativas, no retrotrae sobre la cosa juzgada, sino que limita su eficacia temporal¹³⁰. La cosa juzgada antes formada, reflejando la realidad fáctica y jurídica legítimamente interpretada por el Tribunal, permanece válida e intacta. Ella está limitada en virtud de la circunstancia posterior, expresada en la declaración de inconstitucionalidad¹³¹.

Sin retroceder sobre la cosa juzgada, la declaración de inconstitucionalidad incide inmediatamente sobre las relaciones

¹²⁸ Como dice Teori Albino Zavascki, “la relación de armonía entre la norma constitucional y las normas ordinarias podrá quedar comprometida por hechos sobrevenidos que alterarían la realidad social. (...) No es de extrañarse, así, la ocurrencia del fenómeno de inconstitucionalidad superviniente referido líneas arriba: una norma nacida en armonía con la Constitución puede tornarse incompatible con ella de cara a los cambios substanciales de la realidad social en que actúa”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 114.

¹²⁹ V. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit., p. 206.

¹³⁰ El problema relativo a saber si la cosa juzgada en las relaciones continuativas es infringida o tocada por la declaración de inconstitucionalidad es muy discutido en Alemania. La posición mayoritaria es en el sentido de que se puede proteger la cosa juzgada sin dejar de atenderse a la superviniente declaración de inconstitucionalidad. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 571.

¹³¹ V. ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. cit., p. 107 y ss.

en tránsito, dándoles la regulación constitucional propia al momento en que se desenvuelven. Nótese que mientras atribuir efecto a una decisión que aplica una ley posteriormente declarada inconstitucional, no significa lo mismo que atribuir efecto a una ley inconstitucional¹³² —y por tanto la decisión de inconstitu-

¹³² Humberto Theodoro Jr. y Juliana Cordeiro de Faria parecen no haber comprendido lo que pretendo demostrar cuando digo que atribuir efecto a una decisión que aplicó una ley posteriormente declarada inconstitucional no significa lo mismo que atribuir efecto a una ley inconstitucional. Contestando lo que escribí en otro lugar (O princípio da segurança dos atos jurisdicionais, *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 31, p. 147), así argumentan: “Es extraño, *ab initio*, atribuirse a la ley menor relevancia que a la sentencia, cuando lo que se tiene que cohibir es la inconstitucionalidad. Esta puede invalidar una ‘simple ley’ pero nada puede contra la sentencia con calidad de cosa juzgada. No parece razonable esta *extraña jerarquía de inconstitucionalidades*”. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. *Cosa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 209. Ahora bien, no se está atribuyendo a la ley menor relevancia que a la sentencia. solo se está demostrando que atribuir efectos a una sentencia fundada en una ley inconstitucional no es lo mismo que admitir efectos a una ley declarada inconstitucional. Es bueno recordar que la teoría de la nulidad ha sido relativizada, de modo a salvarse los actos pretéritos a la decisión de inconstitucionalidad. Por ende, solamente una aplicación muy rigurosa y completamente inadecuada de la teoría de la nulidad podría explicar la desconstitución de la cosa juzgada como consecuencia directa e inapartable de la declaración de inconstitucionalidad. Theodoro Jr. y Juliana no perciben que la sentencia que aplica una ley posteriormente declarada inconstitucional es, en sí, una decisión o un juicio constitucional. La declaración de inconstitucionalidad de la ley no genera la inconstitucionalidad de la sentencia que se fundó en la ley. No hay, por lo tanto, alguna “jerarquía de inconstitucionalidades”, pero sí la necesaria objeción de la cosa juzgada delante de la declaración de inconstitucionalidad. En vez de adoptarse la polémica lección del jurista portugués Paulo Otero, basta dar mayor atención al texto de la propia Constitución de la República portuguesa (art. 282, 3) para percibirse la posibilidad de salvarse la cosa juzgada delante de la decisión de inconstitucionalidad o, mejor, para detectarse la diferencia entre la ley declarada inconstitucional y la sentencia con cosa juzga-

cionalidad no debe retrotraerse sobre la cosa juzgada— no hay racionalidad en admitir que una decisión continúe produciendo

da, fundada en una ley posteriormente declarada inconstitucional. Es oportuno reafirmar que el defecto de la tesis de Paulo Otero está en ver la decisión que aplica la ley posteriormente declarada inconstitucional como una decisión que viola de forma flagrante una norma inconstitucional, lo que, inclusive, constituye contradicción con su argumento de que el juez no puede ser visto más como mero aplicador de la ley. Ahora, es exactamente porque el juez no es más un ejecutor de las leyes, pero debe decidir interpretando la ley de acuerdo con la Constitución, que su decisión constituye un juicio constitucional incluso cuando aplica una ley más tarde declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal. Afirman Theodoro Jr. y Juliana, todavía, que no se comprende “cómo pueda la injusticia de la sentencia apartar la cosa juzgada, *fundada en simple ilegalidad* en la hipótesis de la acción rescisoria y tenga que ser considerada como *irrelevante* cuando el *contraste* se trabe entre el acto decisorio y la Constitución” (idem, *ibídem*). Es necesario esclarecer, en relación a este punto, que la decisión que aplica la ley posteriormente declarada inconstitucional no contrasta con la Constitución. De ser así, toda y cualquier decisión tomada por un juez o tribunal en control difuso de constitucionalidad inevitablemente podría, un día, contrastar con la Constitución, dejando sin alguna explicación el trabajo de la jurisdicción y la expectativa de la confianza legítima generada a los vencedores de las demandas concluidas. La simple ilegalidad, de la cual hablan los autores, es la *violación literal a la ley*. Ahora, la decisión que viola frontalmente la Constitución o que aplica la ley ya declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal obviamente no es irrelevante, pudiendo igualmente ser rescindida con base en el art. 485, V, del CPC. Se sustenta, aquí, la no asimilación de esas decisiones por la decisión que aplicó — en una época en la que se controvertía sobre la cuestión constitucional — ley posteriormente declarada inconstitucional. Theodoro Jr. y Juliana, así como otros que defienden la relativización de la cosa juzgada, simplemente ignoran el efecto de esta tesis sobre el sistema del control difuso de la constitucionalidad. La lógica de la argumentación de los teóricos de la relativización de la cosa juzgada, en vez de tutelar la plenitud de la Constitución, permite solo que la voz del Supremo Tribunal Federal tenga el efecto perverso de destruir las decisiones judiciales, desvalorizando a los jueces y los tribunales y tornando el proceso civil en un objeto todavía más inexplicable al ciudadano. V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. Cit.

efectos, regulando una relación que se desenvuelve en el tiempo, después de que la ley por ella aplicada haya sido declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

Problema difícil se presenta cuando se mira la mutación de la comprensión general acerca de determinada cuestión constitucional, pretendiendo equipararla para los efectos de constituir nueva circunstancia la nueva causa de pedir, con el cambio del estado de los hechos. Todos sabemos que la modificación de la interpretación del derecho no permite la corrección de la decisión calificada por la cosa juzgada material. Por igual razón, no hay cómo admitir que, en virtud de la nueva comprensión del derecho constitucional, no se considere la cosa juzgada y, así, la garantía constitucional dé la seguridad jurídica.

La cuestión es importante, particularmente para demostrar *que se está ante el problema de la eficacia temporal de los efectos obligatorios de los precedentes y que esta eficacia temporal no se confunde con la eficacia de la cosa juzgada.*

Es indiscutible que una Corte Constitucional no puede quedar presa de los entendimientos jurisprudenciales pasados. Sin embargo, esto obviamente no quiere decir que la Corte pueda abandonar sus posiciones ante cualquier tesis, nueva doctrina o interpretación discrepante. El abandono de un precedente constitucional en este caso, depende del cambio de la comprensión general —por tanto, en la academia y en las universidades— el respeto por la cuestión de derecho en que el precedente se basa. Para la comprensión general es preciso entender la comprensión pacífica, clara, sobre la cuestión jurídica, capaz de evidenciar que la mantención del precedente configurarían la perpetuación de un equívoco.

El motivo por el cual es fácil racionalmente admitir el cambio del precedente constitucional y no la paralización de la eficacia temporal de la cosa juzgada material, respetando la decisión de constitucionalidad, se une a los diferentes resultados que se piden a través de esta última y de la eficacia obligatoria de los precedentes. Desde el punto de vista subjetivo, la eficacia obligatoria de los precedentes garantiza la previsibilidad de los justiciables, en

cuanto la cosa juzgada garantiza a la parte la seguridad de que el resultado que le fue conferido por la jurisdicción no será alterado.

Ahora, es fácil percibir que la previsibilidad pierde fuerza cuando la comprensión general acerca de la cuestión de derecho contraría al fundamento de determinado precedente. Hay previsibilidad a la inversa, en el sentido de que el precedente será revocado. De modo que la garantía de previsibilidad, derivada de la fuerza obligatoria de los precedentes, no constituye obstáculo a la revocación del precedente con base en la alteración de la comprensión general sobre cuestiones de derecho. Pero algo completamente diferente pasa en relación a la garantía de inmutabilidad, propia de la cosa juzgada. En este caso, como es obvio, no solo no se supone, como, de hecho, no se admite ni se tolera la revocación de la cosa juzgada en virtud de la alteración de la comprensión general del derecho. Nótese que, en el primer caso, la seguridad se realiza por la previsibilidad, al paso que en la hipótesis de la cosa juzgada, la seguridad jurídica está en la inmutabilidad y en la indiscutibilidad de la regla judicial que define el caso concreto.

Cuando, en el momento de la derogación del precedente judicial, aún exista cierto grado de confianza depositada en él, el Tribunal debe modular los efectos de la decisión de inconstitucionalidad en la atención a este factor. No es el caso de establecer una simple relación lógica entre la alteración de la comprensión general del derecho y la retroactividad de la decisión, sino de compatibilizar la retroactividad de la decisión con el momento en que ganó cuerpo la previsibilidad de que, en virtud de tal alteración, el precedente debería ser derogado.

De cualquier forma, la cosa juzgada material, ante las relaciones continuativas, no se ve afectada por la acción que se basa en nueva circunstancia. Así, admitiéndose acción de inconstitucionalidad basada en nueva concepción general acerca de la cuestión de derecho, no se estaría afectando la garantía de la seguridad proporcionada por la cosa juzgada. Antes bien, la nueva concepción general sobre la cuestión de derecho sería elevada al nivel de nueva circunstancia, capaz de dar origen a la acción de

inconstitucionalidad dirigida a invertir el resultado anteriormente obtenido con la acción de constitucionalidad.

Aunque la nueva concepción general de derecho no puede permitir la presentación de una acción de exoneración de la obligación de alimentos por aquél que fue vencido en la acción de alimentos, la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad impone una solución diversa. Si la decisión originada de la acción anclada en nueva concepción jurídica produce efectos para el futuro, no tiene por qué mantener eficaz en el tiempo la cosa juzgada *erga omnes* proveniente de la decisión abstracta de constitucionalidad basada en una conciencia jurídica no más aceptada por la comunidad.

Ante esa conclusión cabe preguntar si el justiciable puede proponer acción concreta, para buscar la realización de la pretensión que tenía como supuesto la inconstitucionalidad de la norma ya declarada constitucional, con base en las “nuevas circunstancias” antes referidas, vistas como aptas para permitir la postura de la acción directa de inconstitucionalidad.

Considerando únicamente la cosa juzgada antes de las relaciones constitutivas, no habría razón para preguntarse tal posibilidad, ya que la cosa juzgada nunca es afectada por la acción basada en nueva causa de pedir. Así, la acción fundada en nueva circunstancia, aunque dirigida a la realización de la pretensión individual, no viola la cosa juzgada *erga omnes*. El problema, en realidad, no está en la cosa juzgada *erga omnes* como un obstáculo a la acción concreta, pero sí en el análisis de si otro tribunal, más allá del Supremo Tribunal Federal, puede evaluar la presencia de nueva circunstancia como fundamento del estancamiento de los efectos temporales de cosa juzgada *erga omnes*.

La solución a este problema exige que sea agregada la discusión de los efectos obligatorios de los precedentes o de los efectos vinculantes. Se sabe que las decisiones proferidas en la acción de constitucionalidad tienen eficacia *erga omnes* y el efecto vinculante en relación a “los demás órganos del Poder Judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal” (art.102, § 2 CF). Así, si los demás órganos del Poder Judicial son obligados a respetar las decisiones tomadas en acción

directa por el Supremo Tribunal Federal, solo la constatación de que la acción concreta basada en nuevas circunstancias no afecta la cosa juzgada *erga omnes* no es bastante para definir si los tribunales estatales o regionales federales, por ejemplo, puede hacer cesar los efectos temporales de la cosa juzgada.

Se hace evidente ante esta encrucijada, que la cosa juzgada *erga omnes* está muy lejos de la eficacia vinculante. En esta hipótesis, al decidir de forma contraria al Supremo Tribunal Federal, o tribunal estatal o regional federal, no viola la cosa juzgada *erga omnes*, pero no considera la eficacia vinculante.

Sería posible argumentar, en contra de la mantención de la eficacia vinculante en fase de surgimiento de nueva circunstancia, que el tribunal estatal o regional federal, en esta situación, no viola la autoridad del Supremo Tribunal Federal. Pero este argumento es correcto solo en la parte que no tiene ningún significado a la fuerza. En efecto, al decidir otra demanda, estructurada sobre nueva causa de pedir, el tribunal federal o estatal no viola la autoridad de la cosa juzgada y del Supremo Tribunal Federal. Sin embargo, estos tribunales, al hacer cesar, aunque solo en relación a la parte de la acción concreta, los efectos de la cosa juzgada *erga omnes*, evidentemente niegan la eficacia vinculante. No cabe a cualquier "otro órgano del Poder Judicial" decir que una nueva circunstancia es suficiente para hacer cesar la eficacia de la cosa juzgada *erga omnes* —derivada de la decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal en acción directa de constitucionalidad. solo el Supremo Tribunal Federal tiene poder para revocar sus precedentes—.

Resáltese la base de esta conclusión: o se admite una nueva circunstancia, aunque no se vuelva a tratar de la misma cuestión ya resuelta por el Supremo Tribunal Federal, se afirma que el precedente no proporciona más al definir la interpretación de la cuestión constitucional. Otro órgano del Poder Judicial, que no sea el Supremo Tribunal Federal, estaría por decir que hubo un cambio de la realidad social, etc., capaz de permitir la revocación del precedente firmado en acción directa de constitucionalidad. Sin embargo, el hecho de que la eficacia vinculante incide "en relación

a los demás órganos del Poder Judicial” significa exactamente que solo el Supremo Tribunal Federal puede revocar sus predecesores.

No cabe argumentar que, ante nueva circunstancia, no se revoca el precedente, sino solo se dice que el precedente no se aplica a una nueva situación. Ahora, si es necesario decir que el precedente no se aplica, hay, para el efecto que aquí interesa, revocación del precedente. O mejor dicho, hay ejercicio del poder otorgado únicamente al Supremo Tribunal Federal.

No obstante, se debe señalar: el hecho de que ningún otro órgano judicial, que no sea el Supremo Tribunal Federal, pueda revocar los precedentes relativos a las decisiones tomadas en acción directa de constitucionalidad, no significa excluir la posibilidad de ejercicio de la acción concreta. Es posible admitir la incorporación del control difuso para llegar al Supremo Tribunal Federal, ya que el justiciable no dispone de otro medio para hacer valer su derecho en cuanto el precedente no fue revocado.

Sin embargo, para no concluir que siempre es imprescindible llegar al Supremo Tribunal Federal, es posible admitir, en hipótesis excepcionales, la notoria e incontestable pérdida de substrato del precedente, una especie de revocación anticipada, en la forma como ocurre en el *Common Law* mediante lo que se denomina *anticipatory overruling*¹³³.

Aún así, la cosa juzgada de la declaración de *constitucionalidad* no impide la consideración de nuevas circunstancias, inclusive la alteración de la concepción general acerca de la cuestión de derecho, en sede de recurso extraordinario. No habría justificación en admitir la invocación de esas circunstancias en acción de inconstitucionalidad y, al mismo tiempo, impedir al Supremo Tribunal Federal de verlas cuando se enfrentan con un recurso extraordinario.

En caso de recurso extraordinario, hay necesidad de no violar la seguridad jurídica de aquel que se comportó de acuerdo con la decisión de constitucionalidad. No se puede olvidar que en caso

¹³³ V. KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit.

de las relaciones continuativas, la decisión opera para el futuro porque la propia acción, teniendo que fundarse en nuevas circunstancias, no tiene como objetivo alcanzar sino las situaciones que están por venir.

Así, no hay cómo admitir acción directa de inconstitucionalidad o acción concreta para negar una situación jurídica formada con base en la decisión de la constitucionalidad, pues eso sería violar la confianza justificada. Además, al igual que no hay decisión proferida en acción directa, sino solo precedente establecido por la decisión tomada en recurso extraordinario, la situación jurídica que se consolida con base en el precedente no puede ser alcanzada por la posterior decisión que declaró la inconstitucionalidad.

Es decir, la decisión adoptada en la acción directa de inconstitucionalidad no puede recoger situaciones pretéritas y no solo de cosa juzgada material¹³⁴. Del mismo modo, la decisión adoptada en

¹³⁴ En el Estado Constitucional brasilero, en el que el juez tiene el deber de interpretar la ley de acuerdo con la Constitución y de realizar el control de constitucionalidad en el caso concreto, no hay cómo sustentar que la jurisdicción actúa la voluntad de la ley, en la línea propuesta por Chiovenda o incluso pensar que este se limita a crear la norma concreta, en los términos de la teoría de Kelsen y de las doctrinas de Carnelutti y Calamandrei. En las teorías clásicas, el juez declara la ley o crea la norma individual a partir de una norma general. Actualmente, le cabe al juez el poder-deber de elaborar o constituir la decisión, esto es, la norma jurídica del caso concreto, mediante la interpretación de acuerdo con la Constitución y el control de constitucionalidad. La decisión con calidad de cosa juzgada, así, no puede ser invalidada como si constituyese mera declaración o aplicación de la ley, posteriormente pronunciada inconstitucional. La decisión judicial es el resultado de la interpretación de un juez dotado del deber de controlar la constitucionalidad en el caso concreto y, por lo tanto, no puede ser pensada como una decisión que se limita a aplicar una ley posteriormente declarada inconstitucional. Como observa Proto Pisani, es posible decir que la cosa juzgada material opera como *lex specialis* separando la disciplina del derecho hecho valer en juicio de la norma general y abstracta, derivando de ella la inoperatividad del *ius superveniens* retroactivo sobre la *fattispecie* concreta de la que deriva el derecho objeto de la cosa juzgada y todavía la inoperatividad de la superveniente declaración de inconstitucionalidad de la norma general

recurso extraordinario, además de, obviamente, no poder alcanzar la cosa juzgada, no puede alcanzar una situación anterior que se formó a partir del precedente que está siendo revocado.

La decisión adoptada en recurso extraordinario, considerando inconstitucional la norma antes declarada constitucional por el precedente también derivado de recurso extraordinario, no debe tener efectos retroactivos en relación a la propia situación litigiosa juzgada. En todos los casos en que la revocación del precedente no solo conduce a una nueva decisión acerca de la cuestión de constitucionalidad, sino puede tomar la situación jurídica que se formó en beneficio del recurrido, los efectos retroactivos de la decisión adoptada en recurso extraordinario deberían ser limitados o incluso inhibidos.

No hay duda de que en tal caso, podrá haber una decisión favorable, sin ningún efecto concreto beneficioso¹³⁵. Pero eso es propio de un sistema en que incluso las decisiones adoptadas en control difuso asumen la naturaleza y la función de precedentes constitucionales con fuerza vinculante, independientemente de sus repercusiones en los casos concretos que las generan. Es cier-

y abstracta sobre la cual se decidió (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 389). La sentencia que produjo cosa juzgada material, por constituir una norma elaborada por un juez que tiene el deber de realizar el control difuso de constitucionalidad, no puede ser invalidada por haberse fundado en ley posteriormente declarada inconstitucional. Nótese que eso equivaldría a la anulación del *juicio de constitucionalidad* y no solo a la anulación de la ley declarada inconstitucional. Impedir que la ley declarada inconstitucional produzca efectos es muy diferente de negar efectos a un juicio de constitucionalidad, legitimado por la Constitución. Proteger la cosa juzgada no significa permitir que, en el plano substantivo, un acto inconstitucional produzca efectos. V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. Cit.

¹³⁵ Se trata de un problema que no pasó desapercibido a Eisenberg: "Furthermore, a regular use of pure prospective overruling would diminish the incentive to argue for overruling in future cases, because the litigating party would bear the cost of the litigation but would not benefit from its result". EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 131.

to que esta idea aún no forma parte de la práctica del Supremo Tribunal Federal. Sin embargo, se trata de cuestiones que tienen gran importancia para el adecuado desenvolvimiento del sistema de precedentes. La confianza depositada por el justiciable en el precedente no puede ser considerada por el Supremo Tribunal Federal. El responsable por la legítima expectativa creada en favor del justiciable debe velar para que las situaciones que se basan en el precedente sean efectivamente respetadas, sin dejar de considerar, igualmente, los factores que puedan hacer creer que la confianza en el precedente ya sería vacilante. Adviértase que, en el derecho estadounidense, la práctica judicial de los efectos retroactivos y prospectivos es variada. En caso de revocación del precedente, se camina entre la eficacia general simplemente retroactiva —o que comúnmente acontece— y la eficacia general plenamente prospectiva, admitiéndose, en determinados casos, la irretroactividad de la decisión en relación al propio caso juzgado. Se trata de los que se llama *pure prospective*. De otro lado, conviene resaltar desde ya, que no es solo la decisión de constitucionalidad que se sujeta a las llamadas nuevas circunstancias, sino también, la decisión que, adoptada en recurso extraordinario, reconoce la inconstitucionalidad de la norma¹³⁶. La norma, en este caso, no es retirada del ordenamiento jurídico, aunque los motivos determinantes de la decisión queden cubiertos por la eficacia vinculante, llegando a todos los otros órganos del Poder Judicial¹³⁷. Así, es ciertamente posible que la decisión que reconoce la inconstitucionalidad de la

¹³⁶ V. SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes — Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 149 y ss.

¹³⁷ Recuérdese que, en el control difuso, la ley declarada inconstitucional continúa existiendo aunque en un estado latente. El Senado es comunicado para, concordando con el Supremo Tribunal Federal, suspender la ejecución del acto normativo. No obstante, su no concordancia no interfiere sobre la eficacia vinculante de la decisión emitida por el Supremo Tribunal Federal. Los planos son nítidamente distintos.

norma, un día sea contradicha por las mismas razones que autorizan la revocación del precedente constitucional que dio al Supremo Tribunal Federal la posibilidad de declarar inconstitucional una norma que antes declaró constitucional¹³⁸.

Esta cuestión da la oportunidad de analizar los efectos vinculantes de la decisión, una vez que da cuenta de que la estabilidad de la proclamación de inconstitucionalidad, en este caso, se deriva de los fundamentos determinantes que permanecen cubiertos por la eficacia vinculante.

El verdadero motivo para pensar en la eficacia vinculante está en la preocupación por la estabilidad de los fundamentos determinantes de la decisión¹³⁹. Así, es un error imaginar que los efectos vinculantes cubran solo la parte dispositiva de la decisión. El propósito de la eficacia vinculante no es hacer indiscutible o inmutable lo dispositivo de la decisión, ni tornar indiscutibles o

¹³⁸ Subráyese que existen casos — aunque excepcionales —, en los Estados Unidos, en los que la Suprema Corte “resucita” la ley que era vista como *dead law* o que estaba apenas *on the book*, exactamente por ya haber sido declarada inconstitucional.

¹³⁹ Como escribe Michael Sachs, “el propio Tribunal Constitucional Federal defendió, en jurisprudencia constante y de larga data, la concepción de que esa fuerza vinculante de sus decisiones va más allá del respectivo dispositivo —i.e., va más allá de la decisión normalmente encontrada en torno al objeto del proceso—, para también alcanzar los *fundamentos determinantes* de sus decisiones. Con eso, la eficacia vinculante también alcanza las concepciones jurídicas que sean determinantes para las decisiones” (En el original: “Das BVerfG selbst hat in ständiger Rechtsprechung lange Zeit die Auffassung vertreten, dass diese Bindungskraft seiner Entscheidungen sich über den jeweiligen Tenor bzw. die regelmäßig darin getroffene Entscheidung über den Entscheidungsgegenstand hinaus auch auf die *tragenden Gründe* seiner Entscheidungen erstreckt. Damit beansprucht es diese Bindungswirkung auch für die Rechtsauffassungen, die für seine Entscheidungen jeweils maßgeblich sind”). SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*. 2. ed. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2007. p. 186.

inmutables los fundamentos de la decisión en relación a las partes, sean formales o materiales¹⁴⁰.

La eficacia vinculante tiene como objetivo aislar los fundamentos determinantes de la decisión, impidiendo que los órganos que aplican el derecho puedan negarlos. Así, además de no limitarse a lo dispositivo, la eficacia vinculante no se dirige a dar seguridad a las partes, y, por tanto, está muy distante de la cosa juzgada.

Es cierto que en la acción abstracta no hay partes y todavía así se habla, inclusive en el plano normativo, de cosa juzgada. Se trata, sin embargo, de la distorsión del fenómeno de la cosa juzgada, que fue popularizado en virtud de su aceptación por la comunidad jurídica. Cuando primitivamente se concibió la cosa juzgada como acción abstracta, se pensó, en realidad, en eficacia vinculante limitada a lo dispositivo de la decisión.

Aunque exista discusión acerca de los límites objetivos de la eficacia vinculante, su razón de ser o su esencia desaparece completamente la idea de verla limitada a lo dispositivo del fallo. Esto porque la eficacia vinculante es vista como eficacia obligatoria en relación a los órganos públicos encargados de aplicar el derecho, y, si bastase obligarlos a someterse a lo dispositivo de las decisiones, sería suficiente la tal "cosa juzgada *erga omnes*." Mejor dicho, a pesar de que la eficacia de la unión tiene como objetivo proporcionar certidumbre legal jurisdiccional, no se toma la molestia de garantizar la indiscutibilidad o la inmutabilidad del resultado exacto del objeto en cuestión, sino para proteger la estabilidad del orden jurídico, la previsibilidad y la igualdad.

En verdad, llega a ser ilógico preguntar sobre el respeto a los límites objetivos de los efectos vinculantes. A diferencia de la cosa juzgada, que se puede extender, dependiendo de la opción técnica del sistema jurídico, a los fundamentos de la sentencia, la razón de ser de la eficacia vinculante está en obligar a los órganos

¹⁴⁰ Como ya fue dicho, existe irreversible proceso de objetivación del control concreto de constitucionalidad en el ámbito de la más alta Corte brasilera. V. STF, *Informativo* 379, 07-11.2005; STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

públicos —que son completamente extraños al proceso en que la decisión fue dictada— a respetar la *ratio decidendi* o los motivos determinantes de la decisión. solo hay racionalidad para hablar de eficacia vinculante cuando se tiene conciencia, de antemano, que se desea obligar al respeto de los motivos determinantes. Restringir la eficacia vinculante a la parte dispositiva de la decisión es negar su naturaleza, constituyendo contradicción en los términos.

La eficacia vinculante tiene el mismo objetivo que la eficacia obligatoria de los precedentes y, en este sentido, del *stare decisis*. El precedente solo es garantizado cuando los órganos judiciales están por él vinculados. Sin embargo, la parte dispositiva no es capaz de atribuir significado al precedente —eso depende, para adquirir contenido, de su fundamentación, o más precisamente, de la *ratio decidendi* o de los fundamentos determinantes de la decisión—. En realidad, la eficacia obligatoria de los precedentes es, en términos más exactos, la eficacia obligatoria de la *ratio decidendi*. De ahí la razón obvia por la cual la eficacia vinculante no puede limitarse a lo dispositivo de la decisión. solo tiene sentido hablar de eficacia vinculante cuando se pretende dar estabilidad y fuerza obligatoria a la *ratio decidendi*. Al final, es su aplicación uniforme —y no el respeto exclusivo de la parte dispositiva— la que garantiza la previsibilidad y la igualdad de trato ante la jurisdicción, dándose efectividad al postulado de que casos similares deben ser tratados de igual modo.

De esta forma, pretender que la eficacia vinculante sea limitada a los dispositivo es, antes de nada, no tener conciencia de que la eficacia vinculante tiene por objeto preservar la coherencia del orden jurídico, así como la previsibilidad y la igualdad.

Pero no se piense, apresuradamente, que la eficacia vinculante puede obstaculizar el desarrollo del derecho o congelar las decisiones del Poder Judicial, impidiendo su renovación y adecuación a los nuevos tiempos. El art. 102, § 2, de la CF es claro en el sentido de que la eficacia vinculante no llega al Supremo Tribunal Federal. El objetivo es, por tanto, exactamente permitir la revocación del precedente.

No hay duda de que el Supremo Tribunal Federal, como cualquier tribunal que adopte decisiones que obliguen a otros órganos judiciales, puede revocar sus precedentes. No puede revocarlos en virtud de simples alteraciones personales en la comprensión del derecho o de la mera alteración en la composición del Tribunal, con la salida de uno o algunos ministros y la entrada de otro u otros. Si esto fuese posible —como llega a ocurrir, de forma patológica, en el propio *Common Law*— la coherencia del ordenamiento jurídico dependería de meras voluntades, alterándose en todo instante.

Como es obvio, no queremos afirmar que las nuevas posiciones personales no puedan o deban ser oídas o que la composición del Tribunal no exprese voluntades morales diferenciadas. Lo que se desea evidenciar es que, para alterar un precedente, cualquier miembro del Tribunal, sea reciente o antiguo, debe expresar el razonamiento capaz de evidenciar que el precedente ha perdido su razón de ser en la fase de la alteración de la realidad social, de la modificación de los valores, de la evolución de la tecnología o de la alteración de la concepción general del derecho. En ese caso, el juez asume la carga de evidenciar que tales motivos no solo están presentes, sino también, que son lo bastante consistentes y fuertes para sobreponerse a las razones determinantes antes adoptadas. En caso de que la mayoría del Tribunal no consiga vencer la carga de alegar, demostrar y evidenciar “buenas razones” que imponen la revocación del precedente, este deberá ser mantenido¹⁴¹.

¹⁴¹ Gilmar Mendes, en sede doctrinaria, afirma que “de un punto de vista estrictamente material también es de excluirse una autovinculación del STF a los fundamentos determinantes de una decisión anterior, pues esto podría significar una renuncia del propio desarrollo de la Constitución, tarea inmanente a los órganos de jurisdicción constitucional. Todavía, parece importante, tal como afirma Bryde, que el Tribunal no se limite a cambiar una orientación eventualmente fijada, pero que lo haga con base en una *crítica fundada del entendimiento anterior*, que *explícite y justifique* el cambio. Quien se dispone a enfrentar un precedente, *queda doblemente exigido por el deber de justificarse*”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Ob. cit., p. 1.338.

Sin embargo, no hay duda de que el Tribunal Supremo puede revocar sus precedentes. Esto está indicado, como ya se ha dicho, por la propia Constitución Federal. Se trata, hoy, de algo absolutamente natural, inclusive en los sistemas del Common Law. En realidad, se desconoce en la actualidad, un sistema de eficacia absolutamente vinculante, o sea, un sistema que prohíba a la Corte Suprema de un país revocar sus precedentes. De modo que, cuando se dice que el Supremo Tribunal Federal no está sujeto a la eficacia vinculante de sus propias decisiones, se quiere afirmar, en verdad, que este Tribunal no está absoluta o irremediablemente vinculado por sus decisiones.

Recuérdese que la particularidad de la eficacia absolutamente vinculante es la prohibición del Tribunal de revocar sus propias decisiones, a pesar que tenga buenos fundamentos para ello. Eso es lo que acontecía en la Cámara de los Lores en la primera mitad del siglo XX en Inglaterra. En el final del siglo XIX, la *House of Lords* decidió en *London Tramways*, que no podía revocar sus precedentes, y esa decisión constituía una especie de “inmunidad” contra el *overruling*¹⁴². Tal precedente constituye el punto culminante de una evolución en dirección a la vinculación absoluta de la Cámara de los Lores a sus decisiones¹⁴³. solo en 1966, la *House of Lords* declaró que, ante ciertas circunstancias, podría revocar sus propias decisiones¹⁴⁴. Antes de eso, la *House* estaba absolutamente

¹⁴² DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 125.

¹⁴³ EVANS, Jim. Ob. cit., p. 58.

¹⁴⁴ En 1966, un *Statement* autorizó a la *House of Lords* a revocar sus precedentes. He aquí parte de la justificativa para el *overruling*: “Los *Lordships* consideran el uso del precedente una base indispensable para decidir lo que es derecho y para aplicarlo a los casos concretos. Ofrece un grado mínimo de certeza ante el cual los individuos pueden pautar sus conductas bien como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los *Lordships*, no obstante, reconocen que una adherencia muy rígida a los precedentes puede llevar a la injusticia en un caso concreto y también restringir excesivamente el debido desarrollo del derecho. Ellos proponen, por lo tanto, modificar la presente práctica y, aunque se traten las decisiones pasadas como normalmente vinculantes, dejarse

vinculada a sus decisiones, aunque estuviese convencida de que en ciertos casos, reiterarlos, estaría perpetuando una decisión injusta¹⁴⁵.

Esto es poco probable que suceda en Brasil. Si no fuera por la Constitución, que indica que el efecto vinculante no llega a la Corte Suprema de Justicia, la racionalidad evitar que nuestro más alto Tribunal reitere decisiones cuando sea conciente de su error. Reafirmamos, sin embargo, que el Supremo Tribunal Federal está, en otro sentido, obligado ante sus propias decisiones, pues solo puede revocarlas cuando sea capaz de expresar fundamentación suficiente que evidencie que el precedente pierde su razón de ser frente a la alteración de la realidad social, el cambio de los valores, la evolución de la tecnología o la alternancia de la concepción general de derecho.

Por otra parte, es indudable que el Supremo Tribunal Federal está vinculado a la cosa juzgada de sus decisiones, no pudiendo, en hipótesis alguna, desconsiderarlas. Téngase en cuenta, ahora con mayor facilidad, que la cuestión de la posibilidad de declarar inconstitucional una norma ya declarada constitucional o de declarar constitucional una norma declarada inconstitucional en recurso extraordinario, sin duda revela la hipótesis de revocación de precedente y no la de abandono de la cosa juzgada. En el caso de una norma declarada constitucional en acción directa, la revocación del precedente, en principio, no retrotrae, y, en caso de la norma declarada constitucional en acción concreta, la revocación del precedente no retrotrae sobre la cosa juzgada de esta específica acción y, en principio, ni siquiera en relación a las situaciones substanciales que con base en ella se formaron. En caso de la norma declarada constitucional en recurso extraordinario, es evidente que la posterior declaración de constitucionalidad no

de lado una decisión anterior cuando pareciere correcto hacerlo". Según Neil Duxbury, el *Practice Statement* de 1996, es prueba de que la Corte podía retroceder en su palabra, algo que ella, de hecho, hizo. DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 126.

¹⁴⁵ V. MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? cit., p. 198.

retrotrae sobre la cosa juzgada que se formó. Fíjese todavía, que no es porque no hay cosa juzgada para ser tutelada que la decisión de revocación del precedente está liberada para producir efectos plenamente retroactivos, como si no se hubiese de garantizar la seguridad jurídica debido a la previsibilidad que se genera por el precedente que había sobrevivido hasta ahora.

Nótese, además, para subrayar la distinción entre cosa juzgada y eficacia vinculante, que los “demás órganos del Poder Judicial” no están vinculados solo a las decisiones que producen cosa juzgada *erga omnes*, sino también la *ratio decidendi* de las decisiones dictadas en recurso extraordinario, lo que demuestra que la eficacia vinculante también va separada de la cosa juzgada cuando se analizan en relación con “otros tribunales”.

Cuando la decisión del Tribunal Supremo Federal produce cosa juzgada *erga omnes* y posee eficacia vinculante, los tribunales de justicia, por ejemplo, están doblemente sometidos a la misma decisión, pero por razones diferentes y autónomas. Deben respeto a la cosa juzgada *erga omnes* y a la *ratio decidendi*. En la hipótesis de las relaciones continuativas, aunque en teoría puedan considerarse nuevas circunstancias para hacer cesar la eficacia temporal de la cosa juzgada, no podemos tomar en contra aquellas que son capaces de permitir la revocación del precedente constitucional, negando su *ratio decidendi*. En ese caso, lo que nos impide hacer cesar la cosa juzgada no es la cosa juzgada *erga omnes*, sino la eficacia vinculante.

Fuera de todo esto, no está demás recordar que las decisiones que ni siquiera son aptas para producir cosa juzgada material son capaces de contener efectos vinculantes. Basta atender las decisiones que conceden “medidas cautelares” en acciones directas de constitucionalidad y de inconstitucionalidad. Esas decisiones, por no tener suficiente carga declarativa, no producen cosa juzgada material. Entre tanto, esas decisiones pueden tener eficacia vinculante, aunque no produzcan cosa juzgada. En este caso, las razones de la decisión serían provisionarias, o mejor, existirían motivos determinantes de una decisión provisoria o, simplemente, una *ratio decidendi* provisoria — como es natural a todo y cualquier juicio

sobre el mérito proferido en el curso de un proceso. Sin embargo, aunque sea provisoria, la *ratio decidendi* tiene fuerza obligatoria en relación a los demás órganos judiciales y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal. No habría por qué conferir eficacia vinculante a las decisiones definitivas y negar igual fuerza a las decisiones provisionales, adoptadas en acciones de constitucionalidad e inconstitucionalidad¹⁴⁶ —a menos que se pretenda dar rienda suelta al control difuso durante el tiempo de tramitación de las acciones destinadas al control abstracto—. Todavía, no parece que sea esta la intención del sistema estructurado bajo el binomio control concentrado-control difuso. Si el proceso objetivo fue instaurado, abriéndose oportunidad al ejercicio de la jurisdicción constitucional, no hay razón para negar eficacia a las decisiones provisionales del Supremo Tribunal Federal. Téngase en cuenta que, al negar eficacia vinculante a las decisiones preliminares adoptadas en acciones directas de constitucionalidad e inconstitucionalidad, el ejercicio de la jurisdicción constitucional, en sede de juicio provisional, se torna un *flatus vocis*.

El Supremo Tribunal Federal ha decidido en el sentido de que sus decisiones preliminares tienen efectos vinculantes. Así, por ejemplo, en Rcl 2256, de relatoría del ministro Gilmar Mendes, se decidió, por mayoría, vencido el ministro Marco Aurelio, que la decisión preliminar concedida en ADIn 1.730/RN tenía eficacia vinculante, de modo a desautorizar decisiones dictadas por el Tribunal de Justicia de Río Grande del Norte, que anteriormente las había desobedecido¹⁴⁷.

¹⁴⁶ V. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, cit.; MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões..., cit.

¹⁴⁷ “El Tribunal, por mayoría, juzgó fundada la reclamación para casar la sentencia de vista del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande do Norte, que concedió el mandato de seguridad, una vez vencido el Sr. Min. Marco Aurélio, que no la conocía. Votó el Presidente, el Sr. Min. Mauricio Corrêa. Ausentes, justificadamente, los Sres. Ministros Celso de Mello y Carlos Velloso y, en este juzgamiento, el Sr. Min. Sepúlveda Pertence”. STF, Pleno, Rcl, 2.256, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2003.

No obstante, tratándose específicamente de la *ratio decidendi*, importa advertir que, si bien en las decisiones que conceden carácter preliminar, tiene naturaleza provisoria, esto no significa que se pueda descuidar su precisa delimitación. Es que la importancia de la definición de la *ratio decidendi* tiene relación con la circunstancia de que la decisión tenga eficacia vinculante, y no con el conocimiento —sea sumario o extenso— prestado a la decisión, o más bien, con el hecho de que ella produce o no cosa juzgada material.

De otro lado, en los términos del art. 102, I, l, CF, cabe reclamación ante el Supremo Tribunal Federal “para la preservación de su competencia y garantía de la autoridad de sus decisiones”. Ley 8.038/1990 — que “establece normas procedimentales para los procesos que especifica, ante el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal” — regula la reclamación en su Capítulo II, estableciendo que, al juzgar procedente la reclamación, “el Tribunal casará la decisión exorbitante de su juzgado y determinará medidas adecuadas para la preservación de su competencia “(art. 17).

La reclamación, en cuanto instituto procesal, no depende de la eficacia vinculante¹⁴⁸. Antes de la EC 3/1993, que introdujo el efecto vinculante, ya se admitía la reclamación ante el control abstracto de constitucionalidad, pero adscrita al actor de la acción directa de inconstitucionalidad y al órgano que dictó la norma, más allá de limitar el no respeto a la parte dispositiva de la decisión y no a su *ratio decidendi*. Sin embargo, admitiendo que la *ratio decidendi* o los motivos determinantes de la decisión de inconstitucionalidad o constitucionalidad están cubiertos por la eficacia vinculante, no hay cómo limitar la reclamación a los dispositivos de la decisión

¹⁴⁸ La reclamación constituye forma de casar la decisión que no respetó la autoridad del tribunal jerárquicamente superior, la cual no depende de la eficacia vinculante. O sea, si la reclamación es instrumento técnico-procesal destinado a impedir el irrespeto a la autoridad del Tribunal, ella, en tesis, puede ser utilizada aunque la decisión irrespetada no tenga eficacia vinculante. No obstante, déjese claro, solo para casar la decisión que no respetó la parte dispositiva de la decisión y no su *ratio decidendi*.

de (in)constitucionalidad. Si los fundamentos determinantes tienen eficacia vinculante, la prohibición que afecta a los demás órganos judiciales y los órganos de la administración pública es lógicamente más extensa. Así, por ejemplo, a los jueces les está prohibido no respetar las razones esenciales que llevaron a la decisión de inconstitucionalidad y no solo la adopción de la norma que fue declarada inconstitucional. Por simple consecuencia, no hay por qué restringir la reclamación al actor de la acción directa y al órgano que creó la norma. En virtud de la eficacia vinculante, los legitimados para la reclamación son los eventuales beneficiados por la decisión y los que no respetaren su *ratio decidendi*, o más bien, ninguno de ellos.

Recuerde que en Rcl 1987, el Supremo Tribunal Federal dejó clara la pertinencia de la reclamación para reactivar la autoridad de los fundamentos determinantes de la decisión dictada en acción directa de inconstitucionalidad¹⁴⁹. En tal ocasión, dijo el relator de la reclamación, el ministro Mauricio Correa, que “la cuestión fundamental es que el acto impugnado no solo contrastó la decisión definitiva adoptada en el ADIn 1662 sino, esencialmente, está en desacuerdo con sus motivos determinantes”¹⁵⁰.

Por último, es indudable que, tratándose de la decisión con eficacia vinculante, la no observancia no puede dejar de configurar una grave violación del deber funcional, abriendo oportunidad

¹⁴⁹ “Ausente la existencia de preterición, que autorice el secuestro, se revela evidente la violación al *contenido esencial* de la sentencia de vista emitida en la mencionada acción directa, la cual posee eficacia *erga omnes* y efecto vinculante. La decisión del Tribunal, en substancia, tuvo su autoridad irrespetada de forma a legitimar el uso del instituto de la reclamación. Hipótesis que justifica la trascendencia sobre la parte dispositiva de los motivos que basaron la decisión y de los principios por ella consagrados, una vez que los fundamentos resultantes de la interpretación de la Constitución deben ser observados por todos los tribunales y autoridades, contexto que contribuye a la preservación y desarrollo del orden constitucional”. STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 21.05.2004.

¹⁵⁰ Idem.

para medidas de orden administrativo, criminal y civil¹⁵¹. Los órganos judiciales y las autoridades administrativas vinculadas, obviamente, no pueden dejar de observar las decisiones. Si lo hicieran, deben responder por sus acciones¹⁵².

Cuando un órgano judicial se niega a tomar decisiones con eficacia vinculante, no respetando sus fundamentos determinantes, estará configurando un ilícito suficiente para la interposición de la acción de indemnización contra el Estado. En este caso, dificultades habrá, solo, para determinar la extensión del daño causado a la parte que, litigando en acción concreta, injustamente se sometió a la arbitrariedad del juez o del tribunal. Igual razonamiento, como es obvio, se aplica a la hipótesis en que el órgano de la administración pública comete un ilícito.

*Para concluir este tema, destinado a demostrar la relevancia de la eficacia vinculante ante la eficacia erga omnes de cosa juzgada, importa, fundamentalmente, destacar que aquella se une a la eficacia de los precedentes y no al significado de la decisión para las partes o incluso la eficacia que naturalmente deriva de las decisiones que realizan el control abstracto de normas. Con eficacia vinculante no se puede garantizar una tutela jurisdiccional a la parte o a aquel que es directamente afectado por la decisión en control concentrado. La eficacia vinculante se destina a dar fuerza obligatoria a la *ratio decidendi* o a los fundamentos determinantes de la decisión, impidiendo que le sean desconsiderados en cualquier decisión de los órganos judiciales inferiores¹⁵³.*

La eficacia vinculante garantiza a los justiciables la coherencia del orden jurídico, así como la previsibilidad y la igualdad, que nada

¹⁵¹ De acuerdo con Gilmar Mendes, “la no observancia de la decisión caracteriza grave violación del deber funcional, sea por parte de las autoridades administrativas, sea por parte del magistrado”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., p. 1.339.

¹⁵² V. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 167-168.

¹⁵³ Al lado, obviamente, la obligatoriedad acarreada a los órganos de la administración pública, que, en este momento, no importa.

tiene que ver con los objetivos de la cosa juzgada y la eficacia *erga omnes*. La eficacia vinculante enfatiza la obligatoriedad del respeto a los precedentes. Por otra parte, no habría motivo para pensar en *ratio decidendi* y *obiter dicta* si los precedentes no contasen con el respeto de los órganos judiciales.

4. DISTINGUISHING

4.1 La cuestión en el *Common Law*

Como fue demostrado, para comprender el precedente es indispensable delimitar a la *ratio decidendi*, separándose de la *obiter dicta*. La *ratio decidendi* no tiene mucha importancia en caso de que fuese vista desde una perspectiva eminentemente estática —como regla en abstracto— y no de una forma dinámica, relacionada con su aplicación a los casos que día a día surgen. El precedente tiene por objeto regular el futuro y, así, una de las cuestiones centrales de cualquier teoría de los precedentes debe estar en la aplicación de la *ratio decidendi*. Es intuitivo que, para aplicar la *ratio decidendi* a un caso, es necesario comparar el caso del que proviene la *ratio decidendi* con el caso del juicio, analizando sus circunstancias fácticas. Eso significa una diferenciación o distinción de los casos, que adoptan la forma de técnica jurídica dirigida a permitir la aplicación de los precedentes. En este sentido se habla, en el *Common Law* del *distinguishing*.

El *distinguishing* expresa la distinción entre los casos para los efectos de subordinar, o no, el caso del juicio a un precedente¹⁵⁴. La necesidad de *distinguishing* requiere, como antecedente lógico, la identificación de la *ratio* del precedente. Como la *ratio* refleja el precedente que deriva del caso, se trata de oponer el caso del juicio a la *ratio* del precedente derivado del primer caso.

¹⁵⁴ Como anota Duxbury, “*distinguishing* es lo que los jueces realizan cuando hacen la distinción entre un caso y el otro” (En el original: *Distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another*). DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 113.

Así, es necesario, antes que nada, delimitar la *ratio decidendi*, considerando los hechos materiales del primer caso, o sea, los hechos que fueran tomados en consideración en el razonamiento judicial como relevantes para encontrar la decisión. De modo que el *distinguishing* revela la demostración entre las diferencias fácticas entre los casos o la demostración de que la *ratio* del precedente no se ajusta al caso que nos ocupa, una vez que los hechos de uno y otro son diversos.

Al realizar el *distinguishing*, el juez debe actuar con prudencia y a partir de criterios. Como es obvio, poder hacer el *distinguishing* está lejos de significar una señal abierta para el juez de desobedecer precedentes que no le convienen. Además, se reconoce, en la cultura del *Common Law*, que el juez es fácilmente desenmascarado cuando intenta distinguir casos con base en hechos materialmente irrelevantes¹⁵⁵.

Diferencias fácticas entre los casos, por tanto, no siempre son suficientes para concluir la inaplicabilidad de un precedente. Hechos no fundamentales o irrelevantes no tornan casos desiguales. Para realizar el *distinguishing*, no le basta al juez apuntar hechos diferentes, debiendo argumentar para demostrar que la distinción es material, y que, por tanto, hay justificación para no aplicar el precedente. Es decir, no es cualquier distinción la que justifica el *distinguishing*. La distinción fáctica debe revelar una justificación

¹⁵⁵ “El juez que intentar ‘distinguir’ casos con base en hechos materialmente irrelevantes está propenso a ser fácilmente descubierto. Abogados y otros jueces que tienen razones para controlar su actividad, probablemente no tendrán dificultad en evidenciar su actitud como la de alguien descuidado o deshonesto y, entonces, su reputación será desgastada y su decisión cuestionada. El hecho de que los jueces tengan el poder de ‘distinguir’ no significa que ellos pueden negar los precedentes cuando les fuere conveniente” (En el original: “The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them”). Idem, p. 114.

convinciente, capaz de permitir el aislamiento del caso objeto del juicio frente al precedente.

Nótese que, exactamente por la circunstancia de que el *distinguishing* depende de la justificación, hay que tener una pauta racional uniforme en la identificación de sus criterios. O más bien, hay que uniformar la aplicación de los propios criterios para la realización del *distinguishing*, creándose también ahí una obligación de respetar las decisiones pasadas.

La no adopción del precedente, en virtud del *distinguishing*, no quiere decir que el precedente está equivocado o debe ser derogado. No significa que el precedente constituya un *bad law*, sino solo una *inapplicable law*¹⁵⁶. Sin embargo, la declaración de que el precedente es inaplicable no elimina la duda sobre el respeto de rigidez. Esto porque la contrastación de la inaplicabilidad del precedente no tiene relación con su contenido y fuerza. Sin embargo, la no aplicación del precedente, especialmente cuando es frecuente, puede revelar que su contenido no está siendo aceptado en la comunidad jurídica ni en los tribunales. El precedente pierde naturalmente su autoridad y credibilidad cuando se torna *very distinguishing*. Quiere decir que la distinción, por sí sola, no revela la fragilidad del precedente; aunque el exceso de distinciones pueda ser señal de debilitamiento de su autoridad¹⁵⁷.

Ante la teoría del derecho del *Common Law*, hay interés en indagar si el *distinguishing* declara un derecho nuevo o crea el derecho o incluso si la intención de los jueces es una de estas dos. Antes de suponer que el juez está en busca de la declaración de un derecho nuevo, es necesario constatar que él actúa para dar solución al caso. El juez realiza el *distinguishing para entender que*, siguiendo el precedente, estará adoptando una decisión inadecuada, y no por poseer una *law-making agenda*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ "In the most routine instances, the activity of *distinguishing* leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good inapplicable law". Idem, ibidem.

¹⁵⁷ Idem, p. 115.

¹⁵⁸ Idem, ibidem.

A primera vista, el *distinguishing* es solo la declaración de que el derecho evidenciado en el precedente no debe regular el caso. Por tanto, es una declaración negativa, jamás podemos llegar a cerrar la declaración de un derecho nuevo o de su constitución. Esto puede ocurrir solo después de la declaración de inaplicabilidad del precedente, y sin embargo, no necesariamente, ya que se puede adoptar otro precedente. Sin embargo, la decisión que extiende la aplicación del precedente a otra hipótesis da origen a su crecimiento —cuando se hace posible pensar en cambiar el derecho—.

Explíquese: en la última hipótesis son consideradas otras circunstancias que no estaban en el caso que fuera solucionado mediante el primitivo precedente. Así, la idea de extensión o de incremento del precedente exige la conciencia de que se aplica el derecho impreso en el precedente al caso constituido por elementos fácticos que se agregan a los tomados en consideración en el caso anterior.

Recuerda Neil Duxbury que la más interesante y sutil forma de *distinguishing* es aquella en que la Corte deja de lado un precedente para, en razón de la presencia de un mayor número de hechos materiales, editar una regla particular. Así, si la Corte decide en *Black v. Black*, que x es el resultado ante los hechos a , b y c , lo mismo se debe esperar en *White v. White*, si los hechos operativos también son a , b y c . Supóngase, sin embargo, que en *Grey v. Grey*, la Corte diferencia *Black v. Black* y decide que x debe ser el resultado cuando está presente y , luego de a , b y c . En *Grey v. Grey*, la Corte, para decidir por x , después de a , b y c , considera e , es decir, otro factor material. Así, la Corte, de esa forma, entiende que otra condición es necesaria para así tener x , lo que revela una nueva *ratio decidendi*, o más precisamente, una *ratio decidendi* limitada en relación a aquella formulada en *Black v. Black*. Al exigir otros hechos materiales, la nueva *ratio decidendi* es aplicable a un número reducido de casos¹⁵⁹.

Este ejemplo muestra que el *distinguishing* acaba permitiendo la alteración del precedente, o más bien, la mutación de la *ratio decidendi* del precedente. Hay, en verdad, una pequeña corrección

¹⁵⁹ Idem, ibídem.

de la *ratio decidendi* o su acomodamiento a un caso que, más allá de caracterizado por las circunstancias fácticas (aunque no todas) que marcaran aquella que dio origen al precedente, es constituido por otros hechos materiales, y, así, depende de otras exigencias. Téngase en cuenta que el caso, obviamente, no puede ser completamente diferente. Este debe contener los hechos presentes en el caso que abrió la ocasión al precedente, al cual se suman nuevas circunstancias fácticas.

Ante eso, se indaga cuando se permite esta modalidad de *distinguishing*, en que se corrige el precedente para abarcar un caso constituido por hechos antes no previstos. El *distinguishing* solo es viable cuando el nuevo hecho no es incompatible con el resultado al que se llegó en el precedente. Este hecho, combinado con los presentes en el caso anterior, debe justificar el ajuste del precedente al caso en cuestión. Por lo tanto, si el hecho antes ignorado, al ser considerado, exige resultado contrario al afirmado en el precedente, la *ratio decidendi* no estará siendo adecuadamente ajustada. En esta hipótesis, el precedente no podrá ser legítimamente aplicado mediante la técnica del *distinguishing*¹⁶⁰.

Entre tanto, en la situación inversa, o sea, aquella que se limita al ámbito de la incidencia del precedente para no aplicarlo en el caso a juzgar. Esto solo será posible, en principio, cuando se toman en cuenta situaciones no tratadas en el precedente y comprendidas con posterioridad, capaces de justificar la no aplicación de aquel a la hipótesis, que, precisamente, configura un caso distinto.

Sin embargo, en esta última especie de *distinguishing* no hay compatibilidad entre los resultados del precedente y de la nueva decisión. Ahora, esta decisión establece que el resultado del precedente es inaplicable al caso diferenciado. Tenga en cuenta, sin embargo, que esta incompatibilidad tiende a ver solo como resultado, el precedente y la distinción, en cuanto, cuando se consideran las razones y la fundamentación de ambas decisiones, la compatibilidad debe estar presente. La distinción, aunque tomó

¹⁶⁰ Idem, p. 116.

el resultado contrario, debe ser justificable a la luz de las razones del precedente y de la distinción.

4.2 El desarrollo del derecho mediante la extensión y la limitación de los precedentes

La Corte, al establecer un precedente, puede dejar de considerar alguna cuestión relacionada con la comprensión firmada. Además, en virtud de que los casos varían naturalmente, conforme a las particularidades que le dan configuración, es siempre posible el surgimiento de nuevas situaciones no tratadas en el precedente. Por lo tanto, a pesar de que, en principio, se podría pensar que se está tratando de la misma tesis y de una situación fáctica semejante, existirá la posibilidad de argumentar que el nuevo caso requiere enfrentar la otra cuestión o que el caso tiene particularidades fácticas que lo diferencian de aquel a que se refiere el precedente.

Por otra parte, como el precedente es incapaz de contemplar la riqueza de las situaciones conflictivas, un nuevo caso puede no quedar subsumido, perfectamente, en el precedente; todavía este caso, dadas sus particularidades, merece igual solución cuando se consideran las razones del precedente.

Esas cuestiones están relacionadas con el alcance del precedente, o mejor, con la circunstancia de que un precedente puede haber sido concebido con contenido restrictivo o limitado y en otro caso, con contenido amplio o más extenso. En verdad, como el alcance del precedente solo puede ser analizado de forma crítica a la luz de nuevos casos, no hay cómo afirmar, solo ante el precedente, si aquel es amplio o limitado. Esto es, el alcance del precedente solo puede ser visto como limitado o extensivo cuando se enfrentan a nuevos casos. Es en esta oportunidad que el tribunal se enfrenta con la cuestión de saber si se debe extender o restringir el precedente.

Esta cuestión exige la ponderación entre los fundamentos o las razones del precedente (*substantive reasons*) y los valores que justifican el sistema del precedente obligatorio o vinculante, es decir, los valores de la unidad del orden jurídico, de la seguridad,

de la previsibilidad y de la igualdad (*authority reasons*). Esto significa que la extensión del precedente prioriza sus propias razones, pues tiende a permitir que él regule nuevos casos, en cuanto la tendencia a sus limitaciones objetivas preserva las razones de estabilidad, en la medida en que no posibilita que se dé la misma solución jurídica a otros casos, vistos como distintos¹⁶¹.

Sin embargo, la limitación del precedente, bien vistas las cosas, no significa énfasis en la estabilidad. Ese valor es preservado, en realidad, mediante la contención del precedente, evitándose no solo su ampliación, sino también su limitación. Esto porque la limitación del precedente puede derivar del instituto de no tratar del mismo modo el caso que, en principio —o sea, sin limitación—, sería semejante, al merecer igual solución.

De cualquier forma, es cierto que la extensión o la limitación del alcance de los precedentes constituyen formas de relacionarlos con los nuevos casos, tornándose adecuados a las soluciones de distintas realidades. De esa forma, hay un desenvolvimiento del significado y de la fuerza de los precedentes, que pasan a adaptar, sin rupturas, las situaciones que van surgiendo a medida que el tiempo pasa¹⁶².

Aunque el precedente pueda tener el contenido restringido o ampliado, es preciso ver que la aplicación del precedente debe ser compatible con su finalidad. No hay cómo admitir la adopción de un precedente cuando es incompatible con la finalidad o las razones que justificaron su surgimiento. Sin embargo, tal incompatibilidad también puede darse ante las razones que están a la base de una situación nueva, no tratada en el precedente, que imponen la limitación del alcance del precedente y, así, en términos concretos, la de su aplicación al caso del juicio.

Considerada su finalidad, el precedente debe ser aplicado sujeto a sus límites, regulando todos los casos que en él, el precedente debe aplicarse a sus límites, que regula todos los casos en

¹⁶¹ V. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. cit., p. 201 y ss.

¹⁶² V. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. esp. itens 5, 8 y 9.

que proceda. Es tal potencialidad, inherente al precedente, que torna posible su adopción para la solución de casos particularizados por otras circunstancias o situaciones inicialmente tratadas. Por idénticos motivos, si el fin del precedente deja de estar presente ante la nueva situación, no hay cómo aplicarlo. En suma, si hay otra situación, singularizada por razones compatibles o incompatibles con las del precedente, se justifica, respectivamente, la extensión de la limitación del precedente.

Es interesante observar que el sistema de precedentes, cuando se ve a partir de la técnica de la distinción, sin perder su función de preservación de la estabilidad, se torna maleable y capaz de permitir el desenvolvimiento del derecho, dando cuenta de las nuevas realidades y de las situaciones que, aunque antiguas, no fueron anteriormente tratadas, sin que, con eso, sea preciso el rompimiento del sistema o la revocación del precedente que todavía es necesario y suficiente para tratar situaciones que contempló desde su origen. Por tanto, realizar distinción para aplicar o dejar de aplicar un precedente es algo que limita, a un mismo tiempo, la estabilidad y el desarrollo del derecho.

No obstante, es fundamental no dejar escapar otro punto: la técnica de la distinción es siempre utilizada en las perspectivas de las partes y del Poder Judicial. La primera perspectiva hace ver el propio impulso práctico para la distinción, una vez que, partiendo de la premisa de que un precedente siempre beneficia determinada posición o puede beneficiarla, la restricción de su aplicabilidad es siempre favorable a una parte y perjudicial para otra. Lo que significa decir que, en el proceso, son desarrollados argumentos en favor o en contra de la adopción del precedente. En ese sentido, hay verdadera tensión en el interior del sistema, que casi constituye una lucha entre la contención y la extensión del precedente.

En la perspectiva del Poder Judicial, son contrapuestos los valores del sistema —o sea, unidad del derecho, seguridad, previsibilidad e igualdad— con las razones substanciales del precedente. La limitación y la extensión del precedente siempre configuran la corrección o acomodación de su *ratio decidendi*. Esta acomodación,

no obstante, prioriza razones del propio precedente, ya que tanto en su extensión como en su limitación solo son posibles cuando son compatibles con ellas.

¿Cuando, sin embargo, son preservados los valores del sistema en frente de las razones del precedente? Ciertamente, cuando el precedente está contenido sin extensión o limitación. Sin embargo, no solo en estos casos. En el *Common Law*, se admite que para evitar la revocación del precedente, se procede a una distinción inconsistente (*the drawing of inconsistent distinctions*), es decir, una distinción incompatible con las razones del precedente. En estas situaciones, aunque la razón inmediata de la distinción inconsistente sea o no revocación (total) del precedente, su justificación está en los valores de estabilidad, especialmente en la seguridad jurídica.

En determinados casos, puede no haber plena certeza o profunda oposición como la necesidad de revocación de un entendimiento, esto es, de un precedente. Es preferible ante eso, en vez de revocar formalmente el precedente, mantenerlo en vigor antes de que se llegue a un juicio definitivo o suficiente para su revocación. De esa manera, como no se desea revocar la aplicación del precedente en su integridad, se opta, en el caso del juicio, por considerar situaciones en él consideradas que, a pesar de conducir a una u otra solución jurídica, no es compatible con las razones del propio precedente.

La distinción inconsistente, así, constituye una especie de paso provisorio para la revocación total del precedente, lo que hace surgir, en el derecho norteamericano, el denominado principio de provisoriedad. Como advierte Melvin Eisenberg, un tribunal que aplica el principio institucional de provisoriedad de los actos con la integridad e igualdad, a pesar de elaborar distinción inconsistente de cara al sistema jurídico¹⁶³. Se ejemplifica con el caso de las llamadas promesas de donación, consideradas inaplicables por precedente antes del final de los años 30 del siglo pasado. Eisenberg propone la hipótesis en que el tribunal, no seguro de la aplicación

¹⁶³ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 139.

segura de tal precedente en un caso de promesa de depósito “confiable”, no revoca el precedente para afirmar el convencimiento de que las promesas de depósito confiables y seguras son aplicables, pero distingue el caso en examen para concluir que la promesa de depósito cuando es confiable, es aplicable, y, así, prefiere dar paso provisorio, afirmando una distinción inconsistente, rumbo a una posterior definición, en que podrá elaborar el principio general de confianza¹⁶⁴. Téngase en cuenta que si la promesa, por ser confiable, es aplicable, poco importa si ella es de donación o de depósito. La distinción, relativa a la promesa de depósito confiable, no es consistente con las razones del precedente, que define como inaplicables las promesas de donación, independientemente de si son o no confiables.

Cabe señalar, para finalizar, que, al contrario de lo que piensan unos menos informados, el derecho jurisprudencial nada tiene de estático o no susceptible de alteración o adaptación de las nuevas realidades y diferentes situaciones. Basta recordar las palabras del Juez Cardozo, en su pequeña y asombrosa obra *The nature of judicial process*: “En mis primeros años como juez, mi perturbación de ánimo fue muy grande al percibir que no había puertos seguros ni océano en que me lanzara. Yo quería estar seguro. Estaba deprimido y desanimado cuando descubrí que esta búsqueda fue en vano. Yo estaba tratando de llegar a tierra, la tierra firme de las normas fijas y establecidas, el paraíso de una justicia que se revelase más clara y dominante que sus pálidos y tenues reflejos, en mi mente y conciencia vacilante. Descubrí, ‘con los viajeros en *Paracelso*, de Browning, que el verdadero paraíso siempre estaba más allá’. Con el pasar de los años, y a medida que reflexionaba más y más sobre la naturaleza del proceso judicial, me reconcilié con la incerteza, porque crecí para verla como inevitable. Crecí para ver que el proceso en su más alta extensión no es descubrimiento, sino creación; que las dudas y aprehensiones, las esperanzas y los temores son parte del trabajo del intelecto, de los dolores de la

¹⁶⁴ Idem, p. 140.

muerte y del nacimiento, en la que los principios que han servido una vez se han ido y los nuevos principios nacen.¹⁶⁵

4.3 Problematización del *distinguishing* ante las particulares técnicas de aplicación de precedentes

4.3.1 Técnica de señalización

En los Estados Unidos, se asiste a la utilización de ciertas técnicas que se sitúan en un espacio entre el *distinguishing* y el *overruling*¹⁶⁶. Por medio de ellas el tribunal no revoca el precedente, pero tampoco realiza un adecuado *distinguishing*, que permita ver que la solución dada al caso en juzgamiento está en consonancia con el resultado al que se llegó en el precedente.

Una de estas técnicas es llamada *Technique of signaling*¹⁶⁷. En esta hipótesis, el tribunal no ignora que el contenido del precedente

¹⁶⁵ En el original: "I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience. I found 'with the voyagers in Browning's *Paracelsus* that the real heaven was always beyond'. As the years have gone by, and as I have reflected more and more upon the nature of the judicial process, I have become reconciled to the uncertainty, because I have grown to see it as inevitable. I have grown to see that the process in its highest reaches is not discovery, but creation; and that the doubts and misgivings, the hopes and fears, are part of the travail of mind, the pangs of death and the pangs of birth, in which principles that have served their day expire, and new principles are born". CARDOZO, Benjamin N. Ob. cit., p. 166-167.

¹⁶⁶ BLEICH, J.; FRIEDLAND, M.; FEINBERG, A.; POWELL, D. Supreme Court Watch: stealth overruling—overturning precedent without saying so. *San Francisco Attorney*, San Francisco, vol. 33, n. 43, Fall 2007; LINDQUIST S.; PYBAS K. State Supreme Court decisions to overruling precedent: 1965-1996. *Justice System Journal*, Williamsburg, vol. 20, 1998.

¹⁶⁷ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 121 y ss.

está equivocado o no debe subsistir, pero, en virtud de la seguridad jurídica, deja de revocarlo, prefiriendo apuntar para su pérdida de consistencia y señalar para su futura revocación.

En esta situación, el tribunal tiene conciencia de que el *distinguished* no es posible, pues la solución que se pretende dar a la cuestión es lógicamente incompatible con la *ratio decidendi* del precedente. La excepción que deriva del *distinguished* no guarda lógica con la mantención del precedente. Sin embargo, la Corte también sabe que la revocación del precedente, ante las particularidades de la situación, estará colocando en riesgo la seguridad jurídica, mediante la negación de la previsibilidad entonces otorgada a la comunidad. Se mantiene el precedente únicamente en virtud de la seguridad jurídica, de la previsibilidad dada a los justiciables y de la confianza que el Estado debe tutelar, aunque no se duda de que su mantención está en desacuerdo con el ideal de derecho prevaleciente a la época¹⁶⁸.

El objetivo es comunicar que el precedente, que hasta entonces orientaba a la actividad de los justiciables y a la estrategia de los abogados, será revocado, evitándose con eso, que alguien actúe en conformidad con la orden estatal y, por lo tanto o por eso mismo, sea perjudicado en sus negocios o asuntos, en suma, en su esfera jurídica. Fíjese que los litigantes, en el caso concreto en que se hizo la señalización, no son capturados por la sorpresa, ya que la decisión es orientada por la *ratio decidendi* en vías de revocación, todo en relación a la confianza en la autoridad de los precedentes judiciales.

En este caso, se verifica una clara tensión entre el beneficio otorgado por la revocación del precedente y la seguridad jurídica. Como es obvio, la mera existencia del precedente y la eventual y poco probable creación de expectativa en los usuarios del Poder Judicial, ciertamente no bastan para hacer prevalecer la seguridad sobre el *overruling*. Es preciso, en este instante, estar atento al significado de la autoridad y de la fuerza de los precedentes im-

¹⁶⁸ Idem, p. 122.

perantes en la sociedad y en el sistema de distribución de justicia. Así, conviene dejar de pensar el precedente en abstracto y tomar en consideración algo que fue parte de su naturaleza transitoria. La autoridad y la fuerza del precedente pueden variar en el tiempo, culminando, en ciertos casos, con su incompatibilidad ante la sociedad y el sistema jurídico. No obstante, la superación de un precedente no siempre es clara o visible a los ojos de los justiciables y de los abogados.

Además de que el sistema de precedentes con fuerza obligatoria está entrelazado con la previsibilidad, de forma que puede decirse que el primero no tiene razón para existir sin la segunda, es inocultable que, para tener previsibilidad, hay que pensar en la calidad intrínseca del precedente, la que se puede denominar, en esta perspectiva, de fuerza o autoridad¹⁶⁹. Se torna fácil percibir, a partir de ahí, la razón de la gran importancia dedicada a la clase de los abogados en el sistema del *stare decisis*¹⁷⁰. Cabe a los abogados, en vista de las necesidades de sus clientes, el análisis del grado de fuerza de un precedente en determinado momento histórico. Los justiciables necesitan de la orientación de los abogados para poder definir el modo de ser de sus negocios y de sus actividades y, sin lugar a duda, sus presupuestos, beneficios e inversiones, lo que se refleja directamente sobre terceros, especialmente vendedores de materias primas y prestadores de servicios, y, en una dimensión global, sobre toda la economía y la sociedad.

Cuando la doctrina dirigió críticas a la teoría cristalizada de un precedente o presentó las razones para acoger una teoría que la contradice, hay motivos para ver la fuerza del precedente con cautela. Si tales críticas son provenientes de profesores y juristas

¹⁶⁹ Aunque la expresión autoridad del precedente judicial sea y pueda ser utilizada en otros sentidos.

¹⁷⁰ “La señalización es una técnica mediante la cual el tribunal, incluso siguiendo el precedente, comunica a las profesiones jurídicas que este no es más confiable” (En el original: “Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable”). EISENBERG, Melvin Ob. cit., p. 122.

respetados y, sobre todo, si son pacíficas, existe una buena cantidad de razones para suponer que el precedente no tendrá larga vida, al comprometer su confiabilidad. Del mismo modo, si decisiones de otros tribunales han de demostrar la insubsistencia del precedente o el propio tribunal ya realizó interpretación incompatible con su mantención, hay buenos motivos para creer que el precedente no merece confianza, y, así, no debe guiar las actividades de quien quiera que sea.

La previsibilidad del justiciable, por tanto, está incondicionalmente ligada al estado de la doctrina y de la jurisprudencia, o mejor, a la influencia de la academia y de los tribunales sobre el precedente. Son los abogados que, a partir de la doctrina y de las decisiones de los tribunales, pueden analizar un precedente, pasando a sus clientes el grado de confianza que merece y, de esa forma, las perspectivas que se tienen al observarlo.

Pues bien. En los Estados Unidos, cuando no hay manifestaciones doctrinarias y decisiones judiciales que permitan ver que el precedente perdió fuerza, se entiende, por consecuencia, que el justiciable que en él se guió o que los negocios jurídicos que en él se basaron deben ser protegidos. El Estado debe tutelar la legítima confianza depositada en el precedente y, si este no fue desacreditado por la academia y por los tribunales, no existen criterios objetivos para justificar su inaplicabilidad. En otras palabras, cuando el precedente no es comprometido de modo serio y objetivo, no hay cómo desamparar al justiciable que le dedicó confianza.

Además, es posible que un precedente deba ser mantenido, aunque ya haya sido objeto de serias críticas a nivel doctrinario. Eso ocurre en las áreas en que existe grave planificación calcada en precedentes y, así, actividades estrictamente guiadas en la confianza depositada en las decisiones judiciales. La tutela de la justificada confianza es particularmente relevante en la hipótesis en que terceros se orientan por precedentes para considerar determinadas situaciones¹⁷¹.

¹⁷¹ Idem, p. 121-122.

En estos casos se aplica la técnica de la señalización, mediante la cual, en las palabras de Melvin Eisenberg, la Corte pavimenta el camino para el *overruling* del precedente que acredita deba ser preservado en virtud de la justificada confianza¹⁷². Para explicar la *technique of signaling*, Eisenberg alude a una serie de casos que llegaron a ser conocidos como Massachusetts cases, en los cuales se controvirtió sobre el derecho de propiedad, específicamente sobre pactos de restricción relativos a parcelas de propiedad, en que se hablaba de parcela dominante y subordinada. Una especie común de pacto restrictivo prohibía cualquier uso de la parcela de propiedad subordinada que pudiese concurrir con el uso de la parcela dominante. En Massachusetts, sin embargo, surgió un precedente en sentido contrario en *Norcross v. James*, decidido en 1855 por el *justice* Holmes. En *Norcross*, se decidió que, si en un contrato entre arrendador y arrendatario no quedó establecido el privilegio del área dominante en detrimento de la subordinada, el arrendante puede disponer de la parcela subordinada de modo que mejor le conviene, incluso con eso la parcela dominante pueda ser perjudicada¹⁷³.

El precedente firmado en *Norcross* fue criticado por juristas y comentaristas y en conflicto con las decisiones de otros estados. En 1927, la Corte Suprema aplicó el precedente en *Massachusetts Shade v. M. O'Keefe, Inc.* La cuestión fue discutida durante los años 60 del siglo pasado en *Shell Oil Co. v. Henry Ouellette & Sons Co.* Ouellete, dueño de un centenar de hectáreas de tierra, transfiere veinte de estas a determinadas empresas en el año 1962, con la promesa para sí y para sus sucesores que las restantes cuarenta hectáreas no se utilizarán de una manera que pudiera competir con el uso contemporáneo hecho en veinte hectáreas. En 1963, la compañía vendió parte de las veinte hectáreas para Shell, que construyó una estación de gas en la zona. En 1965, el Ouellete concedió la opción de adquirir a Mobil, parte de las restantes cua-

¹⁷² Idem, p. 122.

¹⁷³ Idem, *ibidem*.

renta hectáreas para la construcción de una estación de servicio que competiría con Shell. Shell presentó entonces una demanda contra Mobil y Ouellette para asegurar el cumplimiento de la restricción. La Corte Suprema de Massachusetts advirtió que la elección de Shell estuvo de acuerdo con las críticas dirigidas al precedente firmado en *Norcross*, pero se negó a revocarlo realizar bajo el argumento de que debe dar peso a la confianza puesta en el pasado, sobre todo cuando se sentó un precedente en la propiedad, y que en el caso a juicio, y probablemente en varias otras transacciones pasadas, las partes debieron tener la confianza depositada en *Norcross* y *Shade*¹⁷⁴.

El tema se discutió de nuevo en 1974 en *Gulf Oil Corp. v. Fall River Housing Authority*, cuando el Tribunal de Massachusetts se deshizo de la fuerza de precedente en *Norcross* firmado por una distinción inconsistente (*trazando una distinción incoherente*). El Tribunal distinguió *Norcross*, *Shade* y *Ouellette*, el establecimiento de un pacto de no competencia en razón de que el pacto en *Gulf Oil* se llevó a cabo para garantizar el desarrollo disciplinado y de beneficio mutuo de la zona en su totalidad¹⁷⁵.

En 1979, la Suprema Corte de Massachusetts más de una vez trató el asunto en *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*, momento en que, finalmente, revocó el precedente firmado en *Norcross*. La Corte consideró la historia del precedente, las reflexiones de la crítica académica y el rechazo del precedente en varios otros Estados, apuntando a las distinciones inadecuadas ya establecidas y con-

¹⁷⁴ “La Corte, por lo tanto, se recusó a revocar *Norcross* en la medida en que ‘la confianza depositada por los abogados en el pasado... debe pesar cuando una regla que afecta la propiedad inmobiliaria está envuelta’ y que, ‘en este caso, como probablemente en muchas otras transacciones pasadas, debió existir una confianza razonable’ en *Norcross* y *Shade*” (En el original: “The court nevertheless refused to overrule *Norcross*, on the ground that the ‘fact of bar reliance in the past... must be given weight where a rule affecting real estate is involved,’ and that ‘in this case, as in probably numerous other past transactions, there may reasonably have been reliance’ on *Norcross* and *Shade*”. *Idem*, p. 123.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 122.

fesando que la distinción formulada en *Gulf Oil* era insustentable. Sin embargo, observó que el *overruling* había sido adecuadamente señalado en *Ouellette* y *Gulf Oil*, concluyendo, antes de eso, que el nuevo precedente debería tener efectos retroactivos a la fecha en que su revocación fuera prevista en *Ouellette*. Dijo la Corte: "Acreditamos que las partes que, después de la fecha de la decisión en *Ouellette*, establecieron pactos restrictivos de la especie envuelta en ese caso, podrían racionalmente haber confiado en la expectativa de que, en la próxima ocasión adecuada, esa Corte revocaría la decisiones tomadas en *Shade* y en *Norcross*. Creemos, por otra parte, que aquellos que fijaron tales pactos después de *Ouellette* no podrían racionalmente tener la expectativa de que estos continuarían siendo inexigibles con base en los precedentes de *Shade* y *Norcross*. Decidimos, por tanto, que el *overruling* de la regla formulada en las decisiones de *Shade* y *Norcross* debe aplicarse a todos los pactos establecidos después de la decisión emitida en *Oullette*"¹⁷⁶.

En estos casos, decididos por la Suprema Corte de Massachusetts, se tenía conciencia, desde *Oullette*, que la decisión emitida en *Norcross* no estaba de acuerdo con los principios. La Corte se negó a revocar *Norcross* en *Oullette* y *Gulf Oil* y, en estos casos, también no hizo un adecuado *distinguishing*. En *Ouellette*, la Corte simplemente no juzgó en favor de aquel que pedía una decisión contraria a *Norcross*, alegando la confianza que él generaba y que no solo las partes del caso en juicio, sino también aquellas envueltas en otras diversas transacciones ocurridas en el pasado habrían tenido motivos racionales para actuar de acuerdo con *Norcross*. En *Gulf Oil*, la Corte solucionó el caso mediante la elaboración de una distinción inconsistente (*drawing an inconsistent distinction*).

Sin embargo, es importante dejar clara la razón por la cual la Corte se negó a revocar *Norcross*, aunque haya sido conciente de su equívoco. Eso ocurrió, como ya se dijo, en virtud de que la Corte había conservado la confianza depositada en *Norcross*, y

¹⁷⁶ Idem, ibídem.

no solo la confianza de la parte que litigaba en el caso en juicio, así como también la confianza de todos aquellos que se habían comportado de acuerdo con el precedente. Fíjese que la Corte, en *Whitinsville Plaza Inc. v. Kotseas*, afirmó que ya había señalado para la revocación de *Norcross* en *Ouellette*, y, con base en eso, otorgó efectos retroactivos al *overruling*, declarando que deberían ser capturados todos los negocios realizados después de *Ouellette*. Nótese: efectos retroactivos en relación a las transacciones y no con respecto a las acciones judiciales (que eventualmente podrían estar en trámite) fundadas en hechos anteriores a *Ouelette*.

Sin embargo, si la técnica de señalización tiene el objetivo de tutelar la justificada confianza depositada en el precedente, no hay como dejar de ver la conexión de esta técnica con la cuestión de los efectos del *overruling*. Recuérdese que el *overruling* dictado en *Whitinsville Plaza* retrotrajo hasta la decisión emitida en *Ouellette* porque la Corte entendió que, a partir de esa fecha, se podía racionalmente confiar en la expectativa de que, en la próxima ocasión adecuada, la Corte revocaría las decisiones tomadas en *Shade* y en *Norcross*.

Si el retardo del *overruling* y, en consecuencia, el uso de la señalización tienen por destino tutelar las situaciones jurídicas que se formaron con base en el precedente, es posible indagar si el mismo no podría ser obtenido como un *overruling* dotado de efectos plenamente futuros, que no alcance a situaciones pasadas y al propio caso en juzgamiento. O sea, alguien podría decir que, si el deseo es evitar efectos retroactivos, basta dar efectos plenamente futuros al *overruling*, o que no hay motivos para dejar de hacer el *overruling* cuando basta modular sus efectos para el futuro, sin siquiera alcanzar el caso en discusión¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Anótese que, en regla, el *overruling* tiene efectos retroactivos. solo recientemente el *overruling* ha sido adoptado con efectos prospectivos (*prospective overruling*) en los Estados Unidos. En estos casos, cuando el *overruling* no se aplica ni si quiera al caso bajo juzgamiento, se habla de *pure prospective overruling* y, cuando el *overruling* se aplica apenas a las

Si la señalización da conocimiento a los abogados de que el precedente deberá ser revocado y, así, no debe sustentarse más el comportamiento de los justiciables, el *overruling* anuncia de forma definitiva que nadie más deberá depositar su confianza en el precedente. En este sentido, el *overruling* es más eficaz que la señalización. Así, si el *overruling* no alcanza el pasado en el caso en juzgamiento, será posible concluir que él, además de ser más eficaz —por no dejar “en el aire” un precedente que, aunque sin fuerza, no fue revocado—, igualmente tutela la justificada confianza, ya que no sorprende a aquellos que se guiaron en el precedente revocado.

Al atribuir efectos plenamente a futuro al *overruling*, son cubiertas solo las situaciones que se formaron después de esta decisión, con lo que se puede resolver el problema que se concreta en eliminar con la propia señalización. Y, en cierto sentido, de forma más eficaz, ya que se tiene una decisión revocatoria “definitiva” y no solo una decisión que afirma que la revocación probablemente ocurrirá o está por venir.

En tanto, se procura un beneficio adicional a la técnica de señalización, encontrándose la posibilidad de que los efectos del *overruling* sean modulados de acuerdo con el impacto de la señalización en la realidad social. Mejor dicho: si es que es considerada el área en que el precedente incide, el impacto de la señalización fue retardado o ralentizado o no alcanzó determinada banda de negocios, los efectos del *overruling* pueden ser modulados de forma de no abarcar, de manera absoluta, todas las situaciones posteriores a la decisión en que se hizo la señalización.

Se percibe que la técnica de señalización tiene la finalidad inmediata de comunicar a los justiciables y, sobretudo, a los abogados que el precedente está en vías de ser revocado. Lo que efectivamente asegura el pasado son los efectos atribuidos al *overruling* que no pueden anteceder a la decisión en que se hizo la señalización, pero que, en teoría, pueden ser postergados a esta fecha.

situaciones ocurridas después de determinada fecha, se alude al *prospective overruling*. V. EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 127-128.

Nada impide, es cierto, que se consideren efectos retroactivos más limitados al *overruling*, haciéndolo incidir, por ejemplo, solo después de determinada fecha posterior a la señalización. Resulta que, si los efectos retroactivos pueden ser modulados, ocurre lo mismo con los efectos futuros. Nada obsta que los efectos del *overruling* tengan efectos futuros solo a partir de cierta fecha o evento futuro —posteriores a la fecha en que se hizo el *overruling*—. Ante esto, nuevamente estarían equiparados los beneficios otorgados por la señalización y por el *overruling* con efectos futuros.

Así, se torna visible que el real problema no está en saber si la señalización y el *overruling* con efectos futuros pueden ser equiparados, sino analizar, contra el caso concreto, cuándo uno es más adecuado que otro. En otros términos, no es posible comparar tales instituciones en abstracto, cabiendo verificar la mayor idoneidad de uno y otro de acuerdo a las circunstancias que rodean el área sobre la cual incide el precedente.

Cuando es difícil saber, ante las particularidades de las relaciones que se basaron en el precedente, si el inmediato *overruling* con efectos futuros es suficiente para garantizar la justificada confianza, se torna prudente solo señalar para la revocación futura, dando a los abogados tiempo para preparar a sus clientes en el sentido de que no se pueden guiar más en el precedente. Se afirma, en la señalización, que esta circunstancia de los efectos retroactivos del futuro *overruling* no tendrán cómo dejar de considerarla, quedando limitada a un instante posterior a aquel en que ocurrió la señalización. Se observa, sin embargo, que en este caso los efectos retroactivos del *overruling* no tienen el mismo límite temporal (el de señalización) de aquel fijado en *Whitinsville*.

Importa destacar, al final, que la decisión que adopta la técnica de la señalización no revoca el precedente, aunque reconozca el error de su *ratio decidendi*. Esta aparente contradicción es desecha por los motivos que hacen a la Corte ver que, en algunos casos, es mejor mantener el precedente que revocarlo: cuando la seguridad jurídica y la previsibilidad justifican la mantención del precedente hasta que los justiciables tengan plena conciencia de que no deben considerarlo más para guiar sus actividades, es adecuado señalar

la circunstancia de que el precedente no tiene más autoridad y que, por tanto, el *overruling* deberá ocurrir en breve¹⁷⁸.

4.3.2 Transformation

Otra situación, que no se confunde con el *distinguishing* ni con el *overruling*, es llamada *transformation*. Se trata de la hipótesis en que la Corte no realiza el *overruling*, ni mucho menos el *distinguished* del caso en juzgamiento para dejar de aplicar el precedente, sino, hace la transformación o la reconfiguración del precedente sin revocarlo.

Mediante la *transformation*, la Corte niega el contenido del precedente, pero deja se expresarlo formalmente, a través del *overruling*. O sea, en el *overruling* la Corte expresamente anuncia la revocación del precedente, en cuanto que en la *transformation* eso no ocurre¹⁷⁹.

El resultado obtenido en la decisión que hizo el *overruling* no es compatible con el resultado del precedente revocado. En la *transformation*, sin embargo, se intenta muchas veces compatibilizar el resultado del precedente transformado con el resultado alcanzado en el caso en juzgamiento. Eso podría ser visto como distinción substancial entre el *overruling* y la *transformation*. Resulta que esta compatibilidad es frecuentemente artificial. La compatibilidad entre los resultados obtenidos en el caso transformado y en el caso en que se hizo la *transformation* es obtenida solamente cuando se realiza la individualización de los puntos del precedente que la

¹⁷⁸ V. PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de Common Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes — Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 103 y ss.

¹⁷⁹ “Una vez que, tanto la *transformation* cuanto el *overruling* envuelven la completa revocación de un precedente, la distinción entre los dos modelos es frecuentemente más formal que substantiva” (En el original: “Since both *transformation* and *overruling* involve the full overturning of an established doctrine, the distinction between the two modes is often formal rather than substantive”). EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 133.

antigua Corte no consideró fundamentales o materiales. Eisenberg advierte que, en el célebre caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, Cardozo apuntó la aparente consistencia entre la decisión que tomó y las decisiones emitidas en casos precedentes —que se negaron a admitir responsabilidad del fabricante—, pero no vio estos casos de la manera como las Cortes que los juzgaron los concibieron. En otros términos: Cardozo, al apuntar la consistencia entre las decisiones, habría discernido el caso anterior de forma distinta de la Corte que los juzgó y que definió el precedente¹⁸⁰.

De cualquier forma, aunque fijando puntos que no fueron considerados por las Cortes anteriores, mediante la destrucción de precedentes y casos ya juzgados, la *transformatio* evidencia la superación de la *ratio decidendi* del precedente en el curso de la historia.

Sin embargo, si la distinción entre *overruling* y la *transformation* es más formal que substancial, surge al menos la curiosidad de indagar el motivo por el cual la Corte puede preferir la *transformation* en relación al *overruling*. Eisenberg alude a la doctrina de Pedro Westen para demostrar que tanto la *transformation* como el *overruling* admiten error en el raciocinio o en la fundamentación de las decisiones anteriores, pero solo el *overruling* acepta que haya existido un error de juzgamiento. La *transformation* admite error en la teoría entonces sustentada, pero no acepta que la Corte haya cometido impropiedades al juzgar un caso anterior. El *overruling* constituye confesión de que no solo la teoría está equivocada, sino también de que la Corte erró al decidir en favor de una de las partes y no de otra. La *transformation*, a su vez, no acepta la idea de que la decisión debería haber sido favorable al actor y no al demandado o viceversa. Recuérdese que la Corte de Massachusetts, al realizar el *overruling* en el caso *Whitinsville* (visto arriba, en el ítem que trató de la técnica de señalización), además de reconocer el error de la tesis sostenida, admitió el error de los juzgamientos anteriores. Por eso, en *MacPherson v. Buick Motor Co.*, la Corte de Nueva York no admitió que las Cortes anteriores

¹⁸⁰ Idem, *ibídem*.

hubiesen emitido decisiones erradas, dando el triunfo de la causa a una parte. La otra "ventaja" de la *transformation* sobre el *overruling* estaría en la no perturbación de los precedentes, poniendo énfasis en la seguridad proporcionada por su estabilidad. Con eso surge la idea, aunque artificial, de que el respeto a los precedentes estaría siendo conservado, a pesar de que las verdaderas razones en él incluidas no fuesen las más aceptadas¹⁸¹.

Eisenberg advierte que las desventajas de la *transformation* constituyen el lado oscuro de sus ventajas. La principal de ellas está en la dificultad de que las Cortes inferiores comprendan el real significado de la decisión en que se hizo la *transformation*. Eso es ocasionado por su artificialidad, expresa en la tentativa del juzgador de "esconder" lo que está implícito en su razonamiento¹⁸².

Parece que la mayor desventaja de la *transformation* está en la circunstancia de que los tribunales inferiores muchas veces tienen dificultades para comprender su exacto contenido, no siendo raras las hipótesis en que los tribunales vinculados continúan aplicando el precedente transformado, o mejor, el entendimiento antes establecido, como si nada hubiese pasado. Así ocurrió, por ejemplo, después de *MacPherson v. Buick Motor Co.*, ya que muchos *trial-court judges* del Estado de Nueva York continuaban aplicando la teoría de la responsabilidad civil del fabricante, dejada de lado en el juzgamiento de tal caso, por no haber comprendido lo que realmente Cardozo hizo al decidirlo¹⁸³.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*.

¹⁸² Subráyese, como dice Eisenberg: "the second matter of appearance that may cause a court to choose *transformation* rather than *overruling* is a desire to maintain the impression that the standard of doctrinal stability is an extremely powerful constraint on judicial decision-making. From this perspective, the advantage of *transformation* is that it appears to be different from what it is. *MacPherson* is a masterly example. The overturning in that case was accomplished with such subtlety that law students, on reading the opinion for the first time, seldom realize what Cardozo really did". Idem, *ibidem*.

¹⁸³ Idem, *ibidem*. V. DAVIS, R. A re-examination of the doctrine of *MacPherson v. Buick* and its application and extension in the State of New York.

Además, como la *transformation* no revoca el precedente, nada impide que este pase por varias “transformaciones”, cada una de ellas constituyendo una nueva decisión, a ser considerada por los tribunales inferiores. Es claro que la pluralidad de decisiones sobre un mismo tema genera mayor dificultad a los jueces, lo que no se da cuando se está en contra del *overruling* debido a su forma objetiva de demostrar la revocación del precedente y el establecimiento de nuevas reglas.

Paradójicamente, la gran ventaja de la *transformation* parece surgir exactamente del hecho de que, con ellas, las cortes siguen decidiendo respecto de la misma cuestión jurídica. Eso, es cierto, en principio milita contra la propia razón de ser del sistema de precedentes, ya que de esta forma no se obtiene la cristalización del entendimiento que debe orientar a los abogados y justiciables.

Es necesario percibir, sin embargo, que la *transformation* solo se sustenta en cuanto la Corte supone que es necesaria mayor discusión respecto del tema jurídico. Si el problema está maduro para ser definido, encontrándose la Corte en condiciones de definir la nueva regla y revocar el precedente, se impone el *overruling*. Así pues, no parece que la *transformation* pueda encontrar base únicamente en la preservación de la estabilidad de los precedentes, porque, como quedará demostrado más tarde en este libro, el *overruling* no contradice la estabilidad del sistema, sino, al contrario, lo garantiza.

Déjese claro que el *overruling* es ideal cuando se tienen motivos para abandonar el entendimiento antes fijado. Las razones que justificaron la *transformation* en épocas pasadas, como la tutela de la estabilidad del sistema de precedentes y la preservación de la confianza en los juzgamientos, no tienen motivos para prevalecer cuando se tiene la claridad de que el *overruling* es necesario para preservar la confianza en el sistema. Si no fuera así, como advierte por su parte Eisenberg, la claridad del *overruling* tiene mayor pro-

Fordham Law Review, 1955.

babilidad de llevar a un coherente desarrollo de los precedentes del que la deliberadamente opaca naturaleza de la *transformation*¹⁸⁴.

4.3.3 *Overriding*

Otra técnica utilizada en los Estados Unidos es la llamada *overriding*¹⁸⁵. Esa igualmente no se confunde con el *overruling*. Tampoco tiene que ver con la señalización y con la *transformation*. Básicamente por la razón de que, mediante su uso, no se revoca el precedente (*overruling*), no se anuncia su inminente revocación (señalización), ni se hace la reconstrucción del precedente, esto es, no se consideran como hechos relevantes o materiales aquellos que, en el precedente fueron considerados pasajeros, atribuyéndoles, mediante eso, nueva configuración (*transformation*).

El *overriding* solo limita o restringe la incidencia del precedente, aproximándose, en este sentido, a una revocación parcial. Pero en el *overriding* no hay propiamente revocación, ni si quiera parcial, del precedente, aunque el resultado de la decisión con él tomada no sea compatible con la totalidad del precedente. Mediante tal práctica, la Corte deja de adoptar el precedente, en principio, aplicable, liberándose de su incidencia. Por lo tanto, su aplicación es mayor en relación al *distinguished*.

El *overriding* se basaría en la necesidad de compatibilización del precedente con un entendimiento posteriormente formado. La distinción que se hace, para dejarse de aplicar el precedente en virtud del nuevo entendimiento, es consistente con las razones que estuvieron a la base de la decisión que dio origen al precedente. Como explica Eisenberg, en teoría, el *overriding* podría ser visto como un caso especial de desvinculación (*hiving off*) mediante distinciones consistentes, cuando la Corte lucha con un tipo de situación que no estaba envuelta en los precedentes que dieron origen al entendimiento anterior y concluye que, dadas las proposiciones sociales que fundamentan aquel entendimiento anterior,

¹⁸⁴ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 134.

¹⁸⁵ Idem, p. 135.

la situación en cuestión debería ser desvinculada para ser tratada de acuerdo con el entendimiento más reciente¹⁸⁶.

Por tanto, hay nueva situación y nuevo entendimiento en el plano de los tribunales o de la academia, capaz de no permitir que el caso substancialmente idéntico sea tratado de la misma forma. La distinción hecha en el *overriding* supone que el litigio anterior, si fuese visto desde la perspectiva de la nueva situación y del nuevo entendimiento, habría tenido otra solución. Es por eso que, aunque el *overriding* no signifique revocación, o su resultado, del mismo modo que aquel a que se llegó con el *overruling*, es incompatible con el precedente.

Es importante subrayar que, mediante el *overriding* se realiza una distinción consistente con las razones que inspiraron el precedente. Consistente porque, dadas las razones del precedente, la consideración de la nueva situación y del nuevo entendimiento, justifica el tratamiento diferenciado. De modo que la distinción es consistente con las viejas razones. Es esta consistencia la que justifica no revocar el precedente. Las mismas razones están dando razones al precedente y al tratamiento diferenciado en virtud de la nueva situación y del nuevo entendimiento.

Se presenta conveniente explicar mejor el *overriding* mediante los ejemplos proporcionados por la doctrina estadounidense. Se destaca, así, las situaciones recordadas por Eisenberg: i) antes de los años 30 del siglo pasado, había entendimiento firmado en el sentido de qué promesas de donación eran inaplicables. En 1932, el Primer *Restatement*¹⁸⁷ of *Contracts* adoptó, en su famosa "Sección 90", el principio de que las promesas de donación serían ejecutables como confiables (*if relied upon*). Después de eso, las Cortes revocaron parcialmente (*overroded*) el entendimiento

¹⁸⁶ Idem, *ibídem*.

¹⁸⁷ Especie de compendio producido por el *American Law Institute* y elaborado por juristas y *experts*, que selecciona doctrinas de las principales áreas del derecho — como contratos, responsabilidad civil y propiedad — las cuales son ampliamente aplicadas por los tribunales, aunque no tengan fuerza obligatoria.

anterior y aplicaron este principio para limitar el ámbito de incidencia del entendimiento antiguo de las promesas de donación no confiables; ii) durante los años 40, había entendimiento en el sentido de que una oferta acompañada de la promesa de mantenerse abierta por determinado período de tiempo —considerada, así, una *firm offer*— era revocada a pesar de la promesa, a menos que esta hubiese sido pagada separadamente. En el comienzo de los años 50, los tribunales revocaron parcialmente (*overroded*) este entendimiento, aplicando el principio de la confianza a las ofertas firmes para limitar el ámbito del viejo entendimiento de las ofertas consideradas no confiables; iii) a lo largo de los años 50, se estableció el entendimiento de que los acuerdos no podrían ser revisados con fundamento en criterios de justicia, pero, en los inicios de los años 60, las Cortes revocaron parcialmente (*overroded*) aquel entendimiento —aplicando el principio de la *unconscionability*¹⁸⁸— para admitir la revisión de acuerdos sobre ciertas especies de injusticias¹⁸⁹.

Sin duda, hay en estas situaciones un entendimiento posterior. Sin embargo, como confiesa el propio Eisenberg, en la práctica, cuando un tribunal revoca parcialmente (*overrides*) un entendimiento establecido, generalmente lucha con las mismas especies de situaciones tratadas en los precedentes. Así, antes de ser adoptada la Sección 90, el entendimiento de que una promesa de donación era inaplicable ya se aplicaba a casos en los cuales el promitente claramente confiaba en la promesa. También, antes de que la excepción de la confianza se firmara, algunas Cortes ya explícitamente defendían que la confianza no tornaba una oferta firme irrevocable. Por último, previamente al principio de la *unconscionability*, algunos tribunales ejecutaron un acuerdo por el que ahora sucumbirían en contra de este principio¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Principio del derecho contractual estadounidense que expresa que los contratos portadores de obligaciones abusivas, también conocidos como “acuerdos inescrupulosos”, no son exigibles judicialmente.

¹⁸⁹ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 135.

¹⁹⁰ Idem, p. 136.

Incluso si esto significa una revocación parcial no expresamente anunciada, por constituir resultado incompatible con el del precedente, el *overriding* es admitido en los Estados Unidos. Nótese que, aun cuando el *overriding* trata sobre la misma situación envuelta en el precedente, aunque a la luz del nuevo entendimiento, no anuncia su revocación. Por otra parte, no obstante el *overruling* frecuentemente conduce a una revocación solo parcial, en algunos casos el puede tener la capacidad de silenciar, en su totalidad, el entendimiento anterior, generando, así, una implícita revocación del precedente en su totalidad, llamada *implied overruling* o revocación implícita¹⁹¹.

4.3.4 La elaboración de distinciones inconsistentes

Se adopta, todavía, en el cuadro que se está analizando, la técnica de la elaboración de distinciones inconsistentes (*the drawing of inconsistent distinctions*)¹⁹². Por esa técnica, el tribunal deja de lado el anterior entendimiento, sin revocar el precedente que lo alberga, así como los ingresos cuando se hace la *transformation*. Por eso, del mismo modo que ocurre frecuentemente en el *overriding*, aquí el entendimiento es revocado solo parcialmente.

No hay, de tal forma, expresa revocación del precedente (*overruling*), ni abandono de la totalidad del entendimiento entonces consolidado. Hay, eso sí, negación parcial del entendimiento anterior, como ocurre en el *overriding*, pero con una importante diferencia. La distinción, realizada en cara de las razones que sustentan el precedente, es inconsistente. Mientras que en el *overriding* la distinción es consistente con las razones que dan base al precedente, la técnica ahora analizada depende de distinciones inconsistentes en relación a las proposiciones sociales que justifican el precedente¹⁹³.

¹⁹¹ Idem, ibídem.

¹⁹² Idem, p. 136 y ss.

¹⁹³ Dice Eisenberg: "Otro proceso por el cual las Cortes revocan entendimientos establecidos es el de la elaboración de las distinciones inconsistentes

Eisenberg aborda la cuestión a la luz de la doctrina de Ronald Dworkin, particularmente en cara de la obra *Law's empire*¹⁹⁴. Advierte que como la inconsistencia no parece ser un atributo deseable de los precedentes, es posible pensar que la identificación de las distinciones inconsistentes es impropia, ya que las Cortes deberían solo limitarse a aplicar los precedentes de forma consistente, ampliando el alcance, distinguiendo o revocando completamente el precedente. Eisenberg anota que Dworkin, en *Law's Empire*, elabora un argumento que podría ser interpretado de forma de conducir a tal conclusión¹⁹⁵. Tomando en consideración el concepto de integridad, definido por Dworkin como un concepto interpretativo (conforme al derecho como integridad, las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran en o derivan de principios de justicia, isonomía (*fairness*), y constituyen el debido proceso por el cual proveen la mejor construcción

— esto es, distinciones que son inconsistentes con el precedente vigente, dadas las proposiciones sociales que lo fundamentan. Este proceso se asemeja al *overruling* y a la *transformation* por el hecho de que envuelve la revocación de un entendimiento establecido que falló substancialmente en satisfacer los patrones de congruencia social y de la consistencia sistémica. Difiere de estos procesos por constituir una revocación solo parcial. Típicamente, incluso después del establecimiento de una distinción inconsistente restarán por lo menos algunos casos en los cuales la Corte aplica el precedente, y esto porque la distinción no es totalmente totalizadora o porque no puede ser administrada de modo coherente" (En el original: "Another process by which the courts overturn established doctrines is the drawing of inconsistent distinctions — that is, distinctions that are inconsistent with the underlying rule, given the social propositions that support the rule. This process resembles *overruling* and *transformation* in that it involves overturning an established doctrine that substantially falls to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency. It differs from those processes in that the overturning is only partial. Typically, even after an inconsistent distinction is established there will remain at least some cases in which the courts apply the underlying rule, either because the distinction is not all-encompassing or because it cannot be administered in a coherent fashion") . Idem, *ibidem*.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, cit.

¹⁹⁵ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 136-137.

interpretativa de la práctica jurídica de la comunidad), recuerda que, en los dichos del profesor de New York University, el principio de la integridad es “decisivo” para los tribunales.

Eisenberg observa que la elaboración de distinciones inconsistentes puede ser considerada impropia a la luz del principio de la integridad, una vez que, cuando una distinción inconsistente es elaborada, ninguna regla substantiva es capaz de justificar los resultados encontrados por la aplicación del precedente y aquellos obtenidos con la distinción inconsistente. Sin embargo, como la doctrina de Dworkin muestra nítida preocupación en explicar, de forma adecuada, las prácticas jurídicas de una sociedad, y la práctica de las distinciones inconsistentes está consolidada en los tribunales estadounidenses, Eisenberg da a entender que algo estaría mal entendido en lo que dice relación a la imposibilidad de las cortes de realizar distinciones inconsistentes. Es que tal conclusión derivaría de una concepción de integridad restringida al resultado, al paso que el significado común del término “integridad” —así como la “isonomía” (*evenhandedness*)— puede satisfacerse no solamente por la inconsistencia de los resultados, sino también por el empleo consistente de los principios institucionales que generan estos resultados. Así, los principios institucionales de *overruling*, por ejemplo, pueden generar resultados actuales incoherentes con los pasados, de modo que el empleo consistente de principios institucionales no elimina la integridad y la isonomía, simplemente porque generó resultados inconsistentes¹⁹⁶.

Los principios institucionales del *overruling* justifican resultados diferentes en épocas distintas. De la misma forma, principios institucionales pueden justificar resultados conflictivos en contra de una distinción inconsistente. Eisenberg demuestra que existen fuertes razones al justificar la práctica de la distinción inconsistente. Cuando el tribunal aún no está plenamente convencido de que el entendimiento anterior debe ser revocado o dejado de lado, puede realizar distinción inconsistente como paso previo para la

¹⁹⁶ Idem, p. 137-138.

revocación total. En otra hipótesis, el tribunal puede formular excepción en un nivel de generalidad por debajo del necesario para permanecer de acuerdo con los principios, como paso previo a la generalización completa. Así, si un tribunal se enfrenta con la promesa de depósito confiable, podría elaborar excepción a la regla de la inaplicabilidad de las promesas de donación, pero limitando la excepción a las promesas de depósito. Eso porque podría aún no estar suficientemente convencido para formular un amplio principio de confianza. Se trata de la aplicación del principio de la provisoriedad, apto para permitir la seguridad jurídica. Un tribunal que aplica el principio institucional de provisoriedad, de acuerdo con Eisenberg, actúa con integridad e isonomía a pesar de elaborar regla inconsistente en contra del orden jurídico vigente¹⁹⁷.

Además, la distinción inconsistente también puede ser usada para tutelar la confianza justificada. En ese sentido, la distinción inconsistente permite la protección de aquellos que confiaron en el núcleo de determinado entendimiento, esto es, en aquella parte esencial del entendimiento que no puede seguir siendo plausiblemente diferenciada. Eso es importante cuando tal entendimiento aún no se sujeta a críticas de parte de los tribunales o en el ámbito de la academia, y, así, cuando no hay señales de que el precedente está perdiendo fuerza. De la misma forma, un caso en que se hizo distinción inconsistente, cuando es dado al conocimiento público, deja claro a los abogados que el precedente está perdiendo fuerza y, por tanto, tiene serio riesgo de ser revocado¹⁹⁸.

Fíjese que la distinción es inconsistente con las proposiciones sociales que están en la base del precedente. En otros términos, la distinción no tiene sentido cuando son consideradas tales proposiciones sociales o las razones que justifican el precedente, al contrario de lo que acontece cuando se está frente al *overriding*.

Nótese, con todo, que la cuestión de la falta de consistencia entre los valores fundantes de la distinción y aquellos que ins-

¹⁹⁷ Idem, p. 139.

¹⁹⁸ Idem, p. 139-140.

piran el precedente, no se confunde con el problema de saber si la elaboración de distinciones inconsistentes está adecuada al principio de la integridad. En este último aspecto, la atención se enfoca hacia los llamados principios institucionales que justifican, entre otros, la elaboración de las distinciones inconsistentes, mientras que en relación al primer aspecto se pregunta sobre la consistencia de una particular distinción, en el caso con valores que están en su base, con los valores que inspiran un precedente. Se trata, en el último caso, de compatibilidad entre el precedente y la distinción, y, en el primero, de la adecuación de la técnica de elaboración de la distinción inconsistente —vista como método y en abstracto— con el principio de la integridad. Para investigar la compatibilidad entre precedente y distinción, hay que tomarse en cuenta las proposiciones sociales que justifican el precedente, al paso que, para analizar la adecuación de la técnica de la elaboración de la distinción inconsistente con el derecho como integridad, fue necesario buscar los principios institucionales.

No hay duda de que la elaboración de la distinción inconsistente es compatible con los principios que gobiernan el modo de cómo los precedentes son instituidos y modificados por las cortes. Sin embargo, la consistencia entre los valores que subyacen a una determinada distinción, con los valores que justificaran un determinado precedente, siempre constituye cuestión particular, dependiente de una situación concreta. Tanto es así que la distinción puede ser consistente, como ocurre en el *overriding*, o inconsistente, como cuando se enfrenta a la técnica de la elaboración de distinción inconsistente.

4.4 El *distinguishing* en el Supremo Tribunal Federal

4.4.1 *Distinguishing* frente a las *súmulas*

El Plenario del Supremo Tribunal Federal trató la cuestión del *distinguishing* en el HC 85.185-1, del relato del ministro Cezar Peluso¹⁹⁹. Se examinó, en este caso, el alcance de la Súmula 691

¹⁹⁹ STF, Pleno, HC 85.185-1, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01.09.2006.

del STF, cuya redacción es la siguiente: “No compete al Supremo Tribunal Federal conocer de *habeas corpus* interpuesto contra la decisión del relator que, en el *hábeas corpus* requiere al Tribunal Superior, el rechazo de la cautelar”.

El *habeas corpus* fue impetrado contra la decisión del ministro Gilson Dipp, del Superior Tribunal de Justicia. En el Supremo Tribunal Federal, el impetrante afirmó no ser el caso para observar la súpula 691 porque, aunque la interpretación fuese dirigida contra la decisión que negara la cautelar en el *hábeas corpus* en el Supremo Tribunal de Justicia, habría flagrante ilegalidad.

Poco después del relato, el ministro Sepúlveda Pertence propuso cuestiones de orden, en los siguientes términos: “El único recurso de hermenéutica de la súpula es consultar a sus precedentes. Y nadie tiene duda de que los precedentes no harían distinción alguna. Ahora, el Tribunal tiene, para cuestiones excepcionales de afirmación de su autoridad, otro instrumento constitucional, hoy, que es la *súpula vinculante*. Esta, más bien, permite *per saltum*, mediante reclamación, que se corrija o que se imponga a la jurisprudencia que el Tribunal entienda de calificar como vinculante, inmediatamente. Estamos decididos y declarados a proponer una restricción a la súpula; en verdad, una cancelación, porque, en la medida en que admitamos, siendo flagrante la ilegalidad, la procedencia del *habeas corpus* contra el rechazo de la cautelar, tendremos que examinar todas las impetraciones en que esa ilegalidad flagrante sea alegada. Homenajeo a los abogados de mi País: ninguno de ellos dejará de hablar que su *ilegalidad* es flagrante. Y vamos a volver inocuo el CE 22. Ahora, restringir el alcance de una súpula vale por cancelarla: la competencia es del Pleno. Vimos, del Tribunal, al ilustre abogado analizar los fundamentos de la súpula. En la primera vez, se habló que el Tribunal le estaría dando una *interpretación* muy restringida. El maestro Víctor Nunes acostumbraba decir que, cuando se discute si determinada súpula merece interpretación amplia o restrictiva, ella ya no cumple su papel, que es el de encerrar discusiones que el Tribunal tiene por ociosas a la vista de los precedentes y en la extensión de ellos extraída. La propia cautelar del eminente ministro Cezar Peluso,

en otra decisión de Su Excelencia, muestra, efectivamente, que Su Excelencia, en verdad, no concuerda con los precedentes que sustentan la Súmula 691. En el caso, no hay prisión. No hay urgencia calificada. Creo que la materia debe ser sometida al Plenario. No estoy anticipando ningún juicio de valor; lo que defiendo es la institución de la súmula. Si en cada sala, podemos decir que este caso es particular, entonces la súmula pierde su razón de ser. De tal modo que propongo, efectivamente, que llevemos el problema a la discusión. El ministro Cezar Peluso —Relator del *habeas corpus*— tras el pronunciamiento del ministro Pertence, presentó fundamentos demostrando que el *habeas corpus* debía ser admitido y, ante eso, concluyó que la súmula debería ser cancelada. En este sentido, el ministro Carlos Brito dijo que no sería el caso de casar la súmula, “pero de ponderarla en algunos casos”, lo que llevó al ministro Pertence a replicar: “No, Ministro. Súmula: o se observa de acuerdo con los precedentes que la fundamentaron, o se cancela (...). No se da equilibrio a la súmula; se cancela ésta y, si fuera el caso, que se emita otra después. Pero Esta está fundada en los precedentes, a partir de lo referido por el Ministro Cezar Peluso, de lo elaborado por el eminente Ministro Moreira Alves.. Entonces, no es posible establecer temperamentos que no están en los precedentes. La súmula es una pura declaración solemne del Tribunal que considera determinada cuestión pacífica y, consecuentemente, dispensa de nuevas discusiones, citaciones de precedentes y largas y eruditas fundamentaciones. Es solo un “método de trabajo del Tribunal”, en la expresión de Victor Nunes. Cuando se discute que la súmula no debía decir lo que los precedentes dijeron, ella ya no funciona como súmula. Entonces, el caso es de cancelar. Así, no hay media medida: o se cancela, o se aplica la súmula. No admitiéndose siquiera interpretación, porque la entrada ya es el resultado de interpretaciones reiteradas del Tribunal”²⁰⁰.

²⁰⁰ Idem.

Después de otras consideraciones que involucran fundamentos relativos al contenido de la súpula —cuando se deja de lado, momentáneamente, la cuestión de la posibilidad de acontecer el *habeas corpus* sin cancelar la súpula—, argumentó el ministro Gilmar Mendes: “En este caso, no hay ninguna duda de que se trata —para usar una expresión del ministro Sepúlveda Pertence— de una llamada violación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. Es un caso de manifiesta ilegalidad, que significa, que no hay ninguna duda que tanto el Tribunal, al negar la cautelar, como el Superior Tribunal de Justicia, al negar la cautelar, arrostró la clarísima jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, construida, incluso, en el voto de Vuestra Excelencia. Por eso que, en este caso, no me parece que haya ninguna duda. No me gustaría saber de las lecciones claras de la doctrina del Supremo Tribunal Federal, y de las lecciones magníficas del eminente Victor Nunes Leal, que están positivadas aquí en nuestro Régimen Interno, como al modelo de súpulas, especialmente en cuanto a la posibilidad de que no se haga la interpretación de la súpula o de que, tal vez —para usar una expresión americana— no se debe hacer un *distinguished*; pero sabemos que, a partir de la idea misma de *stare decisis*, hay dos formas de arrostrar el entendimiento de un problema como este: o vamos hacia la posición radical que los americanos llaman *overruling* o hacemos el *distinguishing*”²⁰¹.

El ministro Cezar Peluso, definiéndose por el conocimiento de lo pedido, advirtió que aunque el pedido de *habeas corpus* contra la negación de la cautelar por el Superior Tribunal de Justicia sea obstaculizado, en principio, por la Súpula 691, las sucesivas negaciones de cautelares sufragarán la tesis que coincide con este entendimiento, como decidió el Tribunal en el HC 84.014-AgRg, cuyo relator fue el ministro Marco Aurelio, en que se estableció que la Súpula 691 cede cuando se cuida de la “flagrante coacción ilegal, que es el caso que se ve en estos autos”²⁰².

²⁰¹ Idem.

²⁰² Idem.

A partir de ahí, se pasó a discutir si la decisión del ministro Peluso habría adoptado la técnica del *distinguishing*. Sin la debida fundamentación, dice el ministro Pertence que la solución del ministro Peluso sería más ortodoxa que el *distinguishing*, “a no ser que los eminentes colegas que propusieron la teoría del *distinguishing* se propongan gentilmente a ser el filtro del acontecimiento de cualquier intención de filtrar suavemente el conocimiento de cualquier *habeas corpus*: verifiquen primero si es manifiesta la ilegalidad y después se discute”²⁰³. El ministro Pertence se refirió, claramente, a la propuesta del ministro Gilmar Mendes, que respondió diciendo no haber ninguna diferencia substancial entre la solución apuntada en el voto del ministro Peluso y la que deriva de la adopción de la técnica del *distinguishing*. Recordó el ministro Gilmar que el *distinguishing* es la práctica habitual en el Supremo Tribunal Federal, como muestran varios casos en que se trató de la aplicación de las súmulas 506 y 634. Recordó que, en algunos casos, teniendo en vista razones de protección judicial efectiva, se tiene admitido el *distinguished* en relación a la Súmula 634. “Eso es algo común. El ministro Eros Grau, recientemente, en un caso del TSE —objeto de discusión, sobre el cual el ministro Carlos Velloso, de vez en cuando, ha suscitado duda en cuanto a la cabida en este caso específico, del efecto suspensivo— consideró el efecto suspensivo antes de la admisibilidad del recurso extraordinario. Podríamos citar muchos otros ejemplos en este sentido. Aquí, parece ser evidente la posibilidad. La concesión de oficio del *habeas corpus* antes confirmado, que niega exactamente, la tesis que estoy defendiendo. En caso de la sorprendente incompatibilidad, por tanto, de manifiesta ilegalidad en relación a la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, se acepta el *habeas corpus*. Se está dando incluso mucho más de lo que se pretendió. En verdad, la solución del ministro Cezar Peluso, vio confirmada mi tesis: la posibilidad de concesión del *habeas corpus* en nombre de la protección judicial efectiva, un principio que no puede ser eliminado

²⁰³ Idem.

(...). De modo que acompaño el voto del eminente ministro Cesar Peluso en la concesión del *habeas corpus* de oficio, pero resaltando que estamos, aquí, colocando una advertencia en la súpula objeto de discusión. Ciertamente los abogados, siempre expertos en esta discusión, saben qué podrán pedir, y, si Vuestra Excelencia entiende, hace la concesión del *habeas corpus* de oficio. Esa discusión acaba siendo, en este caso, meramente semántica. Mantengo mi posición y acompaño el eminente Ministro-Relator”²⁰⁴.

Pues bien, este caso abre oportunidades a algunas consideraciones. Como la súpula contiene la definición del entendimiento del Tribunal sobre determinada cuestión, ella no es más que el delineamiento de la tesis o de la solución dada por el Tribunal a una cuestión jurídica o a un caso. Siendo así, como es absolutamente natural, el tiempo —y con él la evolución de los valores sociales, de la tecnología y de la propia concepción general del derecho— puede importar al Tribunal la conclusión de que la súpula no responde más a las necesidades para las cuales fue creada, estando distante de los deseos de justicia de la propia Corte. Si eso ocurre, debe —y no puede— haber la cancelación de la súpula, aplicándose, por ser plenamente adecuada, la técnica de *overruling* utilizada en el ámbito del *Common Law*.

Sin embargo, el surgimiento de una nueva situación, no tratada en los precedentes que dieron origen a la Súpula, puede no importar al *overruling*, pero sí al *distinguished*. En el *Common Law*, cuando una nueva circunstancia fáctica torna el caso diverso de aquel de donde se originó el precedente, hay un caso que, en principio, no se amolda al precedente. No obstante, si este nuevo hecho, aunque delineando un nuevo caso, es compatible con las proposiciones sociales que justificaron el precedente, no hay razón para el *overruling*, debiendo ser hecho el *distinguishing* o, en la concepción de Eisenberg, *overriding*. Basta que el nuevo hecho, combinado con los hechos presentes en el caso primitivo, justifique o ajuste la *ratio decidendi* en el caso en juzgamiento.

²⁰⁴ Idem.

La S mula 691 fue editada para obstaculizar el conocimiento de los pedidos de *habeas corpus* contra decisiones de Ministros de Tribunales Superiores que, en carácter cautelar, rechazan *habeas corpus*. Sin embargo, después de la edición de la s mula fueron emitidas varias decisiones, en el Supremo Tribunal Federal, colisionando con su alcance literal. Se decidió, como reconoció el ministro Peluso, que la S mula 691 se opone al conocimiento del *habeas corpus* cuando se cuida de flagrante detención ilegal.

Es indiscutible que el Supremo Tribunal Federal, después de la edición de la s mula 691, pasó a considerar la circunstancia capaz de justificar el conocimiento de *habeas corpus*, aunque, en principio, este no sea admisible contra la decisión que deniega cautelar en *habeas corpus* dirigido al Tribunal Superior. O sea, el *habeas corpus*, en contra de una decisión no marcada por flagrante ilegalidad, es obstaculizado por la S mula 691. Habiendo flagrante detención ilegal, se concede lo pedido de cara al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva o en nombre del principio de la protección judicial efectiva.

Esa situación, de flagrante ilegalidad, impone la corrección de la *ratio decidendi* o del contenido de la s mula en virtud del nuevo entendimiento que destaca el derecho fundamenta a la tutela jurisdiccional efectiva. Aunque el contenido de la s mula sea ampliado —por considerar una nueva circunstancia—, o su alcance es restringido, pasando a abarcar menor número de casos, exactamente aquellos en que no hay flagrante ilegalidad.

La mantención de la s mula deriva de la circunstancia de que se debe negar, como principio, la posibilidad del Supremo Tribunal Federal de conocer del *habeas corpus* contra la decisión del Ministro del Tribunal Superior que, en sede cautelar, rechazó *habeas corpus*. Pero la situación de flagrante ilegalidad justifica, a partir del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y del principio de protección judicial efectiva, la no aplicación de la s mula para obstaculizar el conocimiento del *habeas corpus*.

Hay, por tanto, fundamento de naturaleza constitucional al justificar la restricción del alcance de la s mula. Este fundamento fue explicitado y justificado en el voto del ministro Gilmar Men-

des. Con todo, el principio de la protección judicial efectiva, en el caso, no debe ser visto solo como el fundamento que justificó el *distinguished*. El constituyó el “criterio” que la Corte utilizó para guiar el *distinguished* y, en esta dimensión, pasa a tener fuerza obligatoria sobre las futuras decisiones de la Corte. En otras palabras: el derecho fundamental a la tutela efectiva pasa a constituir criterio capaz de justificar la limitación o la ampliación —conforme al caso— del alcance del precedente o de la sùmula, debiendo incidir, obviamente, en casos similares.

El hecho de que el fundamento para la no aplicación de la sùmula, en el voto del ministro Peluso, estaría en la propia garantía constitucional del *habeas corpus*, ciertamente, no torna la metodología adoptada en este voto, diversa de la que fue utilizada en el voto del ministro Gilmar Mendes. Aunque el ministro Peluso haya insistido, inicialmente, en el cancelamiento de la sùmula, su voto terminó por afirmar que la orientación de la Sùmula 691 cede cuando se cuida de flagrante detención ilegal.

La circunstancia de la sùmula de tener que ceder en cara de determinada situación no significa su cancelación implícita, como supone el ministro Pertence. En verdad, el *distinguished* solo no fue utilizado de modo más claro o natural porque no se comprende que las sùmulas, actualmente, están en necesidad de las técnicas de operacionalización del uso de precedentes, desarrollados, sobre todo, en el derecho estadounidense.

Recuérdese que el ministro Pertence dice que “restringir el alcance de una sùmula vale por cancelarla: la competencia es del Pleno (...). El maestro Victor Nunes acostumbraba decir que, cuando se discute si determinada sùmula merece interpretación amplia o restrictiva, ella ya no cumple su papel, que es el de encerrar discusiones que el Tribunal tiene por ociosas a la vista de los precedentes y en la extensión de ellos extraída (...). Cuando se discute que la sùmula no debía decir lo que los precedentes dijeron, ella ya no se presenta como sùmula. Entonces, el caso es de cancelar. Por lo tanto, no hay media medida: o se cancela o se aplica

la sùmula. No se admite siquiera interpretaci3n, porque la entrada ya es el resultado de interpretaciones reiteradas del Tribunal”²⁰⁵.

No hay ninguna duda de que el ministro Pertence no admitía la diferenciación del caso para aplicarse o dejar de aplicar la sùmula o incluso la mantenci3n de la sùmula sin importar su resultado al caso en juzgamiento, entonces considerado distinto. Es cierto que el ministro Pertence, cuando afirma que la sùmula no puede ser interpretada no está diciendo, obviamente, que el texto de la sùmula no es comprendido por el magistrado, sino que esta compresi3n es limitada por los precedentes de la sùmula. Por ello, restringir la interpretaci3n de la sùmula a sus precedentes no es más que no admitir las insuficiencias de los precedentes de la sùmula ante un nuevo caso o situaci3n fáctica. Por tanto, entender que la sùmula solo puede ser interpretada con base en sus precedentes es simplemente no considerar los factores que, en la historia del *Common law*, siempre demostraron la necesidad de la prudencia en la aplicaci3n de los precedentes. Ahora, se adopta la técnica del *distinguished* exactamente porque se sabe que, en un momento de la entrega del precedente, determinado hecho o circunstancia puede dejar de ser considerado y, en la ocasi3n de su posterior enfrentamiento, ser capaz de permitir la justificaci3n de nueva soluci3n, independientemente de la realizaci3n de *overruling*. De modo que admitir que la sùmula solo puede ser aplicada o cancelada es lo mismo que supone que ninguna circunstancia puede escapar de su elaboraci3n. No es necesario decir que eso niega la estructura marcadamente temporal del propio derecho.

Por lo tanto, la antigua concepci3n de operacionalizaci3n de las sùmulas, reafirmada por el ministro Pertence, aunque adecuada a la época en que el sistema de sùmulas fue pensado, no se adapta a las necesidades contemporneas de un sistema de precedentes. La cuesti3n de la aplicaci3n de los precedentes, ciertamente no puede ser “reducida a un método de trabajo del tribunal”, ya que es inseparable de la necesidad de preservaci3n de la coherencia y de

²⁰⁵ Idem.

la unidad del orden jurídico, sin las cuales será imposible otorgar dignidad a la función del Supremo Tribunal Federal.

Actualmente, en verdad, es imposible razonar sobre la aplicación de las sùmulas y de los precedentes sin tener conciencia de sus naturalezas eminentemente temporales y fragmentarias, bien como de la profundidad de los criterios para la utilización de las técnicas que giran alrededor del *distinguished* y del *overruling*.

De otra parte, la preocupación del ministro Joaquim Barbosa, de que se estaría proponiendo la revocación de la sùmula recién editada, en visible conflicto con la estabilidad de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal²⁰⁶, es eliminada cuando se percibe que la sùmula, en vez de revocada, es simplemente corregida para atenderse a una situación no prevista.

Téngase en cuenta que el *distinguished* alcanza una finalidad distinta de aquella que es pretendida con el *overruling*. El primero no niega la necesidad del precedente, pero requiere su acomodación ante una nueva circunstancia. El *overruling* al contrario, en vista de la transformación de los valores, de la evolución de la tecnología o de la propia concepción general del derecho, parte de la premisa cierta de que el precedente no tiene cómo ser mantenido, siendo imposible su corrección o enmienda para atender a una nueva situación. Es indiscutible, antes de esto, que el *overruling* exige buena dosis de tiempo para que ocurra, al paso que el *distinguished* se relaciona al tiempo necesario para la percepción de circunstancias inicialmente no previstas. De esa forma, aunque el *distinguished* no sea algo que forma parte de la rutina del Tribunal, el no tiene requisitos tan rígidos como los del *overruling*.

Por ocasión del juzgamiento que acaba de exponerse, en que, como se ha demostrado, se realizó *distinguished* para no aplicar la sùmula 691, se aludió a la sùmula 634, tratándose, con eso, de demostrar que esta sùmula se sometió a un procedimiento semejante.

Dice la Sùmula 634 que “no compete al Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efecto suspensivo al

²⁰⁶ Idem.

recurso extraordinario que aún no ha sido objeto de juicio de admisibilidad en origen". Esta sùmula tiene entre sus precedentes el acuerdo emitido en el AgRg en Pet. 1.189, de relato del ministro Moreira Alves. En esta ocasi3n, la 1.ª Sala, en unanimidad, trat3 de la medida cautelar en que se pidi3 efecto suspensivo al recurso extraordinario que aún no ha sido objeto de juicio de admisibilidad en el tribunal de origen. La enmienda del acuerdo es suficiente para determinar los fundamentos por los cuales la Sala entendi3 no ser admisible para dar efecto suspensivo al recurso extraordinario que aún no era objeto de juicio de admisibilidad en la corte de origen. Lo dispuesto en el pàrrafo ùnico del art. 800 del CPC, en la redacci3n que le dio la Ley 8.592/1994, no se aplica al recurso extraordinario aún no admitido, por la sencilla raz3n de que su aplicaci3n implicarìa pre-juzgamiento de la admisi3n del recurso extraordinario por el relator de la petici3n de medida cautelar, que se torna preventivo para juzgar el agravio contra el despacho de la no admisi3n de ese recurso, en detrimento de la libre apreciaci3n del Presidente del tribunal *a quo* en el àmbito de la competencia originaria que la legislaci3n le otorga para ese juicio de admisibilidad, por cuanto, si se considera relevante el fundamento jurìdico del recurso extraordinario para el efecto de concederle el efecto suspensivo que la legislaci3n no le otorga, es evidente que el deberà ser admitido aunque sea para mejor examen. Ademàs, si no obstante eso, el Presidente del tribunal *a quo* no admite el recurso extraordinario al que fue dado efecto suspensivo en medida cautelar requerida ante esta Corte, se tendrà la esdrùjula situaci3n de un recurso extraordinario no admitido por quien es competente para mantener el efecto suspensivo antes de reformada la decisi3n de no admisibilidad, toda vez que el despacho de no admisi3n en la corte de origen no tiene fuerza para reformar la concesión de cautelar dada por el tribunal *ad quem* que le es jeràrquicamente superior. Agravio al que se le niega providencia"²⁰⁷.

²⁰⁷ 1.ª T., Pet 1189 AgRg, rel. Min. Moreira Alves, DJ 29.10.1996. En el mismo sentido, STF, 1.ª T., Pet 1189 AgRgEDcl, rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.03.1997; 2.ª T., Pet 1327 AgRg, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.03.1998;

Queda claro, en las razones de lo acordado por la 1.ª sala, que no habría cómo admitir una medida cautelar para dar efecto suspensivo al recurso extraordinario no solo cuando este no fue sometido a juicio de admisibilidad, sino que también cuando no fue admitido en la corte de origen y, en virtud de eso, fue interpuesto “agravio de instrumento”. Ahora, si la cautelar no podría ser concedida por implicar pre-juzgamiento de admisión del recurso extraordinario, mayor obstáculo existiría para admitir la cautelar contra el juicio de inadmisibilidad y de cara al “agravio de instrumento” pendiente de juzgamiento.

Por ello, cuando tocó el juzgamiento de la AC 1.549, la 2.ª Sala, cuyo relator fue un ministro Celso de Mello²⁰⁸, decidió así: “Recurso extraordinario que todavía no sufre juicio de admisibilidad —Acuerdo del tribunal recurrido que versa sobre materia idéntica a la vinculada en causas ya preparadas para ser juzgadas por el plenario del Supremo Tribunal Federal— Retraso por la Presidencia del tribunal recurrido, de la formulación del juicio (positivo o negativo) de admisibilidad del Apelación Extrema —Potencialidad dañosa resultante de esa omisión procesal, agravada por la inercia en el examen de la petición de tutela de urgencia— Caracterización del daño potencial apto para comprometer, de modo grave, la situación jurídica de la empresa contribuyente —Posibilidad, todavía, de frustración de los fines inherentes al proceso cautelar— Hipótesis excepcional que justifica, en el caso, el ejercicio por el Supremo Tribunal Federal, del poder general de cautela —Situación extraordinaria que autoriza la no incidencia de las Súmulas 634 y 635 del STF— Función jurídica de la tutela cautelar —Instrumentalidad del proceso cautelar (binomio necesidad/utilidad)— Relación de complementariedad entre el instituto de la tutela cautelar y del

2.ª T., Pet 1334 AgRg, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 06.03.1998; 2.ª T., Pet 1336 AgRg, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 06.03.1998; 2.ª T., Pet 1341 AgRg, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 06.03.1998; 1.ª T., Pet 1962 AgRg, rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 23.06.2000.

²⁰⁸ STF, 2.ª T., AC 1.549, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 31.10.2007. Ver *RTJ* 174/437, 191/123, 191/483

principio de efectividad del proceso —Doctrina— Situación que implica el otorgamiento excepcional de la providencia cautelar, considerada la singularidad del caso —Suspensión de la eficacia del acuerdo objeto del Apelación Extrema— Medida cautelar otorgada por el relator — Decisión referente a un caso un poco diferente a cargo de la 2.^a Sala, en la AC 1.550-2, cuyo relator fue el Ministro Gilmar Mendes²⁰⁹, concedió medida cautelar cuando la decisión del tribunal de origen, impugnada mediante “agravio de instrumento”, no había admitido el recurso extraordinario²¹⁰. Se concluye, en este momento, que “en situaciones excepcionales, en que están presentes la plausibilidad jurídica de lo pedido —derivada del hecho que de la decisión recurrida contraria en jurisprudencia o sùmula del Supremo Tribunal Federal— y el peligro de daño irreparable o de difícil reparación al ser encarnado por la exclusión del fallo

²⁰⁹ STF, 2.^a T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 18.05.2007.

²¹⁰ No es por el hecho de que el recurso no fue admitido que la decisión no podrá causar daño al recurrente. Si fue interpuesto el agravio de instrumento contra la decisión de inadmisibilidad del recurso, es lógico que, durante el tiempo para la definición de la suerte de los recursos, podrá ser ocasionado algún daño grave. En realidad, *el presupuesto de la probabilidad del daño no se modifica cuando se pasa a pensar en el agravio en sustitución al recurso especial o al recurso extraordinario. Lo que merecerá mayor atención es la cuestión del fumus boni iuris pues si quedó decidido no estar presentes los requisitos de admisibilidad del recurso, será posible concluir también estar ausente el presupuesto de la probabilidad de su éxito.* En esta hipótesis, el peligro del daño sobrepasa, en la medida en que la ley autoriza la dispensa de la caución cuando la ejecución provisoria de la decisión objeto del recurso no admitido por decisión es atacada mediante agravio de instrumento. Suponer que la medida cautelar no es procedente en el caso de que el juicio negativo de procedencia y que así la cautelar no puede ser usada cuando es interpuesto el recurso de agravio de instrumento, *es lo mismo que concluir que el juicio de improcedencia no puede ser modificado en sede cautelar o que el fumus bonis iuris de la cautelar no puede ser objeto del juicio diverso al de aquel hecho cuando se decidió por la improcedencia del recurso. Entre tanto, así como el Superior Tribunal de Justicia o el Supremo Tribunal Federal pueden, dando proveimiento al agravio de instrumento, modificar la decisión de improcedencia, ellos pueden entender que está presente el fumus bonis iuris.* Idem, ítem 2.12.7.5.

recurrido, el Tribunal podrá conceder la medida cautelar, aunque el recurso extraordinario haya sido objeto de juicio negativo de admisibilidad ante el tribunal de origen y el “agravio de instrumento” contra esa decisión todavía esté pendiente de juzgamiento.²¹¹”

Es importante recordar que el voto de justicia Gilmar Mendes afirmó que la admisibilidad de la cautelar, en el caso, no constituiría excepción a la aplicación de las sùmulas 634 y 635. Argumentó que estas “sùmulas prescriben que la jurisdicción cautelar del Supremo Tribunal Federal, en sede de recurso extraordinario, solo es instaurada posteriormente al juicio de admisibilidad del recurso por el tribunal de origen. Ejercido tal juicio, pero de forma negativa, nada obsta a que el STF, en situaciones excepcionales, conceda el pedido de medida cautelar para verificar si, en el caso concreto, la decisión recurrida está en manifiesta contrariedad con su jurisprudencia consolidada o sùmula y si está presente la urgencia de la pretensión cautelar, hipótesis en que podrá conceder el efecto suspensivo discutido”²¹².

²¹¹ “Acción cautelar — efecto suspensivo del recurso extraordinario no admitido por el tribunal de origen — Agravio de instrumento pendiente de juzgamiento — Medida cautelar concedida para suspender los efectos de la sentencia de vista recurrida. 2. En situaciones excepcionales, en las que están patentes la plausibilidad jurídica del pedido — derivado del hecho de la decisión recurrida haber contrariado jurisprudencia o sùmula del Supremo Tribunal Federal — y el peligro de daño irreparable o de difícil reparación a ser consubstanciado por la ejecución de la sentencia de vista recurrida, el Tribunal podrá conceder la medida cautelar aunque el recurso extraordinario haya sido objeto de un juicio negativo de procedencia ante el Tribunal de origen y el agravio de instrumento contra esa decisión aunque esté pendiente de juzgamiento. 3. Hipótesis que no constituye excepción a la aplicación de las Sùmulas 634 y 635 del STF. 4. Suspensión de los efectos de la sentencia de vista impugnada por el recurso extraordinario hasta que el agravio de instrumento sea juzgado. 5. Acción cautelar concedida. STF, 2.^a T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 18.05.2007). Ver STF, 2.^a T., AC 1772, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 09.11.2007; *RTJ* 192/778, 192/411, 95/139, 191/123, 174/437.

²¹² STF, 2.^a T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 18.05.2007.

Mientras que el acuerdo relatado por el ministro Celso de Mello dice haber “situación extraordinaria” que autorizaría “la no incidencia de las SÚmulas 634 y 635²¹³, el acuerdo relatado por el ministro Gilmar Mendes acordó que la tutela cautelar “en situaciones excepcionales”, puede ser diferida, pero que su concesión, una vez no admitido el recurso extraordinario, “no constituiría excepción a la aplicación” de las referidas SÚmulas²¹⁴.

De modo que las dos decisiones concuerdan en que —en situaciones extraordinarias o excepcionales, calificadas por el fundado temor de daño— es posible conceder tutela cautelar para suspender los efectos de la decisión objeto del recurso extraordinario que todavía no es sometida a juicio de admisibilidad en el tribunal de origen o que ya fue no admitida en este juicio. Nótese que el acuerdo relatado por el ministro Celso de Mello habló de “caracterización del daño potencial apto para comprometer, de modo grave, la situación jurídica” de la recurrente²¹⁵, mientras que el acuerdo del que fue relator el ministro Gilmar Mendes hizo referencia a la “plausibilidad jurídica de lo pedido” y al “peligro de daño irreparable o de difícil reparación al ser encarnado por la ejecución del acuerdo recurrido.²¹⁶”

No hay duda de que tales requisitos, considerados como excepcionales, revelan una situación no discutida al momento de la elaboración de los precedentes que dieron origen a la sÚmula que enunció la imposibilidad de admitirse tutela cautelar para dar efecto suspensivo al recurso extraordinario todavía no sometido al juicio de admisibilidad en el tribunal de origen. En este sentido, la SÚmula 634, al considerar una nueva condición —y, así, tener su significado amplio—, tuvo su alcance limitado, pues, ante esta circunstancia, pasó a no obstaculizar la tutela cautelar para suspender los efectos de la decisión objeto del extraordinario, aunque este no haya sido admitido, o ya haya sido no admitido, en la de origen.

²¹³ STF, 2.^a T., AC 1.549, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 31.10.2007.

²¹⁴ STF, 2.^a T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 18.05.2007.

²¹⁵ STF, 2.^a T., AC 1.549, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 31.10.2007.

²¹⁶ STF, 2.^a T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 18.05.2007.

La distinción entre las dos decisiones está en que la relatada por el ministro Celso de Mello rechazó la aplicación de la sùmula y la de que fue relator el ministro Gilmar Mendes entendió que la admisión de la cautelar, en el caso, “no constituiría excepción” a su aplicación. O sea, aunque los dos acuerdos hayan hecho *distinguishing*, el segundo dice que la sùmula hizo referencia expresa solo a casos en que el extraordinario no fue sometido a juicio de admisibilidad en la de origen, mientras que, en el caso en juzgamiento, el juicio de admisibilidad en el tribunal de origen, aunque negativo, ya había sido hecho. Recuérdese que el ministro Gilmar Mendes dice que las Sùmulas 634 y 635 “prescriben que la jurisdicción cautelar del Supremo Tribunal Federal, en sede de recurso extraordinario, solo es instaurada posteriormente al ejercicio del juicio de admisibilidad del recurso por el tribunal de origen”.

Entre tanto, tales hipótesis de *distinguished* tocan el punto más delicado. Es que el *distinguished* que declaró que el caso en juzgamiento, por ser diferente, no se sometía a la sùmula, tomó en cuenta solo su enunciado, en cuanto, si cualquiera de los dos acuerdos hubiese considerado las razones de los precedentes que dieron origen a la sùmula, se llegaría a la conclusión de que la *ratio decidendi* de esos precedentes inhibiría la admisión de la cautelar en toda y cualquier hipótesis de extraordinario todavía no analizado en la de origen o no admitido.

Para la Corte, revocar o dejar de aplicar, mediante *distinguished* una sùmula, ella debe analizar las razones que le dieron origen. Esas razones están en los fundamentos de los precedentes que justificaron su edición. Se trata, en otras palabras, de buscar la *ratio decidendi* de la sùmula, que no se confunde con su enunciado.

Recuérdese que el ministro Moreira Alves, en el AgRg en Pet 1.189, argumentó que no hay cómo conocer la medida cautelar en el recurso extraordinario todavía no admitido, “por la sencilla razón” de que su aceptación “implicaría pre-juzgamiento de la admisión del recurso extraordinario por el relator de la petición de medida cautelar”, y que la admisión de la cautelar, en caso de posterior no admisión del extraordinario en la de origen, crearía la “esdrùjula situación de un recurso extraordinario no admitido

por quien es competente para seguir teniendo efecto suspensivo antes de reformada la decisión de no admisibilidad”. Ahora, si la admisión de la cautelar, en caso de no realización del juicio de admisibilidad en la de origen, implica pre-juzgamiento, la admisión de la cautelar, antes de la apreciación del “agravio de instrumento” contra la decisión de no admisibilidad, evidenciaría pre-juzgamiento de forma todavía más fuerte. Del mismo modo, si se entiende esdrújula la suspensión de los efectos de la decisión objeto del extraordinario “antes de reformada la decisión de no admisibilidad”, más esdrújulo sería dar efecto suspensivo posterior a la decisión de no admisibilidad y en cuanto se espera el procesamiento del “agravio de instrumento”.

Cuando se mira hacia la *ratio decidendi* de los precedentes que originaron la sùmula, no hay cómo entender que el caso en que el extraordinario no fue admitido, no se somete a la sùmula. En esa perspectiva, el caso se sometería a la sùmula, pero la existencia de una nueva condición —esto es, el temor de daño grave y de difícil reparación— enajenaría su aplicación, autorizando el *distinguished* mediante la corrección implícita del enunciado sumular.

La situación de temor de daño irreparable o de difícil reparación justifica, a partir del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y del principio de la protección judicial efectiva, la no aplicación de la sùmula para permitir el conocimiento del pedido de tutela cautelar para suspender los efectos de la decisión recurrida. Este es fundamento exacto del *distinguished*.

En otro caso, el ministro Gilmar Mendes, en decisión monocrática sobre el pedido de cautelar en mandato de seguridad, realizó *distinguished* al separarse de la Sùmula 266 —que dice no ser apropiado el “Mandado de Segurança” contra ley u acto normativo en teoría—. En este “Mandado de Segurança”, el imprecante, promotor público, que, en un momento, ejercía la función de Secretario de Estado en Amapá, pidió la declaración *incidenter tantum* de inconstitucionalidad de los arts. 2, inciso único, y 5 de la Resolución 05/2006 del Consejo Nacional del Ministerio Público y que le fuese garantizado el ejercicio del cargo de Secretario de Estado. Con base en el art. 5 de la referida resolución, el Procurador

General de Justicia del Estado había requerido al Gobernador de Amapá el retorno del impetrante a sus funciones en el Ministerio Público. Al decidir, indagó el Ministro si sería el caso de mantenerse la restricción constante de la sùmula 266, al menos en relación de aquellas leyes de las cuales derivan efectos directos e inmediatos para posiciones jurìdicas. Entendi³ el Ministro que se debe admitir el “Mandado de Segurança” para impugnar leyes dotadas de eficacia inmediata y capaces de afectar derechos subjetivos y que, por eso, sería razonable la superación de la sùmula, o, al menos, un *distinguished* para decidirse que las leyes que afectan posiciones jurìdicas de forma inmediata podrían ser impugnadas mediante “Mandado de Segurança”. Advirtió que sería superflua la espera del nuevo acto administrativo para que la impugnación se viabilice, una vez que la resolución tendría fuerza suficiente para imponer al peticionario los sellos en el contenidos. Así, concedió el “Mandado de Segurança”, aunque no había concedido la cautelar solicitada, por entender que falta plausibilidad jurìdica suficiente para justificarla²¹⁷.

En la hipótesis, está claro que se consideró una nueva condición. En el caso en juicio estaban presentes las condiciones que llevaron a la decisión de la sùmula junto a una nueva circunstancia, que justificaba la admisión del “Mandado de Segurança”. La nueva condición, que justificó la no aplicación de la sùmula, fue la de que la resolución tenía fuerza suficiente para afectar la posición jurìdica del peticionario. El *distinguished* no niega las razones que fundaron la sùmula, pero hace que ella no abarque la situación en que se afecta la posición jurìdica de la parte, y, así, no le sustrae el derecho constitucional al uso del procedimiento del “Mandado de Segurança”.

La decisión que no admite la aplicación de la sùmula en esta hipótesis, amplía el significado y restringe el alcance de la primitiva *ratio decidendi* pues, al mismo tiempo que exige la consideración de la nueva condición, restringe el alcance de la sùmula cuando esta se encuentra presente. Vale decir: la sùmula pasa a tener el significado de que el “Mandado de Segurança” es inadmisibile contra

²¹⁷ STF, MC no MS 26.325, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.02.2007.

ley u otro acto normativo en teoría, dado que no afecta posición jurídica de forma inmediata, y, por eso, tiene su alcance limitado.

Nótese que este *distinguished* —así como aquellos que fueron realizados en cara de las Súmulas 691 y 634— no tenía la intención de extender el alcance de la súmula al nuevo caso, sino la de dejar de someter el caso en juzgamiento a la súmula. Pero el nuevo contenido de la *ratio decidendi* de la súmula, a partir de ahí, ciertamente tendrá otra orientación en las futuras decisiones.

4.4.2 *Distinguished frente a precedentes constitucionales*

El Supremo Tribunal Federal obviamente también hace distinciones frente a las decisiones tomadas en control directo y difuso.

Recuérdese, en primer lugar, las diversas reclamaciones que fueron presentadas para hacer valer la decisión que concedió la cautelar en la ADC 4, que, aunque provisoriamente, afirmó la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 9494 de 10/09/1997, con la siguiente redacción: “Art. 1 Aplícase a la tutela anticipada prevista en los arts. 273 y 461 del Código de Procedimiento Civil lo dispuesto en los arts. 5 y su inciso único y el 7 de la ley 4.348, del 26 de julio de 1964, en el art. 1 y el § 4 de la Ley 5021 del 9 de junio de 1966, y los arts. 1, 3 y 4 de la Ley 8437 de 30 de junio de 1992”.

Entendió la sentencia de vista que concedió la liminar haber “plausibilidad jurídica en la argumentación de constitucionalidad, la que consta de la petición de la inicial (*fumus boni iuris*)” y estar “igualmente atendido el requisito de *periculum in mora*, frente a la alta conveniencia de la Administración Pública, presionada por medidas cautelares que, a pesar de lo dispuesto en la norma impugnada, determinan la incorporación inmediata de los salarios devengados, en la nómina de pagos de gran número de servidores y al pago inmediato de las diferencias atrasadas. Y todo sin el precatório* exigido por el art. 100 de la CF, y, todavía, bajo las amenazas

* Nota del traductor: precatório es un requerimiento a la hacienda pública para el pago de obligaciones dinerarias que sobrepasen los 60 salarios mínimos en el derecho brasilero. Se entiende que es el requerimiento formal una vez concluido el proceso de obligación de dar suma de dinero.

noticiadas en la inicial y demostradas con los documentos que la instruirán. Medida cautelar concedida, en parte, por mayoría de votos, para suspender, *ex nunc*, y con efecto vinculante, hasta el juzgamiento final de la acción, la concesión de tutela anticipada contra la Hacienda Pública, que tiene como presupuesto la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art.1 De la Ley 9.494 de 09/10/1997, sustentándose, igualmente, *ex nunc*, los efectos futuros de las decisiones tomadas en ese sentido”²¹⁸.

Tales reclamaciones, al exigir el análisis de la relación de las decisiones tomadas por los tribunales inferiores con la decisión que concedió la cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad, dieron al Supremo Tribunal Federal la nítida oportunidad de ver las decisiones impugnadas como distinciones y, por consiguiente, para eventualmente establecer su *distinguished* ante su propia decisión.

Así, por ejemplo, en el AgRg en la Rcl 5.174, el Tribunal negó providencia al recurso, confirmando la decisión de improcedencia, bajo el argumento de que “no ofende la decisión cautelar proferida en la ADC 4, la anticipación de tutela que implica orden de pago de los fondos de carácter indemnizatorio”²¹⁹.

En otro *agravo regimental* se mantuvo la decisión de improcedencia de reclamación bajo el fundamento de que “no ofende la decisión cautelar emitida en la ADC 4, la anticipación de tutela que garantice la inscripción de un candidato en concurso público, aunque de la aprobación le resulten ventajas financieras”²²⁰.

Se decidió, en AgRg en la Rcl 4.628, que “no ofende a la autoridad de la cautelar otorgada en la ADC 4, la decisión en que el objeto de la anticipación de tutela corresponda a la prestación exigible en los términos de la jurisprudencia del Supremo”²²¹.

En el AgRg en la Rcl 5.163, también de relato del ministro Cezar Peluso, la Corte volvió a decidir por la inexistencia de ofensa a la autoridad de la decisión tomada en ADC 4, bajo la alegación

²¹⁸ STF, Pleno, MC na ADC 4, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21.05.1999.

²¹⁹ STF, Plenário, AgRg na Rcl 5.174, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.02.2009.

²²⁰ STF, Plenário, AgRg na Rcl 5.042, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.02.2009.

²²¹ STF, Plenário, AgRg. na Rcl 4.628, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.02.2009.

de que “no se admite reclamación contra la decisión que está en consonancia con asentada jurisprudencia de la Corte”²²².

En estos casos, el Tribunal Supremo Federal decidió que, ante ciertas circunstancias, no se aplica la decisión que reconoció — aunque provisoriamente— la constitucionalidad de la norma que prohibió la concesión de tutela anticipada contra la Hacienda Pública.

Los fundamentos del acuerdo que concedió la cautelar en la acción directa de constitucionalidad se concentraron en la cuestión de la admisibilidad de la cautelar en esta acción, sin que relevantes razones hayan sido presentadas en relación al *fumus boni iuris*, o sea, la constitucionalidad de la prohibición de tutela anticipada contra la Hacienda Pública. El tema de la constitucionalidad acabó dejando más claro el enfoque del *periculum in mora*, cuando fue dicho que, a pesar del sello contenido en la norma, las cautelares estarían determinando la incorporación inmediata de salarios devengados en la nómina de pagos de gran número de servidores, y hasta el pago inmediato de las diferencias atrasadas, y todo sin el *preparatorio* exigido por el art. 100 de la CF.

Solo el fundamento relacionado al *periculum in mora* permite inferir la *ratio decidendi* del acuerdo. Se admitió constitucional la norma que prohíbe tutela anticipada contra la Hacienda Pública al ser entendido no ser prudente, bajo el signo de la provisionalidad del conocimiento judicial, permitir la incorporación de vencimiento en la nómina de pago o el pago de diferencias atrasadas, especialmente sin *preparatorio*.

Sin embargo, como la *ratio decidendi* investigada es relativa a la decisión de constitucionalidad, pensar en ampliar sus fundamentos a otros casos sería vincular a los demás jueces a declarar constitucional una *norma similar*, igualmente prohibitiva de la tutela estatal. Por lo tanto, bastó reclamar la no observancia de lo *dispositivo* del acuerdo, sin ninguna necesidad de aludirse a sus *fundamentos*.

²²² STF, Plenário, AgRg na Rcl 5.163, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.02.2009.

Si en las reclamaciones mencionadas, lo que importaba era la vinculación de los tribunales ordinarios a lo dispositivo de la decisión, las distinciones efectuadas por estos tribunales y admitidas por el Supremo Tribunal Federal, no necesitarían guardar consistencia con la *ratio decidendi* o con los fundamentos de la decisión, sino solo observar lo dispositivo de la decisión, o sea, la norma declarada constitucional.

Así, con la afirmación de que el pago de fondos indemnizatorios no está prohibido por el precedente, por ejemplo, no se está diciendo que los fundamentos del precedente autorizan tal pago o que su *ratio decidendi* solo entiende constitucional la prohibición de pago inmediato del fondo salarial —y no de fondos indemnizatorios—. El pago de fondos indemnizatorios no está prohibido porque la norma declarada constitucional no lo prohíbe.

Por lo tanto, las distinciones hechas antes de la ADC 4 no limitaron o ampliaron el alcance del precedente, sino solo demostraron que determinadas hipótesis no estaban incluidas en los casos o en la hipótesis solucionada por el precedente. Ahora, tal hipótesis era exactamente la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 9.494 de 10.09.1997. Así, el *distinguished* hecho en estos casos puede ser llamado, por así decir, de puro *distinguishing*.

Por otro lado, en la Rcl 1.987 se discutió clara y abiertamente respecto de si los fundamentos de la decisión emitida en el ADIn 1.662 podrían vincular a los demás tribunales. Esta acción directa de inconstitucionalidad, propuesta por el Gobernador del Estado de São Paulo, tuvo como objeto la IN 11/1997, del Tribunal Superior del Trabajo. Sin embargo, la decisión reclamada, emitida por el Tribunal Regional del Trabajo de la 10.^a Región, no se ancló en tal instrucción normativa, debiendo ser fundando en la EC 30. Por lo tanto, la reclamación jamás podría inobservar la parte dispositiva de la decisión de inconstitucionalidad.

En este caso, sin embargo, el Supremo Tribunal Federal dio el gran e importante paso, demostrando que no solo la parte dispositiva, sino también los fundamentos o la *ratio decidendi* obligan a los demás tribunales, impidiendo negarlos. Se afirmó que, en la decisión del Tribunal del Trabajo de la 10.^a Región, se revela evi-

dente “violación al *contenido esencial* del acuerdo (...). La decisión del Tribunal, *en esencia*, había faltado el respeto a su autoridad a manera de legitimar el uso del instituto de la reclamación. Hipótesis para justificar la *trascendencia sobre la parte dispositiva de los motivos que apoyan la decisión y de los principios por ella consagrados*, toda vez que los fundamentos que surgen de la interpretación de la Constitución deben ser observados por todos los tribunales y autoridades, contexto que contribuye a la preservación y desarrollo del orden constitucional”²²³.

²²³ “Reclamación — Procedencia — Enfrentamiento a la decisión emitida en la ADIn 1662-SP — Secuestro de dinero público — Precatório — Vencimiento del plazo para el pago — EC 30/2000 — Num. 2 del art. 100 de la CF. 1. Preliminar. Procedencia de la reclamación contra cualquier acto administrativo o judicial que desafíe la exégesis constitucional consagrada por el Supremo Tribunal Federal en sede de control concentrado de constitucionalidad, aunque la ofensa se verifique de forma oblicua. 2. Orden de secuestro concedida en razón del vencimiento del plazo para el pago del precatório alimentario, con base en las modificaciones introducidas por la EC 30/2000. Decisión considerada violada — ADIn 1.662-SP, Maurício Corrêa, DJ 19.09.2003: Prejudicialidad de la acción rechazada, teniendo en vista que la superveniencia de la EC 30/2000 no provocó alteración substancial en la regla prevista en el num. 2 del art. 100 de la CF. 3. Entendimiento de que la única situación suficiente para motivar el secuestro de dinero público destinado a la satisfacción de deudas judiciales alimentarias es la relacionada a la ocurrencia de la preterición de la orden de precedencia, no equiparándose a esta el vencimiento del plazo de pago o la no inclusión presupuestal. 4. Ausente la existencia de preterición, que autorice el secuestro, se revela evidente la violación al contenido esencial de la sentencia de vista emitida en la mencionada acción directa que posee eficacia *erga omnes* y efecto vinculante. La decisión del Tribunal en sustancia, tuvo su autoridad irrespetada de forma a legitimar el uso del instituto de la reclamación. Hipótesis a justificar la trascendencia sobre la parte dispositiva de los motivos que basaron la decisión y de los principios por ella consagrados, toda vez que los fundamentos resultantes de la interpretación de la Constitución deben ser observados por todos los tribunales y autoridades, contexto que contribuye para la preservación y desarrollo del orden constitucional. 5. Mérito. Vencimiento del plazo para el pago del precatório. Circunstancia insuficiente para legitimar la determinación del secuestro. Contrariedad a

La extensión del alcance de lo dispositivo de la decisión es obvia y no se discute. Lo que importa saber es si hubo extensión de los límites de los fundamentos determinantes de la decisión. Para ello, es necesario investigar los fundamentos del acuerdo emitido en la acción directa de inconstitucionalidad.

Recuérdese que esta acción tiene por objeto la IN 11/1997-TST, que equiparó la hipótesis pasada del derecho de preferencia a la situación de no inclusión de la deuda en el presupuesto del ente deudor, así como la de pago menor, o realizado fuera de plazo, permitiendo, en estas hipótesis, el secuestro de fondos públicos para el pago de deudas judiciales laborales. En el curso de la acción directa de inconstitucionalidad fue promulgada la EC 30/2000, que aunque haya alterado reglas relativas a los *precatorios*, nada modificó en cuanto a la cuestión que entonces se discutía. Y eso fue reconocido por el Supremo Tribunal Federal, que, al juzgar el mérito de la ADIn, afirmó expresamente no haber la EC 30 realizado cualquier alteración en la disciplina del secuestro en el ámbito de los *precatorios* laborales, decidiendo que este solamente estaría autorizado por la Constitución Federal en el caso del pasado derecho de preferencia, siendo inadmisibles en cualquier otra situación. También se reconoce la inconstitucionalidad de la instrucción normativa por haber autorizado el secuestro de fondos públicos con base en un presupuesto no previsto en la Constitución. O mejor, por haber creado un fundamento para el pedido de secuestro de fondos públicos no abarcado por la Constitución.

La decisión del Tribunal Regional del Trabajo de la 10.ª Región determinó el secuestro de fondos del Distrito Federal para el pago del *precatario*, en la hipótesis en que no hubiere violación del derecho de preferencia. Se fundó en la EC 30, que, de acuerdo con los fundamentos de la decisión tomada en la ADIn, solo ad-

la autoridad de la decisión emitida en la ADIn 1.662. Reclamación admitida y juzgada fundada". STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004. Observación: El num. 2 del art. 100 de la CF indicado en el texto de esa sentencia es actualmente el num. 1 del mismo artículo, por la alteración efectuada por la EC 62/2009.

mite el secuestro, en el caso de *precatorio* laboral, en la hipótesis de preterición del derecho de preferencia.

Se afirmó, así, para llegar a una decisión de inconstitucionalidad, que la instrucción normativa estaría creando fundamento para el secuestro de fondos públicos, no previstos en la Constitución, y que esta última Constitución no permitiría el secuestro de fondos públicos, tratándose de *precatorio* laboral o de naturaleza alimentaria, fuera del caso de violación del derecho de preferencia.

Clara y limpia la razón de la decisión que declaró la inconstitucionalidad de la instrucción normativa del TST, se torna fácil constatar que, en la reclamación, simplemente se aplicó la *ratio decidendi* de la decisión de inconstitucionalidad. No hubo extensión ni limitación del precedente, obviamente que entendido como *ratio decidendi* —como, de hecho, debe ser comprendido—. El caso era absolutamente similar al tratado en la acción de inconstitucionalidad.

En otro caso, igual de reclamación, el Supremo Tribunal Federal más de una vez se encontró con la decisión dictada en la ADIn 1.622, pero ahora para contrastarla con la decisión originaria de expropiación y de orden de secuestro fundamentada en el art. 78, § 4, del ADCT.

Se concluyó que esta decisión, por referirse al *precatorio* derivado de indemnización expropiatoria, no estaría en contradicción con la decisión de la ADIn 1.662. Se argumentó que la decisión dictada en la acción directa “versó sobre la satisfacción de *precatorios* y oficios requisitorios derivados de créditos de naturaleza alimenticia, en los términos del art. 100, § 2.º de la CF²²⁴, mientras que la decisión reclamada tendría origen “en la acción de expropiación y orden de secuestro fundamentada en el art. 78, § 4 del ADCT”, lo que demostraría “ausencia de identidad

²²⁴ Observación: El num. 2 del art. 100 de la CF indicado en el texto es actualmente el num. 1 del mismo artículo, por alteración efectuada por la EC 62/2009.

material entre la decisión reclamada y lo decidido por el Supremo Tribunal Federal”²²⁵.

Es cierto que la decisión no podía ser objeto de una reclamación en caso de considerarse solo lo dispositivo de la decisión dictada en la ADIn 1.662. Por lo tanto, considerándose los fundamentos determinantes de esta decisión, es preciso verificar si ellos contradicen la decisión que entendió como viable el secuestro, en caso de expropiación, con base en el art. 78, § 4, del ADCT.

Pues bien. Dice esta norma que “el Presidente del Tribunal competente deberá, *una vez vencido el plazo o en caso de omisión del presupuesto, o preterición del derecho de precedencia*, a requerimiento del acreedor, requisar o determinar el secuestro de recursos financieros de entidades ejecutadas suficientes a la satisfacción de la pretensión”. No hay duda de que esta norma no fue objeto de discusión en la ADIn 1.622, así como no se trató, en esta acción, sobre el *precatório* proveniente de la acción de expropiación. No obstante, lo que realmente importa, pensado en fundamentos determinantes, es saber si estos, en la referida acción directa, alcanzan los *precatórios* provenientes de expropiación e impiden el secuestro con base en el art. 78, § 4 del ADCT.

²²⁵ “Reclamación — Precatório derivado de la indemnización expropiatoria — No pago — Secuestro de dinero público — Alegado incumplimiento a lo decidido en la ADIn 1.662/DF — Incumplimiento no configurado — Reclamación decidida infundada. 1. La decisión emitida en la ADIn 1.662/DF versó sobre la satisfacción de precatórios y oficios requisitorios derivados de créditos de naturaleza alimentaria, en los términos del art. 100, num. 2, de la CF. 2. Decisión reclamada que tiene origen en la acción de expropiación y orden de secuestro fundamentada en el art. 78, num. 4 del ADCT. 3. Ausencia de identidad material entre la decisión reclamada y lo que fue decidido por el Supremo Tribunal Federal en la acción paradigma. 4. Reclamación decidida infundada, casada la liminar concedida y perjudicado el examen del agravio reglamentario”. STF, Pleno, Rcl 5928, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 11.09.2009. Observación: El num. 2 del art. 100 de la CF indicado en el texto de esa sentencia es actualmente el num. 1 del mismo artículo, por alteración efectuada por la EC 62/2009.

Más que la naturaleza del *preparatorio*, lo que distingue a la decisión de inconstitucionalidad de la decisión que fue reclamada es la circunstancia de que la decisión dictada en la ADIn 1.622 no ha tratado de la previsión obrante del art. 78, § 4 del ADCT. Esto, por cierto, ya fue dicho en la Rcl 3.293, del relato del ministro Marco Aurelio, *in verbis*: “Reclamación - Secuestro - División de la deuda - Atraso - Art. 78 del ADCT - Materia extraña a lo decidido en la ADIn 1.662-7/SP. En el juzgamiento de la ADIn 1.662-7/SP no hubo emisión de entendimiento en cuanto a la legitimidad del § 4 del art. 78 del ADCT, derivado de la EC 30/2000, alejándose de la adecuación de la medida reclamatoria formalizada a pretexto de tener que ser respetada la autoridad del acuerdo emitido”²²⁶.

En este caso, por lo tanto, tampoco hubo limitaciones o extensiones del precedente. El límite de la extensión del precedente no permitía alcanzar el caso, pues este fue integrado, esencialmente, por cuestiones no contempladas en las razones del precedente.

4.5 Contextualización del *distinguished*, adoptado en el Supremo Tribunal Federal, con las técnicas de tratamiento de precedentes aplicadas en los Estados Unidos

Aunque se haya hablado siempre del *distinguished* en relación al enfoque de lo juzgado por el Supremo Tribunal Federal, es importante precisar los procedimientos que fueron adoptados en relación a las SÚMULAS 691, 634 y 266, en vista de las técnicas de tratamiento de precedentes analizadas por Eisenberg en el derecho americano.

Considérese en primer lugar, la técnica de la señalización. Es fácil percibir que, en los casos estudiados, no hubo ninguna intención de preservar las sÚMULAS para no sorprender a la comunidad jurídica. La no aplicación de las sÚMULAS, así como su mantención, nada tuvieron que ver con la tutela de confianza. De modo que las decisiones de la Corte no tienen el significado de señalización para la inminencia de la cancelación de las sÚMULAS.

²²⁶ STF, Pleno, Rcl 3293, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.04.2007.

Tampoco se puede pensar en *transformation*. No se tomó en cuenta el hecho presente en los casos que dieron origen a los precedentes que fundaron las sùmulas, para que, dándose a ellas las connotaciones de hechos fundamentales o materiales, fueren reconstruidos los precedentes y, por consecuencia, las sùmulas. Recuérdese que la decisión proveniente de la técnica de la *transformation* revoca el entendimiento anterior en su totalidad. Las decisiones solo limitarán el ámbito de incidencia de las sùmulas, sin revocarlas implícitamente, a cuyo respecto llegó a considerar el ministro Pertence en el caso que trató de la Sùmula 691.

Hay mayor dificultad al pensarse en el *overriding* y en la técnica de la elaboración de distinciones inconsistentes. En ambas técnicas hay negación parcial del entendimiento anterior, a la semejanza de lo que ocurrió en la decisión que admitió el *habeas corpus* en virtud de manifiesta ilegalidad.

No obstante, para que se pueda identificar el empleo de esas técnicas es necesario, antes que todo, disociar la distinción consistente de distinción inconsistente. Por lo tanto, es imprescindible volver a tratar los casos de las promesas de donación.

En el caso de las promesas de donación, había el precedente, incontrastable en el inicio del siglo XX, en el sentido de que las promesas de donación eran inexigibles judicialmente. En 1932, el primer *Restatement of Contracts* adoptó el principio de que las promesas de donación serían exigibles desde que sean confiables, lo que permitió a las Cortes limitar la inexigibilidad judicial de las promesas de donación no confiables. La distinción fue consistente con las razones que motivaron los precedentes que negaron la exigibilidad de las promesas de donación. La admisión de exigibilidad de las promesas de donación confiables no contradice los valores que alejaron, en principio, la exigibilidad de toda y cualquier promesa de donación. Eso porque, analizándose los valores del precedente y de la distinción, se encuentra la cuestión de las promesas firmes y de la confianza, al justificar la exigibilidad de esta especie de promesa de donación. Se limitó el alcance del precedente, pero mediante una distinción consistente, realizándose, así, un *overriding*.

Pero, incluso tomando en cuenta el ejemplo de las promesas de donación, es posible suponer la hipótesis de una promesa de deuda, anterior al inicio de los años 30 y, así, al *Restatement of Contracts* de 1932. En este caso, antes del precedente que prohíbe la exigibilidad de promesas de donación, sería posible a la Corte admitir la ejecución de la promesa de depósito sobre el argumento de estarse frente a una promesa confiable. ¿Cuál es la diferencia de esta última distinción en relación a aquella hecha mediante *overriding*?

Es cierto que el Tribunal de Justicia, por no tener suficiente convicción para elaborar un principio general de confianza, podría admitir, con base en el principio de la provisoriedad, una distinción para admitir solo la exigibilidad de las promesas de depósito²²⁷. Tal

²²⁷ “Existen otras fuertes razones que justifican la práctica de la distinción inconsistente. Para comenzar, un tribunal puede decidir que, si hay incertidumbre sobre cómo tratar determinada conducta, puede darse efecto a esta incertidumbre seleccionándose solo parte de la conducta, a título provisorio, desde que eso sea hecho de forma racional. Este es el llamado principio de provisoriedad. Por ejemplo, un tribunal puede creer que determinado entendimiento falló substancialmente en cuanto a la congruencia social y a la consistencia sistémica y, todavía así, puede no ser correcto de que su creencia lo es. El tribunal puede, entonces, identificar correctamente una distinción inconsistente como paso provisorio hasta la revocación total (*full overturning*). Alternativamente, un tribunal puede formular correctamente una excepción a un nivel de generalidad abajo del necesario para que la excepción quede totalmente de acuerdo con los principios, como paso provisorio a la generalización completa. Por ejemplo, al depararse con una promesa de depósito confiable a comienzos del siglo XX, un tribunal podría haber hecho una excepción a la regla de que promesas de donación eran inejecutables, pero limitando la excepción a las promesas de depósito, porque todavía no estaba suficientemente seguro para formular un principio amplio de confianza. Un tribunal que aplica el principio institucional de provisoriedad actúa con integridad e insomnía a pesar de la regla adoptada ser inconsistente ante el cuerpo del sistema jurídico vigente” (En el original: “There are other and stronger reasons that justify the practice of inconsistent *distinguishing*. To begin with, a court may properly decide that if it is uncertain about how given conduct should be treated it may give effect to its uncertainty by carving

distinción, por tanto, es compatible con los principios que gobiernan el modo cómo los precedentes son instituidos y modificados por las Cortes. Sin embargo, es inconsistente a la luz de las razones del precedente conjugadas con las de la distinción, padeciendo de irracionalidad. Ahora, no hay racionalidad en retirar el alcance del precedente solo a las promesas de depósito, cuando confiables también pueden ser las promesas de donación.

Obsérvese, también, la sùmula 691. Como la decisión que admitió el *habeas corpus*, en virtud de manifiesta ilegalidad, toma en consideración otra circunstancia, el problema es saber si esta nueva circunstancia, considerada a la luz del entendimiento que se formó posteriormente, guarda consistencia con las razones que llevaron al Supremo Tribunal Federal a no admitir el conocimiento del *habeas corpus* en la hipótesis de decisión desestimatoria de cautelar de *habeas corpus* proveniente del Tribunal Superior.

No parece que el entendimiento de no admitir el *habeas corpus* en tales casos, haya tenido la intención de eliminar el poder del Supremo Tribunal Federal de actuar para dar tutela efectiva al derecho de la libertad, ni, mucho menos, que esté fundado en razones antagónicas al principio de la efectividad de tutela juris-

out only a portion of the conduct, on a provisional basis, provided the line it carves is rationally related to the purpose. Call this the institutional principal of provisionality. For example, a court may believe that a doctrine substantially lacks social congruence and systemic consistency and yet may not be confident that its belief is correct. The court may then properly draw an inconsistent distinction as a provisional step toward full overturning. Alternatively, a court may properly formulate an exception at a level of generality below that necessary for the exception to be fully principled, as a provisional step toward full generality. For example, a court faced with a relied-upon bailment promise in the early twentieth century might have made an exception to the rule that donative promises were enforceable, but limited the exception to bailment promises, because it was not yet sufficiently confident to formulate a broad reliance principle. A court that applies the institutional principle of provisionality acts with integrity and evenhandedness although the rule it adopts is inconsistent with the body of present law"). Cf. EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 139.

diccional. Así, la distinción hecha para garantizar la efectividad del *habeas corpus* en caso de detención manifiestamente ilegal, posee consistencia con los valores que inspiran la sùmula. En verdad, la falta de limitación del ámbito de incidencia de la sùmula es la que haría desaparecer su propia justificación, impidiendo, en ese caso, su irremediable cancelación. Así, la distinción es inconsistente, alejándose, de este modo, de la técnica de la distinción inconsistente.

Nótese, también, que la consistencia entre distinciones no se confunde con compatibilidad entre resultados. Se afirma que la más interesante y sutil forma de *distinguishing* es aquella en que la Corte deja de lado un precedente para, en razón de la presencia de un mayor número de hechos materiales, editar una regla particular²²⁸. En este caso, la Corte se coloca frente a otro caso —una vez que el caso tiene otros hechos materiales—, aunque llegue al mismo resultado obtenido en el caso anterior. Aunque los resultados alcanzados sean aparentemente iguales, la *ratio decidendi* es restringida o limitada, pues la primitiva *ratio* ahora exige otro hecho material, aplicándose a menor número de casos. Hay pequeña corrección de la primitiva *ratio decidendi*, necesaria para acomodar un nuevo hecho material y, de esa forma, caso distinto.

Todavía, este *distinguishing* es solo posible cuando el nuevo hecho no es incompatible con el resultado al que se llegó en el precedente. Pero ¿qué hacer en la situación inversa, o sea, en la situación en que no se está frente a un nuevo hecho al reclamar la decisión instituida para caso diverso, pero sí en el caso que, aparentemente, es semejante, pero requiere no solo acomodar la *ratio decidendi*, sino también de decisión diversa?

Es cierto que esa cuestión solo puede surgir cuando no se está frente al caso semejante, sino al caso que solo parece semejante. El caso, en otras palabras, debe admitir distinción en relación de aquel que dio origen al precedente. Todavía, aunque se esté frente a un caso diferente, la distinción es hecha para justificar la no aplicación del precedente.

²²⁸ DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 115.

Ahora bien: en la hipótesis en que se quiere la limitación del ámbito de incidencia del precedente, se utiliza el *overriding* y las distinciones inconsistentes. Así, cabe analizar si todavía existe espacio para el *distinguishing* o si, en verdad, el *distinguishing* está incluido en el propio *overriding*.

Aunque el *overriding* no signifique revocación, este, del mismo modo que el *overruling*, es incompatible con el entendimiento anterior. Las decisiones tomadas en el *overriding* y en el precedente anterior son contradictorias. O mejor, el fundamento del *overriding* es contradictorio en relación al fundamento del precedente. El *overriding* evidencia, en virtud de su fundamento, que el entendimiento anterior está revocado, aunque no realiza el *overruling* (la revocación formal)²²⁹.

Como es visto, se afirma que el resultado al que se llega en el *distinguishing* debe ser compatible con el resultado del precedente. Cuando se hace *distinguishing* para extender el ámbito de incidencia del precedente a otro caso, los resultados concretos de uno y otro son totalmente compatibles. Resulta que esto tiene validez solo cuando el *distinguishing* es limitado a las hipótesis en que se extiende el ámbito de incidencia del precedente al caso, en prin-

²²⁹ “El *overriding* como forma de revocación se asemeja a la *transformation* en cuanto al hecho de que la Corte, como característica, no anuncia que alguna revocación está ocurriendo. Se asemeja al *overruling* en cuanto a la imposibilidad de conciliación de la nueva regla con los resultados pasados. Difiere de ambos, *overruling* y *transformation* porque la revocación es frecuentemente apenas parcial. En algunos casos, entre tanto, el *overriding* influencia tanto el entendimiento revocado que este acaba siendo substituido. Esta versión extrema del *overriding* es llamada, algunas veces de *overruling* implícito” (En el original: “Overriding as a form of overturning resembles *transformation* in that the court characteristically does not announce that any overturning has occurred. It resembles *overruling* in that the new rule cannot be reconciled with the old results. It differs from both *overruling* and *transformation* in that the overturning is frequently only partial. In some cases, however, the ambit of the *overruling* principle may so swamp the overridden doctrine that the latter is effectively displaced. This extreme version of overriding is sometimes referred to as implied *overruling*”). EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 136.

cipio por el no abarcado, o sea, un caso distinto. Por el contrario, cuando se hace distinción para limitar el ámbito de incidencia del precedente, excluyéndose de él al caso bajo juzgamiento, el nuevo resultado es compatible con el segundo, ya que el precedente, tal como está puesto, lo niega.

La distinción hecha para limitar el alcance del precedente hace surgir resultados incompatibles. Considérese, por ejemplo, la distinción que se hace para no aplicar el precedente a las promesas de donaciones confiables o aquella otra, elaborada para permitir la revisión de acuerdos con base en el principio de la *unconscionability*, desde que presentan ciertos tipos de injusticias.

No hay duda de que, cuando hay incompatibilidad entre los resultados, no existe diferencia entre el *distinguishing* y el *overriding*. Ambas técnicas, más allá de eso, se sustentan en entendimientos posteriores. Además, tanto una como otra técnica, en principio, deben basarse en situaciones no tratadas en los precedentes.

Recuérdese, sin embargo, que Eisenberg justifica el *overriding* mismo cuando las Cortes ya pensaron en las situaciones que, más tarde, dieron origen a decisiones que limitaron el alcance del primitivo precedente. Observa el profesor de la Universidad de California que, en la práctica, cuando un tribunal revoca parcialmente un entendimiento establecido, en general lucha con los mismos tipos de situaciones tratadas en los precedentes, advirtiendo que, en el caso de las promesas de donación, ya se decidía, incluso antes del *Restatement* del inicio de los años 30, y, por tanto, del surgimiento del nuevo entendimiento, que el hecho del promitente de confiar en la promesa no tornada exigible, y que, en el caso de negación de la revisión de acuerdos, los tribunales ejecutarán acuerdos que no resistirían frente al principio de la *unconscionability*²³⁰.

O sea, se admite en los Estados Unidos, la limitación del alcance del precedente mediante su revocación parcial implícita. Eso no quiere decir que no se pueda tener una distinción en que

²³⁰ Idem, p. 134.

la situación que le da sustento no haya sido considerada en el precedente. En este caso existiría un *overriding* puro. Por tanto, los hechos deben ser nuevos, o sea, posteriores o no pertenecientes al caso anterior.

Sin embargo, como se admite el *overriding*, visto como revocación parcial del precedente, como técnica legítima de trabajo con los precedentes, sería posible pensar que no hay razón práctica relevante para saber si la limitación del alcance del precedente está fundada solo en un entendimiento posterior o está, además, basada en una situación anteriormente no considerada.

En verdad, como el propio Eisenberg confiesa que, en caso de *overriding*, los tribunales generalmente analizan situaciones ya tratadas en el precedente, la distinción entre el *overriding* y el *distinguishing* podría estar en la circunstancias de que, en el *distinguishing*, no hay cómo admitir el tratamiento de situaciones ya discutidas en el precedente, al contrario de lo que ocurre en el *overriding*.

Sin embargo, parece que la diferencia también está en otro lugar. En el *distinguishing*, al mismo tiempo que se revoca parcialmente el entendimiento anterior, se intenta preservar el resto del precedente. No se está socavando el precedente, de modo a hacerlo desaparecer en etapas, como muchas veces se hizo con el *overriding*.

Basta ver que, frente a las Súpulas 691, 634 y 266, antes analizadas, jamás se pretendió debilitar el entendimiento consolidado al preparar el camino para su cancelación. A la inversa, se dejó claramente aislada una situación excepcional en que la súpula no debería incidir. Recuérdese que el ministro Gilmar Mendes, en el juicio que trató de la incidencia de la Súpula 691, ha querido subrayar que el Supremo Tribunal Federal estaba “poniendo una advertencia en la súpula objeto de discusión”²³¹.

Nótese, por ejemplo, que la decisión que admitió el *habeas corpus*, con base en una manifiesta detención ilegal, es compatible con

²³¹ STF, Pleno, HC 85.185-1, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01.09.2006.

el entendimiento de que no compete al Supremo Tribunal Federal conocer del *habeas corpus* impetrado contra la decisión del relator que, en el *habeas corpus* requerido al Tribunal Superior, rechazó la cautelar. Las razones que sustentaron la decisión que admitió el *habeas corpus* en caso de manifiesta ilegalidad no niegan aquellas que hicieron surgir la tesis de que el Supremo Tribunal Federal no debe admitir el *habeas corpus impetrado contra la decisión del relator que, en habeas corpus* requerido al Tribunal Superior, el rechazó la medida cautelar. Las razones del nuevo entendimiento evidencian una situación particular, cuyo tratamiento no debe quedar subordinado a las razones de la sùmula. Ambas razones, así, conviven armónicamente, son compatibles. Las razones de la decisión tomada posteriormente a la sùmula dicen relación a una y otra situación, merecedora de protección diferenciada.

4.6 La cuestión de los “casos conflictivos” en el Tribunal Superior de Justicia

Hace mucho tiempo se conoce el recurso que, para ser admitido, requiere la demostración de que la tesis adoptada por el tribunal ordinario diverge de aquella afirmada por otro tribunal de la misma jerarquía o por el tribunal superior. Ya era así en la Constitución anterior con el recurso extraordinario, cuyo presupuesto para su admisión estuvo fundado en la divergencia jurisprudencial.

Teniendo en cuenta que el *distinguished* es expresamente utilizado por el Supremo Tribunal Federal y que, en virtud de la atribución del efecto vinculante a sus decisiones, incluso las tomadas en recurso extraordinario, se convive naturalmente con los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta* en la Corte Suprema, no hay razón para tratarse de la cuestión de la divergencia jurisprudencial en el recurso extraordinario. Interesa a la cuestión, eso sí, cuando es colocada frente al recurso especial, toda vez que, aunque la Constitución expresamente atribuya al Tribunal Superior de Justicia la función de definir la interpretación de la ley federal y que el recurso especial, por mera consecuencia, tenga como uno de sus requisitos de admisión la demostración de que la tesis

adoptada por el tribunal diverge del entendimiento establecido por otro tribunal o del ya afirmado por el Tribunal Superior de Justicia, todavía no se presta atención al concepto de *ratio decidendi* o fundamentos determinantes y la técnica del *distinguishing* en este tribunal superior.

No obstante, se pretende evidenciar que los conceptos de “divergencia jurisprudencial”, “similitud fáctica y jurídica de los casos confrontados”, “paradigma acordado” y “confrontación analítica entre los fundamentos de decisiones” pueden contribuir al esclarecimiento de dos puntos que, cuando conjugados, tienen importancia insospechada. Es que, aunque se exija la confrontación de casos para admitirse el recurso especial, y por eso se pueda identificar y diferenciar el precedente, así como extender o limitar su alcance, no se extrae de esta técnica su mayor beneficio e importante efecto, que es el de dar énfasis a la propia función constitucional del Tribunal Superior de Justicia, la cual es dar unidad al derecho federal. El art. 105, III c, de la CF dice que compete al Tribunal Superior de Justicia “juzgar, en recurso especial, las causas decididas, en única o última instancia, por los Tribunales Regionales Federales o por los tribunales de los Estado del Distrito Federal y Territorios, cuando la decisión recurrida: (...) c) *De a la ley federal interpretación divergente de la que le haya atribuido otro tribunal*”.

De acuerdo con el art. 541, párrafo único, del CPC, “cuando el recurso se funda en decisión jurisprudencial, el recurrente probará la divergencia mediante un certificado del repertorio de jurisprudencia, oficial o acreditado, incluso por medios electrónicos, en que haya sido publicada la decisión divergente, o aun por la reproducción del juzgado disponible en internet, con indicación de la respectiva fuente, *mencionando, en cualquier caso, las circunstancias que identifiquen o asemejen los casos confrontados*”. A su vez, el Reglamento Interno del Tribunal Superior de Justicia, en su art. 255, § 2.º, afirma que, “en cualquier caso, el recurrente *deberá transcribir las partes de los acuerdos que configuren la decisión, mencionando las circunstancias que identifiquen o asemejen los casos confrontados*”.

Cuando se alega divergencia jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia, deja claro que el mero destaque del paradigma de la decisión unido al contenido íntegro del acuerdo apuntado como divergente son insuficientes para conocer del recurso especial²³². O sea, se evidencia que no basta apuntar la existencia de una decisión distinta, sino que hay que demostrar que esta decisión tiene un sentido realmente diverso.

La divergencia jurisprudencial, en otras palabras, debe ser comprobada por el recurrente²³³. Y debe ser comprobado mediante la demostración de las circunstancias que asemejan los casos confrontados, al exigir la indicación de la similitud fáctica y jurídica entre los casos²³⁴. Se requiere, por tanto, una transcripción de fragmentos de los acuerdos confrontados que evidencien la interpretación divergente atribuida a la ley. Como dice el Tribunal Superior de Justicia, “la divergencia jurisprudencial debe ser comprobada, correspondiendo a quien recurre, demostrar las circunstancias que identifican o asemejan los casos confrontados, con indicación de similitud fáctica y jurídica entre ellos. Es indispensable la transcripción de fragmentos del relato y del voto de los acuerdos recurridos y el paradigma, realizándose el cotejo analítico entre ambos, con la intención de caracterizar bien la interpretación legal divergente. El no respetar esos requisitos legales y reglamentarios (art. 541, párrafo único, del CPC y art.

²³² Así, por ejemplo, STJ, 2.ª T., AgRg no REsp 1106269, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 18.09.2009.

²³³ V. SALOMÃO, Luis Felipe. Breves anotações sobre a admissibilidade do recurso especial. *Revista de Processo*, vol. 172, p. 235 y ss.

²³⁴ Para la configuración de la divergencia jurisprudencial, el Superior Tribunal de Justicia exige la demostración de la similitud de los casos confrontados. Ver: REsp 332.590, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 19.11.2001, p. 00268; REsp 316.052, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 29.10.2001, p. 00204; ADREsp 221.358, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 22.10.2001, p. 00318; AGA 304.683, rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 08.10.2001, p. 00203; AGA 316.486, rel. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 17.09.2001, p. 00158; AgREsp 146.142, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 20.08.2001, p. 00425.

255 del RISTJ) impide el conocimiento del recurso especial, con base en la línea c del inciso III del art. 105 de la CF²³⁵.

Es claro que la confrontación entre el acuerdo recurrido y la decisión dictada por otro tribunal de la misma jerarquía, al ser analizado por el Tribunal Superior de Justicia, no se confunde con el *distinguishing* propiamente dicho, toda vez que este se presenta para el tribunal que tiene el caso en manos para juzgarlo y analizar la procedencia de la adopción de su propio precedente —o de otro, afirmado por el tribunal superior— y no para verificar si la decisión recurrida es distinta de la dictada por otro tribunal.

Tal confrontación es necesaria solo para la admisión del recurso especial, o mejor, para que el Tribunal Superior de Justicia tenga oportunidad de pronunciarse sobre la divergencia en la interpretación de la ley federal. Delineada la divergencia, y así admitido el especial, surge al Tribunal Superior de Justicia el deber de definir la interpretación de la ley federal para que sea uniformada la comprensión judicial y garantizada la unidad del derecho federal.

No es por otra razón que el recurso especial fundado en el art. 105, III, c, de la CF, es admitido cuando el recurrente demuestra que la decisión recurrida diverge de la decisión del propio Tribunal Superior de Justicia. Así, por ejemplo, la Ministra Nancy Andrighi al decidir monocráticamente el REsp 450659, argumentó que *“la supuesta discrepancia con lo acordado por esta Corte, que versa sobre revisión de contratos extintos, no fue debidamente caracterizada pues el paradigma analizó la situación en que había prueba de la continuidad de la relación negocial, algo que ni siquiera fue discutido en la decisión de alzada combatida. Así, no estando configurada la similitud fáctica entre los casos confrontados, están ausentes los presupuestos mencionados en los arts. 541, párrafo único, del CPC, y 255, § 2.º del RISTJ”*²³⁶.

²³⁵ STJ, 2.ª T., REsp 550063, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 23.04.2010.

²³⁶ STJ, REsp 450659, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 03.10.2002. Ver, todavía, EDcl no REsp 374383, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 04.04.2002.

En casos como este —jugado por la ministra Nancy Andrich— es que se puede acercarse al *distinguishing*. En estas hipótesis, el Tribunal Superior de Justicia analiza si la decisión recurrida diverge del precedente de su autoría, aportando, técnicamente, como decisión capaz de evidenciar la “divergencia jurisprudencial”. Nótese que, si incumbe al Tribunal Superior de Justicia definir la interpretación de la ley federal, es poco más que evidente que sus precedentes no pueden ser reducidos a muestras de “jurisprudencia divergente”.

Los precedentes del Tribunal Superior de Justicia, para justificar una utilización seria de la técnica del *distinguishing*, deben ser analizados como decisiones que, si no se respetan, son naturalmente sobrepuestas a aquellas de los tribunales ordinarios — excepto, es claro, cuando presente los requisitos excepcionales para la propia revocación del precedente.

No basta exigir la demostración de las circunstancias que asemejen los casos y la confrontación de la decisión recurrida con el precedente, cuando no se procura con eso, hacer valer las razones de decidir del tribunal. Aproximar los casos, demostrando su semejanza, así como evidenciar que la decisión recurrida, tratando de un caso semejante, divergió del Tribunal Superior de Justicia, no debe servir simplemente para permitir al recurrente obtener el triunfo de la causa, sino para dar a la Corte la oportunidad de hacer valer la autoridad de sus precedentes y preservar la uniformidad de la interpretación de la ley federal.

Esto quiere decir que no hay cómo dar el mismo significado a la constatación de la divergencia con otro tribunal ordinario y la verificación del no respeto al precedente del propio Tribunal Superior de Justicia. En verdad, cuando el Tribunal Superior de Justicia se enfrenta con una decisión que se aparta del precedente de su autoría, no hay propiamente “divergencia jurisprudencial”. Bien vistas las cosas, divergencia jurisprudencial solo puede existir entre tribunales de igual jerarquía, y no entre un tribunal ordinario y aquel a quien incumbe unificar la interpretación de la ley federal, velando por la unidad del derecho federal en el país. Un tribunal de Justicia o regional federal no diverge del Tribunal Superior de Justicia, pero no respeta la autoridad de sus decisiones.

La costumbre y la falta de esa percepción hizo surgir, lamentablemente, la idea de “divergencia” entre la decisión del tribunal de origen y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia —como si tales tribunales estuviesen en un mismo plano—, cuando, en realidad, el recurso especial debe ser admitido, en esta situación, en virtud de la decisión del tribunal ordinario de tener afrontado el precedente del Tribunal Superior.

La necesidad de respeto a los precedentes del Tribunal Superior de Justicia deriva lógica y naturalmente de la función que le es atribuida por la Constitución. Le cabe, como es sabido, uniformar la interpretación de la ley federal y proteger y garantizar la unidad del derecho federal en el País. Así, bordea lo absurdo suponer que un tribunal estatal o regional federal pueden divergir de él. Estos tribunales son absolutamente subordinados y vinculados al entendimiento del Tribunal Superior de Justicia. Pensar diferente es simplemente negar la Constitución Federal, las funciones de este Tribunal Superior y la posibilidad de tener una orden jurídica coherente y respetada por los justiciables.

La afirmación de la función constitucional del Tribunal Superior de Justicia exige el respeto a sus precedentes, para el que son fundamentales los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*, así como la técnica del *distinguishing*. Sin duda, la asimilación de estos conceptos y la técnica es mero resultado de la preservación de la autoridad de los precedentes, toda vez que no hay cómo comprenderlos y utilizarlos adecuadamente sin tales instrumentos. O sea, la real y fructífera utilización de la técnica del *distinguishing* depende de la atribución de autoridad a los precedentes, sin la cual nunca pasará de mera distinción capaz de abrir oportunidades al juzgamiento de la causa.

5. REVOCACIÓN DEL PRECEDENTE (*OVERRULING*)

5.1 Criterios para la revocación de los precedentes

Se habla en Inglaterra que los precedentes tienen una eficacia horizontal particular ante la *House of Lords* —a partir del 1 de octubre de 2009, la *Supreme Court of the United Kingdom*—, en virtud

de que son formalmente vinculantes, pero sujetos a *ouerruling*. En últimas décadas, la *House of Lords* no revocó más de un precedente al año, a pesar de haber ejercido el poder del *ouerruling* en casos muy importantes, tanto en el ámbito del derecho privado como en el dominio del derecho público²³⁷.

Esta idea de una “*qualified doctrine of horizontal bindingness*”²³⁸ se deriva de la circunstancia de no tener claro que la eficacia vinculante u obligatoria no es incompatible con el *ouerruling*.

No es por esta razón de tener poder para revocar sus propios precedentes que la Corte puede revocarlos a una distancia de circunstancias especiales, como si en todo instante pudiese revisar la misma cuestión jurídica. Como ya se ha dicho, no hay ningún sentido en tener poder para elaborar precedente y no tener el deber de respetarlo. Recuerde que la Suprema Corte americana, a pesar de venir ejerciendo su poder de *ouerruling* de modo más bien intenso, es siempre acusada cuando revoca precedentes sin criterios razonables.

Por tanto, si es cierto que el sistema de precedentes que no admite el *ouerruling* no tiene ya lugar, una vez que impide el des-envolvimiento del derecho²³⁹, tampoco hay cómo pensar que la

²³⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Ob. cit., p. 329.

²³⁸ Idem, ibidem.

²³⁹ En los Estados Unidos, hace mucho que son enfatizadas “las posibilidades de cambio y desarrollo en el derecho que son ofrecidas por la revocación de precedentes en situaciones apropiadas. En las palabras del Justice Field: ‘Es más importante que la Corte esté en lo correcto sobre las consideraciones posteriores y más elaboradas sobre los casos, en lugar de coherente con las declaraciones anteriores’. El Justice Cardozo observó que ‘todo el tema de la jurisprudencia es más plástico, más maleable, las formas son menos definidas, los límites entre lo correcto y lo equivocado menos previsibles y constantes de lo que la mayor parte de nosotros... está acostumbrada a creer’” (En el original: “Jurists have emphasized the possibilities for change and growth in the law that are offered by overturning precedent in appropriate instances. In the words of Justice Field: ‘It is more important that the court should be right upon later and

posibilidad de revocar precedentes es excluyente de la eficacia horizontal de los precedentes o de la obligatoriedad del respeto a las propias decisiones. No hay sistema de precedentes cuando las cortes superiores no se someten a criterios especiales para revocar sus precedentes. Y es exactamente esta sumisión a criterios lo que caracteriza la eficacia horizontal en el derecho contemporáneo.

De modo que el problema de la eficacia horizontal de la revocación de los precedentes es de los criterios que orientan a los tribunales para hacerlo. Para la comprensión de estos criterios, resulta más apropiado considerar la doctrina estadounidense y algunos ejemplos derivados de casos decididos por las cortes americanas.

Afirma Melvin Eisenberg que un precedente está en condiciones de ser revocado cuando deja de corresponder a los patrones de congruencia social y consistencia sistémica y, al mismo tiempo, a los valores que sustentan la estabilidad —básicamente los de la igualdad, de la confianza justificada y la prohibición de la sorpresa injusta²⁴⁰— fundamentos más de su revocación que de su preservación²⁴¹.

more elaborate consideration of the cases than consistent with previous declarations'. Justice Cardozo observed that 'the whole subject matter of jurisprudence is more plastic, more malleable, them olds less definitively cast, the bounds of right and wrong less preordained and constant, than most of us ... have been accustomed to believe'"). KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 55.

²⁴⁰ Déjese claro, no obstante, que Eisenberg, al aludir a los valores de estabilidad, también se refiere a los valores de la *replicability* y del *support*. De acuerdo con Eisenberg, un precedente debe ser revocado (*overruled*) si (i) falló substancialmente en satisfacer los patrones de congruencia social y consistencia sistémica y (ii) los valores que sustentan el patrón de estabilidad jurisprudencial y el principio del *stare decisis* — valores de isonomía, protección de la confianza justificada, prevención de la sorpresa injusta, "repetitividad" y "fundamentación" — no sirvieron mejor a la preservación del precedente de lo que a su revocación. EISENBERG, Melvin. Op. cit, p. 104.

²⁴¹ Idem, p. 104 y ss.

Un precedente deja de corresponder a los patrones de congruencia social cuando pasa a negar proposiciones morales, políticas y de la experiencia. Estas proposiciones aparecen en el razonamiento del *Common law* exactamente cuando se muestran relevantes para la elaboración, para la aplicación o para el cambio de un precedente. Las proposiciones morales determinan una conducta como cierta o errada a partir del consenso moral general de la comunidad; las proposiciones políticas caracterizan una situación como buena o mala frente al bienestar general y las proposiciones de experiencia dicen relación con el modo cómo el mundo funciona, siendo que la mayor clase de esas últimas proposiciones describe las tendencias de conductas seguidas por subgrupos sociales²⁴².

La Corte debe utilizar proposiciones morales ancladas en las aspiraciones de la sociedad como un todo, así como emplear proposiciones de contenido político que reflejen una situación como buena para la generalidad de la sociedad. Estas proposiciones, dentro de una adecuada metodología, deben ser vistas como substancialmente fundadas en la comunidad, derivadas de normas morales o políticas que tienen esta base o parece que tienen tal fundamento. Del mismo modo, las proposiciones de la experiencia, así como las de la moralidad y de la política, deben tener anclaje social. Sin embargo, a diferencia de las dos últimas, no necesitan tener base en la generalidad de la comunidad. Es que las proposiciones de la experiencia pueden tener relación con asuntos técnicos, de interés y conocimiento de pocos, debiendo así, encontrar fundamento en otro lugar, como en pareceres o en opiniones de especialistas²⁴³.

De otra parte, el precedente no tiene consistencia sistémica cuando deja de guardar coherencia con otras decisiones. Esto ocurre cuando la Corte decide mediante distinciones inconsistentes, llegando a resultados compatibles con el precedente, pero fundados

²⁴² Idem, p. 14, 26 y 37.

²⁴³ Idem, p. 14, 28 y 39.

en proposiciones sociales incongruentes; y cuando la Corte, a pesar de tratar situaciones diversas, decide con base en proposiciones sociales incompatibles con las que fundamentaron el precedente.

Cabe señalar que tanto la ausencia de congruencia social, como la falta de consistencia sistémica en general son demostradas por la doctrina, cuya vigorosa y puntual crítica posee importancia insospechada para quien no está familiarizado con los precedentes obligatorios. La crítica doctrinaria no solo permite la individualización de los precedentes que se revisten de algún o ambos defectos, sino también presenta los argumentos que los evidencian, dejando a la clase de abogados adecuadamente informada acerca de la fuerza actual de uno determinado. La información de los abogados es uno de los elementos de gran importancia para no caracterizar los fundamentos para la preservación del precedente, pues elimina las alegaciones de confianza justificada y de prohibición de sorpresa injusta.

La revocación de un precedente depende de la adecuada confrontación entre los requisitos básicos para el *overruling* —o sea, la pérdida de congruencia social o el surgimiento de inconsistencia sistémica— y los criterios que determinan las razones para la estabilidad o para la preservación del precedente —básicamente la confianza justificada y la prevención contra la sorpresa injusta—.

Eisenberg coloca esta relación en la dimensión de lo que él llama *jagged doctrines* —esto es, entendimientos o precedentes controvertidos—. Los precedentes controvertidos cumplen la primera condición para el *overruling*, pues son socialmente incongruentes y, en virtud de eso, acaban sujetándose de excepciones inconsistentes, dado que se tornan inconsistentes con otros precedentes. O sea, los precedentes controvertidos son socialmente incongruentes y, por eso, se tornan sistemáticamente inconsistentes, sea en razón de su inconsistencia con las excepciones, sea en virtud de su inconsistencia con otros precedentes²⁴⁴.

²⁴⁴ “Los entendimientos controvertidos completan la primera condición del principio básico del *overruling*. Ellos son socialmente incongruentes; es por eso que pasan a sujetarse a excepciones inconsistentes. Son sistemá-

Además, tratándose del precedente controvertido, los valores de estabilidad más bien justifican su revocación que su preservación²⁴⁵. Si la preservación del precedente controvertido puede llevar al tratamiento igualitario de los casos de hoy y de ayer —lo cual es discutible, pues la alteración de las proposiciones sociales aplicables puede exigir el cambio del resultado exactamente para permitir igualdad de trato—, la preservación del precedente controvertido resultará en la inconsistencia de resultados entre los casos presentes. En la hipótesis de excepciones inconsistentes es cierto que los resultados darán tratamiento desigual a las partes de los casos en que el precedente se aplica y a las partes de los casos en que ocurrieran distinciones inconsistentes²⁴⁶.

Para demostrar mejor esa compleja relación entre los principios básicos —o, mejor dicho, primarios y no suficientes— del *overruling* y los valores de estabilidad, Eisenberg hace referencia a la historia del precedente de la exención de responsabilidad de las instituciones de caridad, conocida en el derecho estadounidense como “*charitable-immunity doctrine*”. Antes de los años 40 del siglo pasado, había una regla que afirmaba la inmunidad de las situaciones de caridad ante la responsabilidad por daños. Argumentó: (i) la concesión de la indemnización fuera del fondo de caridad podría violar el propósito de la fundación (generalmente conocida como “*the trust-fund theory*”), ii) el principio de la responsabilidad indirecta era aplicable solamente a las instituciones con fines de

ticamente inconsistentes, en parte, por causa de la inconsistencia entre el entendimiento y las excepciones y, en parte, porque en razón de su incongruencia social, son inconsistentes con otros entendimientos” (En el original: “*Jagged doctrines meet the first condition of the basic overruling principle. They are socially incongruent; that is why they have become subject to inconsistent exceptions. They are systemically inconsistent, partly because of the inconsistency between the doctrine and the exceptions and partly because by reason of their social incongruence, they are inconsistent with other doctrines*”). Idem, p. 105.

²⁴⁵ LEDERMAN, Howard Yale. Judicial overruling. *Michigan Bar Journal*, Lansing, vol. 83, set. 2004.

²⁴⁶ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 106.

lucro iii) los destinatarios de la caridad desistirían del servicio o asumirían el riesgo del daño, y iv) la imposición de responsabilidad a la organización de caridad disiparía sus fondos y privaría a las personas que de ella se favorecen y al público en general de los beneficios de la caridad, juego que desalentaría las contribuciones. Estas razones incluían varios motivos implícitos, derivados de la moral, de la política y de la experiencia, que prevalecían a la época en que fue establecido el precedente de inmunidad de las instituciones de caridad. Se entendía fundamentalmente que las instituciones de caridad, por ser económicamente frágiles, no pueden asumir pretensiones de indemnización, además de ser fundamentales para la sociedad en una época en que los programas gubernamentales de bienestar social eran escasos²⁴⁷.

Por los años 50 del siglo XX, con la pérdida de fuerza de las razones que justificaron el precedente, este pasó a ser ampliamente criticado en la doctrina. De los principales argumentos pueden derivarse los siguientes: i) los donantes no tenían o no manifestaban la intención de que los fondos no fuesen utilizados para indemnizar los daños causados por las instituciones de caridad y no había ningún fundamento que sustentara que el principio de responsabilidad por actos de representantes fuese aplicable solo a las instituciones con fines de lucro, ii) el desarrollo de los seguros de responsabilidad eliminó el temor de que las indemnizaciones pudiesen disipar los fondos de caridad y privar a las personas y a los beneficiarios de sus servicios, así como desalentar las contribuciones. Lo más importante, sin embargo, es que las instituciones de caridad dejaron de ser organizaciones pequeñas y sin poder económico, tornándose en empresas económicamente fuertes y bien administradas. Quedó claro, ante eso, que la circunstancia de responder por sus daños, lejos de poder agotar su capacidad económica o perjudicar a sus beneficiarios, sería indispensable para no dejar en desamparo a los perjudicados por sus actos. Del pequeño hospital, presente en la comunidad pobre, el paradigma pasó a ser el complejo médico urbano, con un presupuesto de

²⁴⁷ Idem, *ibidem*.

decenas o cientos de millones de dólares, administrado por profesionales competentes, siendo difícil distinguirlo, en términos organizacionales, de una empresa de negocios²⁴⁸.

La falta de congruencia social del precedente, luego de explicitada por la doctrina, pasó a generar excepciones inconsistentes. Así, por ejemplo, la Corte de Nueva York decidió que la institución de caridad no tenía responsabilidad en caso en que fuera administrada una bolsa de agua caliente de forma inapropiada, pero entendió ser ella responsable en caso en que la bolsa de agua caliente fuera dejada por un tiempo superior al debido sobre el paciente. También dijo haber distinción entre transfusión de sangre para el paciente equivocado y transfusión de sangre equivocada al paciente correcto; entre el caso en que se utilizó una aguja mal esterilizada para una inyección a aquel en que se dio una inyección de manera inapropiada; y entre dejar de colocar a los aparadores en una cama de hospital y la conducta del médico de dejar de determinar el uso de esos aparadores. Se trató de distinguir los actos de la administración del hospital y los actos de responsabilidad del médico, siempre que decidir que la inmunidad de la institución de caridad abarcaría solo los actos de responsabilidad médica. La Corte de Ohio sostuvo que un miembro de una Iglesia que, después del culto, sufrió una caída al dirigirse al local en que eran vendidos artículos religiosos no tenía derecho a indemnización, pero cuestionó si la inmunidad sería aplicable ante un acción entablada por el miembro de una Iglesia que participó de una cena pagada donde se desarrollaba un bazar para recaudación de fondos para la Iglesia. La Corte de Missouri definió que la inmunidad impedía la acción por daños en relación a un predio adquirido y mantenido para la caridad, del cual ocupaba un parte y arrendaba otra, pero la inmunidad no fue aplicada ante un predio que la institución de caridad adquirió y mantenía, pero que no ocupaba, a pesar de que sus ingresos fuesen gastos únicamente en sede de la institución para caridad. La inconsistencia no era clara solo frente

²⁴⁸ Idem, p. 107-108.

a esas excepciones, sino también ante casos en que se discutía la responsabilidad por daños provocados por instituciones con fines lucrativos. Se tornó inconsistente responsabilizar a un hospital privado por la acción de su médico y negar que la misma conducta del cirujano de un hospital sin fines de lucro pudiese generar igual responsabilidad. La inconsistencia se explicaba en razón de que las proposiciones sociales que, anteriormente, exceptuaban al hospital sin fines de lucro de responsabilidad ya no se aplican, debiendo ambos hospitales someterse a iguales responsabilidades²⁴⁹.

A partir de los años 40, el precedente de la inmunidad de las instituciones de caridad se tornó controvertido (*jagged doctrine*), pues era incompatible con las nuevas proposiciones sociales e inconsistente, interna y externamente, con otros entendimientos —distinciones inconsistentes y precedentes ajustados a las nuevas proposiciones²⁵⁰—.

Ante la pérdida de congruencia social y de consistencia sistémica del precedente, los fundamentos de estabilidad no pueden llegar a garantizar su preservación. Sin embargo, la preservación sustentaría la consistencia entre los resultados presentes y los

²⁴⁹ “Teniendo en vista que el entendimiento de la inmunidad de las instituciones de caridad falló substancialmente al satisfacer el patrón de congruencia social, este se tornó no solo internamente, sino, también, externamente inconsistente — esto es, el entendimiento era inconsistente no solamente con sus excepciones, sino, también, con otros entendimientos. (...) Cuando las proposiciones sociales aplicables dejaron de sustentar la proposición de que los actos lesivos de los dos tipos de instituciones eran diferentes en lo que se refiere a la responsabilidad, se tornó inconsistente mantener una institución responsable por sus actos perjudiciales y la otra no” (En el original: “Because the charitable-immunity doctrine substantially failed to satisfy the standard of social congruence, it had become not only internally but externally inconsistent — that is, the doctrine was inconsistent not only with its exceptions but also with other doctrines (...) When applicable social propositions failed to support the proposition that the tortious activities of the two types of institutions were different for liability purposes, it became inconsistent to hold one type of institution liable in tort but not the other”). Idem, p. 109.

²⁵⁰ Idem, *ibidem*.

pasados, pero dejaría en evidencia la inconsistencia entre los resultados presentes y aquellos obtenidos ante las distinciones inconsistentes (casos relacionados con la inmunidad de las instituciones de caridad) y los nuevos casos semejantes (los casos relativos a la responsabilidad de instituciones con fines de lucro). De modo que la igualdad no solo no fundamenta la preservación del precedente, sino impone su inmediata revocación.

En esta dimensión, recuerda Eisenberg que la protección de la confianza justificada en la prevención contra la sorpresa injusta, normalmente, tampoco sirve de mejor manera a la preservación de un precedente controvertido como sí a su revocación. Se sabe que una importante especie de confianza general consiste en la probabilidad de que un número significativo de personas guía sus conductas en base a un precedente. Sin embargo, la confianza injustificada, frágil o destituida de fundamentación jurídica, ciertamente no constituye argumento capaz de permitir la preservación de un precedente incongruente e inconsistente. Confianza justificada en un precedente controvertido —socialmente incongruente e inconsistente— es muy improbable²⁵¹.

Al tomar en consideración la hipótesis de que un grupo de personas podría estar confiada en un precedente controvertido, Eisenberg plantea consideraciones que merecen ser reproducidas: i) Se admite, en primer lugar, que algunos miembros de este grupo no consultarán un abogado antes de iniciar una importante negociación. Ciertamente, las personas no pueden reclamar por haber confiado en un precedente socialmente incongruente si ellas no tenían siquiera idea de su existencia. En el *Common law*, es muy difícil atribuir confianza a partir de laicos y no hay razón para proteger pronosticadores. ii) Se supone, entonces, que algunos miembros de esta clase consultaron abogados, pero obtienen consejos equivocados sobre el contenido jurídico de cuestiones acerca del estado del derecho (*the state of the law*). Aquí, nuevamente, la confianza no debe ser motivo de preocupación. No hay cómo

²⁵¹ Idem, p. 110.

atribuir relevancia, en el momento de la decisión, a la circunstancia de que algunas personas confiaran en un mal consejo. Ahora, al pensar si la confianza milita contra la revocación, poco importa el consejo que algunas personas eventualmente reciban, sin el posicionamiento que haría un jurista respetado o bien informado; iii) Supóngase, finalmente, que algunos miembros del grupo consultaron a abogados bien informados, los cuales efectivamente prestaran una de esas opiniones: a) hay un precedente que se aplica, de plano, al negocio. Entre tanto, las condiciones para la revocación de este precedente son suficientes, y, en mi opinión, el no constituye más derecho; b) hay un precedente aplicable, de plano, al negocio, pero el precedente está sujeto a excepciones inconsistentes y, a pesar de mi posicionamiento, continúa prevaleciendo y gobernando el negocio. Así, mantengo mi opinión con un grado de certeza relativamente bajo²⁵².

Analizando la última hipótesis, en que hubo consulta al abogado bien informado, concluye Eisenberg que las personas cuyos abogados informaron que las condiciones para la revocación del precedente eran suficientes, no pudieron efectuar reclamación que se basara en el precedente. Aquellos que consultaron a abogados que emitieron su parecer de que el precedente, aunque expuesto a las excepciones inconsistentes, continuaba prevaleciendo, no pudieron mantener la confianza justificada. No hay confianza sólida y jurídicamente bien fundada, cuando un precedente está sujeto a excepciones inconsistentes —especialmente, excepciones que no podrían ser vistas como coherentes— y su preservación es una fuente para dudas substanciales. Por cierto, a pesar de que la confianza puede de alguna forma ser vista como sólida y jurídicamente bien fundada, ella no está justificada cuando el precedente deja de tener congruencia con las propuestas sociales aplicables. Eso porque las personas no pueden planear sus conductas con base en un precedente que saben inconsistente con proposiciones que tienen soporte social substancial, pues en esta situación, la

²⁵² Idem, p. 110-111.

confianza no será moralmente justificada. Pero incluso las mismas personas que no conocen el derecho pueden tener determinada confianza o desconfianza en relación a cierta conducta. A partir de la percepción de que es socialmente errado o cierto, las personas pueden establecer confianza de que determinadas conductas serán sancionadas y otras no. En esa perspectiva, la preservación del precedente que dejó de tener sustento en las proposiciones morales milita contra la protección de la confianza justificada, siendo posible decir que incluso los legos esperan su revocación²⁵³.

La prevención contra la sorpresa injusta, vista como el valor reflejo (*mirror image value*) de la protección de la confianza justificada, tampoco fundamenta la preservación del precedente cuando se está ante las circunstancias antes expuestas. Cuando el precedente deja de tener congruencia social, se derivan distinciones inconsistentes y críticas doctrinarias, el *overruling* está muy lejos de poder constituir una sorpresa injusta. En estos casos, la mantención del precedente incongruente e inconsistente estaría más cerca de una sorpresa injusta que de su opuesto, ya que los que desconocían la pérdida de autoridad del precedente, de un lado, estarían apostando contra las proposiciones con soporte social, y, de otro, tendrían negadas sus expectativas razonables, basadas en la percepción de qué es socialmente errado y qué cierto.

En el caso de la inmunidad de las instituciones de caridad, la confianza justificada y la prevención contra la sorpresa injusta no constituirían obstáculo a la revocación del precedente. No habría confianza basada en el derecho que sustentase la autoridad del precedente. Al contrario, las varias distinciones inconsistentes —relacionadas a las instituciones de caridad—, así como la inconsistencia del precedente ante los otros precedentes —fundados en las proposiciones sociales aplicables— demostraban que el precedente estuvo a punto de ser derogado. Eso para no hablar de las críticas doctrinarias, precisas en apuntar su pérdida de congruencia social y de consistencia sistémica.

²⁵³ Idem, p. 111.

Incluso cuando la confianza está relacionada al seguro por daños, la situación se altera. Si era posible argumentar que las instituciones de caridad podrían dejar de tomar seguros por confiar en su inmunidad, es ciertamente improbable que ellas no tuviesen conciencia de que el precedente que las socorría había perdido sustento social, asimismo porque eso estaba reflejado en la crítica académica y las decisiones judiciales. Del mismo modo, a pesar de que, en teoría, sería posible desarrollar el valor de las primas de seguros que dependen de la inmunidad de las organizaciones benéficas, no hay que olvidar que la necesidad misma de seguro se derivó de la pérdida de autoridad del precedente de la inmunidad. En realidad, como las aseguradoras también trabajan en razón de la propia posibilidad de alteración de los precedentes, no hay racionalidad en suponer que las aseguradoras, al contratar las primas, pudiesen estar ajenas a lo que pasaba con el precedente²⁵⁴.

Por las mismas razones, la revocación del precedente de la inmunidad de las instituciones de caridad no afectaría la prevención contra la sorpresa injusta. No hay cómo pensar en sorpresa injusta cuando la doctrina de los tribunales está por demostrar la pérdida de la congruencia social y la falta de consistencia sistémica del precedente²⁵⁵.

Se teme que la revocación del precedente pueda generar inseguridad o pérdida de confianza en otros precedentes. Sin embargo, cuando los precedentes son revocados con base en criterios que también son reafirmados y respetados, se torna posible vislumbrar

²⁵⁴ Idem, p. 114.

²⁵⁵ “Lo que fue dicho sobre la confianza justificada también se aplica a la sorpresa injusta. (...) A la inmunidad le faltaba congruencia con las normas y políticas socialmente aplicables. Revocar la inmunidad no mudaría una regla de conducta primaria socialmente aceptada. Finalmente, la revocación era prevista por una serie de distinciones inconsistentes, que explicitaban la crítica al precedente realizada en la doctrina y en las decisiones de otros Estados. Por las mismas razones, las aseguradoras no serían sorprendidas negativamente y, si actuaran de forma racional, llevarían en cuenta los riesgos del *overruling* al fijar sus primas de seguros”. Idem, p. 115.

cuándo un precedente está en vías de ser revocado. Y esto ocurre exactamente cuando el precedente deja de tener sustento en las proposiciones sociales y se torna inconsistente, y, además, no hay justificación para su preservación frente a los fundamentos de la estabilidad. Un precedente controvertido generalmente es retratado en los trabajos doctrinarios y las distinciones inconsistentes evidencian su fragilidad. Tanto la crítica doctrinaria, como la judicial, son criterios de identificación de los precedentes que deben ser revocados, de modo que el *overruling*, en esas condiciones, ciertamente no elimina la confianza en los precedentes judiciales.

Se dejó claro que, a pesar de existir razones justificantes de la revocación del precedente, este puede ser preservado en virtud de los fundamentos de estabilidad, particularmente de la protección de la confianza justificada y de la prevención contra la sorpresa injusta²⁵⁶. Sin embargo, parece prudente tratar de los criterios básicos para el *overruling*, o mejor, de los criterios que justifican la revocación del precedente que todavía puede, en virtud de los fundamentos de estabilidad, ser preservado.

Se dijo que las proposiciones morales, políticas y de experiencia, debidamente ancladas en el bienestar social, con la falta de coherencia en las excepciones precedentes o precedentes otros, constituyen los criterios básicos para *hacer caso omiso*. Es preciso esclarecer, sin embargo, que la revocación no requiere la concomitancia de ambos requisitos, una vez que se puede justificar únicamente a partir de las proposiciones sociales, o mejor, de la pérdida social del precedente. Así, si por regla general, la falta de congruencia social genera inconsistencia sistémica, no es verdad que la ausencia de la congruencia social no sea suficiente para la revocación. De otra parte, con todo, no hay cómo pensar en decisiones inconsistentes cuando las proposiciones sociales que están detrás del precedente son reafirmadas en las nuevas decisiones.

La transformación de la concepción moral, política y de la experiencia es determinante de una nueva configuración del pre-

²⁵⁶ MARKMAN, Stephen. Ob. cit.

cedente. La alteración de la concepción moral general, así como las nuevas proposiciones políticas pertinentes y evolución del Estado, ciertamente pueden abrir margen a la revocación de los precedentes. Del mismo modo, incluida entre las proposiciones de experiencia, las proposiciones relacionadas a la evolución de la tecnología, fácilmente pueden hacer ver la necesidad del *overruling*.

No obstante, es imposible dejar de admitir que una nueva concepción general del derecho, igualmente, puede imponer la revocación. No se trata de inconsistencia sistémica del precedente, o sea, una concepción interior de los tribunales acerca de la superación de las proposiciones que lo justifican, expresada en excepciones inconsistentes, sino de una nueva concepción general en términos de la teoría o dogmática jurídica, que evidencia que aquello que se pensaba acerca de una cuestión o instituto jurídico se alteró. Sin embargo, para que esa nueva concepción acerca del derecho pueda justificar la revocación de un precedente, ella tiene que estar presente en los círculos académicos, esto es, en las universidades y en los trabajos doctrinarios, así como en los tribunales, frente a otros casos o ante el mismo de distinciones inconsistentes producidas en virtud de la modificación en la comprensión del derecho²⁵⁷.

Evidentemente no basta, para alterar un precedente, una nueva comprensión personal e individualizada de la cuestión de derecho. La posición de un único autor o de solo un juez no importa cuando se piensa en preservar o no un precedente. En verdad, la voluntad de la minoría, o mejor, aquello que no configura la expresión general de la comunidad jurídica, es absolutamente incapaz de interferir sobre la estabilidad de los precedentes. Por eso no es posible revocar un precedente en razón de alteraciones en la composición del órgano que juzga o del tribunal, como si el derecho pudiese variar de acuerdo al caso.

²⁵⁷ V. NELSON, *Caleb*. Ob. cit.

Además, el llamado “error” o “equivoco”²⁵⁸ capaz de justificar la revocación de un precedente en el derecho estadounidense, también debe ser evidenciado en el ambiente académico y, muy comúnmente, en los tribunales. El error que justifica el *overruling* debe ser claro, evidente, de modo que dé a la Corte la nítida idea de que la perpetuación del precedente constituirá una “injusticia”. Así, este “error”, obviamente, no tiene el mismo significado de aquél que, en un sistema extraño a los precedentes obligatorios, permite un juzgamiento en sentido contrario, en constituir la mera revelación de qué piensa el juez o el grupo de jueces de la Corte acerca de cierta cuestión jurídica²⁵⁹.

No solo la alteración en la concepción general del derecho y el “error” o “equivoco”, sino también la modificación de las proposiciones sociales, generalmente, se describen en los trabajos académicos, y en las críticas doctrinarias dirigidas a los precedentes. El trabajo de los juristas, en esta dimensión, es extremadamente importante para individualizar los precedentes al margen de la revocación, constituyendo un vehículo para la información de las clases profesionales y, así, para evitar la violación de la confianza justificada y de la garantía contra la sorpresa injusta.

Es claro que esas situaciones también pueden ser evidenciadas por los tribunales mediante distinciones inconsistentes. Estas distinciones, especialmente cuando se fundan en proposiciones sociales inconsistentes con las que subyacen al precedente, constituyen evidencias de que este será revocado en breve.

²⁵⁸ GERHARDT, Michael. Ob. cit., p. 18-19.

²⁵⁹ V. THURMON, Mark Alan. When the court divides: reconsidering the precedential value of Supreme Court plurality decisions. *Duke Law Journal*, Durham, vol. 42, nov. 1992; CAMINKER, Evan H. Sincere and strategic voting norms on multimember courts. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 67, ago. 1999; DELANEY, Sarah K. Stare decisis v. The “New Majority”: the Michigan Supreme Court’s practice of overruling precedent, 1998-2002. *Albany Law Review*, Albany, vol. 66, n. 871, 2003.

5.2 *Anticipatory overruling*

5.2.1 *Primeras consideraciones*

Se entiende por *anticipatory overruling* la actuación de las Cortes de Apelaciones estadounidenses en relación al *overruling* de los precedentes de la Suprema Corte. Se trata, en otros términos, del fenómeno identificado como anticipación a la probable revocación del precedente por parte de la Corte Suprema.

Desde 1981, las Cortes de Apelaciones, de forma excepcional, han considerado circunstancias que indican que un precedente de la Suprema Corte —en principio aplicable al caso en juzgamiento— probablemente será revocado. Eso para dejar de adoptarlo. La doctrina americana habla de revocación anticipada²⁶⁰, pero, en verdad, lo correcto sería aludir a la no aplicación del precedente en vías de la revocación por la Suprema Corte.

Las Cortes de Apelaciones utilizan como fundamentos para la anticipación: i) el desgaste del precedente por las propias decisiones de la Suprema Corte; ii) una tendencia de la Suprema Corte que permita concluir que el precedente será revocado; iii) han demostrado que la Suprema Corte está a la espera de un caso apropiado para realizar el *overruling*. Esos motivos, algunas veces, están asociados a los siguientes: i) alteración en la composición de la Suprema Corte o cambio del punto de vista personal de los *Justices*, ii) inconsistencia del precedente en relación a las decisiones anteriores de la Corte, al identificar probables equívocos; iii)

²⁶⁰ “Los precedentes de la Suprema Corte, como generalmente se presume, deberían ser siempre seguidos por las Cortes inferiores. Ocasionalmente, entre tanto, una Corte de Apelación de los Estados Unidos hace un pronóstico de que la Suprema Corte dejará de seguir uno de sus propios precedentes y anticipa la acción de la Suprema Corte, revocando el precedente” (En el original: “Supreme Court precedents, it is usually assumed, should always be followed by lower federal courts. On occasion, however, a United States court of appeals predicts that the Supreme Court will no longer follow one of its own precedents and anticipates the action of the Supreme Court by overturning the precedent”). KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 55.

percepción de que el precedente no surtió, en términos prácticos, el efecto que de él se esperaba²⁶¹.

Está en juego, frente al *anticipatory overruling*, una cuestión de gran importancia. Se trata de saber si el *stare decisis* o el sistema de precedentes obligatorios, sustentado en la sumisión de la Corte inferior ante las decisiones de la Corte que le es superior, se puede conciliar con la revocación anticipada o con la no aplicación de los precedentes que, a pesar de no ser revocados, probablemente dejaron de ser aplicados por la Suprema Corte²⁶². Cabe preguntarse, entonces, si “*the doctrine of stare decisis is flexible enough to permit anticipatory overruling by United States courts of appeals*” (la doctrina del *stare decisis* es lo bastante flexible para permitir el *overruling* anticipatorio por las Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos)²⁶³. Aunque el tema sea altamente polémico, se admite en sede doctrinaria, que la revocación anticipada pueda convivir con el *stare decisis* americano, o mejor, que esta atenuación en la autoridad de imposición de los precedentes es saludable para la propia lógica del sistema de precedentes obligatorios²⁶⁴.

No obstante, la Suprema Corte americana, al encontrarse con casos en que las Cortes de Apelaciones realizaron el *anticipatory overruling*, no trata de la legitimidad del instrumento. Se afirma que esto tal vez deriva no solo del hecho de que la cuestión nunca se ha puesto directamente a la decisión. Tal vez la Corte haya preferido no tener que optar entre prohibir o liberar la anticipación. Así, el instrumento permanecería disponible para las Cortes inferiores, pero sin un sello explícito, que, peligrosamente, podría inspirar a su diseminación o utilización discriminada. O sea, parece que

²⁶¹ Idem, p. 55 y ss.

²⁶² KELMAN, Maurice. *Anticipatory stare decisis*. *University of Kansas Law Review*, 1959, 8, p. 165 y ss

²⁶³ KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 56.

²⁶⁴ KELMAN, Maurice. *The force of precedent in the lower courts*. *Wayne Law Review*, 1967, 3, p. 17.

la Suprema Corte apostó al silencio para limitar el *overruling* anticipatorio a las circunstancias particularmente apropiadas²⁶⁵.

Esta cuestión, no extrañamente, acaba siendo importante también al sistema brasileño. Como la cuestión de la eficacia obligatoria de los precedentes, aunque fundamental para nuestro sistema, no ha tenido todavía su estudio profundo, no es poco común escuchar hablar que un sistema de precedentes obligatorios impedirá el desenvolvimiento del derecho o su acomodamiento a los nuevos tiempos, dada la necesidad de las Cortes, especialmente las inferiores, de tener que juzgar mediante una mera aplicación mecánica de los precedentes, sin poder siquiera tomar en cuenta las particularidades del caso en juzgamiento. No es preciso decir, en el estado en que se encuentra este libro, que todo eso no pasa de una lamentable falta de comprensión del modo cómo el derecho se desenvuelve en el sistema precedentalista. No solo el *distinguishing*, sino también el *overruling*, son piezas vitales en cualquier sistema de precedentes obligatorios, de modo que la idea de aplicación irreflexiva de precedentes no se condice con lo que ahora se propone para Brasil. Por eso, dado el preconceito en vincular los tribunales a los precedentes del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal, se torna oportuno dejar claro que, en hipótesis excepcionales, los propios tribunales de justicia o regionales federales pueden dejar de aplicar precedentes de los tribunales superiores, contribuyendo a la optimización del sistema y para el desenvolvimiento del derecho.

5.2.2 Fundamentos para el anticipatory overruling

Los fundamentos más importantes, apuntados por la doctrina, para el *anticipatory overruling* son: i) el desgaste del precedente; ii) las nuevas tendencias en las decisiones de la Suprema Corte; y iii) la conciencia de que la Suprema Corte está aguardando un caso apropiado para la revocación del precedente.

²⁶⁵ KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 59.

La Corte de Apelaciones puede percibir que la Suprema Corte pasó a utilizar fundamentos, en sus decisiones, que son incompatibles con aquellos que se basan en determinados precedentes. Así, el *Fourth Circuit* en *Rowe v. Peyton*, concedió *habeas corpus* contra el precedente de la Suprema Corte con el argumento de que esta desarrollara, en decisiones posteriores, un concepto más liberal y menos técnico del *writ*. Dijo que la posición de la Suprema Corte, en casos posteriores relacionados con *habeas corpus*, era completamente inconsistente con el precedente, habiendo declarado: “Esta Corte, es claro, debe seguir a la Suprema Corte, pero hay situaciones esporádicas en que las subsecuentes opiniones de la Suprema Corte tanto desgastaron al antiguo precedente, sin expresamente revocarlo, que en relación a una nueva orientación, claramente definida por la Suprema Corte, la llevaría a un resultado inconsistente con el antiguo. Nótese que, en estos casos, los fundamentos del precedente no fueron explícitamente tratados en nuevas decisiones. En verdad, los fundamentos de las nuevas decisiones, pero sin expresamente negar los fundamentos del precedente, son con ellas incompatibles, evidenciando su obsolescencia. Se percibe que, ahí, no se podría seguir hablando de un *overruling* implícito, dado que la Suprema Corte, en sus nuevas decisiones, no trató específicamente de los fundamentos del precedente. Decisiones de la Suprema Corte con fundamentos incompatibles a aquellos que sustentan su precedente generan su desgaste, permitiendo, así, el *anticipatory overruling* por parte de las Cortes de Apelación²⁶⁶.”

Situación un poco diversa ocurre cuando la Corte de Apelación toma en consideración una tendencia jurisprudencial de la Suprema Corte. En este caso, el precedente no es minado (*undermined*) o desgastado —es dejado intacto y aislado del pensamiento expresado en las decisiones posteriores²⁶⁷—. La Corte, en sus decisiones posteriores, no contradice, específicamente, los fundamentos del

²⁶⁶ ROGERS, John M. Lower court application of the “overruling law” of higher courts. *Legal Theory*, 1995, p. 183.

²⁶⁷ KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 61.

precedente, pero revela una tendencia que se aleja de la tesis que lo sustenta.

La Corte de Apelación de *Second Circuit*, en *Perkins v. Endicott Johnson Corp.*, dejó de seguir el precedente al demostrar la tendencia de la Suprema Corte de abandonarlo. La Corte de Apelaciones estaba juzgando un caso en que se cuestionaba una violación de la Cuarta Enmienda, por haber aplicado, la Secretaría del Trabajo, sanciones administrativas al determinado fabricante. La Corte de Apelación percibió una nueva tendencia o un nuevo posicionamiento de la Suprema Corte ante el papel de las agencias administrativas, citando decisiones que indicaban que la Suprema Corte había pasado a "lidiar de forma más liberal con las agencias". Para dejar de aplicar el precedente, la Corte de Apelación alegó que, cuando una Corte inferior percibe una nueva tendencia en las decisiones de la Suprema Corte, es su deber, certificando su certeza, seguirla, y no resistirse a ella²⁶⁸.

Otra razón por la que a menudo se señala para la *anticipatory overruling* es la evidencia de que la Suprema Corte está esperando por un caso apropiado para el *overruling*²⁶⁹. En la *Republic Steel Corp. v. Maddox*, la Suprema Corte declaró que estaría a la espera de un caso apropiado para adecuadamente contextualizar las razones del *overruling*. Conciente de esta declaración, la Corte de Apelación del *Fifth Circuit* sostuvo la *anticipatory overruling* bajo el argumento de que la Suprema Corte declaró estar esperando por un caso apropiado para la revocación del precedente, alegando, inclusive, que eso varía al encuentro de la posición de *Justice Black* en *Maddox*. La *Justice* afirmó que la Suprema Corte, al declinar expresamente la revocación, levantó tan alto el martillo del *overruling* que el cambio del precedente era tan cierto como el cambio de las estaciones²⁷⁰.

²⁶⁸ Idem, p. 62.

²⁶⁹ KELMAN, Maurice. *Anticipatory stare decisis*, cit., p. 165 y ss.

²⁷⁰ De acuerdo con Margaret Kniffin, el *Justice* Madison declaró que la Suprema Corte, "while declining expressly to overrule", had 'raised the

Listado, brevemente, los principales fundamentos para el *anticipatory overruling*, se torna oportuno advertir algunos puntos. En primer lugar, el desgaste del precedente no ocurre solo cuando la Corte niega expresamente sus fundamentos en casos no similares, sino también cuando la Corte, en casos similares, niega la aplicación del precedente, pero aduce valores o fundamentos incongruentes con aquellos que, cuando se estableció el precedente, estaban en su base. En esta hipótesis se está ante distinciones inconsistentes, que también desgastan al precedente, indicando su probable revocación — conforme se vio anteriormente en este libro, cuando se estudió la problematización del *distinguishing* ante las particulares técnicas de aplicación de precedentes.

Un segundo punto se refiere a la relación entre la declaración de espera del caso apropiado para la revocación del precedente, como fundamento del *anticipatory overruling*, y la técnica de la señalización, como medio para evitar la violación de la “confianza justificada” y de la “prohibición contra la sorpresa injusta”, a semejanza de que ese objetivo mediante la concesión de efectos futuros a la decisión revocadora del precedente.

Cuando se anuncia la revocación del precedente, es posible que se esté esperando un caso apropiado para contextualizar mejor las razones para la revocación o que se deseché resguardar la confianza justificada depositada en el precedente, advirtiéndose a la clase de abogados que el precedente no solo sirve para orientar conductas y definir actividades. El problema es que las dos razones que permiten que el anuncio de la inminencia de la revocación abre oportunidad, con mayor o menor rigor, para la anticipación de la Corte de Apelación. La diferencia es que en el primer caso, la Corte de Apelación no necesita tomar en consideración los factores que llevaron a la Suprema Corte, en segundo caso, a proteger la confianza. O, mejor aún, cuando la revocación se pospone en atención a la confianza justificada, la Corte de Apelación, solamente podrá anticipar la revocación cuando, en

overruling axe so high that its falling [was] just about as certain as the changing of the seasons”. KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 62.

el caso del juzgamiento, no hay ningún indicio de violación de la confianza y la aplicación del precedente trae perjuicios graves a la parte. Esto porque, si la Suprema Corte declaró que la postergación del *overruling* era necesaria para tutelar la confianza justificada, la ausencia de consistencia sistémica y de congruencia social del precedente ciertamente no permite la revocación anticipada; de otra manera, la Corte de Apelación, aunque esté en discordancia con la Suprema Corte en cuanto al contenido del precedente, se inmiscuiría en su poder de proteger la confianza.

5.2.3 Fundamentos adicionales

En los Estados Unidos, se toma en cuenta la variación del entendimiento personal de los jueces, bien como la alteración de la composición de la Corte, para evaluar la probabilidad de revocación del precedente²⁷¹. La variación del entendimiento personal, nótese bien, no consiste en un mero cambio de opinión, sino en la alteración de la comprensión de la cuestión jurídica después de una pausada y profunda meditación. De cualquier forma, tanto la alteración de la comprensión personal, cuanto el entendimiento del nuevo miembro de la corte solo importan, obviamente, cuando se hacen públicos, sea en virtud de una participación anterior del juez en otro escenario, sea mediante manifestaciones de opinión en la academia o, por ejemplo, en revistas especializadas, o incluso en la propia Corte Suprema²⁷².

Se considera, también, la inconsistencia de un precedente en relación a las decisiones anteriores de la propia corte, suponiéndose que el precedente, ante no haber ningún indicio de que las

²⁷¹ Entre tanto, como explica Margaret Kniffin, la Suprema Corte parece buscar limitar el efecto de los cambios en el quórum por la tradición de prohibir que los nuevos *Justices* re-analicen las cuestiones (idem, p. 63).

²⁷² Según Kniffin, “el entendimiento de los *Justices* acerca de determinada cuestión no puede ser conocido a través de sus declaraciones en casos o pronunciamientos fuera de la Corte”. (En el original: “The *Justices*’ thinking on an issue may be known through their statements in cases or pronouncements outside the Court”). Idem, ibidem.

decisiones que le son anteriores están con su autoridad enflaquecida, está equivocado²⁷³.

Por fin, se admite, más de una vez en conjunción con otros factores fundamentales, que la falta de precedente para surtir el efecto deseado también abre oportunidad para la *anticipatory overruling*²⁷⁴.

Estos fundamentos, en tanto, no son admitidos como suficientes, sino, antes, son asociados a aquellos explicados en el ítem anterior para justificar la anticipación.

5.2.4 La razón de ser del *anticipatory overruling*

Es necesario dejar en claro que el *anticipatory overruling* no se presta para permitir a la Corte de Apelación criticar los precedentes de la Suprema Corte²⁷⁵. Ni mucho menos se destina a forzar u

²⁷³ Esos factores presentes en *Hobbs v. Thompson*, cuando la Corte de Apelación del *Fifth Circuit* consideró la constitucionalidad de la ley municipal que prohibía a los bomberos trabajar como cabos electorales. Un precedente de la Corte Suprema fue interpretado por la Corte de Apelación si hubiese fijado “amplia regla profiláctica contra la actividad política”, por parte de funcionarios públicos, cuando estuviese presente un fundamento racional. La Corte de Apelación, además de demostrar que el precedente estaba siendo desgastado por decisiones subsecuentes de la Suprema Corte, afirmó ser “inconsistente” y estar en “desarmonía” con las decisiones de la propia Corte Suprema, que la precedieran por siete años, las cuales exigían que cualquier regla que limitase los derechos de la primera enmienda habría de ser lo más específica posible. La Corte de Apelación previó que la Corte Suprema no seguiría más el precedente, fijando la limitación de las actividades políticas de los empleados del sector público como inconstitucional. *Idem*, p. 64.

²⁷⁴ El *Second Circuit* en *Perkins v. Endicott Johnson Corp.*, al concluir que un precedente de la Suprema Corte fuera desgastado, afirmó que “entendimientos judiciales, en un primer enunciado, muchas veces prueban ser inadecuados delante del impacto de las experiencias subsecuentes en su aplicación práctica” (*idem*, p. 65).

²⁷⁵ Se sustenta, todavía, que no importa, para el *anticipatory overruling*, si la Corte estaba dividida cuando emitió el precedente.

obligar a la Suprema Corte a cambiar su decisión sobre la cuestión puesta en el precedente.

Por paradójico que pueda parecer, la legitimidad del *anticipatory overruling* proviene del deber de la Corte de Apelación de comportarse de acuerdo con la Suprema Corte. En otros términos, la Corte de Apelación no debe solo seguir sus pasos, sino también poder proclamar, cuando ya ha iniciado los trabajos de pavimentación del camino, el rumbo que será seguido por la Corte Suprema.

Si la coherencia del derecho depende de la sintonía entre las cortes inferiores y las cortes superiores, no hay razón para tener como racional una decisión que desconoce el propio discurso de la Corte Suprema, y evidencia el desgaste del precedente, nueva tendencia jurisprudencial o la propia declaración de que se está a la espera de un caso apropiado para la revocación expresa.

Nótese, a la vez que la anticipación no se destina a corregir la falta de celeridad de la Corte Suprema en la revocación del precedente. Es la Corte Suprema, y no las Cortes de Apelación, quien debe definir el momento propicio para la revocación de un precedente. Cuando el caso llega a las manos de la Corte de Apelación, en un momento en que todo indica que el precedente será en breve revocado, debe dejar de aplicarlo para no discrepar con la propia Corte Suprema y, así, no realizar una injusticia. Es por eso que, bien vistas las cosas, la Corte de Apelación no revoca anticipadamente el precedente, sino que deja de aplicarlo en virtud de tener fuertes fundamentos de que la Corte Suprema, si tuviese el caso en sus manos para juzgarlo, revocaría el precedente.

Así, todo se resume en una cuestión de fuerte probabilidad de revocación del precedente por parte de la Corte Suprema. Nótese que no importa el entendimiento de la Corte de Apelación respecto del precedente, sino su percepción acerca de la probabilidad de su revocación por la Corte Suprema, lo que significa que la razón de ser del *anticipatory overruling* está en la necesidad de hacer valer el entendimiento anunciado, aunque no es expresado, de la Corte Suprema.

5.2.5 Argumentos favorables y desfavorables de la anticipación del *overruling*

Interesa, ahora, ya no los fundamentos utilizados para justificar el *anticipatory overruling* en casos concretos, sino la contraposición de argumentos favorables y desfavorables al instituto, considerada, especialmente, la relación entre la búsqueda de justicia y las exigencias de estabilidad y previsibilidad.

Se afirma que uno de los argumentos más convincentes para justificar el *anticipatory overruling* es la justicia por el proporcionada. Sería injusto decidir un caso con base en un precedente que la Suprema Corte reputa superado. No habría justicia en aplicar un precedente que se cree que la Suprema Corte revocará. Por otra parte, es posible argumentar que, en cuanto la Suprema Corte no revoque el precedente, su no aplicación por una Corte de Apelación puede constituir violación de la confianza justificada. Se afirma que cuando la confianza es una posibilidad, ella puede tener particular relevancia en razón de la expectativa en que las cortes inferiores seguirán los precedentes fijados por las cortes Superiores²⁷⁶. Admitiéndose, sin embargo, que la sorpresa siempre tendrá que ser determinada con base en la posibilidad de previsión de la mudanza jurisprudencial, el mismo criterio que autoriza el *overruling* futuro importaría obstaculizar el *anticipatory overruling*. Si las partes siguen teniendo confianza justificada en el precedente, debido a que nada indica su revocación, obviamente no habría cómo admitir el *anticipatory overruling*. La cuestión de la confianza solo adquiere autonomía, desligándose de la confianza en el propio precedente que estaría desautorizado en la Suprema Corte, cuando es pensada únicamente como expectativa de que la Corte de Apelación se adherirá al precedente. En este sentido, la confianza dejaría de relacionarse con el precedente, aunque estaría

²⁷⁶ “When anticipation is a possibility, reliance may have particular weight because of the expectation that lower courts will follow precedents established by higher courts; surprise would therefore be greater here than otherwise”. KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 71.

vinculada simplemente a la regla de que la Corte de Apelación sigue los precedentes de la Suprema Corte. No obstante, como esta especie de confianza no permitiría ni siquiera meditar sobre *anticipatory overruling* —y, en verdad, ni siquiera podía ser pensada como confianza, ya que sería fruto de una regla cuya violación sería imposible—, la confianza de que se habla solo puede ser la que parte de la admisión, en teoría, del *anticipatory overruling*. Si este es admisible, la sorpresa injusta dependerá de cómo la Suprema Corte está comprendiendo el precedente, aunque se sabe —más que eso no se medita— que también las Cortes de Apelación pueden variar acerca de la percepción del grado de autoridad que la Suprema Corte devota a sus precedentes²⁷⁷.

Punto muy interesante, sobre todo en razón de su reflejo en el derecho brasileño, es la consideración de gravedad con que la adopción del precedente incide sobre la esfera jurídica de la parte. Así, se alude a la hipótesis en que la aplicación del precedente —desacreditado en la Suprema Corte— implicaría la prisión de una persona. En *Rowe v Peyton* —caso hace poco referido, en que Corte de Apelación dejó de aplicar el precedente de la Suprema Corte en relación con el *habeas corpus*— la falta de *anticipatory overruling* habría hecho que alguien fuese mantenido preso. En otros términos, se destaca que el uso de la anticipación debe ser estimulado para evitar un perjuicio grave, pero que, cuando la no aplicación del precedente pudiere ocasionar la misma situación, su utilización debe ser evitada²⁷⁸.

Se deja claro, sin embargo, que aunque la posibilidad de daño grave a una de las partes —derivado de la anticipación o de la aplicación del precedente— deba ser considerada, las circunstancias del caso siempre deben ser examinadas para verificar si la

²⁷⁷ BRADFORD, C. S. Following dead precedent: the Supreme Court's ill-advised rejection of anticipatory overruling. *Fordham Law Review*, New York, vol. 59, oct. 1990.

²⁷⁸ KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 72.

revocación del precedente no generará privilegio a una parte en detrimento de la otra²⁷⁹.

Como contrapunto a la consideración del perjuicio que la adopción del precedente podía traer, se argumenta que, aunque la negativa de anticipación pueda traer injusticia en un caso concreto, la uniformidad de aplicación del precedente trae beneficio a un número mucho mayor de personas. Con todo, como el objetivo del *anticipatory overruling* es hacer valer la voluntad de la Suprema Corte, la medición de la gravedad del daño, en tales casos, es siempre asociada a la credibilidad del precedente. Si la Suprema Corte deja de guardar respeto al precedente, la percepción de peligro de perjuicio grave es un argumento más —fuerte, sin duda— para la *anticipatory overruling*.

No es difícil percibir que la búsqueda de una justicia más efectiva, ambicionada mediante la *anticipatory overruling*, se contraponen a la certeza, en la medida que, para anticiparse, evitando la injusticia o realizando la justicia, es preciso valorar la probabilidad de que la Suprema Corte va a revocar el precedente²⁸⁰. Margaret Kniffin recuerda que el *Judge Learned Hand* apuntó la falta de sentido en diferenciar los ‘cambios claramente previstos’ y la ‘estimulante oportunidad de anticipar un entendimiento que puede estar todavía en gestación, pero cuyo nacimiento todavía es distante’, advirtiendo haber abogado, en esta ocasión, por la

²⁷⁹ KELMAN, Maurice. *Anticipatory stare decisis*, cit., p. 165 y ss.

²⁸⁰ “En la situación especial del *overruling* anticipatorio, una segunda parte de la incertidumbre es sobrepuesta a la primera. Considerando que una Corte de Apelación es incierta en cuanto a la forma que la Corte Suprema tratará uno de sus precedentes, cada argumento a favor del *overruling* anticipatorio es debilitado y todo argumento en contra es usado en refuerzo” (En el original: “Yet in the special situation of *anticipatory overruling*, a second layer of uncertainty is superimposed upon the first. To the extent that a court of appeals is unsure how the Supreme Court will treat one of its own precedents, each argument in favor of *anticipatory overruling* is weakened, and every argument against its use is reinforced”). KNIFFIN, Margaret N. *Ob. cit.*, p. 73.

oportunidad del *overruling* anticipatorio en los primeros ejemplos, pero no en los últimos²⁸¹.

El mismo motivo que conduce a la contraposición entre la búsqueda de la justicia y la certeza permite relacionar el desarrollo del derecho con la uniformidad y la estabilidad. Se alega que la anticipación facilita el desarrollo del derecho, ya que el entendimiento de la Suprema Corte sería transformado en regla sin la necesidad de esperar su ley, ya que la comprensión de la Corte Suprema se pronuncia en transformarse sin la necesidad de esperar a la retirada formal de su entendimiento. Recuérdese, no obstante, que los argumentos más persuasivos contra el *antecipatory overruling* se basan en consideraciones de homogeneidad, previsibilidad y estabilidad que son la base de la doctrina del *stare decisis*²⁸².

El problema de la uniformidad se hace sentir de modo concreto cuando se piensa en la disparidad entre el entendimiento de la Corte de Apelación de un circuito frente al entendimiento de otra, de circuito diverso, que no realizó la anticipación. Por cierto, recuerde, críticamente, que una o varias cortes distintas pueden no seguir el precedente de la Corte de Apelación, sino, al revés, continuar reafirmando el precedente de la Suprema Corte.

Además, la disparidad entre entendimientos de circuitos diferentes y de cortes distintas de un mismo circuito o de circuitos diversos deriva, naturalmente, la posibilidad de tratamiento desigual a casos iguales, con perjuicio de la igualdad, bien como la imposibilidad de previsibilidad.

No obstante, es posible argumentar que, como la anticipación deriva de la percepción del propio entendimiento de la Suprema Corte, no hay allí un perjuicio a la uniformidad. Sin embargo, se puede argumentar que, como la anticipación se debe a la percepción de la propia comprensión de la Corte Suprema, no hay

²⁸¹ Idem, *ibidem*.

²⁸² "Many of the arguments, and the most persuasive ones, against acting on a prediction of what the Supreme Court will do are based on the considerations of uniformity, predictability and stability, which underlie the doctrine of *stare decisis*" (*idem*, p. 74).

perjuicio a la uniformidad. Por otra parte, la disparidad entre entendimientos de las Cortes de Apelación y las Cortes distritales, con perjuicio de la igualdad y la previsibilidad, es reflejo de inadecuada percepción del camino que está siendo pisoteado por la Corte Suprema. La previsibilidad no cubriría la capacidad de prever la no anticipación, y, de este modo, no podría ser vista como garantía de que la Corte de Apelación adoptaría un precedente que ya no es más ratificado por la Suprema Corte. De modo que la igualdad y la previsibilidad, en otras palabras, serían garantizadas por la evaluación del estado actual del precedente junto a la Suprema Corte.

Se observa, también, que la estabilidad del derecho puede sucumbir ante la *anticipatory overruling*. La decisión de la Corte de Apelación, al significar el salto de una etapa, disminuye la estabilidad. Sin embargo, el valor de la estabilidad debe ser analizado antes de otros factores deseables, como el desarrollo del derecho. Una tensión entre este y la estabilidad surge cuando el deseo por cambios ponderados y ordenados —que caracteriza la estabilidad— impide que el derecho se desenvuelva para atender las nuevas necesidades sociales²⁸³.

También hay argumentos menos relevantes, como los de que la anticipación puede disminuir el número de recursos en la Suprema Corte, aunque con efecto de ver la sobrecarga en la agenda de las Cortes de Apelación²⁸⁴, bien como que puede generar pérdida de autoridad de la Suprema Corte, con benefi-

²⁸³ KELMAN, Maurice. The force of precedent in the lower courts, cit., p. 18 y ss.

²⁸⁴ El vencido de cara al *overruling* anticipatorio puede estar menos dispuesto a recurrir de lo que la parte que pierde cuando el precedente es seguido, lo que genera la disminución de recursos ante la Corte Suprema. Esa conclusión se basa en la presunción de que, como se disminuye la posibilidad de estimar el recurso, lo mismo sucederá con la voluntad de recurrir. De otro lado, si las personas fueren incentivadas a acreditar que las Cortes de Apelación puede divergir de los precedentes de la Corte Suprema, ciertamente los recursos ante la Corte de Apelación pueden aumentar, perjudicando proporcionalmente la eficiencia de la administración judicial en este sector. Cf. KNIFFIN, Margaret N. Ob. cit., p. 76.

cio en el aumento del respeto al sistema judicial en su todo. En este último aspecto, en verdad, como escribe Margaret Kniffin, hay gran posibilidad de aumento del respeto público por el sistema judicial cuando una Corte de Apelación demuestra estar determinada a hacer, sin demora, el resultado alcanzado por la Suprema Corte²⁸⁵. Es posible decir, así, que esta ganancia de respeto al sistema tiene relación con la pronta afirmación de la propia autoridad de la Suprema Corte.

5.2.6 Perspectivas de la legislación brasileña

La posibilidad de que el Superior Tribunal de Justicia y que el Supremo Tribunal Federal volvieran a analizar sus precedentes es mucho mayor y más frecuente que en el derecho estadounidense. Solo por eso, el hecho de que hay fuertes indicios de que los tribunales superiores no dan más adherencia a precedentes específicos, por supuesto, no es así, en Brasil, que tiene el significado que en los Estados Unidos.

El perjuicio que podría ser impuesto a la parte litigante, así como la falta de desenvolvimiento del derecho jurisprudencial, generados por la no admisión del recurso por la Suprema Corte americana, no serían tan serios y graves no solo cuando la admisibilidad recursal cuenta con mayor generosidad, sino también cuando están presentes mecanismos procesales de distribución del tiempo del proceso que, considerando la evidencia del derecho afirmado por la parte recurrente, pueden ser utilizados para inhibir daños graves.

Si un Tribunal de Justicia o Regional federal, considerando los argumentos de las partes y, especialmente, lo que sucede en el Tribunal Superior en relación al precedente aplicable, percibe su desgaste y, de ese modo, el debilitamiento de su autoridad, le cabe dejar de adoptarlo. Para ello, sin embargo, tendrá que superar su carga de argumentar y demostrar que el Superior Tribunal de Justicia o el Supremo tribunal Federal, en razón de posicionamientos

²⁸⁵ Idem, p. 77.

concretos, no está más de acuerdo con el precedente y, así, están prestos a revocarlo.

La no adopción del precedente, así como su aplicación en un caso en que la autoridad del precedente es cuestionada, torna muy probable de seguimiento, en el tribunal de origen, el recurso especial o el recurso extraordinario²⁸⁶, que abre la oportunidad de corregir una eventual divergencia jurisprudencial. Además, para que la injusticia no surja en la tramitación del recurso o para que los efectos de la decisión no causen perjuicio al vencido, se admite tutela cautelar para suspender la eficacia de la decisión recurrida. Aunque el “punto ideal” para la presentación de la acción cautelar sea posterior a la admisibilidad del recurso, se acepta —excepcionalmente— la misma acción cautelar incluso sin haber interpuesto el recurso extraordinario o el recurso especial o cuando está pendiente el juicio de admisibilidad, de uno u otro, en el Tribunal de origen²⁸⁷. Por otra parte, tanto el Superior Tribunal de Justicia, como el Supremo tribunal Federal, vienen admitiendo acción cautelar cuando es negado el seguimiento al recurso especial o al recurso extraordinario y se presenta apelación interlocutoria²⁸⁸.

²⁸⁶ De acuerdo con el art. 543-A, num. 3 del CPC, “habrá repercusión general siempre que el recurso impugnara la decisión contraria a la *súmula* o a la jurisprudencia dominante en el Tribunal”. Se habla, en esta hipótesis, de repercusión general presumida. Ver art. 323, num. 1, del RISTF.

²⁸⁷ “La decisión puede causar daño grave mientras el recurso especial o el recurso extraordinario es preparado para la interposición o incluso durante su tramitación en el tribunal de origen. Como la decisión puede provocar daño aunque el recurso especial o el recurso extraordinario no haya sido todavía interpuesto, es lógico que ahí cabe la medida cautelar, la cual evidentemente no tendrá la posibilidad de atribuir efecto suspensivo al recurso”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Processo de conhecimento*, cit., vol. 2, item 2.12.7.3. Ver STJ, 3.^a T., AgRg na MC 13.123/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2007, DJ 08.10.2007, p. 259.

²⁸⁸ “Si fue interpuesto el agravio de instrumento contra la decisión de improcedencia del recurso, es lógico que, durante el tiempo para la definición de la suerte de los recursos, podrá ser ocasionado daño grave. En realidad, el presupuesto de la probabilidad del daño no se modifica

El Supremo Tribunal Federal, en sentencia dictada en mayo de 2007, dio una nueva interpretación a sus SÚmulas 634 y 635²⁸⁹, concediendo medida cautelar en caso que la decisión del tribunal de origen, impugnada mediante la apelación interlocutoria, no había

cuando se piensa en el agravio en substitución al recurso especial o al recurso extraordinario. Lo que merecerá mayor atención es la cuestión del *fumus boni iuris*, pues, quedó decidido no estar presentes los requisitos de procedencia del recurso, será posible concluir estar ausente el presupuesto de probabilidad de su éxito. Recuérdese, una vez más, como ya fue recordado, que en esta hipótesis el peligro del daño sobresale, en la medida en que la ley autoriza la dispensa de la caución cuando se estuviere al frente de la ejecución provisoria de la decisión objeto del recurso no admitido por decisión atacada mediante agravio de instrumento. Suponer que la cautelar no es procedente en el caso de un juicio negativo de procedencia y que así la cautelar no pueda ser usada cuando sea interpuesto el agravio de instrumento, es lo mismo que concluir que el juicio de procedencia no puede ser modificado en sede cautelar o que el *fumus bonis iuris* de la cautelar no puede ser objeto de juicio diverso al de aquel hecho cuando se decidió por la improcedencia del recurso. Entre tanto, así como el Tribunal Superior de Justicia o el Supremo Tribunal Federal pueden, dando proveimiento al agravio de instrumento, modificar la decisión de improcedencia, ellos pueden entender que está presente el *fumus bonis iuris* (...). Si el recurso especial no fue admitido, obviamente no hay cómo atribuirle algún efecto. Además, no es técnicamente correcto otorgar efecto suspensivo al agravio de instrumento interpuesto contra la *decisión negativa* (que no admitió el recurso extremo). Esto por una razón bastante simple: una decisión negativa no produce efectos. *Como no es posible suspender 'nada', no es viable atribuir algún efecto suspensivo a un recurso interpuesto contra una decisión que no produce algún efecto. En el caso del agravio de instrumento interpuesto contra la decisión de improcedencia del recurso extremo, lo correcto es pedir la suspensión de los efectos de la decisión objeto del recurso no admitido*". idem, ítem 2.12.7.5. Ver STJ, MC 5211, j. 03.07.2002; STF, 2.ª T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 18.05.2007.

²⁸⁹ STF, Súmula 634: "No compete al Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efecto suspensivo al recurso extraordinario que todavía no fue objeto de juicio de procedencia en el origen". STF, Súmula 635: "Cabe al Presidente del Tribunal de origen decidir el pedido de medida cautelar en recurso extraordinario aunque estuviere pendiente su decisión de procedencia".

admitido el recurso extraordinario²⁹⁰. En esta ocasión, el ministro Gilmar Mendes, en honor a considerar los argumentos lanzados en el vol. 2 *Curso de Procedimiento Civil*, dedicado al proceso de conocimiento²⁹¹, concluyó que “en situaciones excepcionales en que están patentes la plausibilidad jurídica de lo pedido —debido al hecho de que la decisión recurrida contraría jurisprudencia o precedente del Supremo Tribunal Federal— y el peligro de daño irreparable o de difícil de reparación consustancial a la ejecución de la decisión recurrida, el Tribunal podrá conceder la medida cautelar, incluso si el recurso extraordinario ha sido objeto de juicio negativos de admisibilidad ante el tribunal de origen y la apelación interlocutoria contra de esta decisión todavía se encuentra pendiente de juzgamiento.”²⁹²

Por lo tanto, aunque no sea admitido el recurso interpuesto contra la decisión que no adoptó el precedente, hay posibilidad de evitar perjuicio grave al vencido mediante el uso de la acción cautelar — asociada a la interposición de una apelación interlocutoria. Tenga en cuenta que, en la sentencia relatada por el ministro Gilmar Mendes, la “plausibilidad jurídica de lo pedido fue expresamente identificada como “derivada del hecho de la decisión recurrida contraría la jurisprudencia o sùmula del Supremo Tribunal Federal.”²⁹³ Así, en caso de que la no adopción del precedente sea injustificada, la suspensión de la eficacia de la decisión sería posible incluso si el recurso excepcional no hubiere sido admitido.

Todavía, la no adopción del precedente puede haber llevado a una decisión negativa, o mejor, destituida de sus efectos. En esta situación será posible discutir, en el tribunal superior, la anticipación de la tutela recursal. Esto ocurre por lo general en las hipótesis en que el recurrente teme sufrir un daño grave durante

²⁹⁰ STF, 2.^a T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 18.05.2007.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de processo civil — Processo de conhecimento*, cit., 5. ed., vol. 2, p. 615-616.

²⁹² STF, 2.^a T., AC 1.550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 18.05.2007.

²⁹³ Idem.

el tiempo de la tramitación del recurso. Sin embargo, no hay duda de que cuando un precedente no se adopta por error, la simple postergación de los efectos concretos de la decisión representa injusticia al exigir inmediata corrección, abriendo así, oportunidad a la anticipación de la tutela recursal.

Pero también es posible pensar en una situación diametralmente opuesta, es decir, aquella en que el tribunal adoptó el precedente desgastado u obsoleto, y, así, la ejecución —o la ausencia de ella— de la decisión estaría exponiendo al vencido a un perjuicio grave. Cuando el tribunal superior prácticamente ha pavimentado el camino para la revocación del precedente, su aplicación, por el tribunal de origen, obviamente no representa el entendimiento de la corte más alta. Así, estará permitido al vencido, conforme al caso, requerir tutela cautelar para suspender los efectos de la decisión recurrida o discutir la anticipación de la tutela recursal para, desde luego, obtener lo que la corte superior probablemente le dará.

5.2.7 Las sùmulas y el anticipatory overruling

Aparte de la diferencia entre el precedente y la sùmula, el mismo razonamiento para demostrar la necesidad del *anticipatory overruling*, debe ser utilizado si se está ante la sùmula. Cuando el tribunal superior ha dado serias muestras de que está presto a revocar o cancelar la sùmula, o incluso cuando las decisiones del tribunal evidencian que la sùmula no será más aplicada — habiendo ocurrido revocación implícita —, los tribunales de justicia o regionales federales deben dejar de aplicarla.

No, como es obvio, por discordar de la sùmula, sino por tener que estar en sintonía con el pensamiento de los tribunales superiores. La no aplicación de la sùmula obsoleta o en vías de revocación, antes de constituir un quiebre de la autoridad de las decisiones judiciales, representa una postura necesaria para la afirmación de la propia lógica del respeto a los precedentes de las cortes superiores. De hecho, cuando una sùmula no es más aplicada

o ciertamente no se aplicará más, su adopción es, evidentemente, mucho más nociva que su negación.

Es claro que, por lo tanto, será necesario dar a los tribunales el poder de valorar el “estado de la *súmula*”, pues solo así las cortes estatales y regionales tendrán cómo argumentar en relación a la necesidad de dejar de aplicar la *súmula* —siempre a la luz de buscar la uniformidad—.

Por otro lado, cuando los tribunales superiores, sin revocar o cancelar la *súmula*, realizan distinciones a modo de limitar o extender su alcance, la misma razón que impone el *anticipatory overruling* exige que se adopte la nueva conformación dada a la *súmula*. Los tribunales de justicia y regionales federales deben estar atentos a la inteligencia que las cortes superiores están dando a las *súmulas*. No siempre las decisiones judiciales indican la probabilidad de revocación de la *súmula* —pueden limitarse a evidenciar la restricción o extensión de su alcance—, imponiendo su utilización de un modo prácticamente “reformado”²⁹⁴.

²⁹⁴ Si hay, en el Supremo Tribunal Federal, decisiones que limitan el alcance de la *súmula*, no hay algún sentido en pensar aplicarlo en toda su extensión. Aunque la *Súmula* 634, por ejemplo, diga respecto al proceso del Supremo Tribunal Federal, su *ratio decidendi* y, por lo tanto, su conformación delante de los nuevos casos, debe ser considerada por el Superior Tribunal de Justicia cuando exista análisis de posibilidad de suspensión de los efectos de la decisión atacada por recurso especial todavía no admitidos o cuando interpuesto el agravio de instrumento, ya rechazado. O mejor: si el Supremo Tribunal Federal ya declaró que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional justifica, en casos excepcionales, la suspensión de los efectos de la decisión recurrida por recurso todavía no admitido ya rechazado, afirmar la literalidad de la regla de la *Súmula* 634 para negar en situaciones excepcionales la posibilidad de requerirse la suspensión de los efectos de la decisión, es simplemente dejar de aplicar el entendimiento del Supremo Tribunal Federal. Se quiere demostrar, mediante esta argumentación, que los tribunales deben estar atentos al modo de cómo las *súmulas* son comprendidas por las Cortes de las cuales provienen. En efecto, las decisiones no siempre están para evidenciar la probabilidad de

Nótese, por último, que, la no adopción de la sùmula por parte del tribunal es excepcional, y su no aplicaci3n debido a un juicio de primer grado, antes de la decisi3n previa del tribunal, es aun m1s excepcional. Sin embargo, es indiscutible que, cuando el tribunal deja de adoptar la sùmula, los juicios que le est1n adscritos, ahora no vinculados a sus decisiones, pasan a contar con argumentaci3n explicitada en la decisi3n del tribunal para dejar de aplicar la sùmula.

Conviene percibir que, como los juicios de primer grado est1n vinculados a las decisiones de los tribunales de justicia regionales federales, pero solo a las decisiones de los tribunales superiores, pueden, en teor1a, no tener en cuenta la decisi3n del tribunal y solicitar el acta. En esta situaci3n, con todo, el juicio de 1er. grado tendr1 que desarrollar argumentaci3n que supere la del tribunal, y que, por tanto, sea h1bil en demostrar que la sùmula solo es seguida en el tribunal superior. Entre tanto, como lo inverso es lo que naturalmente ocurre, ya que cuando hay raz3n para que el tribunal deje de aplicar sùmula tambi3n hay motivo para que el juicio de 1er grado no la adopte, las decisiones de los tribunales, no aplicando la sùmula obsoleta o desgastada, confieren efecto saludable a la distribuci3n de justicia en primer grado de jurisdicci3n.

5.3 Los efectos de la revocaci3n del precedente

5.3.1 Los efectos prospectivos (*prospective overruling*) en los Estados Unidos

La revocaci3n de un precedente (*overruling*) tiene, por regla general, efectos retroactivos en los Estados Unidos y en el *common Law*. Como la revocaci3n del precedente significa la admisi3n de que la tesis en 3l enunciada —vigente hasta el momento de la decisi3n revocadora— estaba equivocada o se torn3 incompatible con los nuevos valores o con el propio derecho, se acepta natu-

revocaci3n de la sùmula, pudiendo estar predispuestas a demostrar solo la restricci3n o extensi3n de su alcance.

ralmente la idea de que la decisión debe retrotraerse para cubrir situaciones que le son anteriores, habiendo dado origen o no, a litigios— cuyos procesos deben estar en curso.

O sea, las decisiones del *common Law* son normalmente retroactivas, en el sentido de que la nueva regla, establecida para el caso en juzgamiento, es aplicable a las situaciones que ocurrieron antes de la decisión que lo fijó, aquellas que le son similares y, así, están expuestas a la misma *ratio decidendi*.

Pero la práctica judicial americana ha evidenciado, en tiempos recientes, hipótesis en que es necesario no permitir la retroactividad de la nueva regla afirmada en la decisión que revocó el precedente²⁹⁵. En estas situaciones, las cortes se muestran particularmente preocupadas en tutelar el principio de la seguridad—especialmente en su función de garante de la previsibilidad— y la confianza depositada por los justiciables en los actos del Poder Público²⁹⁶.

Eisenberg enfatiza que “the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance”²⁹⁷. Hay ahí, antes que todo, plena conciencia de que la retroactividad de una decisión que substituye precedente que, por cierto periodo de tiempo, guió y orientó la conducta de los justiciables, es tan injusta como la perpetuación del precedente judicialmente declarado injusto. Pero para que la irretroactividad se justifique, se exige que la credibilidad del precedente no haya sido avalada, de modo que no tome previsible su revocación. Si la doctrina y los

²⁹⁵ FEDERMAN, Howard. Judicial overruling. Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, set. 2004, p. 21 y ss.

²⁹⁶ Dice Robert Summers que “la aplicación retroactiva de una decisión revocadora de precedentes puede contrariar la relevante confianza en el precedente revocado y tratar a las partes en posiciones similares de modo muy diferente”. En el original: Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently”). SUMMERS, Robert. Ob. cit., p. 397-398.

²⁹⁷ La mayor justificativa para la revocación con efectos prospectivos es la protección de la confianza. EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 131.

tribunales ya han advertido el error del precedente o apuntado a su conveniente o probable revocación, no hay confianza justificable o confianza capaz de hacer acreditar que los justiciables tenían, legítimamente, trazados sus comportamientos y actividades de acuerdo con el precedente. De modo que, para que el *overruling* no tenga efectos retroactivos, las situaciones y relaciones antes establecidas deben haberse fundado en una confianza calificada, que puede llamarse una “confianza justificable”.

Hay casos en que un precedente puede dejar de corresponder a los valores que lo inspiran o se torna inconveniente e, incluso así, no se muestra razonable que su revocación afecte situaciones pasadas en virtud de la confianza justificable, ahora caracterizada, por sobreponer la idea de hacer valer la revocación hacia atrás.

No obstante, aunque con la irretroactividad de los efectos del *overruling* o con el *overruling* con efectos prospectivos se garantiza el principio de la seguridad y se protege la confianza en los actos del Poder Público, también puede hacer surgir costos o pérdidas. El *prospective overruling* puede generar resultados o decisiones inconsistentes, especialmente cuando se está ante el *overruling* cuyos efectos solo pueden ser producidos a partir de cierto dato o de *overruling* cuyos efectos retroactivos inciden solo sobre determinado caso²⁹⁸.

Nótese que, en la primera hipótesis, como el *overruling* tiene efectos solamente a partir de cierta fecha, las situaciones y relaciones que se forman después de la decisión son tratadas de modo diverso, conforme se habían establecido antes o después de la fecha prevista en la decisión, incluso si esta había declarado la ilegitimidad del precedente. De otro lado, la admisión de la retroactividad con respecto a un solo caso o solamente al caso del juzgamiento hace que todos los otros casos pasados sean tratados a la luz del precedente, aunque se declare que este no tiene más autoridad. Tales situaciones permiten el surgimiento de resultados inconsistentes.

²⁹⁸ SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, vol. 26, Summer 2003.

Esta última situación es ejemplificada por caso *Molitor v. Kane-land Community*. Se trata del caso en que la Corte de Illinois revocó el precedente de la “inmunidad municipal”, responsabilizando al municipio por los daños sufridos por Thomas Molitor en accidente de autobús escolar. En esta hipótesis, se decidió que la nueva regla no sería aplicada a casos anteriores, excepto el de Thomas —el caso en litigio. Sin embargo, más tarde la Corte percibió que tenía que aplicar la nueva regla a otros siete niños— tres de ellos hermanos de Thomas —, que también estaban en el autobús que se accidentó, en virtud de tener reconocido que todos los niños que viajaban en el autobús deberían ser tratados de igual forma²⁹⁹.

A su vez, la primera hipótesis que se ha mencionado precedentemente, se ejemplifica mediante *v Spaniel Mounds View School District n 621*, en que la Corte de Minnesota revocó el precedente que confería inmunidad a las unidades municipales, como ciudades y distritos estudiantiles, recusándose a aplicar la nueva regla al caso en juzgamiento y declarando que sus efectos deberían fijar contenidos hasta el final de la próxima legislatura de Minnesota³⁰⁰.

Cuando se posterga la producción de efectos de la nueva regla, se habla de *prospective overruling*. Además, como explica Eisenberg, se alude a *pure prospective para demostrar lo que ocurre cuando la Corte no acepta que la nueva regla regule el propio caso en juzgamiento, restringiendo la terminología prospective overruling para anunciar la sola irretroactividad de la nueva regla a las situaciones anteriores a la fecha de la decisión*³⁰¹.

Hay otras situaciones intermedias. Así, en *Li v. Yellow Cab Co.*, la Suprema Corte de la California revocó el precedente de la *contributory negligence* dejando claro que la nueva regla no sería aplicable a los casos en actual juzgamiento. En *Whitinsville Plaza*, se relaciona la técnica del *overruling* prospectivo con la técnica de la señalización³⁰². O sea, se decidió que la nueva regla tenía

²⁹⁹ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 128-129.

³⁰⁰ Idem, p. 128.

³⁰¹ Idem, p. 127-128.

³⁰² Idem, p. 128.

efectos retroactivos hasta la fecha de la decisión en que hubiese ocurrido la señalización. De hecho, cuando se estudió la técnica de la señalización, se vio la similitud de esta técnica con el *overruling* prospectivo³⁰³. Si mediante la técnica de la señalización, aunque se deje de revocar el precedente, se advierte que para su probable y próxima revocación, poca diferencia existiría en substituir tal técnica por la revocación inmediata del precedente con efectos prospectivos a partir de cierta fecha futura. Por tanto, cuando se revoca el precedente, y la señalización anterior fue hecha, es coherente admitir la retroactividad de la nueva regla anterior a la fecha de la decisión señalizadora o anterior a la fecha en que se supone que la señal fue absorbida en la comunidad jurídica.

Hay un caso, subrayado por Eisenberg, en que la *prospective overruling* posee gran importancia para la consistencia de resultados. Se trata de la hipótesis en que la Corte posee motivos para acreditar que el *overruling* será revertido por el Legislativo, que dará mejor regulación a la situación. Como la regla judicial creada con el *overruling*, en principio, gobierna las relaciones que le son pretéritas, a menos que la decisión revocadora declare que sus efectos dirán relación solo al futuro, en esa última hipótesis el *overruling* podría llegar a las situaciones intermedias entre el *overruling* y la regla legislativa o tener sus efectos contenidos hasta la fecha en que se presume que el Legislativo habrá creado la regla. Al declarar que la revocación va a producir efectos después de la posible creación legislativa de la regla, los efectos del *overruling*

³⁰³ Ver atrás el ítem que trató de la "técnica de la señalización". Recuérdese que el tribunal, en *Whitinsville Plaza Inc. v. Kotseas*, afirmó que ya había señalado para la revocación del precedente firmado en *Norcross* en el caso *Ouellette* y, con base en eso, otorgó efectos retroactivos al *overruling*, declarando que deberían ser alcanzados todos los negocios realizados posterior a *Ouellette*. El *overruling* dictado en *Whitinsville* retrotrajo la decisión emitida en *Ouellette* porque la Corte entendió que, a partir de esa fecha, se podría, racionalmente, confiar en la expectativa de que, en la próxima ocasión adecuada, la Corte iría a revocar las decisiones tomadas en *Shade* y en *Norcross*. Se verifica ahí la nítida aproximación entre la técnica de la señalización y la del *overruling* con efectos prospectivos.

solo serán producidos en caso que el Legislativo no actúe. Fue lo que aconteció en *Massachusetts, Whitney v. City of Worcester*, en el que la Corte, utilizando la técnica de la señalización como sustituto funcional de la *prospective overruling*, afirmó su intención de abrogar el precedente de inmunidad municipal en el primer caso por ella decidido después de la conclusión de aquella que sería la próxima sesión del Legislativo, en caso de no haber actuado para revocar el precedente³⁰⁴.

En este caso, es cierto, no habría propiamente *overruling* con efectos prospectivos, sino la mantención del precedente mediante la técnica de la señalización, anunciándose la intención de proceder a la revocación en caso de no atención del Legislativo. Nótese, no obstante, que existe mayor efectividad en revocar inmediatamente el precedente, conteniéndose sus efectos, pues, en esta hipótesis no habrá ni si quiera cómo temer que el precedente continúe produciendo efectos, delante de una eventual inacción de la Corte por decidir inmediatamente como bien lo prometería al realizar la señalización.

Por otro lado, el *prospective overruling* también puede traer otros problemas, especialmente en sus fases de *pure prospective overruling* y *prospective overruling*³⁰⁵. Si la nueva regla no vale al caso en juzgamiento, si la energía desprendida de la parte no le trae alguna ventaja concreta, o mejor, no le otorga el beneficio deseado por todo litigante que busca tutela jurisdiccional. Esto quiere decir que el uso de *prospective overruling* puede desestimular la interposición de acciones judiciales contra determinados precedentes³⁰⁶.

Además, el uso indiscriminado de *pure prospective* y de *prospective overruling* elimina la necesidad de que los abogados analicen cómo los precedentes están siendo vistos por la doctrina y de qué forma los tribunales van tratando los puntos relacionados con aquellos definidos en la *ratio decidendi* del precedente. Cuando

³⁰⁴ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 131.

³⁰⁵ TRAYNOR, Roger J. Quo vadis, *prospective overruling*: a question of judicial responsibility. *Hastings Law Journal*, San Francisco, vol. 50, abr. 1999.

³⁰⁶ EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 131.

se atribuye efecto prospectivo a la nueva regla, impidiendo su incidencia al caso en juzgamiento, queda eliminada cualquier posibilidad de que la parte sea sorprendida por la decisión judicial, aunque el precedente ya haya sido desautorizado por la doctrina y por las decisiones que, aunque obviamente no habían enfrentado de forma directa la cuestión resuelta en el precedente, afirmaron soluciones con él inconsistentes. De este modo, la investigación y análisis del abogado no sería siquiera necesaria, ya que al justiciable le bastaría la mera existencia del precedente, importando poco el grado de su autoridad o fuerza y, así, la posibilidad o probabilidad de su revocación. Así, el uso inadecuado de *prospective overruling*, de un lado, torna innecesario el análisis de si la tutela de la seguridad jurídica y de la confianza fundamenta la no retroactividad de los efectos del *overruling*, y de otro, constituye un obstáculo al desenvolvimiento del derecho jurisprudencial. En verdad, de esta forma el derecho dejará de ser visto como algo en permanente construcción, negándose el fundamento que debe estar a la base de una teoría de los precedentes.

Déjese claro, finalmente, que la doctrina del Common Law (cursivas) resalta que, en regla, la revocación debe tener efectos retroactivos. Solo excepcionalmente, en especial cuando hay confianza justificada en el precedente, es que se admite dar efectos prospectivos al *overruling*. Y eso sin enfatizar que las Cortes no deben suponer razón para la tutela de la confianza sin consideración meticulosa, analizando si la cuestión enfrentada es una de aquellas en que los justiciables acostumbran a guiarse por los precedentes, así como si los tribunales ya señalaron la revocación del precedente o si la doctrina ya demostró su fragilidad³⁰⁷.

5.3.2 La cuestión de los efectos prospectivos en el Supremo Tribunal Federal

El Supremo Tribunal Federal, en la ADIn 2.240, en la que se cuestionó la inconstitucionalidad de la ley que creó el municipio

³⁰⁷ Idem, p. 132.

de Luis Eduardo Magalhães, al enfrentarse al problema de la eficacia de la decisión de inconstitucionalidad, llegó a una solución muy interesante para quien está interesado en la cuestión relativa a la protección de la seguridad jurídica mediante la técnica de los efectos prospectivos³⁰⁸.

³⁰⁸ “Acción directa de inconstitucionalidad — Ley 7.619/2000, del Estado de Bahia, que creó el Municipio de Luis Eduardo Magalhães — Inconstitucionalidad de la ley estatal posterior a la EC 15/1996 — Ausencia de ley complementaria federal prevista en el texto constitucional — Afronta lo dispuesto en el art. 18, num. 4, de la CF — Omisión del Poder Legislativo — Existencia de hecho — Situación consolidada — Principio de seguridad jurídica — Situación de excepción, estado de excepción — La excepción no se subtrae a la norma, pero esta, suspendiéndose, da lugar a la excepción — solo así ella se constituye como regla, manteniéndose en relación con la excepción. 1. El Municipio fue efectivamente creado y asumió existencia de hecho hace más de seis años, como ente federativo. 2. Existencia de hecho del Municipio, derivada de la decisión política que importó su instalación como ente federativo dotado de autonomía. Situación excepcional consolidada de carácter institucional, político. Hipótesis que consubstancia el reconocimiento y acogimiento de la fuerza normativa de los hechos. 3. Esta Corte no puede limitarse a la práctica del mero ejercicio de la subsunción. La situación de excepción, situación consolidada — aunque todavía no jurídica — no puede ser desconsiderada. 4. La excepción resulta de la omisión del Poder Legislativo, visto que el impedimento de creación, incorporación, fusión y desmembramiento de Municipios, desde la promulgación de la EC 15, del 12 de setiembre de 1996, se debe a la ausencia de la ley complementaria federal. 5. Omisión del Congreso Nacional que inviabiliza lo que la Constitución autoriza: la creación de Municipios. La no emisión de la ley complementaria dentro de un plazo razonable consubstancia auténtica violación de orden constitucional. 6. La creación del Municipio de Luis Eduardo Magalhães importa, tal como se dio, una situación excepcional no prevista por el derecho positivo. 7. El estado de excepción es una zona de indiferencia entre el caos y el estado de la normalidad. No es la excepción que se subtrae a la norma, pero la norma, que, suspendiéndose, da lugar a la excepción — solo de ese modo ella se constituye como regla, manteniéndose en relación a la excepción. 8. Al Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando también esas situaciones de excepción. No se aparta del ordenamiento al hacerlo, he aquí que aplica la norma a la

En este caso, la corte no tenía ninguna duda sobre la inconstitucionalidad de la ley, sino que temía, al pronunciarla, que pudiese irremediablemente afectar todas las situaciones que se formaron después de su emisión. Se temía que la declaración de inconstitucionalidad no pudiese permitir la preservación de las situaciones establecidas antes de la decisión de inconstitucionalidad.

No es necesario decir que, en el caso, se partía de la teoría de la nulidad del acto inconstitucional, de modo que la preservación de lo que suceda después de la dictación de la ley inconstitucional tendría que sostenerse en algo que se pudiese contraponer con el principio de la nulidad.

Esclarécese que el Relator, inicialmente, aunque reconociendo la inconstitucionalidad, juzgó improcedente la acción. Y eso para preservar las situaciones consolidadas, en nombre del principio de la seguridad jurídica³⁰⁹. Después del voto del Relator,

excepción, desapplicándola, esto es, retirándola de la excepción. 9. Cumple verificar lo que menos compromete la fuerza normativa futura de la Constitución y su función de estabilización. En el aparente conflicto de inconstitucionalidad se impondría el reconocimiento de la existencia válida del Municipio, a fin de que se aparte la agresión a la federación. 10. El principio de seguridad jurídica prospera en beneficio de la preservación del Municipio. 11. Principio de la continuidad del Estado. 12. Juzgamiento en el cual fue considerada la decisión de esta Corte en el MI 725, cuando fue determinado que el Congreso Nacional, en el plazo de dieciocho meses, al emitir la ley complementaria federal referida en el num. 4, del art. 18 de la CF, considere, reconociéndola, la existencia consolidada del Municipio de Luís Eduardo Magalhães. Declaración de inconstitucionalidad de la ley estatal sin pronunciamiento de nulidad. 13. Acción directa juzgada fundada para declarar la inconstitucionalidad, pero no para pronunciar la nulidad por el plazo de 24 meses, de la Ley 7.619, del 30 de marzo del 2000 del Estado de Bahia". STF, Pleno, ADIn 2.240, rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.2007.

³⁰⁹ Parte final del voto del Min. Relator Eros Grau: "Me permito observar todavía que en el caso está en pauta el *principio de la continuidad del Estado*, no el principio de la *continuidad del servicio público*. Los servicios públicos prestados por el Municipio de Luís Eduardo Magalhães pasarían a ser inmediatamente prestados, si fuese declarada la inconstitucionalidad

pidió la vista al ministro Gilmar Mendes. En su voto, no obstante, argumentó que no sería razonable dejar de juzgar fundada la acción directa de inconstitucionalidad para no afectar el pasado, advirtiendo que la preservación de las situaciones anteriores se podría dar incluso si la acción fuese juzgada procedente, con la declaración de inconstitucionalidad. Consta en el voto del ministro Gilmar: “me impresionó la conclusión a la que llegó el ministro Eros Grau —votó por la infundabilidad de la acción— después de haber realizado un profundo análisis sobre la realidad fáctica fundada en la ley impugnada y del peso que posee, en el caso, el principio de seguridad jurídica. De hecho, hay toda una situación consolidada que no puede ser ignorada por el tribunal. Con el surgimiento, en el plano de las normas, de una nueva entidad federativa, emergió, en el plano de los hechos, una gama de situaciones que surgen de la práctica de actos propios del ejercicio de la autonomía municipal. La realidad concreta que se vincula la ley estadual impugnada ya fue objeto de una extensa descripción analítica en el voto dictado por el ministro Relator, y no pretendo aquí reto-

de la ley de su creación, por el Municipio de Barreiras, de cuya área fue dividida. Pero no es de eso de lo que se cuida aquí, sino, de la necesaria e imprescindible afirmación, por esta Corte, del sentido normativo vehiculado por el art. 1 de la CF: la República Federal del Brasil es formada por la unión indisoluble de los Estados, Municipios y del Distrito Federal. Es el principio de la continuidad del Estado que está en pauta en la presente ADIn, incumbiéndonos recusar el *fiat justitia, pereat mundus*. Por cierto, la afirmación de la infundabilidad de la ADIn no servirá de estímulo para la creación de nuevos municipios indiscriminadamente. Antes, muy por el contrario, hay que expresar una apelación al Poder Legislativo, en el sentido de que suprima la omisión constitucional que viene siendo reiteradamente consumada. Concluido, retornaré a la observación de Konrad Hesse: también cumple a esta Corte hacer todo aquello que sea necesario para impedir el nacimiento de realidades inconstitucionales pero indispensable debe ser, cuando ello fuere posible, que esta misma Corte realice de todo para poner esa realidad, nuevamente, en concordancia con la Constitución. Las circunstancias de la realidad concreta del municipio de Luís Eduardo Magalhães imponen que sea juzgada infundada la ADIn”. STF, Pleno, ADIn 2.240, rel. Min. Eros Grau, *DJe* 03.08.2007.

marla. Creo que el tribunal ya se encontraba plenamente enterado de las graves repercusiones de orden político, económico y social de una eventual decisión de inconstitucionalidad”³¹⁰.

Después de haber dejado claro que el Ministro Relator estaba preocupado por proteger las situaciones consolidadas, argumentó el ministro Gilmar que la solución al problema “no puede venir de simples decisiones desestimatorias de la acción. Sería como si el tribunal, enfocando toda su atención en la necesidad de asegurar realidades concretas que no se pueden deshacer y, por lo tanto, reconociendo plena aplicabilidad al principio de la seguridad jurídica, dejase de contemplar, en la debida medida, el principio de nulidad de la ley inconstitucional”³¹¹. Después de eso, advirtió que, si bien no se puede negar la relevancia del principio de seguridad jurídica en el caso, es posible aspirar a la optimización de ambos principios —es decir, de los principios de seguridad jurídica y de nulidad de la ley inconstitucional—, “Intentar aplicarlos, en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas que el caso concreto puede presentar”³¹².

Más tarde, subrayó que “la falta de una institución que permita establecer límites a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad acaba por obligar a los tribunales, muchas veces, a abstenerse de emitir un juicio de censura, declarando la constitucionalidad de leyes manifiestamente inconstitucionales”³¹³. Es que el “peligro de una tal actitud desmesurada del *self restraint* (o *greater restraint*) por las cortes constitucionales ocurre justamente en los casos que, como en el presente, la nulidad de la ley inconstitucional puede causar una verdadera catástrofe —para utilizar la expresión de Otto Bachof— desde el punto de vista político, económico y social”³¹⁴. Frente a eso, señaló el ministro Gilmar: “no hay duda, por lo tanto —y todos los ministros que aquí se encuentran

³¹⁰ Idem.

³¹¹ Idem.

³¹² Idem.

³¹³ Idem.

³¹⁴ Idem.

parecen tener plena conciencia de eso—, de que el tribunal debe adoptar una fórmula que, reconociendo la inconstitucionalidad de la ley promulgada —frente a la vasta y consolidada jurisprudencia sobre el tema—, resguarde en la mayor medida posible los efectos por ella producidos”³¹⁵.

En esta línea, el ministro Gilmar Mendes, que acabó siendo acompañado por los demás ministros —inclusive por el Ministro redactor, que rectificó su voto—, con excepción del ministro Marco Aurélio —que, si bien juzgaba procedente la acción de inconstitucionalidad, se pronunciaba a favor de la nulidad de la ley³¹⁶ —, votó en “sentido que, aplicando el artículo 27 de la ley 9.868/1999, declaró la inconstitucionalidad sin el pronunciamiento de nulidad de la ley impugnada, manteniendo su vigencia por el plazo de 24 (veinticuatro) meses, lapso temporal razonable en el cual podrá el legislativo estatal revisar el tema, teniendo como base los parámetros que deberán ser fijados en la ley federal complementaria, conforme a la decisión de esta corte en la ADIn 3.682”³¹⁷.

Nótese que se afirmó estar siendo declarada la inconstitucionalidad, pero sin que sea pronunciada la nulidad de la ley impugnada, manteniendo su vigencia por el plazo de veinticuatro meses³¹⁸. El método utilizado, aunque similar, no se confunde

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ Voto del Minsitro Marco Aurélio: “Presidente, pido venia para restringirme a la concepción que tengo sobre las normas de regencia de la materia, al alcance que doy al art. 18, num. 4 de la CF y al art. 27 de la Ley 9.868/1999, no estableciendo solución práctica, poco importando el Municipio, fuera de esos mismos parámetros. Hoy, hay autorización — y bajo ese precepto fue creado el Municipio — que no se torna efectiva ante la inexistencia de actividad legiferante del Congreso en cuanto a la ley complementaria que fijaría las balizas temporales, apartando, quien sabe, el año de las elecciones — según el memorial recibido, ese Municipio fue creado en el año de las elecciones — y, también, los requisitos a ser reunidos. Por lo tanto, juzgo fundado el pedido formulado”. Idem.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ En la ADIn 3.615, tratando de caso semejante, la Corte juzgó fundada la acción directa, atribuyendo a la decisión inconstitucionalidad efectos

ex nunc: “Acción directa de inconstitucionalidad — Art. 51 del ADCT del Estado de Paraíba — Redefinición de los límites territoriales del Municipio de Conde — Desmembramiento de parte del municipio e incorporación del área separada al territorio de la municipalidad limítrofe, todo sin la previa consulta, mediante plebiscito de las poblaciones de ambas localidades — Ofensa al art. 18, num. 4 de la CF. 1. Para la averiguación de la violación apuntada por el requirente, cual fuese el irrespeto por el legislador constituyente paraibano de las exigencias de la consulta previa y de la emisión de la ley estatal para el desmembramiento del municipio, no fue la norma contenida en el art. 18, num. 4 de la CF consubstancialmente alterada, una vez que tales requisitos, ya existentes en su texto primitivo, permanecieron inalterados luego de la emisión de la EC 15/1996. Precedentes: ADIn 458, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 11.09.1998 y ADIn 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, *Informativo STF* 316.2. Apartada la alegación de que la norma impugnada, siendo fruto de la actividad del legislador constituyente estatal, gozaría de una presunción inaugural de constitucionalidad pues, según la jurisprudencia de esta Corte, el ejercicio del poder constituyente dado a los Estados-miembros está subordinado a los principios adoptados y proclamados por la Constitución Federal. Precedente: ADIn 192, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 06.09.2001. 3. Investigación de opinión, petición colectiva y declaraciones de organizaciones comunitarias favorables a la creación, a la incorporación o al desmembramiento de municipio, no son capaces de suprimir el rigor y la legitimidad del plebiscito exigido por el num. 4 del art. 18 de la CF. Precedente: ADIn 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 04.06.2004. A ese rol de instrumentos ineficaces que buscan disimular la exigencia de plebiscito expresada en el art. 18, num. 4 de la CF, se suma, ahora, este requisito de la enmienda popular al Proyecto de Constitución Estatal. 4. Acción directa cuyo pedido se juzga fundado con la aplicación de efectos *ex nunc*, en los términos del art. 27 de la Ley 9.868/99”. STF, Pleno, ADIn 3.615, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 09.03.2007. Es importante registrar parte del voto de la Ministra relatora Ellen Gracie: “Con esas consideraciones, juzgo fundado el pedido formulado en la presente acción directa y declaro la inconstitucionalidad del art. 51 del ADCT del Estado de Paraíba. En los términos del art. 27 de la Ley 9.868/1999, propongo, no obstante, la aplicación *ex nunc* de los efectos de esa decisión. Justifico. En las más recientes acciones directas que trataron de ese tema, normalmente propuestas luego de la edición de la ley impugnada, se ha aplicado el rito célere del art. 12 de la Ley 9.868/1999. Así, el tiempo necesario para el surgimiento de la decisión por la inconstitucionalidad

con la técnica del *prospective overruling*, empleada en el derecho estadounidense³¹⁹.

La similitud se debe al hecho de que han mantenido la vigencia de la ley por un período de veinticuatro meses, lo que se aproxima esta decisión de aquella cuyos efectos cooperan solamente a partir de determinada fecha en el futuro. No hay duda de que ambas decisiones protegen la seguridad jurídica.

Sin embargo, la técnica del *prospective overruling* tiene que ver con la revocación del precedente y no con la declaración de inconstitucionalidad. Eso es, precisamente, de lo que se trata en esta situación. Cuando nada indica una probable revocación de un precedente, y, así, los justiciables depositan en el una confianza justificada para orientar sus conductas, se entiende que, en nombre de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza, es posible revocar el precedente con efectos puramente prospectivos (a partir del tránsito en el juzgado) lo mismo con los efectos prospectivos a partir de cierta fecha o evento. Esto sucede para que las situaciones que se formaron en base al precedente no sean afectadas por la nueva regla. Sin embargo, en la decisión dictada por el Supremo Tribunal Federal en la ADIn del municipio de

del diploma difícilmente es irracional, posibilitando la regular aplicación de los efectos *ex tunc*. En las acciones directas más antiguas, a su vez, era praxis del Tribunal la casi inmediata suspensión cautelar del acto normativo atacado. Así, por más que el juzgamiento definitivo demorase en suceder, la aplicación de los efectos *ex tunc* no generaba mayores problemas, pues la norma permanecería durante todo el tiempo con su vigencia suspendida. Aquí, la situación es diferente. Se contesta, en noviembre del 2005, norma promulgada en octubre de 1989. Durante esos dieciséis años, fueron consolidadas diversas situaciones jurídicas, principalmente en el campo financiero, tributario y administrativo, que no pueden, bajo pena de ofensa a la seguridad jurídica, ser deshechas desde su origen. Por esa razón, considero presente y legítima hipótesis de aplicación de efectos *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad". STF, Pleno, ADIn 3.615, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 09.03.2007.

³¹⁹ TREATOR, William Michael. *Prospective overruling and the revival of un-constitutional statutes*. *Columbia Law Review*, New York, vol. 93, dic. 1993.

Luis Eduardo Magalhães, no se debe hablar de protección de la confianza fundada en los precedentes, ya que la corte dejó bien claro que sus propios precedentes estaban en el sentido de la inconstitucionalidad. Además, si el caso estuviese pensado en los efectos de los fundamentos determinantes de las decisiones de inconstitucionalidad dictadas por el Supremo Tribunal Federal en casos similares, está muy lejos de poder imaginar una decisión que no fuese de inconstitucionalidad³²⁰.

Cuando no se otorga efecto retroactivo a la decisión de inconstitucionalidad, el objetivo es preservar las situaciones que se consolidaron en base a la ley inconstitucional. Es solamente en esta situación, como es obvio, que entra en juego la teoría de la nulidad de los actos inconstitucionales y pasa a ser posible cuestionar, en consecuencia, la relación entre los principios de nulidad de la ley inconstitucional y de seguridad jurídica. En otras palabras, cuan-

³²⁰ Recuérdese que, como ya fue demostrado, cuando se dice que el Supremo Tribunal Federal no es alcanzado por los efectos vinculantes de sus propias decisiones, no se quiere decir que este pueda decidir de forma contraria sin que tenga criterios que justifiquen la revocación del precedente que orienta las conductas de los jurisdicionados. Como fue dicho anteriormente, el Supremo Tribunal Federal no puede revocar sus precedentes en virtud de una simple alteración personal en la comprensión del derecho o de la mera alteración en la composición del Tribunal, con la salida de uno o algunos de los Ministros y la entrada de otros. No se quiere decir con eso que nuevas posiciones personales no puedan o deban ser oídas o que la composición del Tribunal no exprese voluntades morales diferenciadas. Lo que se desea evidenciar es que, para alterarse un precedente, cualquier miembro del Tribunal, sea reciente o antiguo, debe expresar fundamentación capaz de evidenciar que el precedente perdió su razón de ser de cara a la alteración de la realidad social, de la modificación de valores, de la evolución de la tecnología o de la alterancia de la concepción general del derecho. En este caso, el juez asume una carga de evidenciar que tales motivos no solo están presentes, como son consistentes y fuertes lo suficiente para sobreponerse a las razones determinantes antes adoptadas. Caso la mayoría del Tribunal no consiga vencer la carga de alegar, demostrar y evidenciar que “buenas razones” imponen la revocación del precedente ese deberá ser mantenido.

do se atribuyen efectos prospectivos a la decisión que no es de inconstitucionalidad, importa solo saber si hay confianza jurídica en el precedente.

Recuérdese, además, que el Supremo Tribunal Federal admite la moderación de los efectos de sus decisiones también en sede de control difuso³²¹. En esta dimensión es posible percibir, con mayor facilidad, la distinción entre atribuir efectos prospectivos a la decisión que, en teoría, puede acabar con la ley y la decisión que simplemente puede revocar un precedente.

No hay duda de que las decisiones dictadas en un recurso extraordinario producen eficacia vinculante en relación a sus motivos determinantes, así como las decisiones dictadas en el control concentrado. Como es obvio, para admitir la eficacia vinculante en el control difuso no es necesario argumentar que la eficacia vinculante es viable en el control concentrado. De la misma forma, la circunstancia de ser posible atribuir efecto prospectivo a la decisión de procedencia en la acción directa de inconstitucionalidad nada tiene que ver con la viabilidad que se atribuyen a los efectos prospectivos de la decisión dictada en sede de recurso extraordinario. Explíquese; la moderación de los efectos de las decisiones dictadas en un recurso extraordinario no es consecuencia lógica de la posibilidad de atribuirle efectos prospectivos a las decisiones dictadas en una acción directa de inconstitucionalidad.

Atribuir eficacia vinculante a los fundamentos determinantes de la decisión es lo mismo que conferir autoridad a los fundamentos de la decisión en relación a los demás órganos del Poder Judicial. Ellos quedan vinculados u obligados de cara a los fundamentos de la decisión, o sea, ante la *ratio decidendi* del precedente. De modo

³²¹ En decisión del 06.06.2002, el Supremo Tribunal Federal decidió, en el RE 197.917-8, tratarse de "situación excepcional en la que la declaración de nulidad, con sus normales efectos *ex tunc*, resultaría grave amenaza a todo el sistema legislativo vigente" y, así proclamó: "Prevalencia del interés público para asegurar, en carácter de excepción, efectos *pro futuro* a la declaración incidental de inconstitucionalidad". STF, Plenario, RE 197.917-8, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004.

que la técnica de la obligatoriedad del respeto a los fundamentos determinantes es utilizada para atribuir fuerza o autoridad a los precedentes judiciales, y no, obviamente, para simplemente reafirmar la teoría de la nulidad del acto inconstitucional.

De la misma forma, la moderación de los efectos de las decisiones dictadas en un recurso extraordinario no es tributaria de la posibilidad de su moderación a los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad en el control concentrado. O sea, el poder de moderar los efectos de las decisiones en sede de control difuso deriva exclusivamente del principio de seguridad jurídica y de la protección de la confianza justificada y no de la necesidad de armonizar la aplicación de los principios de nulidad del acto inconstitucional y de la seguridad jurídica.

La declaración de inconstitucionalidad, dictada en el recurso extraordinario, aunque puede tener eficacia vinculante, obligando a los demás órganos del Poder Judicial, no elimina la norma del ordenamiento jurídico, que permanece, por así decir, en estado latente. Es ciertamente posible que la decisión que reconoció la inconstitucionalidad de determinada norma, un día sea contrariada por las mismas razones que autorizan la revocación del precedente constitucional o dar al Supremo Tribunal Federal la posibilidad de declarar inconstitucional la norma que ya afirmó constitucional. Tratándose del mismo “proceso” en que, en los Estados Unidos, la Corte Suprema “resucita” la ley que era vista como *dead law*, por ya haber sido declarada inconstitucional.

En realidad, en sede de control difuso el Supremo Tribunal Federal siempre tiene la posibilidad de —a partir de criterios rígidos— negar los fundamentos determinantes de sus decisiones, sean ellas de inconstitucionalidad o de constitucionalidad. Sin embargo, como la revocación de un precedente instituye una regla que ha de ser observada por los demás órganos judiciales, es poco más que evidente la posibilidad de que se viole la seguridad jurídica y la confianza depositada en el propio tribunal. Cuando no hay indicaciones de que el precedente será revocado y, así, hay confianza justificada, no hay razón para tomar de sorpresa al

justiciable, siendo el caso de atribuir efectos prospectivos a la decisión, sea aquella de inconstitucionalidad o de constitucionalidad.

Aunque la viabilidad de otorgar efectos prospectivos a la decisión de inconstitucionalidad está expresada en el artículo 27 de la ley 9.868/1999³²², es indiscutible que esta posibilidad proviene del principio de la seguridad jurídica, lo que significa que, incluso aunque no se entendiese que tal norma se aplica solo en el control concentrado, no habría cómo negar la posibilidad de que se moderasen los efectos de la decisión dictada en el recurso extraordinario³²³.

Nótese, sin embargo, que la necesidad de moderación en el control difuso surgiere la preocupación de no afectar las situaciones que se formaron en base al precedente y no del carácter imprescindible en proteger las situaciones que se consolidaron con base en la ley inconstitucional.

Mientras tanto, en Brasil, la técnica de los efectos prospectivos fue pensada a partir de la teoría de la nulidad de los actos inconstitucionales. Vale decir, para la tutela de la seguridad jurídica, en virtud del principio de la nulidad de la ley inconstitucional. De ello que no se haya percibido, con mayor nitidez, la indispensabilidad de la adopción de esta técnica en sede de control difuso.

Lo más importante, mientras tanto, es que ciertamente no se piensa en la confianza justificada para dar efectos prospectivos en una hipótesis de decisión de inconstitucionalidad. Solo hay razón para investigar si la confianza es justificada si se trata de la revocación de un precedente. Es solo ahí que importa verificar

³²² Ley 9.869/1999, art. 27: "Al declarar la inconstitucionalidad de la ley o del acto normativo y teniendo en vista las razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que ella solo tenga eficacia a partir de su adquisición de la calidad de cosa juzgada o de otro momento en el que venga a ser fijado".

³²³ V. ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

si había, en la academia y en los tribunales, manifestaciones que evidenciaron el debilitamiento del precedente o apuntaron a la probabilidad de su revocación, a eliminar la confianza justificada. De modo que, en esta situación se tutela el pasado en nombre de la confianza que se depositó en las decisiones judiciales, mientras que, en el caso de la decisión de inconstitucionalidad, se tutelan excepcionalmente las situaciones que se formaron durante la vigencia de la ley declarada inconstitucional. En verdad, los fundamentos para dar efectos prospectivos, en cada uno de los casos, son diferentes. Los fundamentos que bastan para dar efectos prospectivos en la hipótesis de revocación de precedentes, están lejos de las “razones de seguridad jurídica excepcional interés social”, aptas para justificar efectos prospectivos en casos de decisión de inconstitucionalidad.

5.3.3 El problema de los efectos prospectivos en el Tribunal Superior de Justicia

Como se ha demostrado en el ítem anterior, la técnica de los efectos prospectivos, además de ser importante de cara al principio de nulidad del acto inconstitucional, es absolutamente fundamental ante la teoría de los precedentes.

Tratándose de la revocación de los precedentes, la razón de ser de los efectos prospectivos está en la confianza justificada en la tutela de la previsibilidad. Sin embargo, no solo los precedentes del Supremo Tribunal Federal generan confianza justificada, sino también los del Tribunal Superior de Justicia (y de los otros tribunales superiores), especialmente cuando se superen sus funciones de unificar la interpretación de la ley y dar unidad al derecho federal³²⁴.

Bien por eso, como no podría dejar de ser, la cuestión de los efectos prospectivos ya repercutió en el Tribunal Superior de Justicia. En esa corte, se llegó a discutir, inclusive, sobre la aplicación

³²⁴ Sobre el tema, ver DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 498 y ss.

del artículo 27 de la ley 9.868/ 1999, que autoriza al Supremo Tribunal Federal a dar efectos prospectivos a sus decisiones de inconstitucionalidad.

Hay un caso ejemplar proveniente del Paraná, que no puede dejar de ser recordado. Se trata de los EDiv no REsp 738.689, juzgados por la 1^o Sección³²⁵. Se buscaba, en la acción que dio origen al recurso especial y a los embargos de divergencia, el reconocimiento del derecho al aprovechamiento del crédito-premio de IPI, establecido por el art. 1^o Dec.-Ley 491/1969. 1 del Decreto-Ley 491/1969. Al enfrentar el recurso especial, la Sala reafirmó la improcedencia de lo pedido, habiendo sido interpuestos los embargos de divergencia a la 1^a Sección. Durante el juzgamiento de los embargos de divergencia —que restaba por resolver—, el ministro Herman Benjamin pidió las vistas y propuestas de modulación de los efectos de la decisión, en los términos del artículo 27 de la Ley 9.868/1999.

Nótese que, hasta agosto del 2004, el consenso pacífico en el Tribunal Superior de Justicia era para la subsistencia del beneficio. Inicialmente, observó el ministro Herman que, al intentar familiarizarse con los debates sobre el crédito-préstamo —de los cuales no participó, pues sucedieron antes de su ingreso a la Corte—, llamó su atención “mi profundo cambio de orientación jurisprudencial sobre el tema, hecho que es insistentemente revisado por los contribuyentes, en el contexto de la seguridad jurídica”³²⁶.

Se alegó que, “frente a la jurisprudencia predominante en el Superior Tribunal de Justicia hasta agosto del 2004, persistió en favor de los contribuyentes ‘cierta sombra de juridicidad’ ”³²⁷. Así, para proteger la seguridad jurídica y la confianza, entendió el ministro Herman Benjamin que sería el caso de proceder al cambio de los efectos de la decisión, limitándose su retroactividad. Para fundamentar su propuesta, hizo las siguientes ponderacio-

³²⁵ STJ, 1.^a Sección, EDiv no REsp 738.689, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.10.2007.

³²⁶ Idem.

³²⁷ Idem.

nes: “entiendo que, también en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia, las decisiones que alteraren jurisprudencia reiterada, comprometiendo fuerte e inesperadamente las expectativas de los justiciables, deben ser sopesados los límites de sus efectos en el tiempo, buscando la integridad del sistema y la valorización de la seguridad jurídica. Es que el reconocimiento de la “sombra de juridicidad”, que surge de la actividad jurisdiccional del Estado, revela la indiscutible necesidad de resguardarse de los actos practicados por los contribuyentes sobre la expectativa de que aquella era la mejor interpretación del Derecho, ya que se basaba en una jurisprudencia reiterada en sentido favorable a sus pretensiones, por la Corte que tiene la competencia constitucional para dar la última palabra en el asunto. Esa necesidad de privilegiar la seguridad jurídica y, en consecuencia, los actos practicados por los contribuyentes sobre la “sombra de juridicidad” exige del Tribunal Superior de Justicia el manejo en el tiempo de los efectos de su nuevo entendimiento jurisprudencial. Repito que no se trata de, simplemente, aplicar las normas transmitidas por las Leyes 9.868 y 9.882, ambas de 1999, por analogía, sin adoptar como válidos e innegables los presupuestos valorativos y principio lógicos que fundamentan las normas y que, independientemente de la producción legislativa ordinaria, han de ser observados tanto por el Supremo Tribunal Federal como también por el Tribunal Superior de Justicia. En el caso de los regidores [*Vereadores*] (en el que el Tribunal Supremo Federal limitó los efectos de la declaración de inconstitucionalidad), parece evidente que la eventual inexistencia de la ley federal previendo expresamente la regulación temporal de los efectos de la decisión judicial, no impediría al Supremo Tribunal Federal sopesar los efectos de su acuerdo, debido al imperativo de seguridad jurídica. De la misma forma, la inexistencia de una norma ordinaria expresa que regule el asunto, no tiene la facultad o condición de impedir a los tribunales superiores de adecuar su actividad o el producto de la acción jurisdiccional a los dictámenes de la seguridad jurídica. El Supremo Tribunal Federal al adoptar ese entendimiento, regula temporalmente los efectos de sus decisiones, al igual que cuando se trata del control difuso

de constitucionalidad, no abarcado expresamente por el régimen de las leyes 9.868 y 9.882, ambas de 1999³²⁸.

Después de sostener la posibilidad del Tribunal Superior de Justicia de regular los efectos de sus decisiones, para quien —en su argumentación— no sería siquiera necesaria una norma infraconstitucional, el ministro Herman Benjamin pasó a trazar criterios para justificar la limitación de los efectos de la nueva regla del Tribunal Superior de Justicia. Al observar la necesidad de preservar la seguridad jurídica, reflejada en las expectativas de los justiciables al momento de verlos aplicados en sus propios casos, el entendimiento pacificado por el Tribunal Superior de Justicia, advirtió el ministro que “ese entendimiento exige que sean fijados a) un límite temporal a partir del cual se aplica la “sombra de juridicidad” y b) los tipos de actos y negocios jurídicos realizado por los contribuyentes que deben ser resguardados del cambio jurisprudencial. El límite de tiempo es fácil de visualizar. La “sombra de juridicidad” —y, a partir de ahí, también la necesidad de modulación temporal de la eficacia de la decisión— deja de existir con el juzgamiento, por la 1ª Sala, del REsp 591.708/RS, del 08-06.2004, sentencia redactada por el ministro Teori Zavascki y publicado en el DJ de 08/09/2004 (conforme a lo registrado por el ministro João Otávio de Noronha en su voto-vista en el REsp 541.239/DF). Hasta ese momento, el entendimiento pacífico del Tribunal Superior de Justicia, dando la última interpretación a la legislación federal, era a favor de la subsistencia del beneficio, en los términos detallados por el registro efectuado por el ministro José Delgado, con ocasión de su voto-vencido en el REsp 591-708/RS. Hecho, por lo tanto, a la fecha de la publicación de esa sentencia (REsp 591.708/RS) en 09.08.2004, como al momento en que se asegura la “sombra de juridicidad” de la garantía de subsistencia del beneficio, no cabiendo, a partir de entonces, hablar de expectativa, buena fe o confianza legítima de los contribuyentes. *En esa fecha (09/08/2004), que sirve como marco inicial para la irradiación de los efectos de la nueva*

³²⁸ Idem.

jurisprudencia, destacó el sentido de la extinción del crédito-premio de IPI, sea en 1983, sea en 1990. En cuanto a los actos y negocios jurídicos practicados por los contribuyentes, serán resguardados del cambio jurisprudencial, teniendo en mente el objetivo de la regulación temporal de los efectos de la decisión judicial, cual es privilegiar la seguridad jurídica, reflejada en la expectativa de los contribuyentes hacia la manutención del entendimiento que, hasta entonces, les era favorable. Pues bien, frente a la constante e incansable resistencia del fisco al aprovechamiento del “crédito-premio”, estaban los interesados en el camino de la judicatura. Por eso, no se descuida que, dados los efectos ínter partes de los precedentes de esta Corte, los contribuyentes habrían de buscar un pronunciamiento jurisdiccional para garantizarles el derecho que, en su visión, es correcto. Consecuentemente, tan solo cabe hablar de expectativa de la sentencia judicial favorable, obviamente, en favor de aquellos que acudieron a la vía pretoriana. En el ámbito contable, esa búsqueda del pronunciamiento judicial es una exigencia del principio del conservadurismo. Habiendo resistencia del fisco al aprovechamiento de un derecho por la empresa, hay que buscar un pronunciamiento administrativo o judicial para legitimar la escrituración. A propósito, registró la Alerta al Mercado, grabado por la Comisión de Valores Mobiliarios de 30.03.2005, que, de una manera aun más severa y refiriéndose a los actos normativos y acuerdos anteriores, prohíbe expresamente la contabilización del derecho al “crédito-premio” por las compañías abiertas antes del eventual tránsito en el juzgado de la sentencia favorable. Entiendo, por lo tanto, que la expectativa a ser protegida contra el cambio jurisprudencial se refiere exclusivamente a aquellas empresas que buscan un pronunciamiento judicial y efectivamente aprovechan el “crédito-premio” hasta 09.08.2004. Las pretensiones de empresas no deducidas en juicio no pueden ser resguardadas. A estas, no les socorre el argumento de la expectativa de un pronunciamiento judicial favorable y, por lo tanto, el imperativo de la seguridad jurídica me lleva a decidir por el cambio temporal de los efectos de la decisión. Los contribuyentes que demandaron judicialmente, y solamente ellos, tenían una expectativa de un pronunciamiento

judicial favorable. Si utilizaron el “crédito-premio” en un momento en que el Tribunal Superior de Justicia mantenía una posición sólida en su favor, este aprovechamiento del beneficio implicó la reducción de los costos y precios de estas empresas, en un valor correspondiente al monto del IPI mitigado, llevándolas a dirigir sus planes y actividades en base a esa realidad. Son estos actos de los contribuyentes, de apropiación y aprovechamiento de “crédito-premio” antes del cambio jurisprudencial, que se realizaron sobre la “sombra de juridicidad” y, ahora, merecen ser preservados. Surge también, por lo tanto, la hipótesis de que las empresa que, a pesar de demandar judicialmente, no realizaron, por cualquier razón, el efectivo aprovechamiento del “crédito-premio” hasta el 09.08.2004. Así, las empresas no vieron sus costos reducidos ni dejaron, consecuentemente, de derivar su onus tributario integral (sin deducción del crédito-premio) a sus clientes. En relación a esos contribuyentes, no hay una ofensa relevante a la seguridad jurídica que justifique la modulación temporal de los efectos de la decisión. Tampoco aprovecha la mitigación de los efectos de la decisión declaratoria a otros que no son el titular original del “crédito-premio”, ya que la “sombra de juridicidad” se refiere al entendimiento pacificado por esta Corte, que no cubre la posibilidad de aprovechamiento por terceros del beneficio fiscal. Sin duda, la controversia acerca de la posibilidad de ese aprovechamiento por terceros y la interpretación que debe ser dada a la legislación federal que trata del asunto, nunca gozó, en este tribunal, de la pacificación jurisprudencial que provenga de un profundo debate y precedentes reiterados. No hay, en favor de los cesionarios del crédito-premio, “sombra de juridicidad” que los socorra. En una palabra, la modulación temporal de los efectos de la decisión favorece solamente a los créditos aprovechados por los titulares originales del beneficio. Frente a todo lo expuesto, me posiciono por la extinción del crédito-premio de 1983 y, superada esta tesis, por el término del beneficio en 1990, en los términos del art. 41, 1° del ADCT, acompañando al relator Ministro Teori Albino Zavascki, para negar proveimientos a los embargos de divergencia, resguardando, de los efectos de esta decisión un eventual aprove-

chamamiento del crédito-premio por el titular originario siempre que fuese realizado hasta el 09.08.2004³²⁹. En el voto-vista, el ministro Teori Albino Zavascki se opuso a la propuesta del ministro Herman Benjamin, argumentando “que el cambio de los efectos de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, cuando es autorizada, es solo en lo que dice respecto a las normas declaradas inconstitucionales y se limita a los efectos de la naturaleza exclusivamente temporal. Aquí, al contrario, se pretenden cambiar los efectos de las decisiones judiciales, no sobre la inconstitucionalidad de la norma, sino sobre su revocación, y no solo en sus aspectos temporales (= eficacia prospectiva de las normas revocadas), sino también en sus aspectos subjetivos (= para beneficiar a algunos contribuyentes, no a todos) y en sus aspectos materiales (= para cubrir solo algunos actos y negocios y no todos)”³³⁰.

La mayoría de los miembros de la 1ª Sala adhirió a la proposición del ministro Teori, dejando consignado en la sentencia lo siguiente: “salvo en las hipótesis excepcionales previstas en el artículo 27 de la Ley 9.868/1999, es inconcebible que la judicatura, so pena de usurpación de actividad legislativa, promueva el “cambio temporal” de sus decisiones, para los efectos de dar eficacia prospectiva a los preceptos normativos reconocidamente revocados”³³¹.

El Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia referida, perdió una gran oportunidad para adoptar una técnica imprescindible para un tribunal involucrado en dar unidad al derecho federal. Poco importa que el artículo 27 de la ley 9868/1999 haga referencia expresa solo a las decisiones de inconstitucionalidad. Como se ha demostrado en el intento anterior, la limitación de los efectos

³²⁹ Idem. El Ministro João Otávio de Noronha, acrecentando que “el efecto prospectivo y la modulación del juzgamiento tienen el poder de, exactamente, permitir a una Corte Superior trascender el interés individual y hacer prevalecer la propia credibilidad del Poder Judicial”, acompañó el voto del Ministro Hermann Benjamin.

³³⁰ Idem.

³³¹ Idem.

retroactivos de las decisiones no surge únicamente de la necesidad de compatibilizar la seguridad jurídica con la teoría de la nulidad de la ley inconstitucional. Se trata, al contrario, de algo imprescindible para que no se sorprendan aquellos que depositaron una confianza justificada en los precedentes judiciales. Los actos, que se apoyaron en precedentes dotados de autoridad en determinado momento histórico —y así, y irradiadores de confianza justificada—, no pueden ser desconocidos por la decisión que revoca el precedente, so pena de violación de la seguridad jurídica y de la confianza en los actos del poder público. Es decir, la modulación de los efectos o la limitación de los efectos retroactivos de las decisiones, ciertamente no pueden servir solo a las decisiones de inconstitucionalidad. En verdad, la limitación de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad es uno de los aspectos que se inserta en la cuestión relativa a la tutela de la seguridad ante las decisiones judiciales.

Por otra parte, aunque el artículo 27 no existiera, el Supremo Tribunal Federal podría y debería limitar, cuando sea necesario, los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, bastando con argumentar en base a la Constitución Federal. Una norma, afirmando la posibilidad de limitación de los efectos retroactivos de las decisiones revocadoras de precedentes —o, en el caso de jurisprudencia consolidada y pacífica— en el Tribunal Superior de Justicia, jamás podría ser vista como resultado de una “libre opción” del legislador infraconstitucional. La norma es imprescindible para que el legislador cumpla con su deber de tutela de la confianza justificada en los actos del poder público. Lo que significa decir que la inexistencia de esta norma configura una “falta de ley”, debiendo, por eso, necesariamente ser suplida por el Poder Judicial ante los casos concretos. Como la judicatura no puede prestar una adecuada tutela jurisdiccional sin limitar los efectos de la decisión que revoca el precedente —deja de lado la jurisprudencia pacífica o, lo que es lo mismo, inaugura una nueva comprensión de determinada situación jurídica—, no hay cómo subordinar su decisión de delimitación de los efectos retroactivos, a la existencia de ley. En realidad, la posibilidad de limitar los efectos

retroactivos de las decisiones es inherente al ejercicio del poder de juzgar conferido a los tribunales superiores³³².

Por otra parte, ejecutar algunos actos que están sujetos a los efectos retroactivos de una decisión no significa dar efectos prospectivos a la ley revocada, aunque tal decisión haya reconocido que, en la época en que se realizaron los actos, la ley no debería producir efectos. Pero sí, en el momento en que los actos fueron realizados, el Poder Judicial afirmaba que la ley estaba en vigor, innegablemente existía “norma jurídica” para orientar a los justiciables. Si esta norma es revocada por una norma posteriormente emanada del propio Poder Judicial, la nueva norma no puede retro-

³³² “En efecto, la posibilidad de aplicación prospectiva de la ley o del acto normativo declarado inconstitucional deriva del principio de la seguridad jurídica. Luego, incluso no existiendo el art. 27 de la Ley 9.868/1999, todavía así el Supremo Tribunal Federal, en algunos casos, tendría el poder/deber de restringir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o decidir a partir de qué momento esta tendría eficacia. Tal situación se da, a nuestro ver, en el cambio abrupto de jurisprudencia del propio Pretor Excelso, con repercusiones, sea en el Erario, sea en el patrimonio de gran número de empresas. (...) Siempre apoyándonos en el principio de seguridad jurídica, estamos convencidos de que, también en el control difuso de constitucionalidad, el STF tiene la aptitud para, salvaguardando los principios constitucionales, máxime el de seguridad jurídica, apuntar la prospectividad, evitando, de tal forma, la fulminante y, a veces, formidable eficacia *ex tunc*. (...) Sentadas esas premisas, podemos avanzar en nuestro razonamiento indagando: ¿los demás Tribunales Superiores (STJ, TST, STM y TSE) pueden, menguando una ley formal y expresa, mantener los efectos de la antigua y arraigada jurisprudencia, sea en relación a la causa ahora juzgada en sentido opuesto, sea a las demás que todavía tramitan, sea, finalmente a todas las personas que estaban por pautar su conducta de acuerdo con aquello que, sin hesitación alguna, el propio Poder Judicial consideraba correcto y adecuado? Ahora respondemos que sí, pese a la inexistencia de autorización de medio técnico-procesal expreso. Siempre el autoaplicable principio constitucional de la seguridad jurídica impone el período de transición que estamos aludiendo” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais — Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la — Questões conexas. Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2009. p. 67-68.

ceder para alcanzar las situaciones que se consolidaron a la época en que era justificada la confianza en la norma judicial revocada.

De modo que, limitar los efectos de la decisión para preservar los actos realizados en base a la ley declarada revocada, no es usurpar el poder del legislador, sino proteger la confianza justificada en el Poder Judicial. Se trata, en verdad, de un acto de autotutela de la propia judicatura.

Tampoco es correcto suponer que, para la protección de la confianza, basta solo limitar los efectos retroactivos de la decisión, sin disociar los actos que fueron o no fueron realizados en base a una confianza justificada. Por lo tanto, poco importa que la ley se haya referido solo a la limitación de los efectos retroactivos, sin decir que los actos realizados en el pasado puedan ser diferenciados. Ahora, es de la esencia de la limitación de los efectos en nombre de la protección de la confianza, la discriminación de los actos que no fueron realizados en base a una confianza justificada y que, así, no deben ser salvaguardados de los efectos retroactivos de la decisión.

Nótese, sin embargo, que el Tribunal Superior de Justicia ha decidido a favor de la irretroactividad de la decisión revocadora del precedente. Hay un caso ejemplar que puede ser recordado al respecto. El Supremo Tribunal Federal, al juzgar el HC 83.255/SP, alteró la regla judicial respecto del plazo para interponer el recurso en el Ministerio Público, que desde entonces pasó a ser contado a partir de la fecha de entrada del proceso en las dependencias de la institución. El Tribunal Superior de Justicia siguió la nueva orientación del Supremo Tribunal Federal.

Naturalmente, sin embargo, surgió el problema relacionado con los recursos que habían sido interpuestos a la época en que prevalecía el entendimiento anterior. En unos recursos especiales que se basaron en la alteración del entendimiento acerca de la contabilización del plazo del recurso, el Tribunal Superior de Justicia percibió que los plazos de los recursos que se fundaban en la regla judicial —en el entendimiento jurisprudencial— que aún prevalecía al momento de la interposición, no admitieron la retroactividad del nuevo entendimiento para caracterizar erróneamente el plazo del recurso. Véase, en este sentido, la sentencia de la 5ª Sala del Tribunal

Superior de Justicia: “Habeas corpus — Procesal Penal — Plazo del recurso ministerial — Cambio del entendimiento jurisprudencial de las Cortes Superiores — Aplicación a casos futuros. 1. De hecho, el Supremo Tribunal Federal, a partir de la sentencia plenaria de HC 83.255/SP (Informativo 328), decidió que el plazo del recurso para el Ministerio Público se contaba a partir de la entrada del proceso en las dependencias de la institución. El Tribunal Superior de Justicia, a su turno, se adhirió a la nueva orientación del Supremo Tribunal Federal. 2. No se puede olvidar, todavía, que el entendimiento jurisprudencial hasta entonces se había consolidado en el Supremo Tribunal Federal y en el Tribunal Superior de Justicia, era justamente en el sentido inverso, es decir, se entendía que la intimación personal del Ministerio Público se daba con “conciente” incorporación al expediente, cuando efectivamente era entregado al órgano ministerial. 3. De esa manera, se constata que la Fiscalía [Procurador de Justicia], en los últimos años del 2000, teniendo en cuenta la jurisprudencia asentada entonces de las cortes superiores, valiéndose de ella, interponía los recursos dentro del plazo legal. 4. No se podría, ahora, exigir que el órgano ministerial que recurre, se condujera de modo diverso, como si pudiera anticipar el cambio del entendimiento jurisprudencial. Esta exigencia sería inaceptable, en la medida en que estaría creando un obstáculo insuperable. Es decir: después que la parte ha realizado el acto procesal, según la orientación judicial prevaleciente a la época, sería sancionada con el no conocimiento del recurso, cuando no podía reaccionar al cambio. Esto se traduciría, simplemente, en la usurpación sumaria del derecho al recurso, que no puede existir en un Estado Democrático de Derecho, especialmente, si la parte recurrente representa y defiende el interés público. 5. Orden denegada”³³³.

Esta decisión merece un único reparo. Poco importa si la parte recurrente representa o defiende un interés público. No es posible retrotraer el entendimiento nuevo para los efectos de perjudicar a quienquiera que haya realizado un acto en la confianza de un precedente o de una jurisprudencia pacífica.

³³³ STJ, 5.ª T., HC 28.598/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01.08.2005.

Su importancia, entre tanto, trasciende este punto, pues demuestra que en un tribunal cuya misión es atribuir unidad al derecho federal debe estar conciente de que la revocación de un precedente —o de un entendimiento jurisprudencial— tiene un significado mucho más amplio al que de una simple decisión judicial³³⁴. La revocación del precedente, al alterar el entendimiento de la Corte respecto de la interpretación de la ley federal, tiene un gran impacto sobre las situaciones llevadas al efecto sobre el imperio del precedente revocado. De forma que exige al tribunal, en primer lugar, un análisis acerca de la existencia de “confianza justificada”. Recuérdesse que, como se ha demostrado anteriormente, no todo precedente genera confianza capaz de legitimar una conducta realizada. Entonces, hay que verificar si el acto o la conducta realmente deriva de la confianza que se depositó en el precedente.

Así, tomando como ejemplo el caso de “plazo del Ministerio Público”, cabría preguntarse si, a la época de la interposición del recurso, existían manifestaciones jurisprudenciales y de la doctrina en el sentido de que el plazo debería ser contado a partir de la entrada del expediente en la dependencia de la institución o afirmando el entendimiento de que no sería razonable subordinar el inicio del plazo a la buena voluntad del Ministerio Público. Si el Tribunal Superior de Justicia, aunque sin decidir expresamente que el plazo debería ser contado a partir de la entrada del expediente en el Ministerio Público, ya había señalado que para este entendimiento se había decidido en base a una distinción inconsistente, considerando, por ejemplo, que el plazo del Ministerio Público, para la indicación de las testimoniales de las cuestiones periciales, debería ser contado a partir de la entrada

³³⁴ La propia Corte Especial del Superior Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de declarar que este Tribunal “fue concebido para un objetivo especial: orientar la aplicación de la ley federal y unificarle la interpretación, en todo el Brasil. Si así ocurre, es necesario que su jurisprudencia sea observada para mantenerse firme y coherente. Esto siempre ocurrió en relación al Supremo Tribunal Federal de quien el STJ es sucesor, en ese oficio. En verdad, el Poder Judicial mantiene el sagrado compromiso *con la justicia y la seguridad*”. STJ, Corte Especial, AgRg en los EResp 228432, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.03.2002.

del expediente en la institución, el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, en el proceso civil, debería obedecer a tal lógica, la autoridad del precedente, así con la confianza de que en él podría ser depositada, estarían avaladas.

Obsérvese, mientras tanto, que la protección de la confianza justificada en los precedentes judiciales constituye un deber de los tribunales superiores, por lo que la limitación de los efectos de las decisiones que revocan precedentes o jurisprudencias consolidadas no está dentro de la discreción del Tribunal Superior de Justicia. Es el tribunal, para dar cumplimiento a su misión constitucional de dar unidad al derecho federal, quien tiene el deber de utilizar la técnica de la limitación de los efectos retroactivos, como todo tribunal que, al decidir, fija normas que orientan la conducta de los justiciables, dándoles previsibilidad para trabajar y vivir³³⁵.

5.4 El despropósito de la tesis de la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada material³³⁶

Si bien la decisión de inconstitucionalidad tiende a anular la ley y no la decisión que aplicó, hay quienes argumentan que la decisión de inconstitucionalidad elimina, por una mera conse-

³³⁵ Hicimos la siguiente propuesta de redacción para el inciso V del art. 847 del Proyecto de Código de Proceso Civil: “Art. 847, V — en la hipótesis de alteración del precedente o jurisprudencia pacífica de los tribunales superiores, ahí incluido aquel oriundo del juzgamiento repetitivo, debe haber modulación de los efectos de la decisión pudiendo atribuirse efectos prospectivos o limitar los efectos retroactivos, mediante la consideración del grado de confianza depositado en el precedente y de la importancia de aplicarse inmediatamente la decisión para el tratamiento isonómico de los jurisdicionados”. V. MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC — Crítica e Propostas*. São Paulo. Ed. RT, 2010; MARINONI, Luiz Guilherme (coordinador). *A força dos Precedentes (Estudos de Direito Processual Civil dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR)*. Salvador: JusPodium. 2010.

³³⁶ Para una mayor profundización, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. Cit.

cuencia lógica, la validez de la decisión basada en la ley declarada inconstitucional³³⁷. Este razonamiento se basa en la idea de que la jurisdicción tiene la función de “actuar la voluntad de la ley” y, al mismo tiempo, se olvida que la cosa juzgada es un atributo que, al separar la ley del juicio de constitucionalidad, genera una confianza justificada, independientemente del contenido de la decisión a la que se agrega.

La adopción de la teoría chiovendiana de la jurisdicción, según la cual el juez actúa la voluntad concreta de la ley, en realidad puede conducir a la suposición de que la decisión de inconstitucionalidad debe invalidar la sentencia que “actuó la voluntad de la ley” posteriormente declarada inconstitucional. Recuerde que Chiovenda llegó a decir que, como la jurisdicción significa la actuación de la ley, “no puede haber sujeción a la jurisdicción sino donde puede haber sujeción a la ley”³³⁸. Ahora bien, este pasaje de la doctrina chiovendiana es bastante expresivo en el sentido de que el verdadero poder estatal está en la ley y que, de esa forma la jurisdicción solamente se manifiesta a partir de la revelación de la voluntad de la legislatura. Chiovenda es un claro adepto de la doctrina que, inspirada en la Ilustración y en los valores de la Revolución Francesa, separaba radicalmente las funciones del legislador y las del juez, o más bien, atribuía al legislador la creación de derecho y su aplicación al juez. Recuérdese que, en la doctrina del Estado liberal, a los jueces les correspondía simplemente aplicar la ley dictada por el legislador. En esa época, el derecho constituía las normas generales, esto es, la ley. Por lo tanto, el legislativo creaba las normas generales y la judicatura las aplicaba. En cuanto el legislativo constituía el poder político por excelencia, la judicatura, vista con desconfianza, se resumía en un cuerpo de profesionales que no podía crear algo³³⁹.

³³⁷ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, passim.

³³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, cit., 1943, vol. 2, p. 55.

³³⁹ BULYGIN, Eugenio. Los jueces crean derecho? cit., p. 8.

Es cierto que Chiovenda señaló que la función del juez es aplicar la voluntad de la ley “al caso”. Con esto, sin embargo, jamás se quiso decir que el juez crea la norma individual y la norma del caso concreto, como lo hicieron Carnelutti y todos los adeptos de la teoría unitaria del ordenamiento jurídico. Recuerde que, para Kelsen —sin duda el gran expositor de esta última teoría—, el juez, además de aplicar la ley, crea una norma individual (la sentencia)³⁴⁰. No se puede confundir *aplicación de la norma general al caso concreto con la creación de una norma individual para el caso concreto*. Cuando se sostiene, en línea con la lección Kelsen, que el juez crea una norma individual, se admite que el derecho es un conjunto de normas generales y de normas individuales y, en consecuencia, que el derecho también es creado por el juez³⁴¹.

Pero incluso la creación de la norma individual, en el sentido kelseniano, no significa que el juez, al crear la norma concreta, pueda hacer otra cosa que no sea aplicar la norma general. Para Kelsen, cada acto jurídico constituye, al mismo tiempo, aplicación y creación de derecho, con excepción de la Constitución y de la ejecución de la sentencia, puesto que la primera sería pura creación y la segunda pura aplicación del derecho³⁴². En esta línea, el legislador aplica la Constitución y crea una norma general y el juez aplica la norma general y crea la norma individual³⁴³. Se sabe que la teoría de Kelsen afirma la

³⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 165; ver ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. Observaciones a “inconstitucionalidad y derogación”. *Revista Discusiones*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2001, p. 79-83; NIÑO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 7-40.

³⁴¹ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre — Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Viena, 1934. p. 3-5, 197, 237; en sentido crítico DREIER, Horst. *Hans Kelsen (1881-1973) — Jurist des Jahrhunderts? Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. München: Siebeck, 1993. p. 705-733.

³⁴² Cf. BULYGIN, Eugenio. Los jueces crean derecho? cit., p. 10.

³⁴³ “Crear una norma es, por lo tanto, al mismo tiempo, aplicar otra norma; el mismo acto es, simultáneamente, de creación y aplicación de derecho”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do estado*, cit., p. 105); ver, también, KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la constitution...*, cit., p. 204.

idea de que toda norma tiene como base una norma superior, hasta llegar a la norma fundamental, puesta en el ápice del ordenamiento. De modo que la norma individual, fijada en la sentencia, se relaciona necesariamente con una norma superior. La norma individual se hace parte del ordenamiento, o tendría una naturaleza constitutiva, solo porque individualiza la norma superior para las partes³⁴⁴.

En el Estado Constitucional brasileño, en que el juez tiene el deber de interpretar la ley de acuerdo con la Constitución y de realizar el control de constitucionalidad en el caso concreto, ciertamente no hay cómo sostener que la jurisdicción actúa la voluntad de la ley, en la línea propuesta por Chiovenda, o incluso

³⁴⁴ Kelsen, Hans *Teoría geral do estado*, cit., p. 109 e ss. “El tribunal tiene que declarar la existencia de tal norma del mismo modo que está obligado a establecer la existencia del acto violatorio. Pero no solo los tribunales: todos los órganos jurídicos se encuentran en la necesidad de decidir si la norma que ‘prima facie’ les exige ejecución es una norma perteneciente al orden jurídico. Para ello, colocándose en el punto de vista interno o inmanente al derecho, tiene que determinar si la norma respectiva es una norma existente y regular, si ha sido creada con arreglo a los procedimientos y con los contenidos establecidos por las normas condicionantes (superiores)” (ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. Ob. cit., p. 109); “La norma básica de Kelsen establece la obligatoriedad de un sistema jurídico; su identidad está determinada por un criterio que toma en cuenta el hecho de que la misma norma básica es presupuesta cuando adscribimos obligatoriedad a todas las normas del sistema. De cualquier manera, como criterio de identidad el anterior es vacío, ya que el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia identidad) no puede ser establecido, en el contexto de la teoría de Kelsen, antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico. (...) Si se dan por correctas las objeciones precedentes, sería el caso de preguntarse cuáles son los obstáculos que Kelsen pretende superar integrando a su teoría la hipótesis de autorización abierta que hemos examinado. Es obvio que el concepto de validez que la teoría pura parece formular, en forma explícita, implica trivialmente que no son válidas aquellas normas que contradicen las condiciones para su creación prescritas por normas de nivel superior. Por otra parte, esa supuesta definición kelseniana de ‘validez’ es incompatible con el reconocimiento de que la validez o invalidez de una norma depende de la declaración en uno u otro sentido por un órgano competente” (NINO, Carlos. Ob. cit., p. 14 y 35).

simplemente a crear la norma concreta, en los términos de Kelsen y de las doctrinas de Carnelutti³⁴⁵ y Calamandrei³⁴⁶.

Mientras que en las teorías clásicas, el juez declara la ley o crea la norma individual a partir de la norma general³⁴⁷, actualmente

³⁴⁵ Las concepciones de “justa composición de la litis”, de Carnelutti, y de “actuación de la voluntad concreta del derecho”, de Chiovenda, son vinculadas a una toma de posición de cara a la teoría del ordenamiento jurídico o, mejor, a la función de la sentencia delante del ordenamiento jurídico. Para Chiovenda, la función de la jurisdicción es meramente declaratoria; el juez declara o actúa la voluntad de la ley. Carnelutti, al contrario, entiende que la sentencia torna concreta la norma abstracta y genérica, esto es, hace particular la ley para los litigantes. Para Carnelutti, la sentencia crea una regla o norma individual, particular para el caso concreto que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, mientras que en la teoría de Chiovenda, la sentencia es externa (está fuera) del ordenamiento jurídico. La primera concepción es considerada adecuada de la teoría unitaria y la segunda, de la teoría dualista del ordenamiento jurídico, siendo que estas teorías también son llamadas de constitutiva (unitaria) y declaratoria (dualista).

³⁴⁶ Decía Calamandrei que “la ley se individualiza por obra del juez”. CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1970, p. 156. Eso ocurriría luego del término del proceso, cuando la sentencia no pudiese ser más discutida, ocasión en la que no se admitiría más ni la falta de certeza ni el conflicto sobre la relación jurídica juzgada. He aquí la lección del maestro italiano: “Así como la ley vale, mientras está en vigor, no porque corresponde a la justicia social, sino, únicamente, por la autoridad de la cual está revestida (*dura lex sed lex*), así también la sentencia, toda vez que con la calidad de cosa juzgada, vale no porque sea justa, sino, porque tiene, para el caso concreto, la misma fuerza de la ley (*lex specialis*). En cierto punto, no es legalmente posible examinar si la sentencia corresponde o no a la ley: la sentencia es la ley y la ley es la que el juez proclama como tal. Pero con eso no se quiere decir que el paso a la cosa juzgada cree el derecho: la sentencia (o la cosa juzgada material o declaración de certeza), en el sistema de la legalidad, siempre tiene el carácter declarativo, no creativo de derecho”. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina. 1945, p. 158.

³⁴⁷ No es posible suponer que las decisiones judiciales son producidas a partir de simples actos de subsunción. V. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método — Traços fundamentais de uma hermenéutica filosófica*. 4ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002, vol. 1, p. 490.

cabe al juez, el deber-poder de elaborar o construir la decisión, esto es, la norma jurídica del caso concreto, mediante la interpretación de acuerdo con la Constitución y al control de constitucionalidad.

La decisión obtenida en un juicio, así, no puede ser invalidada como si constituyese una mera declaración o aplicación de la ley, si más tarde es declarada inconstitucional. La decisión judicial es el resultado de la interpretación de un juez dotado del deber de controlar la constitucionalidad en el caso concreto, y, por lo tanto, no puede ser pensada como una decisión que se limita a aplicar una ley posteriormente declarada inconstitucional³⁴⁸.

Además, como escribe Proto Pisani, es posible decir que la cosa juzgada material opera como *lex specialis*, separando la disciplina del derecho hecho valer en juicio, de la norma general y abstracta, que conduce a la inoperatividad del *ius superveniens* retroactivo sobre la *fattispecie* concreta de que deriva el derecho objeto de cosa juzgada, y además la inoperatividad que sobreviene de la declaración de inconstitucionalidad de la norma general y abstracta sobre la cual se decidió³⁴⁹.

La sentencia que produjo cosa juzgada material, por constituir una norma elaborada por un juez que tiene el deber de realizar el control difuso de constitucionalidad, no puede ser invalidada por haberse fundado en una ley posteriormente declarada inconstitucional (de la *lex specialis*, en los términos pisanianos) y no solo la anulación de la ley declarada inconstitucional. Impedir que la ley declarada inconstitucional produzca efectos es muy diferente que negar los efectos a un juicio de constitucionalidad, legitimado por la propia Constitución.

³⁴⁸ “La cosa juzgada consiste en un importante límite a la eficacia de la decisión declaratoria de inconstitucionalidad”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit., p. 169.

³⁴⁹ TELES, Miguel Galvão. *Inconstitucionalidade pretérita — Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 1987, p. 329. V., todavía, TELES, Miguel Galvão. *Temporalidade jurídica e Constituição — 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed. 2000, 226 y ss.

Proteger la cosa juzgada no significa permitir que, en el plano sustantivo, un acto inconstitucional produzca efectos. Recuérdese que el derecho portugués también consagra el control difuso de constitucionalidad y, por eso, la Constitución de la República portuguesa afirma, en su artículo 282,3, que, ante la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, “quedan a salvo los casos juzgados, salvo decisión en contrario del Tribunal Constitucional cuando la norma tiene relación con materia penal, disciplinaria o de ilícito de mero orden social y fuere de contenido menos favorable al denunciado”. Como ha explicado Miguel Galvão Teles, esta norma no está admitiendo que un acto inconstitucional produce efectos, sino solo salvaguardando “juicios anteriores sobre inconstitucionalidad, diferentes del juicio que va a prevalecer en la decisión con efecto general”³⁵⁰. Galvão Teles sostiene que “el respeto de los casos juzgados no significa el reconocimiento de los efectos de una ley inconstitucional, sino reconocer efectos a una ley que determinado juicio tuvo por constitucional, mejor, reconocer efectos a un juicio de constitucionalidad. Para la jurisdicción, el derecho sustantivo se convierte siempre en una incógnita y la autonomía de cada decisión vuelve posible que esa incógnita sea resuelta de maneras diferentes. El n. 3 del art. 282 respeta solo el ámbito de la eficacia general de la decisión de inconstitucionalidad”³⁵¹.

Pablo Otero, autor del polémico y conocido libro sobre la “cosa juzgada inconstitucional”, afirma que el principio de inmodificabilidad del caso juzgado “fue pensado para decisiones judiciales conforme con el derecho o, como mucho, decisiones meramente injustas o ilegales en relación a la legalidad ordinaria”³⁵². Así, la primera parte del número tres del artículo 282 de la Constitución de la República portuguesa sería una excepción a la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad, constituyendo una derogación

³⁵⁰ TELES, Miguel Galvão. *Inconstitucionalidade pretérita...*, cit., p. 329.

³⁵¹ OTERO, Paulo. Op. cit, p. 120.

³⁵² Idem, p. 89.

del “principio de que la validez de todos los actos del poder público dependen de su conformidad con la Constitución (= principio de constitucionalidad), permitiendo que pasen a ser válidos casos juzgados inconstitucionales, desde que la fecha de la respectiva decisión judicial y la norma aplicada no hubiesen sido objeto de declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria. Es difícil admitir la conclusión de que la inmodificabilidad de la cosa juzgada haya sido pensada para decisiones “conforme a derecho”. En verdad, y eso es pacífico en el plano de la doctrina procesal, la protección de la cosa juzgada nada tiene que ver con la circunstancia de si la decisión está uno en conformidad con el derecho, así comprendidas las normas infraconstitucionales y las normas constitucionales. La inmodificabilidad de la cosa juzgada es una característica de la propia cosa juzgada, institución imprescindible para la afirmación del Poder Judicial y del Estado Constitucional, además de una garantía del ciudadano de estabilidad de la tutela jurisdiccional, corolario del derecho fundamental de acción y del principio de protección de la confianza³⁵³.

³⁵³ Observa João Calvão da Silva, aludiendo al art. 282, n. 3 de la Constitución portuguesa que “la eficacia retroactiva atribuida a la declaración de inconstitucionalidad no es absoluta. *Exigencias prácticas, sobretudo de certeza y seguridad de la vida intersubjetiva*, de la vida de los intereses reales del tráfico que el derecho tiene por misión servir, a eso se oponen, dictando límites a la eficacia en el tiempo de la sentencia constitucional que declarase la ilegitimidad de una norma. El gran límite a la retroactividad es del *caso juzgado*, cuya protección es, puede decirse, común a todos los ordenamientos jurídicos, como un coro unánime de apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia”. SILVA, João Calvão da. *Estudos de direito civil e processo civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 211. Demuestra Canotilho que “cuando la Constitución (portuguesa) (art. 282, 3) establece la objeción de los casos juzgados, eso significa la *imperturbabilidad* de las sentencias emitidas con el fundamento en la ley constitucional. De este modo, puede decirse que ellas no son *nulas* ni *reversibles* como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general. Aún más: la declaración de inconstitucionalidad no impide, ni si quiera, a través de principios, que las sentencias adquieran fuerza del *caso juzgado*. De aquí se puede concluir también que la declaración

Además de eso, la disposición de la primera parte del número tres del artículo 282 de la constitución portuguesa no puede ser vista como una norma indispensable para la validez de la cosa juzgada inconstitucional, como si la decisión fundada en una ley posteriormente declarada inconstitucional no tuviese validez en sí, en cuanto decisión firmada por un juez que, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, emitió una decisión válida que produce efectos jurídicos³⁵⁴. Es evidente que la decisión fundada en una ley posteriormente declarada inconstitucional es una decisión válida, productora de efectos jurídicos, en cuanto expresión del poder de que el juez está investido en el sistema que adopta el control difuso de constitucionalidad. Por lo tanto, al contrario de lo que imaginaba Paulo Otero, en el numeral 3 del artículo 282 no constitucionaliza lo inconstitucional, sino que salva las interpretaciones judiciales —legítimamente dictadas por el juez ordinario— distintas de la decisión de la declaración de inconstitucionalidad.

Además, la admisión del razonamiento de Otero obligaría a aceptar la idea de que el juez y el tribunal, a pesar de tener el deber-poder de realizar el control difuso de constitucionalidad, siempre tienen su decisión condicionada a un evento imprevisible. Como es obvio, exactamente, porque no hay cómo pensar en una decisión provisoriamente estable —lo que sería una contradicción en los términos—, no se puede razonar como si fuese posible concebir una cosa juzgada subordinada a una “no decisión de inconstitu-

de inconstitucionalidad no tiene *efecto constitutivo* de intangibilidad del caso juzgado. (...) En sede del Estado de Derecho, el principio de intangibilidad del caso juzgado es él mismo un principio que densifica los principios de garantía de la confianza y de la seguridad inherentes al Estado de Derecho”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p. 1.004.

³⁵⁴ Como deja claro João Calvão da Silva, “el respeto expresado por el caso juzgado en la Constitución (portuguesa) es, de tal forma, conforme a los principios generales. Por eso, aunque este mismo no fuese consagrado en la Ley Fundamental, un mismo resultado sería alcanzado por medio del recurso a las reglas generales del caso juzgado y de su razón de ser”. SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 212.

cionalidad". De hecho, si acaso fuese posible, el control difuso de constitucionalidad ciertamente sería una ilusión, para no decir una excrecencia, puesto que la decisión tomada en el caso concreto o estaría de acuerdo con una eventual y futura decisión tomada por el Supremo Tribunal, y así tendría validez, o no lo estaría, y por tanto, sería nula. La calidad y la efectividad del sistema difuso estarían en la capacidad del juez ordinario de "adivinar" la futura interpretación de la Corte Constitucional.

Sin embargo, la fragilidad de la construcción de Paulo Otero queda aún más clara cuando se analiza su objeción a la doctrina de Miguel Galvão Teles —antes transcrita—, para quien el número tres del artículo 282 reconoce "efectos a una ley que determinado juez tuvo por constitucional". Al intentar rebatir este argumento, escribe Paulo Otero: "Desde luego, toda la construcción de Miguel Galvão Teles tiene como presupuesto que la decisión inconstitucional que se obtuvo en el juicio haya sido objeto de una apreciación de constitucionalidad. Ahora, puede bien suceder que sean salvados casos juzgados donde nunca fue suscitada o levantada ninguna cuestión de inconstitucionalidad de la norma aplicada, de tal modo que no se pueda decir que el artículo 282 número 3, estuviera para 'salvaguardar juicios anteriores sobre la inconstitucionalidad'"³⁵⁵.

El rechazo de la doctrina de Galvão Teles, hecha por Paulo Otero, se centra sobre un punto que, bien vistas las cosas, solo confirma la tesis que se pretendió desacreditar. Nótese que Paulo Otero, en el pasaje en que impugnó la tesis de Galvão Teles, no niega la importancia de salvar las interpretaciones constitucionales diferentes de la afirmada en la decisión que declaró la inconstitucionalidad de la ley con fuerza general, sino que afirma que puede haber cosa juzgada en que, a pesar de haber sido aplicada la ley posteriormente declarada inconstitucional, no haya sido "suscitada o levantada cualquier cuestión de inconstitucionalidad de la norma aplicada"³⁵⁶.

³⁵⁵ OTERO, Paulo. Ob. cit., p. 86.

³⁵⁶ Idem, ibídem.

Ocurre que la circunstancia de que la cuestión de inconstitucionalidad no haya sido suscitada o levantada no torna la decisión productora de cosa juzgada, dictada por vía incidental, indiferente a la cuestión constitucional, como si el juez ordinario no tuviese el deber de controlar la constitucionalidad de la ley, independientemente de las alegaciones de las partes. Ahora, es incuestionable, en un sistema de control difuso, *el deber del juez de controlar, de oficio, la constitucionalidad de la ley*. Se trata de la noción que proviene desde los orígenes del *judicial review* en el *Rule of Law* estadounidense³⁵⁷ que se encuentra en la base de la conformación del Estado Constitucional brasileño³⁵⁸. Así, la decisión que aplicó una ley inconstitucional, incluso sin un juicio explícito acerca de la cuestión constitucional, impide que la cuestión constitucional pueda ser suscitada para impugnar la decisión conferida en el litigio. Esto es imposible a la luz de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, y, por tanto, de la técnica que garantiza la estabilidad de las decisiones judiciales. Nótese que la eficacia aplicada sobre la cosa juzgada está confirmada en el artículo 489 del Código de Procedimiento Civil portugués, de donde extrae la máxima según la cual “el caso juzgado cubre lo deducido y lo deducible”³⁵⁹.

Pero lo que más causa espanto es que, en el razonamiento de Paulo Otero, no hay respuesta a la importancia de salvar las interpretaciones constitucionales diversas, sino solo la alegación de que podría eventualmente ocurrir la preservación de la cosa juzgada sin que hubiese sido hecha cualquier interpretación acerca de la cuestión de inconstitucionalidad. Sucede que la razón de ser

³⁵⁷ ROTUNDA, Ronald. *Modern constitutional law — Cases and notes*. 6ª Ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 9.

³⁵⁸ V. APPIO, Eduardo. *Controle difuso de inconstitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22 y ss.; ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional — O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11-12.

³⁵⁹ V. Mendes, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 176 y ss.

del argumento de que la decisión dictada por vía incidental debe prevalecer, del mismo modo que la declaración de inconstitucionalidad con fuerza general obligatoria, está en que el deber poder judicial para el control difuso de constitucionalidad una interpretación judicial legítima, que debe ser preservada³⁶⁰.

³⁶⁰ La cosa juzgada es una regla indispensable para la existencia del discurso jurídico y, por consiguiente, al ejercicio de la propia jurisdicción. La decisión judicial es el elemento final del discurso jurídico realizado para que el Estado pueda ejercer su función de tutelar los derechos y, consecuentemente, a las personas. Todo discurso, como es sabido, necesita de reglas para poder desarrollarse de manera adecuada. Es así que el proceso, para permitir la formación del convencimiento del juez y el desarrollo del discurso judicial, exige reglas relativas al tiempo, al modo y al contenido de la participación de las partes y del juez. Tales reglas dicen respecto al contenido del discurso y están preocupadas con su legitimidad, imprescindible para la legitimación de la jurisdicción. No obstante, todo discurso para valer como discurso, necesita terminar. El recrudecimiento de la decisión judicial, ápice de todo discurso jurídico, es imprescindible para que el propio discurso tenga razón de ser y, de tal suerte, realmente exista como discurso jurídico. La cosa juzgada, por lo tanto, no es una regla preocupada con el contenido del discurso pero sí una condición para que el discurso sea un discurso institucional limitado en el tiempo y, de tal forma, un discurso propiamente dicho. En verdad, si la discusión jurídica no tuviese un término a partir del cual la decisión no pueda ser cuestionada, no habría sentido en hablar de discurso jurídico ni mucho menos en realizarlo. Ahora, un discurso jurídico no necesita del recrudecimiento. Es por eso que un discurso abierto a la eterna discusión jamás será un discurso jurídico o un discurso del poder estatal, pero tan solamente un discurso práctico-general. Eso quiere decir que la cosa juzgada, antes de ser una regla destinada a legitimar el contenido del discurso, es una regla imprescindible para su propia existencia. Una interpretación judicial que no tiene condiciones de tornarse estable no tiene propósito. Así, la procedencia de la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada, además de contradecir el poder jurisdiccional del control difuso de la constitucionalidad, niega la propia esencia del discurso jurídico, que solamente existe mientras sea capaz de producir una decisión definitiva. Subráyese que, al aceptarse la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada, se crea, en verdad, un discurso bajo una condición negativa

Todo esto significa que la declaración de inconstitucionalidad, dictada en una acción directa presentada al Supremo Tribunal Federal, es el resultado de una acción dirigida al control de constitucionalidad de la ley, y, así, no puede anular las decisiones que versaron explícitamente sobre la constitucionalidad de la ley o simplemente si la aplicaron en la decisión de un caso concreto, por ser el reflejo del deber-poder judicial de control difuso de constitucionalidad, cuyo ejercicio las legitima en sí, independientemente de su sustancia, excepto cuando aplica una ley flagrantemente inconstitucional o aplica una ley o adopta una interpretación ya declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal, casos en que cabe acción rescisoria.

Además, como la decisión judicial no se limita a declarar o a aplicar la ley, como acontecía en la época del Estado Legislativo, sino que constituye una norma jurídica del caso concreto, fruto del deber judicial de interpretar la ley de acuerdo con los derechos fundamentales y de realizar el control de constitucionalidad en vía incidental, no hay cómo suponer que la declaración de inconstitucionalidad de la ley pueda generar, por mera consecuencia, la inconstitucionalidad en la cosa juzgada³⁶¹. Ahora, esta conclusión

imprevisible y temporalmente no susceptible de dimensionamiento. Esta condición negativa es la no declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada, la que, obviamente, es imprevisible, además de poder ocurrir en cualquier momento posterior a la adquisición de la cosa juzgada. Siendo así, la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada es un verdadero atentado contra la existencia del discurso jurídico. En verdad, la cosa juzgada es una regla formal del discurso jurídico, cuya fundamentación es pragmático-transcendental, presentándose, de esta forma, como una condición de posibilidad del discurso jurídico. MARINONI, Luiz Guilherme. *Cosa juzgada inconstitucional*. Cit., 2ª ed., ítem 3.1.

³⁶¹ “Storicamente la caratteristica del giudicato sostanziale è stata da sempre colta in queste due principi: a) il giudicato copre il dedotto e il deducibile; b) il giudicato prevale rispetto allo *ius superveniens* retroattivo (e, oggi, alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla cui base è stato giudicato”. PISANI, Andrea Proto. Ob. cit., p. 389.

sería deudora de la idea de que el juez es la boca de la ley, en los términos que lo dijo Montesquieu³⁶². Sucede que, como resalta Rui Medeiros, no es eso lo que pasa en el orden jurídico contemporáneo, porque “cabe a los tribunales no solo un poder que surge del *proprium*. De ahí que, cuando se acepta la validez de la sentencia injusta, la conclusión se funda en el poder soberano de los tribunales y no en el valor de la ley que en realidad no encarna”³⁶³.

Además de todo eso, es importante percibir que, si la decisión de inconstitucionalidad puede no retrotraerse para no afectar situaciones que se consolidaron a la época en que la ley producía efectos, está fuera de sentido que la decisión de inconstitucionalidad pueda retrotraerse para afectar decisiones cubiertas por la cosa juzgada material. Quien tiene a su favor la decisión revestida por la cosa juzgada, no practicó el acto que se consolidó a pesar de la ley inconstitucional, sino que tiene de su lado el acto del poder público que, además de autónomo en relación al acto legislativo

³⁶² Para explicar cómo funciona una Constitución en la cual el poder controla al poder, Montesquieu debe indicar los poderes; debe establecer cuáles y cuántos son los poderes que, en una Constitución destinada a garantizar la libertad del ciudadano, son predispuestos de modo a propiciar un control mutuo. En este momento, él anuncia una tesis extremadamente importante en la historia de las doctrinas jurídicas: los poderes no son diversos en los diferentes Estados, pero siempre son solamente tres. Ellos son: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de las gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. El poder “ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil” también es llamado “poder de juzgar”; es en este momento, a propósito, que la expresión “poder de juzgar” o “poder judicial” se incorpora en el vocabulario jurídico-político. El “poder de juzgar” es ejercido a través de una actividad puramente intelectual y no productora de “derechos nuevos”. *Esta actividad no es solo limitada por la legislación, sino, también, por la actividad ejecutiva que, destinándose a la seguridad pública, abarca igualmente la actividad de ejecución material de las decisiones que constituyen el contenido del “poder de juzgar”.* No es por otras razones que Montesquieu acaba por afirmar que el “poder de juzgar” es, “de cualquier modo, un poder nulo”. Cf. TARELLO, Giovanni. Ob. cit., p. 287-291.

³⁶³ MEDEIROS, Rui. Ob. cit., p. 551-552.

declarado inconstitucional, concretiza —más que una garantía de inmodificabilidad del precedente o de la decisión orientadora de conductas— una confianza que el propio sistema define como justificada en la inmodificabilidad de la decisión que, particularmente y de modo especial, le resguardó una situación de ventaja³⁶⁴.

³⁶⁴ En mayo del 2010, se decidió, en el RE 594.350 que “la decisión del Supremo Tribunal Federal que haya declarado inconstitucional determinado diploma legislativo en el que se apoye el título judicial, no obstante impregnada de eficacia *ex tunc*, como sucede con los juzgamientos emitidos en sede de fiscalización concentrada (RTJ 87/758, RTJ 164/506-509, RTJ 201/765) se detiene ante la autoridad de la cosa juzgada, que traduce, en ese contexto, un límite insuperable a la fuerza retroactiva resultante de los pronunciamientos que emanan, *in abstracto*, de la Suprema Corte”. STF, RE 594.350, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.05.2010.

Se terminó de imprimir, en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C.
en junio de 2013,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.: (511) 531-4658

