

DE LA CORTE QUE DECLARA “EL SENTIDO EXACTO DE LA LEY” A LA CORTE QUE INSTITUYE
PRECEDENTES*

LUIZ GUILHERME MARINONI

Profesor Titular de la Universidad Federal del Paraná, Brasil. Post-Doctor por la Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar en Columbia University

Sumario: 1. Cortes Supremas y Función de la Unidad del Derecho en Iberoamerica. 2. La transformación de la Función de las Cortes Supremas: 2.1. De la tutela de la ley a la atribución del sentido al Derecho; 2.2. La función de colaboración con el Legislativo; 2.3. La imprescindibilidad de superar la relación “corregir la decisión-definir el sentido del derecho”; 2.4. La necesidad de instituir un filtro recursal para el desempeño de las funciones de la Corte. 3. Autoridad de los precedentes: 3.1. Los precedentes en el orden jurídico vinculante; 3.2. La decisión interpretativa de la Corte Suprema como “reconstrucción” que regula la vida social y guía la resolución de los casos conflictivos: la eficacia obligatoria del precedente como consecuencia; 3.3. La posición de vértice. 4. Fundamentos de los Precedentes Obligatorios: 4.1. La realización de la igualdad; 4.2. La imparcialidad; 4.3. La coherencia del derecho; 4.4. La seguridad jurídica.

1. Cortes Supremas y Función de la Unidad del Derecho en Iberoamerica.

La revolución francesa dio origen a una Corte de Casación destinada a la realización de un deseo utópico, el de preservar la intangibilidad de la letra de la ley al momento de su interpretación judicial. En los lugares en los que el pensamiento de Montesquieu tuvo mayor repercusión, se llegó a pensar en prohibir al juez que este interpretara la ley. Es conocido que esa pretensión fue posteriormente descartada, en la medida en que el Código Napoleón dejó de lado el *référé* facultativo, atribuyendo al juez un deber de interpretar la ley para resolver los litigios.

La célebre obra de Calamandrei, de inicio de la segunda década del siglo pasado, demostró que la evolución de la Corte de Casación culminó en la necesidad de atribuírseles las funciones de declarar el sentido exacto de la ley y garantizar su interpretación uniforme¹. Básicamente, declarar el exacto sentido de la ley es el resultado de la aplicación de los criterios del formalismo interpretativo, mediante el cual se investiga la letra de la ley para declararse la norma en ella contenida. Esa manera de pensar es totalmente compatible con las funciones atribuidas a la jurisdicción por Chiovenda y los chiovendianos, como Calamandrei.

* Traducción de Christian Delgado Suárez. Master en Derecho Procesal Civil por la Universidad Federal del Paraná - Brasil.

¹ Calamandrei, Piero. *La Cassazione Civile*. v. 1. Roma: Fratelli Bocca, 1920.

La previa declaración del exacto sentido de la ley se destinaba a tutelar la unidad del derecho objetivo, y no como se podría suponer, a garantizar una única interpretación judicial. Sucede que la declaración del exacto sentido de la ley sería una mera consecuencia lógica del producto del legislador, sin guardar algún sentido propio o autonomía. Vale decir, tutelar la uniformidad de la interpretación que revela el sentido exacto de la ley no es más que preservar la intangibilidad de la norma instituida por el Parlamento.

Es incuestionable, no obstante, que el formalismo interpretativo, actualmente, es despreciado en sede teórica y que la teoría de la interpretación tuvo una gran evolución desde la época en que Calamandrei escribió *Cassazione Civile*, llegándose a la disociación entre la ley y la norma y en un sólido desarrollo de la teoría de la argumentación. Recuérdese que el constitucionalismo tuvo gran impacto sobre el desarrollo de la teoría de la norma jurídica, ya que la necesidad de preservación del texto y de la declaración de la inconstitucionalidad de interpretaciones de él extraíbles se presentó como una situación bastante favorable para que los teóricos demostraran sus argumentos, evidenciando no sólo la autonomía de la interpretación-resultado en relación a la ley, sino, también, que las normas rodean el texto en la medida de las valoraciones y opciones de los intérpretes.

No obstante, si la evolución de la teoría jurídica tornó obviamente equivocado el slogan de la “exacta interpretación de la ley”, este todavía es utilizado por algunos que encuentran en tal slogan una especie de inmunidad contra el aspecto creativo que la tarea del Poder Judicial natural e inevitablemente asumió o, simplemente, ignoran lo que realmente hace la Jurisdicción de nuestros días. Eso se refleja en la suposición de que las Cortes Supremas todavía pueden tener la función de corregir la interpretación de la ley, instituyendo, para tanto, la interpretación oficial – como quería Calamandrei.

Delante del impacto del constitucionalismo, de la evolución de la teoría de la interpretación y del desarrollo de la argumentación jurídica, no hay cómo dejar de ver que las Cortes Supremas dejaron de tener la función de declarar el exacto sentido de la ley para garantizar una ilusoria uniformidad interpretativa y pasaron a tener la misión de atribuir sentido al Derecho mediante la presentación de “razones racionalmente convincentes”. Subráyese que en esa dimensión el Derecho es proclamado – y no simplemente revelado – por la Corte Suprema. De ello es por qué la igualdad, que un día fue relacionada exclusivamente a la ley, ahora se relaciona con el Derecho instituido por la Corte Suprema y, por consecuencia, sus precedentes naturalmente incorporan la naturaleza obligatoria o vinculante.

En Iberoamérica, como quedó claro a partir de los numerosos informes nacionales que me fueran enviados, existen países que tienen una Corte Constitucional y Corte de

Casación o Revisión y otros que tienen Cortes de Vértice que desempeñan funciones ligadas a la aplicación de la ley y de la Constitución².

Todas las Cortes de Casación o Revisión tienen la función de corrección de las decisiones de los tribunales ordinarios³ y sus decisiones no tienen eficacia obligatoria sobre los jueces y tribunales inferiores⁴. Es como si la actividad de interpretación de la ley no

² En Brasil existe una Corte destinada, fundamentalmente, a la apreciación de cuestiones constitucionales – Supremo Tribunal Federal – y otra ligada a la interpretación del derecho infraconstitucional – Superior Tribunal de Justicia. En el 2004, una reforma constitucional introdujo el requisito de la “repercusión general” de la cuestión constitucional como criterio para la procedencia del recurso extraordinario. No obstante, todavía no hay unanimidad entre los Ministros del Supremo Tribunal Federal sobre la eficacia obligatoria o vinculante de la *ratio decidendi* de las decisiones emitidas en sede de recurso extraordinario.

³ En Cuba, en atención al informe presentado por los Dres. Juan Mendoza Díaz y Ariel Mantecón Ramos, “la casación ha perdido también su función nomofláctica. En un primer plano, meramente conceptual o teórico, si el recurso tenía en sus orígenes franceses el cometido de evitar, con la preservación del mandato de la ley, la superposición de poderes, hoy en día esta función carece totalmente de sentido, en principio porque nuestro modelo asume el criterio filosófico de unidad política y abandona la concepción *montesquieuana* de la tripartición de poderes. En un segundo orden, la casación adopta hoy un enfoque hacia el control de la decisión de mérito, no hacia la protección de la ley. En otras palabras: de aquel principio ancestral según el cual al máximo tribunal no le interesa la justicia o injusticia del caso, sino la tutela de la ley, como ente general y como función del poder legislativo, se ha pasado a un concepto más práctico, por virtud del cual el instituto de la casación es válido en tanto sea útil para resolver con justicia un caso dado. Esto funciona de esta manera tanto para la casación civil como para la penal”.

⁴ Relatan los informes de los Dres. Boris Arias López y Primitivo Gutiérrez Sánchez, ambos sobre Bolivia: “en materia constitucional las resoluciones constitucionales son vinculante en su *ratio decidendi*. Así el art. 203 de nuestra Constitución establece que: ‘Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno’. En materia civil no existe normativa que establezca su vinculatoriedad de forma que la misma no es vertical sino implica una advertencia a los tribunales inferiores de que si se apartar del precedente su decisión podría modificarse en última instancia” (Informe del Dr. Boris Arias López). “En tanto que para aquellas personas, terceros, o personas ajenas al proceso, los fallos o decisiones del Tribunal Supremo de Justicia únicamente constituyen un antecedente o precedente, que en nuestro país se denomina *uniforme jurisprudencia*, que sean dos o más fallos en el mismo sentido, pero que no tiene carácter vinculante ni de aplicación obligatorio, en relación a la *ratio decidendi* o los fundamentos que respaldan la decisión asumida por el operador de justicia. Por disposición expresa del Art. 8º de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional No. 027 de 06 de julio de 2010, las sentencias y autos constitucionales que emite el Tribunal son vinculantes y de cumplimiento obligatorio para las personas que no son parte del proceso. A diferencia de los Fallos o Autos Supremos del Tribunal Supremo de Justicia, que no son vinculantes ni de cumplimiento obligatorio y únicamente pueden constituir un precedente o jurisprudencia uniforme que no impele a su aplicación por terceras personas” (Informe del Dr. Primitivo Gutiérrez Sánchez). El informe peruano, elaborado por el Dr. Christian Delgado Suárez informa que “las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del Perú no tienen fuerza obligatoria frente al resto de tribunales ordinarios, salvo cuando se trata de un precedente judicial establecido a raíz de la celebración de un Pleno Casatorio. Inclusive en este caso los tribunales ordinarios pueden apartarse del precedente vinculante fundamentado los motivos para tal apartamiento. (...) Panorama distinto es el del Tribunal Constitucional, sede en la cual, a raíz de la resolución de procesos constitucionales – no en casación – ha sentado diversos precedentes en materia constitucional”. El informe de República Dominicana, del Dr. José Alberto Cruceta, afirma que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia se considera como una simple orientación para los tribunales inferiores para todas las materias no penales. Pero en caso de un segundo envío por la Corte Suprema, su criterio se impone solo para el caso juzgado. Pero

permitiese a los Tribunales Infraconstitucionales el ejercicio de la función de atribuir sentido al Derecho⁵. Es necesario desvendar el motivo por el cual las decisiones de los Tribunales Constitucionales que preservan el texto legal realizando la “interpretación conforme” tienen eficacia obligatoria, mientras que las decisiones que definen la interpretación de la ley federal, sin necesitar recurrir a la técnica de la “interpretación conforme” no tienen esta misma eficacia⁶.

en la práctica la mayoría de los jueces asume el criterio de este tribunal por el prestigio que tiene la Corte Suprema. Solo en materia penal, la decisión de la Corte Suprema es vinculante, en virtud de las disposiciones del artículo 426, párrafo segundo del Código Procesal Penal. Las decisiones del Tribunal Constitucional si son vinculantes en virtud del artículo 184 de la Constitución de la República que establece que ‘Habrà un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía Administrativa y Presupuestaria’. Este carácter vinculante se ratifica en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, núm. 137-11”. El informe español, escrito por el Dr. Bujosa Vadell, subraya que “hay que distinguir entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ-: ‘La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Magistrados, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos’. En cambio, la fuerza de obligar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es mucho más indirecta: el artículo 1.6 del Código Civil establece que ‘La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho’. El reflejo de esta disposición en el ámbito casacional se ha expuesto *supra* al considerar el llamado ‘interés casacional’ como criterio para la recurribilidad de una resolución, bien entendido que el interés casacional existe cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

⁵ Christian Delgado Suárez, en el relatorio peruano, esclarece que “lo que aqueja al ordenamiento procesal civil peruano no es la falta de respeto a los precedentes judiciales, pues la falta de observancia de los mismos, sin justificar el apartamiento, genera nulidad en la sentencia que no se apartó motivadamente del precedente. En realidad, el principal elemento entorpecedor de la justicia peruana es la cantidad de precedentes constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional que ha ido en contra de entendimientos pacíficos a nivel de la Corte Suprema de Justicia. Esa duplicidad de competencias para resolver ciertas materias controvertidas, ha hecho que el Tribunal Constitucional tenga un parecer totalmente distinto al de la Corte Suprema. Y como Tribunal Constitucional que es, este exige pleno e irrestricto respeto del cumplimiento de sus precedentes al Poder Judicial, así sea un precedente constitucional que incluso pueda llegar a variar la doctrina procesal o substantiva ya consolidada a nivel Judicial”.

⁶ El informe uruguayo elaborado por el Dr. Gabriel Valentin advierte que “la doctrina uruguayana ha sido, en general, contraria a la adopción de un sistema de jurisprudencia obligatoria. (...) en un análisis sobre la casación – de 1990 – Gelsi Bidart recuerda los casos de sistemas de jurisprudencia obligatoria y concluye que ‘Este punto de vista, que da a los pronunciamientos reiterados de la Casación un verdadero alcance legislativo, entendemos que se aparta del verdadero sentido de la jurisdicción y corre el riesgo de fomentar el tradicional inmovilismo judicial, en una época caracterizada por los cambios constantes y de fondo’. También Couture postuló que

En Iberoamérica, dejado de lado los casos excepcionales como el del Supremo Tribunal Federal brasileiro, de la Corte Suprema de Justicia argentina y del Tribunal Supremo español⁷ – en el que se establece como filtro recursal la ‘repercusión general’, la ‘trascendencia de la cuestión’ y el ‘interés casacional’, respectivamente, se niega a las Cortes Supremas la posibilidad de seleccionar recursos para la definición de la interpretación de cuestiones que significan mucho para el desarrollo de la vida social y del país⁸. Existen, comúnmente, técnicas destinadas a impedir la interposición de recursos en causas de cuantía menor, las cuales, obviamente, no están preocupadas con el desarrollo del Derecho por parte de la Corte, sino, apenas, en reducir su servicio a partir de un criterio dotado de dudosa legitimidad⁹.

Los filtros recursales son instrumentos ‘propios a las Cortes de Interpretación, cuyas decisiones orientan la vida en sociedad y constituyen criterios para que los demás jueces puedan definir los casos concretos. Lo que significa que la existencia de filtros recursales es incompatible con una Corte que no respeta sus propias decisiones y no decide para

es principio de derecho en los regímenes democráticos que todas las personas son iguales ante la ley. Y agregó: *‘Nuestras Constituciones articularon expresamente esa preciosa garantía de los derechos individuales. Si la ley merece distintas interpretaciones por los órganos jurisdiccionales, se rompe la unidad perseguida por el legislador al dictarla’*. Y como solución a ese problema rechazó el sistema de jurisprudencia obligatoria e indicó su *“firme adhesión al sistema de la casación francesa, con algunas reservas técnicas”*. El informe del Dr. Pablo Bravo Hurtado (Chile), abordando a Corte Suprema que trata del derecho infraconstitucional, afirma que “el proyecto del nuevo CPC no contempla expresamente que será obligatoria la jurisprudencia de la Corte Suprema en el recurso extraordinario. No obstante, algunos académicos de derecho civil critican que, subrepticamente, el nuevo recurso extraordinario volverá a la jurisprudencia fuente del Derecho, violando el artículo 3 del Código Civil”.

⁷ Recuerda el informe español del Dr. Bujosa Vadell, que “el artículo 477 de la LEC regula el motivo de casación (‘El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso). Pero además se limitan los casos en que las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales: cuando se dicten para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución (que son de contenido procesal y se tramitarían también ante el Tribunal Supremo, pero a través del recurso extraordinario de infracción procesal); siempre que la cuantía del proceso exceda de 600.000 euros y cuando la cuantía no exceda de esa cantidad o se haya tramitado por razón de la materia, siempre que en ambos casos la resolución del recurso presente interés casacional. El legislador ofrece una interpretación auténtica de este concepto jurídico indeterminado: ‘Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido’ (art. 477.3. I LEC)”.

⁸ Según el relatorio del Dr. Pablo Bravo Hurtado (Chile), el proyecto de ley del nuevo CPC “cambia el sistema de recursos, especialmente el recurso ante la Corte Suprema. Se reemplaza la tradicional casación por un nuevo recurso extraordinario. Se trata de un recurso que tiene un filtro recursal restrictivo a partir del “interés general” del recurso (básicamente que hubiere una infracción grave a un derecho fundamental o sea necesaria la intervención de la Corte Suprema para uniformar la jurisprudencia)”.

⁹ Alerta el informe español, del Dr. Bujosa Vadell que “los mayores esfuerzos en los últimos años no se han centrado en garantizar la aplicación uniforme de la ley, sino mas bién en ‘no admitir recursos’ (VALLESPÍN PÉREZ).

establecer criterios para que los tribunales inferiores puedan solucionar los casos. Filtros recursales, en una Corte de corrección o de tutela de la ley, constituyen máscaras que esconden una verdadera voluntad de reducir la carga de trabajo, lo que acaba por no tener racionalidad de cara al *ius litigatoris*.

Consciente de la realidad de Iberoamérica, el presente escrito pretende demostrar que no hay más cómo pensar las Supremas Cortes como Cortes de corrección, destinadas a la tutela de la legalidad y dirigidas a garantizar la unidad del derecho objetivo a partir de la declaración del sentido exacto de la ley. Es necesario percibir que el Poder Judicial se colocó al lado del Legislativo para que el Estado pudiese hacer fructificar el Derecho que la sociedad necesita y que las Cortes Supremas, en este contexto, tienen la función de atribuir sentido al Derecho y desarrollarlo de acuerdo con la evolución social. Por eso, las Cortes Supremas no pueden estar más preocupadas con una mítica unidad del derecho objetivo, sino, con la unidad del Derecho del cual esta Corte tiene el deber de instituir, indispensable para que la igualdad, ante el Derecho, deje de ser una ilusión y esta se torne en una entidad factible. La igualdad, la imparcialidad, la coherencia del Derecho y la seguridad jurídica son justificativas de la necesidad de los precedentes obligatorios¹⁰.

2. La Transformación de la Función de las Cortes Supremas.

2.1. De la tutela de la ley a la atribución del sentido al Derecho.

Es verdad que Calamandrei al tratar de la historia de la Casación advirtió sobre la necesidad de la definición de la interpretación que debe prevalecer, destacando que es función de la Corte garantizar su uniformidad¹¹. No obstante, en el mismo discurso, Calamandrei repelió con vehemencia la idea de que las decisiones de la Corte pudiesen obligar a los tribunales inferiores o, precisamente, que estas pudieran constituir precedentes obligatorios. Al maestro florentino, delante de las condiciones políticas y jurídicas de su época, no le fue posible otorgar autoridad a las decisiones de la Corte. Calamandrei tuvo en cuenta el derecho inglés de su época, en el que la *House of Lords* no tenía poder para revocar sus propios precedentes. Sin embargo, lo que más interfirió sobre su razonamiento ciertamente fue su concepción dogmática de jurisdicción, como función en la que el juez soamente individualiza la norma abstracta para el caso concreto. Así, aunque haya prestado atención a la necesidad de que la Corte deba definir la interpretación que debe prevalecer, razonó como si la Corte debiese fijar, a partir de los criterios interpretativos del formalismo, la interpretación que revela el sentido exacto de la

¹⁰ V. Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, 3a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012; Marinoni, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013; Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. Lima: Palestra Editores, 2013, Marinoni, Luiz Guilherme. *Bases para un sistema de precedentes judiciales*. El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2013.

¹¹ Calamandrei, Piero. *La Cassazione Civile*. v. 1. Roma: Fratelli Bocca, 1920.

ley. La unificación de la interpretación del derecho tenía el único propósito de tutela el derecho objetivo, revelando su debida y única identidad¹².

La definición de la interpretación que debe prevalecer, en tal contexto, equivale a la fijación de la interpretación que efectivamente corresponde al texto de la ley. La tarea de la Casación, aunque esté destinada a la uniformización de la interpretación, consiste en descubrir y declarar el sentido de la ley. La uniformización, por ende, acontece para tutelar al legislador y garantizar la unidad del derecho objetivo. En esa dimensión, la pretensión de uniformización de la interpretación de la ley no pacta con la disociación entre ley y norma y ni es abierta a la lógica argumentativa, pero, por el contrario, busca responder a la concepción clásica de jurisdicción – propia a Calamandrei – en la que el juez simplemente aplica la ley al caso concreto, encargando a la Casación, por consecuencia, solamente para declarar oficialmente la ‘verdadera’ interpretación de la ley en nombre de la unidad del derecho objetivo”. Nótese bien: en nombre del derecho objetivo y no de la igualdad de todos ante el derecho o delante de las decisiones judiciales. Si la jurisdicción se limita a declarar la voluntad concreta de la ley no hay motivo para hablar de igualdad ante las decisiones; basta la unificación de la interpretación para garantizar la unidad del derecho objetivo y, consecuentemente, la igualdad de todos ante la ley. O mejor: no hay necesidad de tener precedentes obligatorios, sino, apenas un sistema que permita la corrección de las decisiones desentonantes con la ley.

Para la tutela de la ley basta un sistema que viabilice la corrección de las decisiones, con miras al pasado. La uniformidad de la jurisprudencia, al revelar el “sentido exacto de la ley”, constituye un parámetro para la corrección de las decisiones. El recurso, así, es visto como un derecho de la parte. Está a la disposición del litigante, aunque constituya un “medio” para que la Corte pueda tutelar el derecho objetivo. La decisión, dado que nada adiciona al orden jurídico, solamente toca respecto a los litigantes. No presenta alguna cosa útil a los demás consumidores de justicia: simplemente revela o reitera lo que ya está en el orden jurídico, limitándose a resolver el caso conflictivo. Obviamente no tiene por qué incidir sobre los justiciables o menos tiene motivo para obligar a los tribunales ordinarios. Subráyese: lo que incide sobre los justiciables y obliga a los jueces es la ley.

La decisión, por tan sólo aplicar la ley al caso concreto, es revelada en su parte dispositiva y esa es la que produce efectos sobre las partes. Como la decisión no adiciona nada al orden jurídico, no cabe razonar en términos de efectos prospectivos. En otras palabras: i) como la decisión se limita a aplicar la ley, sus efectos no tienen por qué proyectarse más allá de las partes; ii) como la decisión no adiciona algo al orden jurídico, no hay motivo para considerar sus fundamentos y; iii) como la decisión simplemente reafirma el orden jurídico, no hay por qué temer una “sorpresa injusta” o efectos retroactivos.

Mientras tanto, cuando se toma en consideración los textos de carácter abierto, la necesidad de conformación de la ley a las normas constitucionales y la disociación entre

¹² Marinoni, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, cit., p. 113 y ss.

texto y norma judicial¹³, se percibe que la tarea jurisdiccional no está limitada a revelar la ley o simplemente declarar algo que siempre estuvo a la percepción de todos. No sólo se admite que el texto es potencialmente equívoco, como también se dice que el juez considera sus elementos en base a valores y realiza opciones racionalmente justificadas. De ahí establece la norma judicial.

En ese contexto, la Corte Suprema no se presta para establecer el exacto sentido de la ley, sino, para *definir* el adecuado sentido extraíble del texto legal, argumentando mediante las “mejores razones” o mediante las razones que evidencien las opciones del intérprete como racionalmente aceptables¹⁴. En ese sentido, aunque se pueda decir que la decisión no escapa del orden jurídico en un sentido global, ella presenta una solución que constituye una norma que se coloca fuera o al lado del orden legislativo. Es exactamente donde se encuentra el presupuesto teórico de la Corte cuya función es extraer un sentido del orden legislado, tornándolo parte del orden jurídico vinculante.

La Corte fija o define la norma extraíble de la legislación, o sea, incrementa algo al orden jurídico. Aquí, al contrario de lo que hace la Corte preocupada en tutelar la ley, *se define* el sentido atribuible al texto legal. Se otorga contenido al orden jurídico, agregándose substancia al texto legislativo. La Corte parte de la premisa de que la ley es insuficiente para materializar el orden jurídico y de que la sociedad necesita de un Derecho que depende de la conjugación de las actividades del Legislativo y del Poder Judicial.

El Poder Judicial, en el contexto de la disociación entre texto y norma y de elaboración de la norma a partir del caso concreto y de la Constitución, tiene en la Corte Suprema al órgano con función de definir el sentido que debe ser extraído del texto legislativo. Definir el sentido extraíble del texto está lejos de significar expresar el sentido exacto de la ley. La Corte Suprema es el órgano que, dentro del Poder Judicial, se coloca al lado del Poder Legislativo para permitir fructificar el derecho estatal infraconstitucional ajustado a las necesidades sociales. Vale decir: la Corte Suprema tiene la misión de otorgar sentido al Derecho, propiciando su desarrollo. Es una Corte de atribución de sentido o de interpretación, comprendiéndose, esta función, como algo que está más allá de aquella que fuera concebida para la Corte de Casación en su modelo tradicional.

Realmente, se incide en el núcleo de la cuestión cuando se percibe que la Corte Suprema no sirve más para tutelar al legislador contra la jurisdicción ordinaria, pero, por el contrario, sirve para auxiliar al legislador. Hoy, la Corte Suprema y el Poder Legislativo realizan una tarea armónica y coordinada para que el Estado pueda dejar de importarse de su deber de dar a la sociedad un derecho en constante evolución y adecuación a las necesidades sociales. Se tiene, así: i) que la real función de la Corte Suprema no es controlar la legalidad de las decisiones, sino, definir el sentido atribuible al texto de la ley a partir de un método interpretativo abierto a valoraciones y decisiones racionalmente justificables; ii) que la alteración de la función de la Corte Suprema preocupada con el

¹³ Guastini, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

¹⁴ Wróblewski, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision, *Rechtstheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1974, v. 5, parte 1, p. 39 y ss.

derecho estatal infraconstitucional es consecuencia del impacto del constitucionalismo y de la evolución de la teoría de la interpretación; iii) que esa nueva función coloca a la Corte Suprema al lado del Poder Legislativo, retirándola del lugar de mera tutela al legislador, en el que fue puesta por el derecho inspirado en los valores de la Revolución Francesa y; iv) que la Corte Suprema, delante de su función contemporánea, agrega substancia al orden jurídico – que entonces pasa también a ser compuesto por los precedentes judiciales.

Las decisiones de la Corte Suprema, por revelar el contenido indispensable para la regulación de la vida social, integran el orden jurídico e interesan a toda la comunidad. De modo que, contrariamente a las decisiones que tutelando al litigante se limitan a corregir las interpretaciones de los tribunales ordinarios, las decisiones de una Corte Suprema que ejerce función de desarrollo del derecho se proyectan ante toda la sociedad, obligando a los tribunales ordinarios por la simple circunstancia de significar o atribuir sentido al derecho.

Es claro que en esa dimensión poco vale la parte dispositiva de la decisión. Importan las razones por las cuales, delante de los hechos relevantes del caso, se llegó a la conclusión. Son esas razones, llamadas de *ratio decidendi* o de razones determinantes, que tocan respecto a los justiciables, debiendo ser concebidas por estos para que puedan pautarse y comportarse de acuerdo con el Derecho. Las razones determinantes también obligan a los tribunales ordinarios, dándoles la oportunidad de analizar si los casos bajo juzgamiento se amoldan a ellas. Es a partir de las razones determinantes que se puede trabajar con la técnica del *distinguishing*, limitándose o extendiéndose a la aplicación del precedente¹⁵.

La transformación de la función de la Corte otorga un nuevo significado a la idea de “uniformidad”. El problema no está más en declarar el sentido exacto de la ley para propiciar la “uniformidad de las decisiones” de los tribunales ordinarios; se busca, ahora, mediante la voz de la Corte Suprema, el “sentido y la unidad del *derecho*” para la orientación de la sociedad y para la *promoción de la igualdad*. No importa más controlar las decisiones pero sí definir el derecho que debe orientarlas. La decisión de la Corte, al definir la interpretación, no elabora un parámetro para el control de la legalidad de las decisiones, pero erige un criterio decisonal, verdadero modo de ser del derecho o el propio derecho en determinado contexto histórico. La decisión deja de ser una mera jurisprudencia unificada o pacífica para servir de medio de control y pasa a ser un verdadero precedente, que define el derecho que debe regular la vida social y, sólo por eso, tiene autoridad ante los demás tribunales. La decisión de la Corte Suprema, por tal razón, no tiene más algún carácter puramente retroactivo, derivado de la declaración de la ley, pero está preocupada con el futuro, en orientar a los jurisdicionados y servir de criterio para las venideras decisiones judiciales. De ello es por qué la “uniformidad”, en el nuevo contexto de la Corte Suprema, *no se destina a tutelar la ley*, pero sí se destina a *garantizar la igualdad ante el derecho revelado en los precedentes*. A propósito, no es por

¹⁵ Duxbury, Neil, *The nature of authority of precedent*. New York: Cambridge Press University, 2008, p. 113 y ss.

otro motivo que ahí es preferible hablar de *unidad del derecho* (fin de la Corte de Interpretación y de Precedentes) que hablar de *uniformidad de la jurisprudencia* (medio que la antigua Corte empleaba para el control de las decisiones).

Es interesante percibir que, mientras declara el sentido exacto de la ley, la decisión ni siquiera tiene razón para tener autoridad ante los tribunales; al final, la ley se impone a los jueces. Las decisiones sólo tienen razón para asumir alguna autoridad cuando agregan algo al orden jurídico, cuando se desprenden de la ley para colaborar con el desarrollo del derecho en una tarea coordinada entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Cuando eso acontece las decisiones de una Corte Suprema tienen autoridad para proyectarse ante todos los jueces.

2.2. La función de colaboración con el Poder Legislativo.

La distinción entre enunciado legislativo y norma permite ver con claridad que la decisión interpretativa es autónoma en relación a la ley. No es mera consecuencia lógica de ella, toda vez que el sentido del texto legal depende de las valoraciones que permean la elección y, sobretudo, la utilización de las directivas interpretativas. El Poder Judicial, más que dar sentido al producto del legislativo, tiene el poder de delinar el derecho frente a determinadas particularidades concretas, otorgándole especificidad. No se está hablando del poder de resolver los casos mediante la aplicación de la ley, sino, de su función de hacer surgir, mediante la interpretación, el derecho adecuado a las particularidades de una situación concreta.

Teniendo en vista que el enunciado legal es potencialmente equívoco, la simple función de atribuir sentido al texto ya constituye función de colaboración con el Poder Legislativo para la fructificación de un orden jurídico capaz de orientar la vida social. Va más allá, no obstante, la tarea cumplida por el Poder Judicial al dar sentido al texto delante de una situación concreta siquiera pensada por el legislador. En ese caso, la interpretación presta atención a directivas funcionales que se desvinculan de la “voluntad del legislador histórico”, da al intérprete la oportunidad de considerar el texto valorando aspectos morales, culturales, económicos y políticos de su momento histórico. Esa última es una interpretación que revela una ideología de la interpretación no estática y da atención a las necesidades sociales y a la adecuación del derecho¹⁶.

Mediante esa interpretación, pautada en directivas ligadas a la ideología de la interpretación preocupada con la transformación del derecho en consonancia con la evolución de la sociedad, se torna clara la posibilidad de que el Poder Judicial colabore con el desarrollo del derecho, adecuándolo a los “nuevos tiempos”. En ese caso, el texto es interpretado de acuerdo con las proposiciones sociales de la época del intérprete y según sus valoraciones – obviamente carentes de una debida justificación. Lo mismo ocurre cuando el Poder Judicial ya formuló una norma a partir del texto y esa norma o

¹⁶ Zaccaria, Giuseppe. La libertà dell'interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica. In *Questioni di interpretazione*. Padova: Cedam, 1996, p. 145-154.

interpretación se encuentra desgastada por las nuevas proposiciones sociales, lo que exige una nueva interpretación mediante la revocación del precedente¹⁷.

Las normas abiertas, compuestas por conceptos jurídicos indeterminados o por expresa admisión de concretización conforme las circunstancias del caso concreto, son textos legales que invitan al juez a colaborar a partir del caso concreto, emitiendo la norma que el propio texto siquiera osó proyectar en algún sentido. Esa norma no tiene como premisa el texto legal, sino, su propia imprecisión o vaguedad, lo cual reclama la consideración del caso concreto para la elaboración de la norma. El texto reclama la participación del Poder Judicial, dada la previa constatación de la necesidad de elaborar el derecho en el caso concreto.

El impacto del constitucionalismo, al imponer al juez la necesidad de conformar el texto legal a los dictámenes de la Constitución, claramente retira del legislador el poder de hacer derecho. El derecho ahora no sólo está sometido a las normas constitucionales, no teniendo validez si con ellas entra en conflicto, dado que todavía es dependiente de la interpretación judicial.

Recuérdese, a propósito, que la elaboración teórica de la Escuela de Génova, debida a Tarello¹⁸, Guastini¹⁹ y Chiassoni²⁰, guarda relación con el problema de que la Corte Constitucional italiana enfrentó en los primeros años de su historia, ocasión en la que decidió qué objeto de sus decisiones no son los textos de la ley, sino, normas por esta Corte expresadas. Con eso la Corte introdujo una separación estructural entre el texto y norma, lo que generó provechos prácticos en una doble perspectiva. Se permitió la declaración de inconstitucionalidad de una norma extraíble del texto sin la necesaria declaratoria de inconstitucionalidad del texto, aplicándose el principio de conservación. Además de ello, al admitirse que del texto pueden advenir varias normas, surgió la posibilidad de elaborarse una norma o interpretación conforme a la Constitución²¹. Nótese que mantener el texto y elaborar una interpretación conforme a la Constitución no es nada más que salvar el trabajo del legislador, adecuándolo a las normas constitucionales. Se trata, en otras palabras, de transformar el concepto de derecho, retirándolo de la esfera

¹⁷ Como dijo Ascarelli, en uno de los primeros trabajos del intenso y provechoso camino de la elaboración teórica que llevó a la disociación entre texto y norma, todo texto es equívoco en virtud de la inevitable tensión entre su historicidad y el momento de su aplicación por el juez (Ascarelli, Tullio. *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*. *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 358 y ss.).

¹⁸ Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, cit; Tarello, Giovanni, Il "problema" dell'interpretazione: una formulazione ambigua, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 349-357.

¹⁹ Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, cit.; Guastini, Riccardo, Disposizione vs. norma, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 3-14.

²⁰ Chiassoni, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007.

²¹ Es interesante recordar que, no obstante admitiendo la separación conceptual entre texto y norma-interpretación, Luigi Montesano concluyó que las fórmulas legislativas no pueden escapar del vicio de inconstitucionalidad cuando abren oportunidad para interpretaciones contrarias a la Constitución. Su posición, no admitida por la Corte Constitucional y por la mayoría de la doctrina de la época, fue revelada en el célebre artículo titulado, "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale", publicado en la *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 524 y ss.

exclusiva del Poder Legislativo, sometiéndolo a la Constitución y, especialmente, tornándolo dependiente de la interpretación judicial.

Esclarézcase que la función de colaboración con el desarrollo del derecho es, principalmente, de las Cortes Supremas. A ellas cabe el monopolio de la definición del sentido del derecho, así como de su adecuación a las nuevas necesidades sociales. Es de ellas la función de otorgar unidad al derecho. Los tribunales ordinarios no tienen la función de definir el sentido del derecho y, por tal motivo, deben pautarse en las normas establecidas en los precedentes de las Cortes Supremas. Tales tribunales colaboran con la definición del sentido del derecho, como también pueden concentrarse en la necesidad de que los precedentes sean revisados, inclusive, mediante la elaboración de los votos que contengan “posiciones disidentes” que, aunque no constituyan *decisiones* en sentido contrario, revelan “opiniones” destinadas a *influenciar* a las Cortes de Precedentes.

La Corte Suprema, ligada al derecho estatal infraconstitucional, obviamente no está más al servicio del legislador, buscando la tutela de la ley o la revelación de su sentido exacto para corregir las decisiones de los tribunales ordinarios. Por ser una Corte de interpretación – que no se pauta en el formalismo interpretativo –, trabaja de modo coordinado con el Poder Legislativo para la fructificación del derecho en la sociedad. La Corte deja de ser un tribunal de tutela de la ley para ser un tribunal de atribución de sentido a la ley no apenas en virtud de la percepción de que el Poder Legislativo no tiene capacidad de producir por sí mismo el derecho, pero, sobretudo, en razón de que se constata que la tarea interpretativa es valorativa y que, por lo tanto, la decisión no es una mera consecuencia lógica de lo que es producido por el legislador, sino, una verdadera reconstrucción del sentido que se adhiere al orden legislativo, revelando el derecho que debe orientar a la sociedad y pautar las decisiones de los tribunales ordinarios.

2.3. La imprescindibilidad de superar la relación “corregir la decisión-definir el sentido del derecho”.

Si la Corte Suprema debe dar sentido al derecho, así como adecuarlo a los nuevos hechos y valores sociales, no hay necesidad de que ella esté abierta a la corrección de las decisiones judiciales. Una Corte preocupada de dar sentido al derecho estatal no puede tener su función amarrada a un derecho subjetivo de impugnar la interpretación dada por los tribunales ordinarios. Tal función no depende de la admisibilidad de la impugnación recursal de las decisiones de los tribunales de apelación, necesitando, por el contrario, de una estrategia que permita la selección de las causas aptas a la elaboración de las decisiones capaces de otorgar sentido al derecho.

Se verifica, de tal forma, que la relación entre corrección de las decisiones y definición de la interpretación del derecho, siempre afirmada en la doctrina, inclusive por la pluma de Calamandrei, obstaculiza la visualización de la real función de las Cortes Supremas contemporáneas. En verdad, tal relación sólo tiene cabida cuando se piensa en la función de tutela de una ley, toda vez que el sistema de la corrección se muestra adecuado sólo

cuando la función de la Corte se limita a declarar el sentido intrínseco del texto legal. Ahora, una Corte de interpretación o de atribución de sentido al derecho no tiene por función corregir las decisiones pero sí la de colaborar – inclusive con el Poder Legislativo – para el desarrollo del derecho. La elaboración de la decisión justa, en lo que atañe a la solución de los litigios, cabe a los jueces y a los tribunales ordinarios. Así, la Corte encargada de desarrollar el derecho estatal no tiene que juzgar toda y cualquier falta de acuerdo o disidencia contra una interpretación considerada equivocada del tribunal de apelación. Debe, por el contrario, tener a su disposición una técnica o filtro que le permita individualizar los recursos aptos al ejercicio de su función.

2.4. La necesidad de instituir un filtro recursal para el desempeño de las funciones de la Corte.

Los filtros recursales eliminan, de forma legítima, la posibilidad de discutir determinadas decisiones de tribunales ordinarios. No existe un derecho subjetivo a la revisión de las decisiones emanadas en segundo grado de jurisdicción. Tanto es así que nadie tiene derecho a interponer un recurso especial para revisar la materia probatoria o para solicitar la “justicia de la decisión”. Por lo tanto, no hay cómo pensar que los filtros recursales, como el de la *repercusión general* y el *writ of certiorari*, destinados a dar a las Cortes una efectiva posibilidad de ejercer sus funciones, reflejen una violación al derecho fundamental del acceso a la justicia²².

La Corte Suprema estadounidense constituye un genuino ejemplo de una Corte Suprema que funciona con el filtro recursal destinado a otorgar una adecuada oportunidad para la institución o revocación de un precedente. El *writ of certiorari* confiere a la Corte Suprema amplia discrecionalidad para seleccionar los recursos (Rule 10, *Rules of the Supreme Court*). El *certiorari* que nació para reducir el número de recursos a nivel de Corte Suprema, se tornó en un instrumento indispensable para que la Corte pudiese desarrollar su función. El instituto no sólo permitió a la Corte racionalizar su tiempo, dedicándolo a los casos más importantes, pero, sobretodo, le dio condiciones de fijar soluciones para situaciones de notable importancia para el desarrollo de la sociedad estadounidense²³.

²² Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-16.

²³ Hartnett, Edward A., Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' bill, *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, New York, Nov. 2010, p. 1643-1738; Cordray, Margaret M. e Cordray, Richard, The philosophy of Certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection, *Washington University Law Quarterly*, v. 82, n.2, Saint Louis, 2004, p. 389-452; Brenner, Saul, Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies, *Law Library Journal*, v. 92, n. 2, Chicago, 2000, p. 193-201; Bennett, Robert W., Judicial Review in the United States. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 155-182. Sobre el punto, es importante consultar, Barsotti, Vittoria. *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1999.

El *Bundesgerichtshof* alemán y el Tribunal Superior español también se valen de un filtro recursal para poder concentrarse en casos relevantes y, de tal suerte, ejercer una función claramente preocupada con el desarrollo del derecho. En el 2002 – en vista de la reforma procesal alemana del 2001- fueron instituidos como criterios para la admisión del recurso al *Bundesgerichtshof* la *grundsätzliche Bedeutung* de la cuestión de derecho, así como la relevancia e la decisión para la *Rechtsfortbildung* o para la unificación del derecho (num. 534, 2, 2, segunda parte, ZPO alemán). O sea, la autorización para el juzgamiento del recurso, que puede ser dada por el Tribunal Regional Superior o, en la falta de esta, por el propio *Bundesgerichtshof* depende de la “importancia fundamental” de la cuestión de derecho o de la relevancia de la decisión para el “perfeccionamiento” del derecho o para la uniformización de la aplicación del derecho.

No hay dudas que el requisito de mayor significado, cuando se piensa en la función de las Cortes Supremas contemporáneas es el de la “importancia fundamental de la cuestión de derecho”. La cuestión de derecho no puede ser cualquier una exactamente porque la decisión de la Corte debe tener impacto sobre la evolución del derecho y no sólo efectos sobre los litigantes. La Corte, al decidir la cuestión de derecho de “importancia fundamental”, le confiere contornos y los proyecta al futuro mediante la fuerza de los precedentes, los que orientarán la solución de los casos conflictivos que todavía están por eclosionar.

Algo bastante similar está presente en la actual conformación del recurso de casación al Tribunal Supremo español. El artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afirma que “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (Art. 477, 1)²⁴. El n. 2 del art. 477, con una nueva redacción en vigor desde el 30 de octubre del 2011, enumera hipótesis en las que las decisiones de segundo grado pueden ser objeto del recurso de casación. Así, “cuando se dictaran para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución” (art. 477, 2, 1°). El artículo 24 de la Constitución española se refiere a los derechos fundamentales *procesales*, que pueden ser tutelados mediante el “recurso extraordinario” a uno de los Tribunales Superiores de Justicia que se colocan en una zona intermedia entre los Tribunales de Apelación y el Tribunal Supremo²⁵. Los párrafos 2 y 3 del n. 2 del art. 477, en continuación, afirman que las decisiones de segundo grado también pueden ser objeto de recurso de casación “siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros” (2°) y “cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional”. (3°)

²⁴ Santos, Andrés de la Oliva, Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 249-280.

²⁵ Art. 468 da Ley de Enjuiciamiento: “Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia”.

El n. 3 del artículo 477 se preocupa en esclarecer cuándo es el que el recurso es procedente con base en el “interés casacional”. Dice la norma que “se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”. Dice la norma, todavía, que “cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Existe “interés casacional” i) cuando la decisión recurrida es contraria a la “doctrina jurisprudencial” del Tribunal Supremo, o sea, a su jurisprudencia consolidada; ii) cuando hay divergencia entre los tribunales de segundo grado; y iii) cuando la decisión recurrida aplica normas que entraron en vigor hace menos de cinco años, siempre que no exista jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al respecto de normas anteriores de contenido igual o similar. El “interés casacional”, como se ve, se destina a permitir que el Tribunal Supremo otorgue unidad al derecho, impidiendo la sobrevivencia de decisiones que le son contrarias y disipando las divergencias entre los tribunales de segundo grado. En el caso de leyes que entraron en vigor hace menos de cinco años y no tienen contenido igual o semejante a leyes anteriores sobre las cuales el Tribunal Supremo ya fijó jurisprudencia consolidada, el recurso de casación es admitido justamente porque no existen las hipótesis de decisión contraria y de divergencia entre los tribunales.

Taruffo, cuando analiza la racionalización del uso del recurso de casación y, especialmente, el interés casacional como presupuesto para su procedencia, afirma que el Tribunal Superior español se tornó – o tiene parámetros jurídicos para tornarse – “una verdadera y propia corte de precedentes”²⁶. Eso quiere decir, obviamente, que el Superior Tribunal de Justicia brasileiro o cualquier Corte Suprema de Iberoamérica tiene plenas condiciones para ejercer una función de una Corte de Precedentes.

Además, los ejemplos de la Corte Suprema estadounidense, del *Bundesgerichtshof* y del Tribunal Superior español son muestras de que los filtros recursales no pueden ser vistos como técnicas exclusivas de las Cortes Constitucionales, sino, en verdad, constituyen instrumentos relevantes para que una Corte de vértice pueda dar unidad al derecho en una perspectiva prospectiva – o establecer el sentido del derecho que debe orientar la solución de casos futuros²⁷.

Es importante enfatizar que, en el derecho español, el recurso de casación es procedente en los términos del primer párrafo del n. 3 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

²⁶ Taruffo, Michele, Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione, In: *Le Corti Supreme*, cit., p. 103.

²⁷ Taruffo, Michele, Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 11-36.

“cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”. Al contrario de lo que ocurre con el recurso especial, procedente en caso de contrariedad a la ley federal (artículo 105, III, a, CF) el recurso de casación es viable en caso de contrariedad a la “doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”.

Se trata, sin duda, de una distinción importante, puesto que la idea de contrariedad al precedente no permite el uso vulgar e irracional del “recurso especial” – que, en el Brasil, es interpuesto con base en contravención a la ley. El recurso especial, cuando está basado en una contravención a la ley federal, no tutela la unidad del derecho, sólo posibilita a la parte vencida a interponer el recurso para argumentar a favor de la interpretación que le beneficia. En verdad, eso es así porque no se da a la Corte Suprema condiciones para emitir precedentes.

En el Brasil, afirmándose la adecuada comprensión del inciso III del artículo 105 de la Constitución Federal, se torna evidente que el “recurso especial” ha de ser admitido apenas en los casos en los que la decisión recurrida i) diverge del entendimiento de la Corte Suprema; aplica un precedentes ii) desgastado, iii) superado por una nueva concepción general acerca del derecho o, excepcionalmente, iv) equivocado y; aún cuando la decisión v) diverge de la interpretación que le dio otro tribunal o vi) se funda en una ley federal cuya interpretación todavía no fue definida por la Suprema Corte o no generó divergencia entre los tribunales de apelación.

Interesa recordar que esas condiciones de procedencia del recurso especial son muy semejantes a los presupuestos que hacen ver el “interés casacional” en el derecho español. Recuérdese que el “interés casacional” está presente cuando la decisión recurrida diverge del entendimiento del Tribunal Supremo, cuando hay divergencia entre los tribunales ordinarios y, en el caso en que se aplica una ley en vigor hace menos de cinco años, cuando no existe jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al respecto de la norma anterior del contenido igual o similar. Ahora, el “interés casacional” que legitima el juzgamiento del recurso de casación, según la mejor doctrina española, es un “interés general determinado por la necesidad de establecer *doctrina jurídica interpretativa* de las fuentes del Derecho *dotada de especial autoridad*”²⁸.

²⁸ “Lo expuesto puede resumirse en la propuesta de que el Tribunal Supremo se dedique en España a resolver recursos de casación por infracción de leyes sustantivas (sin revisión de los hechos ni de presuntas infracciones de leyes procesales) siempre que concorra un interés general determinado por la necesidad de establecer doctrina jurídica interpretativa de las fuentes del Derecho dotada de especial autoridad. Ese interés general, concretamente, el *interés casacional*, debería prevalecer absolutamente sobre el *ius litigatoris* y se consideraría existente, no por arbitrio del mismo Tribunal Supremo, sino por la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del mismo Tribunal, por la existencia de jurisprudencia contradictoria de los tribunales de segunda instancia o por la inexistencia de doctrina autorizada sobre normas y preceptos materialmente nuevos, al margen de la *summa gravaminis* de los casos” (Santos, Andrés de la Oliva, Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. In: *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 279-280).

Existen cuestiones de derecho que, aunque no son expresamente resueltas por la Corte Suprema, pueden ser fácilmente comprendidas a partir de sus precedentes, así como ocurre cuando se consideran precedentes relativos a leyes revocadas de contenido similar o igual al de las leyes nuevas. Existe, todavía, casos cuya solución no tiene relevancia para la sociedad o para el desarrollo del derecho, pero apenas importancia momentánea para determinado sujeto. Casos de este tipo no requieren de la intervención de una Corte con función de desarrollo del derecho, destinado al futuro.

Por cuenta de esto, y apenas para los “casos nuevos” o que todavía no suscitaron divergencia entre los tribunales, se hace importante un filtro recursal guiado por la relevancia de la cuestión federal, semejante al requisito para la procedencia del recurso al *Bundesgerichtshof* alemán. Un filtro recursal de esta especie, como fue visto, no constituye privilegio de las Cortes Constitucionales, pero también puede ser utilizado por las Cortes encargadas de definir el sentido del derecho federal infraconstitucional.

El criterio de la relevancia de la cuestión federal confiere a la Corte la oportunidad para concentrarse sobre cuestiones federales que deben ser resueltas para orientar la vida social. La relevancia de la cuestión federal, en otras palabras, se concretiza en la medida en que se percibe que su resolución es indispensable para iluminar la sociedad y guiar la solución de los casos que todavía están por venir, evitándose la negación de la igualdad, de la coherencia del derecho y de la seguridad jurídica.

Nótese que no son sólo las cuestiones federales que se ligan a las violaciones en masa, generando múltiples acciones, lo que reclamaría una definición del sentido por parte de la Corte Suprema. Las cuestiones puntuales, además de ser relevantes para la orientación de los ciudadanos y para la estabilización de las relaciones jurídicas, necesitan ser definidas. La circunstancia de que la cuestión federal no esté relacionada a los actos o conductas que pueden generar múltiples violaciones o daños está lejos de significar que ella no pueda insertarse en el cotidiano de las personas y, por ende, constituya una cuestión federal relevante y trascendente.

Es ciertamente equivocado suponer que una Corte Suprema debe actuar sólo para resolver cuestiones de derecho que pueden repetirse o multiplicarse, como si su tarea fuese simplemente reducir la masa de los casos presentados al Poder Judicial. La definición judicial de las cuestiones federales tiene importancia mayor. Las decisiones de la Corte Suprema no impactan sólo en los casos judiciales, pero, antes de todo, en la propia vida en sociedad, constituyéndose la base para que los hombres y empresas puedan comportarse en un Estado de Derecho. Además, cuando están relacionadas con lo que sucede en el Poder Judicial, los precedentes tienen la función de garantizar la igualdad y la seguridad jurídica y no los objetivos – que, en realidad, son meras consecuencias – de reducir la carga de recursos o acelerar la prestación jurisdiccional.

3. La autoridad de los precedentes.

3.1. Los precedentes en el orden jurídico vinculante.

El impacto del constitucionalismo y la disociación entre texto y norma dieron a la decisión judicial un significado bien distinto de aquel imaginado por quien suponía que la misión del juez era apenas declarar la norma contenida en la ley. La decisión judicial, no sólo por el hecho de que resulta de una actividad interpretativa que contiene valoraciones y decisiones de contenidos externos al texto de la ley, pero también delante de las reglas legales que invitan al juez a su concretización según las circunstancias del caso y de la imprescindibilidad de la ley a ser conformada a los dictados de la Constitución, ciertamente agrega sentido o sustancia al orden legislativo. Esa, en otras palabras, no es suficiente para orientar a la sociedad o, bien vistas las cosas para, por sí sola, reflejar el derecho que conduce la vida social. El derecho necesita de algo más: necesita de la colaboración del Poder Judicial.

Sin embargo, si todos los jueces tienen el poder para proclamar ese “algo más” o el derecho que no se limita al sentido exacto de la ley, sólo una Corte de Vértice puede tener la función de definirlo y desarrollarlo. Los jueces y tribunales inferiores tienen la función de resolver los casos y, sólo antes de que la Corte Suprema se pronuncie, expresarse respecto del sentido de una cuestión de derecho federal o sobre la interpretación de un texto legal. La función de dar unidad a los contenidos adicionados al texto de la ley es sólo de la Corte Suprema.

Tales “contenidos”, por revelar el sentido o comprensiones jurídicas dotadas de novedad, son imprescindibles para orientar a la sociedad y, consecuentemente, no pueden ser ignorados por los demás órganos judiciales, bajo pena de violación de la igualdad ante el derecho. Percíbese que tales “contenidos”, que se revelan mediante lo que se llama de precedentes, también constituyen derecho, pues perfeccionan el producto del legislativo, dándoles plena capacidad de operar con imperatividad y eficiencia social. Esos “contenidos”, a partir de las valoraciones racionales mediante la debida argumentación, especifican el significado de la ley delante de las circunstancias concretas del caso. Sólo eso es suficiente para ver que los precedentes son, en razón de su substancia, dotados de fuerza obligatoria. Al final, en esas condiciones los precedentes llegan a integrar el orden jurídico, naturalmente vinculante²⁹.

3.2. La decisión interpretativa de la Corte Suprema como “reconstrucción” que regula la vida social y guía la resolución de los casos conflictivo: la eficacia obligatoria del precedente como consecuencia.

Ahora bien, no basta “hablar” que las decisiones de las Cortes Supremas innovan en el orden jurídico. Es mejor e imprescindible demostrar en qué sentido esto ocurre, explorando un campo altamente complejo y polémico. Es necesario saber de qué forma y en qué decisión interpretativa innova en relación a la ley. Básicamente, es necesario responder si en la decisión interpretativa existe, en alguna medida, una “creación” o si, simplemente, hay un pronunciamiento de una consecuencia lógica de la regla interpretada y, todavía, si esta creación tiene efectos sobre la sociedad y los jueces.

²⁹ Marinoni, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, cit., p. 155 y ss.

La interpretación capaz de atribuir sentido al derecho no es una operación meramente lógica. Las directivas interpretativas no constituyen reglas lógicas, sino, criterios que son elegidos y completados mediante valoraciones y opciones del intérprete, que conducen a un resultado-interpretación que expresa su voluntad. La decisión interpretativa no es determinada por la fórmula legislativa, pero es fruto de valoraciones y de la voluntad del intérprete. Por ende, no puede ser vista como una consecuencia puramente lógica de la regla legislada, no obstante la lógica sea importante para la valoración de la corrección de la justificación interna de la decisión.

La decisión judicial, al atribuir sentido al derecho a partir de valoraciones debidamente razonadas por la Corte Suprema, revela una “creación” no sólo por hacer surgir algo que no pre-existe a la interpretación o que deriva lógicamente de la ley, pero también por ser una expresión de la voluntad del Poder Judicial³⁰. Exactamente, en ese sentido, dice Wróblewski que la discutida definición de creatividad puede suponer que una decisión interpretativa es creativa si su formulación no está determinada por el derecho, sino, si es que esta exige opciones valorativas del intérprete³¹.

La decisión judicial, en tal sentido, constituye propiamente creación de algo a partir de la ley en lugar de creación del derecho. Por eso, constituye, en realidad, una *reconstrucción* de lo que una *pura construcción*. Creación judicial, en ese último sentido, dependería de permitirle al juez crear una norma general en la falta de ley o al suponer la ley como “muy injusta” o inválida.

Aunque Kelsen 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 “muy injusta”; tanto es así que habla, en ese contexto, de “*aplicación de norma general no positiva*”. En el razonamiento de Kelsen,

³⁰ “Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significante ‘los jueces crean derecho’ encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en su sentido más débil como una dimensión necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno ni otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista su comparación con la realidad, creemos por el contrario *que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimila a la función del legislador en lo que se ha venido llamando legislación negativa*”. (Gil, Ernesto J. Vidal; Pascual, Cristina García. *Creación Judicial del Derecho. Sentido y razón del derecho – enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, p. 145-146). V. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24-51; Tarello, Giovanni. Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 355.

³¹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 2001, p. 83.

esa forma general *sería aplicada en lugar de creada*, a razón de que el juez no puede crear una norma general y sería *no positiva* por no haber sido creada por el legislador³².

Bulygin afirma que eso es una falta de consecuencia 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 hablar de “*aplicación* de una norma general *no positiva*”³³. Ahora, si la positividad deriva de la norma haber sido creada por un acto humano, nada podría impedir la conclusión de que el juez, en tal caso, *crea* una norma general y que esa, por ende, es dotada de positividad.

De cualquier forma, aquí no importa el significado de la decisión que elabora una norma elante de la falta de ley o de la ley inválida, sino, el significado de la decisión que interpreta la ley. Es posible decir, siguiendo a Wróblewski³⁴ y Shapiro³⁵, que la creatividad propia de la interpretación judicial que se ampara en la ley muda el derecho sólo de forma “*incrementada*” (*incrementally*). En verdad, la decisión que interpreta la ley agrega algo de nuevo al orden jurídico legislado, pero no lo invalida o integra. Eso porque da contenido a un orden jurídico de mayor amplitud, completada por la legislación y por las decisiones judiciales de las Cortes Supremas³⁶.

La observación de que la decisión interpretativa pasa a completar un orden jurídico de mayor amplitud requiere esclarecimiento. Tal observación supone, como no podría dejar de ser, que la decisión no se limita a los litigantes involucrados en el caso, sino que se extiende a toda la colectividad con el carácter de derecho. Según la Constitución Federal brasilera, cabe al Superior Tribunal de Justicia definir la interpretación de la ley federal, o sea, atribuirle sentido y unidad, evitando decisiones desentonantes de parte de los tribunales ordinarios. Eso quiere decir que la decisión del Superior Tribunal de Justicia no revela, apenas, la interpretación de la ley, sino que fija la interpretación que debe orientar la vida social y pautar las decisiones judiciales. Como es obvio, la creación de la que se habla aquí no pretende tener la misma estatura del producto elaborado por el legislador³⁷;

³² Kelsen, Hans, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 151 y ss; Kelsen, Hans, La garantie juridictionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle, *Revue de droit public*, 1928, p. 36 y ss.

³³ Bulygin, Eugenio, ¿Los jueces crean derecho?, XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría e filosofía del derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, p. 8.

³⁴ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

³⁵ Shapiro, M., Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis? In *Law and the behavioral sciences*, Indianápolis-Kansas-Nova Iorque: Ed. L. M. Friedman & S. Macaulay, 1977.

³⁶ Ver, sobre las perspectivas de evolución de la Corte Suprema Argentina, Berizonce, Roberto Omar. Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo. In: *Cortes Supremas – Funciones y Recursos Extraordinarios* (Eduardo Oteiza, Coordinador). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 107 y ss.

³⁷ Ni la interpretación de la ley ni el razonamiento que se hace para suprimir la omisión del legislador delante de un derecho fundamental o para invalidar la ley constituyen actividad creativa que no depende de un derecho previamente establecido. En esos dos últimos casos, la jurisdicción no sólo cumple la tarea que le fue asignada en el constitucionalismo contemporáneo, sino, también, delante de la transformación del concepto de derecho, sólo la aplica. En el Estado

en realidad, pretende indicar, apenas, que la interpretación de la Corte Suprema, mediante valoración, define el sentido del derecho con eficacia general delante de la sociedad y es obligatoria ante los tribunales inferiores.

Se llega ahí al punto: la decisión interpretativa, por ser elaborada a partir de valoraciones y de la voluntad del intérprete, es algo más frente a la regla emitida por el legislador, teniendo, así, un carácter de creatividad a partir de la ley. Ese algo de nuevo se coloca al lado de la ley, integrando un orden jurídico más amplio, justamente porque la decisión de la Suprema Corte, al definir el sentido del derecho, le confiere unidad, revelando el “derecho judicial” que debe regular la vida en sociedad y guiar la solución de casos iguales o similares³⁸. De modo que la eficacia obligatoria del precedente, circunscrita a su *ratio decidendi*, es mera consecuencia de la función de la Corte de atribuir sentido y unidad al derecho federal, vale decir, de crear algo nuevo en el orden jurídico vinculante.

3.3. La posición de vértice.

La autoridad de los precedentes también guarda relación con el hecho de que una Corte Suprema pueda tener una posición diferenciada en el sistema jurídico³⁹, destinada a la revelación del sentido del derecho. En el sistema brasilero la posición del Superior Tribunal de Justicia en el sistema le confiere la última palabra en lo pertinente a la atribución judicial del sentido al derecho federal.

Sin embargo, solamente hay lógica en dar la “última palabra” cuando esa es la “última” para todos los casos similares que están por aparecer. Lo contrario sería suponer que una Corte tiene posición de vértice y da la última palabra por razones de azar. O, todavía, que cabe a la Corte Suprema dar la última palabra sólo en el caso concreto, cuando su tarea, entonces, será la de un mero tribunal de revisión, algo incompatible con la función de colaboración para el desarrollo del derecho, propia a las Cortes Supremas de la actualidad. Percíbese: no es el caso de simplemente decir que los tribunales inferiores están sometidos a la Corte Suprema, sino de percibir que los tribunales inferiores deben respeto al derecho delineado por la Corte que, en el sistema judicial, ejerce función de vértice.

constitucional no hay algún motivo para verse una excepción a la función de la aplicación del derecho, como si esta no estuviese subordinada a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales. V. Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 7ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, Parte I, ítem 7.11.

³⁸ Como argumenta Wróblewski el supuesto de la creatividad ocurre si y solamente si una decisión interpretativa influye de hecho en la aplicación del derecho de manera análoga a las reglas legales. Eso ocurre cuando la decisión del tribunal superior es considerada argumento en las actividades interpretativas futuras de los tribunales inferiores en los sistemas del *civil law* (Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 84).

³⁹ Recuérdese que Calamandrei, aunque haya pensado en una Corte al servicio del “sentido exacto de la ley”, llegó a observar que, como no hay posibilidad de constatar de modo absoluto la verdadera interpretación de la ley, no hay otra alternativa para garantizarse la certeza e igualdad del Derecho a no ser que se considere “oficialmente” como “verdadera” la interpretación elegida por la Corte Suprema (Calamandrei, Piero, *La casación civil*, t. 2, p. 110-111).

4. Fundamentos de los Precedentes Obligatorios⁴⁰.

4.1. La realización de la igualdad.

El principal fundamento de un sistema de precedentes obligatorios está en la igualdad de todos ante el derecho. El Estado Constitucional no sólo proclama e incentiva la igualdad en las relaciones sociales, sino, tutela la igualdad. De lado a la cuestión del deber de emitir normas que aseguren el tratamiento igualitario, inclusive en la proporción de las desigualdades, es cierto que el Estado, para tutelar la igualdad, no puede admitir un trato desigual en el proceso en el que ejercer su poder ni menos procedimiento y técnicas que privilegien determinadas posiciones sociales, como también, no puede producir Derecho (así sea mediante los jueces) que exprese un trato desigual a situaciones idénticas.

El principio *treat like cases alike* es la base secular del *stare decisis* y, por ende, de los precedentes obligatorios en el *common law*. El *common law*, en virtud de la plena consciencia de que el juez participa en la producción del Derecho, desde sus orígenes, cuida para que el producto de la actividad judicial no signifique violación de la igualdad⁴¹. El *civil law*, al suponer que el juez puede limitarse a describir la norma contenida en el texto legislativo, nunca se preocupó con la igualdad de los ciudadanos delante de las decisiones, habiendo proclamado siempre sólo la igualdad ante la ley.

Sucede que, actualmente, el Poder Judicial colabora con el Poder Legislativo en la tarea de construcción de un Derecho que responda a las necesidades sociales. Eso no sólo porque el texto legislativo depende del significado que le es atribuido por el juez y en razón de que el legislador sabe que necesita de la actividad judicial para la concretización de determinadas normas, sino, también, por existir consciencia de que el derecho debe estar en constante actualización y adaptación a los nuevos hechos sociales. Para todo ello la actuación de la Corte Suprema es imprescindible.

Si el derecho está hoy en las manos del Poder Judicial⁴², es grave dejar de indagar si los ciudadanos reciben de este un tratamiento igualitario. Los procesalistas se preocupan con la igualdad en el proceso y con la igualdad en las técnicas procesales a disposición de los justiciables, pero dejan pasar por alto la igualdad delante del producto de la actividad jurisdiccional, o sea, la igualdad ante las decisiones judiciales. Los civilistas, aunque se encuentren emocionados con la técnica legislativa de las cláusulas abiertas, y los teóricos del derecho, así estén conscientes que la interpretación, en cuanto producto, está lejos de significar la declaración de una norma contenida en la ley, también se mantienen callados respecto de algo que debería ser una consecuencia lógica de sus “descubrimientos”. Los juristas, aliados a los operadores del derecho que, mal o bien, tienen interés en mantener

⁴⁰ Ver Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes Obligatorios*. Lima: Palestra Editores, 2011, Marinoni, Luiz Guilherme. *Bases para un sistema de precedentes judiciales*. El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2011.

⁴¹ V. Bankowski, Zenon; MacCormick, Neil; Morawski, Lech, Miguel, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 488.

⁴² Ferrarese, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’“ultima parola”: le Corti Costituzionali e la rete giudiziaria, In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2011, p. 63 y ss.

el *status quo*, se alínean como si fuese absolutamente natural ofrecer decisiones desiguales a personas que están en una misma situación jurídica.

Es imprescindible, en un Estado Constitucional, cuidar por la igualdad de trato frente a las decisiones judiciales. Nada niega tanto la igualdad cuanto dar, a quien ya tuvo su derecho violado o sufre inminente amenaza de violación, una decisión no conforme con el patrón de racionalidad ya definido por el Poder Judicial en casos iguales o similares. Luego de la emisión de la decisión dotada de “razones apropiadas” por la Corte Suprema, no hay cómo admitir, por parte de cualquier juez o tribunal, una decisión que presente razones divergentes. Es inconcebible no percibir que una decisión de ese porte hace poco caso no sólo al Estado de Derecho y del Poder Judicial, sino, también, de la igualdad, representando lamentable arbitrariedad o ingenuidad inexcusable.

No hay derecho coherente en un Estado en el que los jueces piensan en tener libertad para formular normas jurídicas desiguales para casos iguales o similares. De ello la importancia de los doctrinadores y de los jueces, de los fiscales y abogados tomar todos conciencia de que no es posible convivir con múltiples decisiones para casos que exigen la misma respuesta, sobretodo cuando esa respuesta ya fue elaborada por la Corte Suprema encargada por la Constitución Federal para tanto.

Subráyese que hay un parámetro claro para el control de la igualdad ante los casos similares y ese está en las decisiones de las Cortes Supremas. Cuando los casos son desiguales le basta al tribunal inferior adoptar el *distinguishing* poniendo en evidencia que el caso bajo juzgamiento no puede ser solucionado mediante la aplicación del precedente.

La realización de la igualdad requiere la universalización del precedente. El fundamento esencial o determinante del precedente debe ser delineado de modo a abarcar el mayor número posible de situaciones jurídicas similares, propiciándoles trato igualitario y tornando innecesaria, en la medida de lo posible, la ampliación de la esfera para la cual el precedente fue primitivamente elaborado y, de ese modo, el uso del *distinguishing*.

Admitiéndose que la interpretación no puede definir el sentido exacto de la ley, pero debe realizar valoraciones para definir el sentido atribuible al texto legal, es claro que la ley no es suficiente para garantizar la igualdad ante el Poder Judicial. La Corte Suprema no puede ser más vista como un órgano que se destina a garantizar una mítica racionalidad del ordenamiento, fruto de una razón iluminista que tanto sedujo⁴³. Es necesario que el sentido del derecho delineado por la Corte Suprema, por intermedio del precedente, pauté la solución de los casos iguales o similares, vinculando u obligando a los jueces y tribunales inferiores. La igualdad ante las decisiones judiciales es fruto del deber de que el Estado deba dar a todos los que están en una misma situación jurídica la solución que la Corte Suprema razonadamente delineó, ofreciendo las mejores razones posibles. Al final, todos los hombres, en condiciones iguales, merecen (y sólo pueden exigir) la mejor solución que el Estado puede obtener para garantizarles una vida justa.

⁴³ Silvestri, Gaetano. Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei. In *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

En suma: el valor constitucional tutelado por el sistema de precedentes no es la unidad del derecho, antiguo mito tras el cual se escondieron instancias autoritarias de los más variados géneros, sino, la igualdad, realizada empíricamente mediante la vinculación de los tribunales y jueces al “derecho” delineado por la Corte Suprema, dependiente de la evolución de la vida social, abierta al dinamismo de un sistema destinado a la actuación de principios fundamentales con una carga axiológica inagotable y atento a la debida percepción de las diferencias⁴⁴.

4.2. La imparcialidad.

La fuerza obligatoria de los precedentes también es fundamental para la realización del valor y la imparcialidad. Esa función, aunque siempre esté ligada al juez, es atributo del Estado. El Estado tiene el deber de tratar de los asuntos que dicen respecto al pueblo con imparcialidad, sin preferir una posición social delante de otra – a no ser que una de ellas, debido a circunstancias particularizadas, exija un tratamiento diferenciado para que el propio deber estatal de tutela a los derechos fundamentales no sea descuidado.

Descendiéndose a nivel del Poder Judicial, se comprende la imparcialidad como el deber de que el juez no deba preferir una de las partes en detrimento de otra. Sin embargo, sorprendentemente, no se percibe que el juez no puede emitir decisiones distintas para los casos iguales o similares o emitir decisiones divergentes después de que la Corte Suprema ya haya elaborado la solución que el derecho impone al caso, justamente para que el Estado no ejerza la función jurisdiccional de modo a privilegiar, sin razón alguna, una parte delante de la otra.

La imparcialidad puede ser vista en dos dimensiones. Una primera, que puede ser denominada positiva y relativa al deber de el Estado ejercer sus funciones únicamente en nombre del interés público y de la concretización de los derechos fundamentales, sin poder privilegiar a alguien. La otra, que entonces puede ser denominada de negativa, dice respecto a la prohibición de conductas que puedan otorgar privilegios o respectivas sanciones.

En lo que atañe a la imparcialidad del juez, se habla tan sólo de prohibirlo de actuar de modo que favorezca a una de las partes. Sin embargo, es necesario comprender la imparcialidad en un sentido prospectivo, viéndola como estímulo y promoción de una función estatal despojada de arbitrariedades y privilegios, que se centre únicamente en la búsqueda de la realización de los derechos fundamentales y de una organización social justa.

El estímulo al desarrollo de un derecho coherente, en cuyo sistema la Corte Suprema pueda desempeñar su función de dar sentido a la ley y garantizar la unidad del derecho, depende de la fuerza de sus decisiones. La imparcialidad se proyecta sobre el orden jurídico, haciéndolo coherente e impone a los jueces el imprescindible respeto a la autoridad de los precedentes de la Corte Suprema.

⁴⁴ Silvestri, Gaetano. *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*. In *Le Corti Supreme*, cit., p. 45.

Además de eso, cuando la fuerza de los precedentes se impone, los jueces y órganos colegiados que deciden casos iguales o similares de modo divergente son vistos como parciales y tienen dificultad de escapar de la crítica de sus colegas, de otros órganos colegiados o tribunales e, inclusive, de los mismos abogados y de la doctrina. El juez sujeto a un precedente, por estar sometido a una norma judicial universalizante, no puede tomar en cuenta factores personales o intentar favorecer a determinada parte a partir de aspectos secundarios. Como escribe Neil Duxbury, “el juez que intenta ‘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 advertir su actitud como la de alguien descuidado y deshonesto y, entonces, su reputación se verá desgastada y su decisión será cuestionada”⁴⁵.

Además, la propia justificativa del precedente, por tener que tomar en cuenta aspectos objetivos en relación a los cuales la solución judicial siempre tenga validez, inhibe al juez a decidir a partir de criterios parciales o personales, esto es, que deriven de una visión subjetiva y particular del caso concreto o digan respecto de las partes involucradas en el litigio.

4.3. La coherencia del derecho.

La idea de la coherencia del derecho debe ser relacionada con el desarrollo de la función jurisdiccional. Como el Poder Judicial no se limita más a decir el derecho escrito por el Poder Legislativo, puesto que hoy es visto como su colaborador para que el Estado pueda dejar de encargarse de su deber de otorgar a la sociedad un derecho capaz de atender a las necesidades sociales carentes de tutela, no basta más apenas mirar a la *compatibilidad* de la ley de cara al orden jurídico.

Recuérdese que el dispositivo, como texto legal, no puede ser más que eso y, así, tiene una relación de *compatibilidad* con el resto del orden jurídico, al paso que el mismo dispositivo, como interpretación judicial, puede ser variado, aunque apenas la interpretación de la Corte Suprema deba ser observada para garantizarse la *coherencia* del derecho producido por el Poder Judicial y, de tal suerte, la coherencia del orden jurídico o del derecho en su aspecto integral. Como las decisiones pueden dar significados diversos a un mismo texto legal, el problema del Poder Judicial es el de la coherencia y no el de la compatibilidad.

Como no hay duda que el significado del derecho depende del Poder Judicial, es evidentemente imposible admitir una pluralidad de sentidos a un texto legal o una variedad de formas para concretar un mismo texto de carácter abierto. Si el derecho es “producido” por el Poder Judicial, es inadmisibles e ilógicos suponer que cada juez o tribunal pueda producir su propio derecho sin algún compromiso con la coherencia del orden jurídico. Esa coherencia es fructificada en las decisiones del Poder Judicial, de modo que

⁴⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114.

una multiplicidad de decisiones para casos o cuestiones similares no tiene cómo no generar desorden.

La falta de preocupación con la coherencia del derecho de los tribunales es consecuencia de la suposición de que los tribunales, inclusive los de vértice, están limitados a buscar una interpretación que revela el sentido de la ley. Si las decisiones discuten sólo la exacta interpretación de la ley, no puede existir incoherencia entre el derecho producido por el Poder Judicial, sino, apenas un equívoco en la aplicación de la ley. Ahora, si la norma jurídica está implícita en la ley y es pre-existente a la interpretación, no hay incoherencia entre las decisiones de los tribunales, sino, inadecuada aplicación de la norma del legislador. De ello por qué no se dispensa la atención a la incoherencia de las decisiones judiciales. Existe preocupación, solamente, con la corrección de las decisiones que equivocadamente aplican la ley.

Alguien podría decir que las decisiones variadas para un mismo caso no significa desorden, pero sí el reflejo de una natural diversidad de opiniones. Es cierto que esa pésima *praxis* se solidificó por mucho tiempo en nuestro derecho, pero no hay cómo dejar de ver - si se pretende analizar la situación del Poder Judicial de modo crítico - que eso atenta contra la igualdad, la imparcialidad y la seguridad jurídica. No hay cómo admitir decisiones diferentes para casos iguales, a menos que se imagine que los jueces y tribunales no hacen parte de un único sistema y Poder. No obstante, comprendiéndose que los jueces y tribunales son organismos que sirven a un Poder y al sistema de distribución de justicia, poco importan sus "opiniones"; ellos están subordinados al sistema y al Poder al que sirven y, por ende, no pueden afrontar las decisiones de las Cortes Supremas. Se trata de enfatizar el aspecto *institucional* de las decisiones judiciales, dejándose de lado el equívoco de que ellas representan la libertad de que el juez pueda juzgar y que estaría sometido apenas a la ley. A propósito, exactamente porque la ley es equívoca es que el juez está sometido a la norma jurídica que de ella la Corte Suprema extrae al interpretar.

La coherencia entre las decisiones judiciales no sólo es fundamental a la afirmación, a la autoridad y a la credibilidad del Poder Judicial, como también es imprescindible al Estado de Derecho. En los Estados contemporáneos, en el que la adecuada distribución de justicia exige muchos jueces y diversos tribunales, es necesario que los casos, luego de la manifestación de las Cortes Supremas, sean solucionados mediante la misma regla o interpretación, bajo pena de no vivirse en un Estado de Derecho y sí en un Estado de múltiples e incoherentes opiniones de quien se irroga el poder de afirmar el derecho⁴⁶.

⁴⁶ Earl Maltz, en un ensayo publicado en la *North Carolina Law Review*, recuerda que uno de los valores más importantes en el sistema político americano es el de que los principios que orientan la sociedad deben constituir "reglas de Derecho" y no simples "opiniones" de hombres que, temporalmente, ocupan relevantes cargos en el Poder (MALTZ, Earl. The nature of precedent, *North Carolina Law Review*, v. 66, jan. 1988, p. 371). Según MacCormick, en un Estado moderno, con muchos jueces y muchas Cortes 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

4.4. La seguridad jurídica.

La Constitución Federal brasilera se refiere a la seguridad jurídica en el *caput* del art. 5º, al lado de los derechos a la vida, la libertad, igualdad y propiedad. Ese artículo posee varios 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)⁴⁷. La seguridad jurídica es vista como sub-principio concretizador del principio fundamental y estructurante del Estado de Derecho. Se expresa en términos de estabilidad y continuidad del orden jurídico⁴⁸ y de la previsibilidad acerca de las consecuencias jurídicas de las conductas practicadas en la convivencia social⁴⁹.

La estabilidad no se separa del derecho producido por el Poder Judicial. La variación frívola de lo que el Poder Judicial dice acerca de un texto legal contradice la seguridad jurídica. A propósito, cuando se piensa en esa dimensión no hay cómo dejar de considerar la cuestión de los efectos en el tiempo de la decisión que revoca un precedente o jurisprudencia consolidada, punto que inevitablemente tendrá que ser enfrentado por la Corte Suprema.

El ciudadano, para poder desarrollarse, tiene que conocer las consecuencias jurídicas de sus acciones y de los comportamientos de aquellos con quien convive. Esa previsibilidad presupone univocidad de calificación de las situaciones jurídicas⁵⁰. Si esa calificación depende de las decisiones judiciales⁵¹ – que, en principio pueden ser variadas – su univocidad estará en las manos de las Cortes Supremas, cuya función es atribuir sentido

para otro (MacCormick, Neil. *Rethoric and the rule of law*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 178).

⁴⁷ Ávila, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴⁸ CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 46, abr. 1994.

⁴⁹ V. Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, 3a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 120 y ss.

⁵⁰ “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*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 32-33).

⁵¹ Como dice Corsale, 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 considerada como individual, la concretización de la regla en el caso específico (Corsale, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 34).

al Derecho, garantizándole la debida estabilidad. En ese sentido se puede hablar en “ética del legalismo”, en los términos de MacCormick⁵², toda vez que la previsibilidad de las decisiones, vista como legalismo, constituye un valor moral imprescindible para que el hombre, de forma libre y autónoma pueda desarrollarse en un Estado de Derecho⁵³.

No obstante, si la previsibilidad presupone univocidad, ella igualmente depende de la efectividad del sistema jurídico como capacidad de garantizarla⁵⁴. Se trata de constatar que un ordenamiento jurídico incapaz de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas y de generar, así, un sentido de seguridad en los ciudadanos, no merece, si quiera, ser calificado como jurídico⁵⁵.

⁵² MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193 y ss. “De acuerdo con la ‘ética del legalismo’, existen valores morales y sociales específicos que dependen de la manutención y soporte de un orden normativo institucional, para el bien de la paz y previsibilidad entre los seres humanos y, como condición (pero no como garantía) para mantenerse la justicia entre ellos” (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of Law*, cit., p. 6).

⁵³ “En lo que respecta al Estado de Derecho, las personas pueden tener, anticipadamente, certeza razonable al 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 relación al Derecho. Ellas pueden desafiar acciones gubernamentales que afecten sus intereses exigiendo bases jurídicas claras para la acción oficial o discutiendo 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).

⁵⁴ Es lugar común en la literatura inglesa y estadounidense, la idea de que la previsibilidad constituye razón para seguir precedentes. Recuérdese que Hale dijo que el *stare decisis* tenía como objetivo satisfacer la exigencia de certeza formal. Más que eso, el célebre artículo de Arthur Goodhart, de 1934 (Precedent in English and Continental Law, *Law Quarterly Review*, v. 50, 1934) sustentó que la certeza jurídica sería la más importante causa para la institución del *stare decisis* o para el establecimiento de un sistema de precedentes vinculantes. V. Theodore M. Benditt, The rule of precedent. In *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 89 y ss.

⁵⁵ Corsale, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 40.