

EL PRECEDENTE EN LA DIMENSIÓN DE LA IGUALDAD*

THE PRECEDENT BEFORE THE EQUALITY DIMENSION

LUIZ GUILHERME MARINONI

Profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal del Paraná - Brasil. Post-Doctor por la Universidad Estatal de Milán. *Visiting Scholar* en la Columbia University School of Law. Abogado en Curitiba y Brasilia.

Resumen: El estudio aquí presentado se destina a proponer a la comunidad jurídica latinoamericana la importancia de la doctrina del *stare decisis*, la cultura del uso de precedentes y sobretodo, la expresión de uno de los valores que sustentan esta doctrina, que es el de la igualdad ante la ley y las decisiones jurisdiccionales. Son estudiados rasgos de la igualdad formal y la igualdad material, para, finalmente, aterrizar en el control de constitucionalidad y la aplicación del principio de igualdad y el respeto de técnicas de argumentación que legitimen las decisiones de los tribunales. De tal forma, se introducirá la necesidad de que representación argumentativa plasmada en las decisiones de los tribunales, supere la representación política de aquellos que crearon la ley.

Summary: The research given in this essay aims to introduce to the Latin American legal community and academia the importance of the doctrine of the *stare decisis* and, what is more important, through this article we try to express and develop on the of the most important core values of this doctrine, which is the legal equality before law and judicial decisions. This research focuses on determining what is the role of substantial equality in using precedents to, finally, land on the judicial review and the application of the equality principle through the judicial argumentation that must legitimate the court's decisions.

* Traducción de Christian Delgado Suárez.

Sumario: 1. El principio de igualdad; 2. Igualdad ante la jurisdicción: igualdad en el proceso, igualdad al proceso e igualdad delante de las decisiones judiciales. 3. Igualdad ante la ley e igualdad ante la interpretación judicial. 3.1. La plurisignificación del texto de la ley. 3.2. La técnica legislativa de las cláusulas abiertas. 3.3. La legalidad substancial. 3.4. El control de constitucionalidad de las leyes.

Palabras llave: Precedentes obligatorios. Principio de igualdad formal. Control de constitucionalidad de las leyes.

Keywords: Precedent in law. Legal and judicial equality. Judicial review.

1. El principio de igualdad.

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

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

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

Es imprescindible subrayar, a esta altura del desarrollo del presente libro, que el Poder Judicial del *civil law* no se somete al principio de la igualdad en el momento de decidir, vale decir, en el instante de cumplir su deber, prestando la tutela jurisdiccional. El Poder Judicial deja de observar el principio de igualdad en el momento más importante de su actuación, exactamente cuando tiene que realizar el principal papel que le fue impuesto.

Raciocinio opuesto, capaz de disculparlo, sería razonable apenas si le cabría decidir los casos iguales de forma desigual.

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

Es interesante percibir que la doctrina brasilera, preocupada con la incidencia del principio de igualdad en el proceso civil, trata de aspectos internos al proceso, especialmente de aquellos que dicen respecto a la participación de las partes. Se analiza si la ley otorga tratamiento igualitario a las partes, permitiendo la participación en “igualdad de armas”, así como si el juez proporciona el mismo tratamiento a los litigantes¹.

Tanto es verdad que se acostumbra vincular la isonomía con el contradictorio, importando si las partes tienen adecuada posibilidad de actuar y de reaccionar de modo a influir sobre la formación de la convicción judicial. Como resalta Mario Chiavaro, el contradictorio no implica una identidad absoluta entre los poderes reconocidos a las partes de un mismo proceso ni, necesariamente, una simetría perfecta de derechos y de obligaciones, pues lo que cuenta es que las diferencias eventuales de tratamiento, sean justificables racionalmente, a la luz de criterios de reciprocidad, y de modo a evitar, sea como fuere, que haya un desequilibrio global en perjuicio de una de las partes².

También hay igualdad al proceso o, mejor, igualdad de acceso a la jurisdicción e igualdad de procedimientos y de técnicas procesales. Se trata, obviamente, de una igualdad que presupone un tratamiento particularizado a aquellos que poseen dificultades económicas de acceso a la justicia³ y a los que son titulares de derechos que exigen procedimientos y técnicas procesales diferenciadas.

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

² CHIAVARIO, Mario. Op. cit., p. 19.

³ La igualdad también exige la consideración de aspectos económicos que pueden obstaculizar la participación en el proceso. Si la legitimación del ejercicio de la jurisdicción depende de la participación, y esa tiene importante expresión en el principio del contradictorio, no hay cómo entender como legítimo o democrático el proceso que prive a alguien de participar por razones de naturaleza económica o social. La legitimidad del proceso se liga a una posibilidad real y, no meramente formal, de participación. En esa línea importan no sólo las garantías de asistencia judicial gratuita – esto es, el ofrecimiento, por parte del Estado, de abogados gratuitos, la dispensa del pago de costas procesales y la oferta de producción de pruebas sin el pago de gastos – sino, también, las normas procesales que objetivan garantizar la efectiva participación de la parte según las necesidades del derecho sustancial. En verdad, el legislador y el juez están obligados a

Recuérdese que los procedimientos de los Juzgados Especiales, destinados a las personas menos privilegiadas financieramente, son considerados indispensables en un ordenamiento democrático. Del mismo modo, la quiebra del dogma del “procedimiento único”, impuesta por la pretendida neutralidad de los litigios, hizo surgir la necesidad de estructuración de procedimientos especiales y de técnicas procesales capaces de ser utilizadas conforme las particularidades de los casos concretos. La técnica anticipatoria, por ejemplo, además de imprescindible para propiciar una adecuada protección jurisdiccional al titular del derecho material sometido al temor del daño (art. 273, I, CPC) es igualmente necesaria para permitir la distribución isonómica del tiempo del proceso entre los litigantes (art. 273, II y numeral 6º del CPC)⁴.

establecer las discriminaciones necesarias para garantizar y preservar la participación igualitaria de las partes, sea considerando las dificultades económicas que obstaculizan la participación, sea atendiendo para las particularidades del derecho material y del caso litigioso. Ahora, no es legítimo el poder ejercido en un proceso en el que las partes no pueden efectivamente participar o en donde sólo una de ellas posee condiciones reales de influir sobre el convencimiento del juez. Un proceso de ese tipo, ciertamente no es un “proceso justo” o un proceso democrático. De ahí que se diga que las partes no sólo tienen el derecho de participar del proceso pero, también, el derecho de participar en paridad de armas. (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, v. 1 – Teoria Geral do Processo. São Paulo: Ed. RT. 2010, 4ª ed., p. 419-420).

⁴ “La distribución del tiempo del proceso, fundamental para la preservación del principio de la isonomía, justifica la tutela anticipatoria en caso de defensa de mérito indirecta infundada que requiere prueba diferente de la documental. En ese caso, es natural transferir la carga del tiempo del proceso, dándole al demandado, obviamente, la oportunidad de continuar actuando en el proceso para ver su defensa acogida y, consecuentemente, la tutela anticipatoria revocada. Aún más evidente es la necesidad de la pronta tutela de la parte de la demanda que se tornó incontrovertida en el curso del proceso (art. 273, num. 6, del CPC). Siguiéndose el clásico y antiguo principio de que el juzgamiento de mérito debe ser hecho en una única oportunidad y, por lo tanto, sin alguna forma de cisión, es inevitable concluir que la parte del pedido podrá tornarse madura para el juzgamiento en el curso del proceso. Ese problema se torna más visible cuando se piensa en la acumulación de pedidos y, especialmente, en la circunstancia de que esa acumulación es estimulada por el principio de economía procesal. Ahora, la imposibilidad de cisión del juzgamiento de mérito, o sea, del juzgamiento anticipado de sólo uno de los pedidos acumulados, torna risible cualquier economía que se pretenda por medio de la acumulación. La tutela jurisdiccional es prestada de forma tempestiva cuando la técnica procesal y la administración de la justicia no retiran del juez la posibilidad de concederla luego después de que los hechos hubieren sido esclarecidos. Por lo tanto, si la tempestividad exige que la tutela jurisdiccional sea concedida cuando los hechos constitutivos están evidenciados y el demandado todavía procurar probar un hecho probablemente infundado (hipótesis vista hace poco), no puede haber duda sobre la imprescindibilidad de la técnica procesal viabilizar la pronta e inmediata tutela de la parte de la demanda sobre la cual no existe más controversia fáctica. Evidenciándose una parte de la demanda en el curso del proceso que debe caminar adelante para que las pruebas puedan esclarecer el resto de la demanda, el derecho a la tutela jurisdiccional tempestiva impone la fragmentación de la tutela jurisdiccional del mérito. *No hay aquí lesión al derecho de la defensa. En verdad, el ordenamiento jurídico que impide la inmediata tutela de la parte incontrovertida de la demanda es el que viola el derecho de acción, constituyendo un ordenamiento despreocupado con la efectividad de la tutela de los derechos.* Cuando se dice que la duración del proceso no debe perjudicar al autor que tiene la razón, se objetiva preservar el principio de isonomía. En los casos en los que la parte de la demanda es incontrovertida y en donde el derecho del autor está evidenciado y la defensa de mérito indirecta es infundada, la ausencia de previsión de tutela anticipatoria obligaría al Estado a faltar con su compromiso de prestar tutela jurisdiccional de modo tempestivo. *Tratar un derecho evidente y un derecho no evidente de igual*

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

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

Viéndose a la decisión como fruto del sistema judicial y no como mera prestación atribuida a un juez – singularmente considerado –, se torna inevitable constatar que la racionalidad de la decisión está anclada en el sistema y no sólo en el discurso que el juez profirió. Así, por ejemplo, no hay racionalidad en la decisión ordinaria que atribuye a la ley federal interpretación distinta de aquella que le fue dada por el órgano jurisdiccional incumbido por la Constitución Federal de uniformizar tal interpretación, cuidando por la unidad del derecho federal. La irracionalidad es aún menos disimulable en la decisión que se aleja de la decisión anterior, proferida por el mismo órgano jurisdiccional en caso similar, o mejor, en el caso que exigió la apreciación de la cuestión jurídica que el órgano originario de la decisión ya definiera.

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

forma es tratar de la misma manera situaciones desiguales" (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, v. 1 – Teoria Geral do Processo. Cit. P. 370-371).

Nótese que el procedimiento puede ser legítimo a la luz de los derechos fundamentales procesales y, aún así, producir una decisión no comprometida con la sustancia de las normas constitucionales. El contradictorio legitima el procedimiento como medio, sin embargo, se presta a garantizar el ajuste de la decisión al contenido de los derechos fundamentales. Se afirma, delante de eso, que la legitimación de la jurisdicción depende de la legitimidad de la decisión⁵.

En esta dimensión surge la cuestión del contramayoritarismo, o mejor, de la tensión entre la decisión judicial que afirma el derecho fundamental de cara a la norma editada por los representantes electos por la mayoría. Delante del problema puesto por la cuestión del contramayoritarismo y buscando explicar la legitimidad de la decisión, surgen teorías textualistas, procedimentalistas y sustancialistas. Las primeras proponen una interpretación textualista de la Constitución, acorralando la legitimidad de la jurisdicción al liberalismo de las normas constitucionales⁶. Las teorías procedimentalistas buscan dar legitimidad a la jurisdicción destacando su papel de refuerzo del proceso democrático de elaboración de la ley⁷, mientras las sustancialistas dan énfasis al contenido material de los

⁵ La idea del proceso justo no es suficiente para legitimar la decisión. El respeto a los derechos fundamentales procesales es requisito para tenerse una decisión justa; no obstante, aunque sea necesario, se trata de un requisito insuficiente. La tesis que hace suponer que la justicia de la decisión deriva de un proceso justo es reductiva, pues no considera el contenido de la decisión, dando énfasis sólo al procedimiento. En esa perspectiva la decisión es el simple resultado del procedimiento, un acto jurisdiccional despojado de contenido sustancial. Lo que importa es solamente la calidad y la sustancia del procedimiento. Como percibió Taruffo, tal perspectiva “implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l’osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portato a quella decisione” (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In *Sui Confini (scritti sulla giustizia civile)*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 221). Sobre el tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1, op. cit.

⁶ El textualismo es incapaz de dar legitimidad a la decisión jurisdiccional, una vez que las normas constitucionales, especialmente las que afirman derechos fundamentales, tienen naturaleza abierta e indeterminada. Para concretizar los derechos fundamentales – viabilizando su protección y realización fáctica – e situar bien y controlar las normas infraconstitucionales es necesario delinear los contenidos de los derechos fundamentales, lo que no puede ser hecho a través de una interpretación textual de la Constitución. Esa dificultad lleva a los textualistas a la recreación del propio problema a ser enfrentado, pues, delante de la necesidad de completar el sentido vago de las disposiciones constitucionales, son forzados a definir criterios capaces de seleccionar cuál es el correcto sentido literal del texto constitucional. Algunos dicen que es el sentido atribuido por los miembros de la asamblea constituyente que elaboró la Constitución; otros que es el sentido que parecería razonable a los ojos de la generación constituyente; y otros, todavía, que es el sentido que le da la generación actual. O sea, los textualistas tienen que apelar para fuera del texto constitucional para solucionar dudas interpretativas. No obstante, este es precisamente el defecto que ellos apuntan en las demás teorías constitucionales. Luego, esa es una teoría que reproduce su propia crítica. Ver SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997. Para una versión más rica y provechosa del argumento textualista: AMAR, Akhil Reed. *Intratextualism*. Harvard Law Review. 1999, v. 112, p. 747-827.

⁷ Las teorías procedimentalistas critican la búsqueda de un contenido sustancial en la tutela de los derechos fundamentales con base en el argumento de que no existen valores fundamentales

preceptos constitucionales, advenido de la legitimación de la jurisdicción del hecho de los jueces aplicar las cláusulas amplias de la Constitución de acuerdo con una concepción atractiva de los valores morales que le sirven de base⁸.

aceptados por todos los ciudadanos de forma pacífica. Aquellos que se encuentran en esas corrientes afirman que, delante de la naturaleza abierta de las normas constitucionales, no se debe dar al juez el poder de escoger los valores sustanciales en ellas contenidas, pues eso podría generar la tiranía de los tribunales. Por lo tanto, la legitimidad de la decisión, según esas teorías, jamás sería encontrada dándose al juez el poder de determinar el contenido sustancial de los derechos fundamentales para oponerse a la decisión de la mayoría de la casa legislativa. He aquí lo que escribe John Hart Ely, uno de los más importantes representantes del procedimentalismo norteamericano: “Nuestra sociedad no tomó la decisión constitucional a favor de un sufragio casi universal para cambiar de actitud y aceptar, en decisiones populares, la imposición, desde lo alto, de los valores de los juristas de primera clase. Como Robert Dahl observó, ‘luego de casi veinticinco siglos, las únicas personas que parecen convencidas de las ventajas de ser gobernadas por reyes filósofos son (...) unos pocos filósofos’”(En el original: “Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers. As Robert Dahls has observed, ‘after nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are (...) a few philosophers”) (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 59-60). Aunque parte de las teorías procedimentalistas hagan preponderar la participación popular sobre los derechos fundamentales, la teoría de Habermas – al contrario de las otras teorías procedimentalistas – permite la infiltración de la decisión por paradigmas ético morales, mostrándose preocupada con la formación de un consenso al respeto de los derechos fundamentales, en un espacio público en el cual deba desenvolverse el debate popular. Según el filósofo alemán, la jurisdicción constitucional debe buscar legitimidad asegurando que el proceso de génesis de la ley sea receptivo a aquello que los ciudadanos establecen como consenso en el espacio público. Para él, los jueces constitucionales deben actuar de modo a garantizar las condiciones del proceso democrático de legislación. A ellos les cabe “examinar los contenidos de normas controvertidas, principalmente en conexión con los presupuestos comunicativos y condiciones procedimentales del proceso legislativo democrático” (En el original: “Die Inhalte strittiger Normen vor allem im Zusammenhang mit den Kommunikationsvoraussetzungen und Verfahrensbedingungen des demokratischen Gesetzgebungsprozess überprüfen” (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 320). V. también HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1988. Acerca de la teoría de la jurisdicción constitucional de Habermas en Brasil, ver, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*: Belo Horizonte, Mandamentos, 1998; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 203-217.

⁸ Ronald Dworkin sintetiza la propuesta sustancialista en el siguiente pasaje: “Nuestro sistema constitucional reposa sobre una teoría moral particular, esto es, que hombres tienen derechos morales (moral rights) contra el Estado. Las cláusulas difíciles de la Carta de los Derechos (...) tienen que ser entendidas como apelativas a conceptos morales (...); por esa razón una corte que está incumbida de la carga de aplicar estas cláusulas plenamente como derecho tiene que ser una corte activista, en el sentido de que necesita estar preparada para moldar y responder cuestiones de moralidad política” (En el original: “Our constitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficulty clauses of the Bill of Rights (...) must be understood as appealing to moral concepts (...); therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality”) (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard Press, 1978, p. 147). V. también DWORKIN, Ronald. *Integrity in law*. In *Law’s empire*, Cambridge, Harvard Press, 1986.; y, para la elaboración más reciente de esa tesis, DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law: The moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. Una defensa calificada de la teoría sustancialista también es encontrada en

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

Si hay una definición judicial de derecho fundamental o incluso, acerca del significado de una ley federal, todos deben ser tratados igualmente ante ellas. A menos, es claro, que se admita que la jurisdicción pueda y deba convivir con varios significados de un mismo derecho fundamental o de una misma ley federal, lo que eliminaría cualquier posibilidad de tenerse una elaboración teórica racionalmente capaz de explicar la legitimidad de una decisión que afirma un derecho fundamental y dejaría sin alguna razón de ser a las normas constitucionales que consagran las funciones jurisdiccionales de uniformización de la interpretación de la ley federal y de atribución del sentido a la Constitución, además de, obviamente, violar la idea imprescindible de igualdad ante la jurisdicción.

3. Igualdad ante la ley e igualdad ante la interpretación judicial de la ley.

3.1. La plurisignificación del texto de la ley.

No habría motivo para hablar de igualdad delante de las decisiones en el caso que estas pudiesen resolverse en la mera aplicación de la ley. Bastaría la noción de igualdad ante la ley. Por lo tanto, cuando se piensa en igualdad delante de las decisiones, nos remitimos al problema de la interpretación judicial⁹.

TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985; TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

⁹ En el libro *Interpreting Precedents*, advierten Bankowski, MacCormick, Morawski y Ruiz Miguel que el derecho mantendría una uniformidad sólo formal en caso pudiese variar de acuerdo con el caso. Anotan los juristas que la uniformidad del derecho es un componente esencial para el

Déjese claro que se está considerando la decisión en relación a la ley, aunque obviamente no se ignore la importancia de los hechos litigiosos para la construcción de la decisión judicial¹⁰. Descartados los hechos y resumiéndose la cuestión a la aplicación de la ley, es necesario recordar que hace mucho que ya se acepta que la tarea del intérprete no se resume a la explicitación del texto de la norma, debiendo constituir una continua reformulación y adecuación del texto legal a las nuevas situaciones concretas¹¹.

En efecto, aunque este ítem proponga demostrar el impacto de la técnica de las cláusulas generales y del neoconstitucionalismo sobre la idea de mera aplicación de la ley, no hay cómo admitir – ni incluso a nivel teórico – la posibilidad de limitar la función judicial a la simple aplicación de la ley. En verdad, es una gran ingenuidad suponer que el texto de la ley solamente pueda tener un significado o una interpretación. Esa ingenuidad puede ser excusable sólo cuando es arrinconada a las angustias de la tradición del *civil law*. Ahora, por más perfecta pueda ser su construcción lingüística pueda parecer, el texto legal tiene, en menor o mayor latitud, significado equívoco e indeterminado y, así, abre oportunidad para una amplia variedad de interpretaciones – lo que, por sí solo, ya fundamenta un sistema de precedentes. Como dice Riccardo Guastini, el texto de la ley admite una pluralidad de interpretaciones, o sea, exprime potencialmente no sólo una norma (dictada por el intérprete) de límites determinados, sino, una multiplicidad de normas alternativas, siempre de contenido indeterminado¹².

tratamiento igualitario de casos sustancialmente similares, esto es, de casos que se califican como similares a partir de una determinada y estable interpretación del derecho. En el original: “This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law” (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 481-482). , p. 488).

¹⁰ Ver TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán. 2001, p.11 y ss. También en TARUFFO, Michele. *Sui confini...*, op. Cit., p. 195 y ss.

¹¹ V. PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 54; CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2002/1, p. 1 y ss.

¹² La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazione ‘false’. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzialmente e almeno

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

3.2. La técnica legislativa de las cláusulas abiertas.

Es un lugar común, en la doctrina jurídica, la idea de que fue vivida la época de la decodificación. Los Códigos, con su pretensión de generalización y uniformidad, cedieron lugar a leyes especiales, destinadas a regular situaciones específicas, titularizadas por grupos y posiciones sociales determinados¹³.

En el derecho procesal, el fenómeno también es observado. Recuérdese que, en el proceso civil de connotación liberal clásico, debería bastar un único procedimiento para atender a todas las posiciones sociales y a todo y cualquier derecho. La doctrina procesal de inicios del siglo pasado veía a los procedimientos especiales como especie de desvío del procedimiento patrón de tutela de los derechos. Sin embargo, ya hace algunas décadas que los procedimientos especiales asumieron la connotación de instrumentos elaborados para atender a las variadas situaciones jurídicas carentes de tutela¹⁴.

El problema es que, delante de una variedad de procedimientos y de técnicas procesales, se aumenta no sólo el poder del juez, sino, también, la posibilidad de soluciones variadas para las situaciones litigiosas. Es claro que la situación sustancial que puede ser tutelada mediante el procedimiento que viabiliza la ejecución inmediata de la

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

¹³ V. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979; IRTI, Natalino, *Codice Civile e Società Politica*, 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

¹⁴ Con eso es quebrada la confusión entre instrumentalidad del proceso y neutralidad del proceso en relación al derecho material, afirmándose la noción de instrumentalidad sustancial.

sentencia, por ejemplo, es tratada de forma diferenciada en relación a otro cuyo procedimiento de tutela somete la eficacia de la sentencia al doble grado de jurisdicción¹⁵.

Además, delante de la percepción del inevitable envejecimiento y agotamiento de las disposiciones legislativas, se tornó clara la necesidad de la ley contener espacios capaces de dar al juez el poder de adaptación de la norma a las nuevas realidades y valores. Surge, a partir de ahí, la noción de cláusulas generales¹⁶, vista como la técnica legislativa que se contrapone a la técnica casuística. Hay profunda modificación en la manera en la que el legislativo produce el derecho. O mejor, aunque el legislativo continúe valiéndose de Códigos, se deja de utilizar la técnica casuística, admitiéndose, a su lado, a las llamadas cláusulas generales, destinadas a permitir al juez considerar circunstancias no normadas para dar solución adecuada a los casos concretos. En el fondo, esto afirma un nuevo papel para la codificación en la actualidad: se abandona la plenitud y se llega a la centralidad.

La técnica casuística es utilizada cuando, para la estructuración de la norma, se establecen, en la medida de lo posible, criterios para la calificación de los hechos normados¹⁷. Norma de tal especie no exige mayor esfuerzo del juez, permitiendo la aplicación por medio de la subsunción. Por el contrario, las cláusulas generales son caracterizadas por la vaguedad o imprecisión de conceptos, teniendo el objetivo de permitir el tratamiento de particularidades concretas y de nuevas situaciones, inexistentes e imprevisibles a la época de la elaboración de la norma¹⁸.

¹⁵ “La pluralità di normative processuali e, quindi, di riti differenziati, già di per sé, favorisce la possibilità di soluzioni diversificate ed, in ultima *istanza*, aumenta il tasso di discrezionalità delle decisioni del giudice. Del resto, a suo tempo, già Giambattista Vico osservava: ‘*hodie leges ita minutae, ut innumera privilegia videantur*’. L’aumento dei poteri del giudice si coglie, poi, anche in riferimento alle scelte e agli adattamenti delle procedure e delle tecniche di risoluzione delle controversie. A titolo di esempio, basti ricordare come nella giustizia civile il ricorso ai provvedimenti d’urgenza sia divenuto ormai molto frequente e le misure cautelari o quelle anticipatorie tendano a definire la controversia. Si profila, in altri termini, una forma di ‘supplenza’ della tutela cautelare e di quella anticipatoria, o comunque della cognizione sommaria, rispetto all’*cognizione piena ed esauriente*” (PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 44).

¹⁶ V. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, 1998, p.129 y ss; GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 2, abr./jun. 2000, p. 3 y ss; TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 65, 1993, p. 21 y ss.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 134.

¹⁸ V. PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 46.

Observa Judith Martins-Costa que las cláusulas generales no pretenden “dar, previamente, respuestas a todos los problemas de la realidad, una vez que esas respuestas son progresivamente construidas por la jurisprudencia”. Advierte que, “por no reglamentar algo de modo complejo y exhaustivo, actúan técnicamente como metanormas, cuyo objetivo es enviar al juez criterios aplicativos determinables en otros espacios del sistema o a través de tipologías sociales variables, de los usos y costumbres objetivamente en vigor en determinado ambiente social. En razón de estas características esta técnica permite capturar, en una misma hipótesis, una amplia variedad de casos cuyas características específicas serán formadas por vía jurisprudencial y no legal”¹⁹.

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

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

Sucede que, delante de esta variación de eje, se torna también necesario repensar el significado externo de la decisión. No basta afirmar que esta no puede ser vista como mera aplicación de la ley: se trata de algo que es obvio e indiscutible. Es imprescindible

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 134.

conferir a la decisión del juez contemporáneo otro valor, que le asegure respeto y previsibilidad.

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

Y eso es detectado por la mejor doctrina civilista de nuestros días. Judith Martins-Costa escribe que “el alcance para además del caso concreto ocurre porque, por la reiteración de los casos y por la reafirmación, en el tiempo, de la *ratio decidendi* de los juzgados, se especificará no sólo el sentido de la cláusula general sino la exacta dimensión de su normatividad. En esta prospectiva el juez es, efectivamente, la boca de la ley – no porque reproduzca, como un ventrílocuo el habla del legislador, como le gustaría a la Escuela de la Exégesis, sino, porque atribuye su voz a la dicción legislativa, convirtiéndola, en fin, en algo oíble en todo su múltiple y variable alcance”²⁰.

Como se ve, la notable civilista llega incluso a utilizar el término propio de la teoría de los precedentes (*ratio decidendi*), comúnmente utilizado en el *common law* para identificar el real significado de un precedente y el modo y la extensión en que éste vincula las decisiones judiciales subsecuentes.

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

No obstante, considerándose que la técnica de las cláusulas generales se difundió a partir de los años 40 del siglo XX, es, como mínimo, curioso constatar que los países del civil law – y, lo que aquí realmente importa, el Brasil – no se hayan dado cuenta efectivamente de este problema. En verdad, el sistema que prevé cláusulas generales y dejar de instituir mecanismos destinando la fijación de normas jurídicas con carácter

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 139.

general, se comporta de forma irresponsable y en desacuerdo con la Constitución, en especial con las normas que garantizan la seguridad e igualdad. Al proceder así, el sistema presenta el remedio, pero se olvida de los perversos efectos colaterales que éste proporciona.

La concepción del Poder Judicial eliminado por el Poder Legislativo y la idea de que el juez es mero ejecutor de la ley, obviamente están distantes. Eso no significa, entretanto, que la admisión de la insuficiencia de la ley y la atribución de poder al juez para dictar la norma capaz de regular el caso concreto, tengan generado un sistema en el que el magistrado es libre para crear el derecho. La ampliación de la latitud del poder judicial con base en las cláusulas generales no sólo exige un sistema de precedentes, como también reclama una profundización de criterios capaces de garantizar el control de las decisiones judiciales.

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

La alteración del derecho procesal civil y de la función judicial en el aspecto procedimental tiene relación con la necesidad de darse al juez el poder y movilidad que le permitan tutelar de forma efectiva las nuevas situaciones de derecho sustancial. No fue por otra razón que fueron abandonadas las vetustas garantías de seguridad y de libertad proporcionadas por las “formas” del proceso civil clásico. En este sentido es interesante el recuerdo de Vittorio Denti acerca de la célebre conferencia de Chioventa²¹, pronunciada en los albores del siglo XX, en la que el cultor del derecho procesal italiano no sólo subrayó la necesidad de formas para evitar la posibilidad de arbitrio del juez, como también resaltó “la estrecha ligazón entre la libertad individual y el rigor de las formas procesales”²².

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto. Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1901 (reed. 1993).

²² DENTI, Vittorio. *Il processo di cognizione nella storia delle riforme. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1993, p. 808.

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

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

Esta necesidad llevó al legislador no sólo a crear una serie de institutos de complemento de conceptos indeterminados – como la tutela anticipatoria fundada en el “abuso de derecho de defensa” (art. 273, II, CPC) –, admitiendo su uso en la generalidad de los casos, sino, también, a fijar lo que denomino de normas procesales abiertas (art. 461, CPC).

Tales reglas derivan de la aceptación de la idea de que a ley no puede arrinconar las técnicas procesales a cada una de las necesidades del derecho material o diseñar tantos procedimientos especiales cuantos fuesen considerados como necesarios para la tutela jurisdiccional de los derechos. La ley procesal no puede antever las verdaderas necesidades del derecho material, toda vez que estas no sólo se modifican rápidamente, sino, también, asumen contornos variados conforme los casos concretos. Delante de eso, se llegó, naturalmente, a la necesidad de una norma procesal destinada a dar a los jurisdicionados y al juez el poder de identificar, aunque sea por dentro de su moldura, los instrumentos procesales adecuados a la tutela de los derechos.

No obstante, tales normas no confieren solamente mayor poder para la utilización de instrumentos procesales, sino, también, otorgan al juez el deber de demostrar idoneidad de su caso, en vista de la obviedad de que todo poder deber ser ejercido de manera legítima. Si antiguamente el control del poder jurisdiccional era hecho a partir del principio de la tipicidad, o de la definición de los instrumentos que podían ser utilizados, hoy ese control es más complejo y sofisticado.

Así, por ejemplo, la legitimidad del uso de los instrumentos procesales del art. 461 del CPC, que ofrece a las partes y al juez un abanico de instrumentos procesales destinados a viabilizar la denominada “tutela específica”, depende de la identificación de la especie de tutela específica (tutela inhibitoria, etc.) objeto del caso concreto, de la consideración del derecho de defensa y de la regla de la necesidad – no olvidando, obviamente, de la racionalidad de la argumentación expresada en la fundamentación de la decisión.

Tal artículo afirma que el juez podrá imponer multa diaria al reo para obligarlo al cumplimiento del orden de hacer o de no hacer, en la concesión de la tutela anticipatoria o en la sentencia concesiva de la tutela final (art. 461, par. 3º y 4º), o todavía, determinar para dar efectividad a cualquier de esas decisiones, las “medidas necesarias”, que son ejemplificadas por el par. 5º, con la multa, la búsqueda y aprehensión, la remoción de personas y cosas, la destrucción de obras y el impedimento de alguna actividad nociva. O sea, el legislador dio al juez el poder de imponer el medio ejecutivo adecuado (art. 461, par. 4º y 5º), adoptar la sentencia idónea y conceder la tutela anticipatoria (art. 461, par. 3º), haciendo referencia sólo a las técnicas procesales que pueden ser utilizadas, pero no precisando en qué situaciones de derecho material y mucho menos en qué casos concretos estas deben ser aplicadas.

Percíbese que, para la adecuada aplicación de esa norma, el juez está obligado a identificar y precisar las necesidades de derecho material particularizadas en el caso concreto. De modo que no hay cómo el juez pueda ordenar un hacer o un no hacer bajo pena de multa, determinar la búsqueda y aprehensión o conceder tutela anticipatoria (siempre, por ejemplo) sin anteriormente comprender la razón por la cual está actuando, o mejor, sin antes identificar la especie de tutela específica solicitada (inhibitoria, de remoción del ilícito, resarcitoria, etc.) y sus presupuestos (amenaza de ilícito, práctica de un acto contrario al derecho, daño, etc.)²³.

²³ Los procedimientos y las técnicas procesales solamente adquieren sustancia cuando son relacionados al derecho material y a las situaciones concretas y por eso pueden correr el riesgo de ser vistos como neutros en relación al derecho sustancial y a la realidad social cuando son pensados como procedimientos o técnicas destinados, por ejemplo, a la imposición de un hacer o determinar la búsqueda y aprehensión. Ahora no es necesario mucho esfuerzo para evidenciar que imponer un hacer o determinar la búsqueda y aprehensión, no tienen cualquier significado en el plano del derecho material o concreto. Es por eso que se insiste en hablar de tutela inhibitoria, resarcitoria, de cumplimiento en la forma específica, etc. Nótese que “tutela” significa el resultado jurídico sustancial del proceso, representando el impacto del proceso en el plano del derecho material. Cuando se teoriza el tema de las “tutelas”, se tiene n mira exactamente la imprescindibilidad de la identificación de las situaciones de derecho material para la comprensión crítica de la ley procesal y para el delineamiento de las técnicas procesales capaces de otorgar efectividad a la prestación jurisdiccional y, así colocarla en una dimensión realmente apta a concretizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, cuando se busca la técnica procesal idónea para tutela efectivamente el derecho y, de esa forma, la adecuada concreción de la norma procesal abierta, evidentemente, no es posible olvidarse de la esfera jurídica del demandado. Si es posible escoger la técnica procesal capaz de dar protección al derecho, no hay cómo admitir que tal opción pueda perjudicar al demandado. Eso quiere decir que la utilización de la técnica procesal, delante de la norma procesal abierta, tiene su legitimidad condicionada no sólo a la identificación de la tutela del derecho material, sino, también, a un control previo que considera tanto el derecho del demandante cuanto el derecho del demandado.

Ese control es hecho a partir de subreglas de la regla de proporcionalidad, esto es, de las reglas del medio idóneo y de menor restricción posible. La providencia jurisdiccional debe ser idónea a la tutela del derecho, al mismo tiempo, trayendo menor restricción posible a la esfera jurídica del demandado. Es claro que, antes de todo, la providencia debe ser idónea a la tutela del derecho. El juez solamente debe preocuparse con la menor restricción posible después de haber identificado el medio idóneo a la tutela del derecho.

Mientras tanto, la necesidad de raciocinar a partir de la consideración de la tutela en el plano del derecho material y de la regla de la necesidad no tendría significado sin la debida justificativa, o sea, sin la motivación capaz de expresar adecuadamente el raciocinio judicial. La justificativa permite el control crítico sobre el poder del juez²⁴, siendo que el equívoco de la justificativa evidencia la ilegitimidad del uso de la técnica procesal.

La ampliación del poder de ejecución del juez, acontecida para dar mayor efectividad a la tutela de los derechos, posee, como contrapartida, la necesidad de que el control de su actividad sea hecho a partir de la comprensión del significado de las tutelas en el plano del derecho material, de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción y mediante su indispensable complemento, la justificación judicial. Por el hecho de el juez tener poder para la determinación de la mejor manera de la efectivación de la tutela, se

²⁴ V. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 194-195; Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, p. 553-554; La motivazione della sentenza. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano VIII, n. 30, oct./dic. 2003, p. 674 e ss.; Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. Disponibile en <www.studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto>. Último acceso el 15/11/2009. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2002, p. 17.

exige de él, por consecuencia, la adecuada justificación de sus elecciones²⁵. En ese sentido, se puede decir que la justificativa es la otra cara del incremento del poder del juez.

3.3. La legalidad substancial.

De lado a la cuestión de las cláusulas generales, otro aspecto, con profundas implicancias sobre la tradición del civil law, debe ser considerado. Aunque las cláusulas generales también tengan la función de viabilizar la infiltración de los derechos fundamentales en los códigos y leyes, el impacto del neoconstitucionalismo sobre la interpretación jurídica es más extenso.

En el Estado Constitucional, las normas constitucionales y los derechos fundamentales dan unidad y armonía al sistema y, por tal razón, obligan al intérprete a colocar el texto de la ley en su perspectiva. En otras palabras, las normas constitucionales son vinculantes de la interpretación de las leyes²⁶.

Aunque la interpretación de la ley siempre deba considerar el texto constitucional, no siempre, como es obvio, el intérprete está delante de un caso difícil, que le exige la individualización de la interpretación que esté de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, cuando eso ocurre, el margen de discrecionalidad – comprendida como latitud de poder – para que el juez pueda definir la interpretación de la norma es incontestablemente más amplia de lo que es aquella que le es conferida por una regla que debe ser aplicada mediante la subsunción.

La necesidad de comprensión de la ley a partir de la Constitución aumenta el riesgo de subjetividad de las decisiones judiciales, lo que acaba vinculando la legitimidad de la prestación jurisdiccional a su precisa justificación. De esa forma, si es que es como escribe Wróblewski, justificar una decisión judicial consiste en darle las razones

²⁵ La regla de la necesidad, aunque haga parte del raciocinio decisorio, porque viabiliza la decisión, obviamente no puede ser ignorada cuando otorga una justificativa. Incluso porque tal regla no sirve sólo para facilitar la decisión, sino mucho más, para que se pueda justificar de modo racional, permitiéndose el control por las partes.

²⁶ Según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un ‘manifiesto’ político cuya concretización constituye tarea exclusiva del legislador, los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales – carentes de cualquier efecto inmediato – sino sólo las normas que son afirmadas por las leyes. Pues bien, *uno de los elementos del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, o sea, de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos*. (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 53).

apropiadas²⁷, el problema de la legitimidad de la decisión judicial se encuentra en la definición de aquello que asegura su aceptabilidad racional²⁸.

Es cierto que la decisión debe guiarse por la ley, pero eso no es suficiente como argumento a favor de la decisión. Una decisión racional no es lo mismo que una decisión basada sólo en datos dotados de autoridad – generalmente, si es que no es siempre, la decisión judicial exige que la argumentación recaiga en puntos que no pueden ser deductivamente expuestos²⁹. Mejor dicho, la racionalidad del discurso judicial, siempre que sobrepasa la simple deducción lógica a partir de la norma general para el caso particular – es decir, siempre que pone en cuestión la premisa de la subsunción –, envuelve un discurso que va más allá de aquello que tradicionalmente se concibe como jurídico – que sobrepasa el dominio restringido de las “fuentes de derecho” –, lo que se puede llamar de discurso práctico o moral.

Esa situación es propicia para la diversidad de decisiones. En estas hipótesis, tampoco hay cómo admitir la existencia de una pauta racional capaz de hacer que todos los jueces lleguen a una misma decisión, aunque estén delante de casos sustancialmente iguales. De modo que, también cuando se da a los jueces el poder de definir casos que sólo pueden ser resueltos mediante una delicada interpretación de la norma a la luz de la Constitución, existe una necesidad imprescindible de establecerse una norma jurídica o un precedente con alcance general.

²⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. *Rechtstheorie*, Berlin, Dunker & Humblot, v. 5, 1974, p. 1, p. 39.

²⁸ V. MICHELMAN, Frank. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. *Nomos XXVIII: Justification*, New York: New York University Press, v. 71, 1986, p. 71-99.

²⁹ Respecto de la argumentación jurídica, además de los abordajes precursores de Chaim Perelman, (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Trattato dell'argomentazione*. Torino: Einaudi, 1996), Theodor Viehweg (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UNB, 1979), Edward H. Levi (LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1949) e Stephen Toulmin (TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958), são fundamentais as teorias de Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978), Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, op. cit.), Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landi, 2001), Aulis Aarnio (AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), Aleksander Peczenik (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989), Klaus Günther (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004), Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit.), Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996) e Manuel Atienza (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). São Paulo: Landy, 2006).

3.4. El control de la constitucionalidad de las leyes.

No obstante, la fuerza del neoconstitucionalismo, en especial en el sistema brasileiro, es mayor todavía. Pues bien, cuando se da al Poder Judicial el poder de controlar la constitucionalidad de la ley, es evidente que la función judicial sobrepasa en mucho el límite que fue deseado por el Estado legislativo. En Brasil, el juez de primer grado de jurisdicción y los tribunales ordinarios tienen el poder para dejar de aplicar la norma que consideren inconstitucional, así como para adoptar las técnicas de control de constitucionalidad denominadas “interpretación conforme a la Constitución” y de “declaración parcial de nulidad sin reducción del texto”. El Poder Judicial, en esos casos, se contrapone a la producción del legislativo, ejerciendo actividad incuestionablemente creadora.

El poder jurisdiccional de afirmación de la inconstitucionalidad de la ley, necesaria para la constitucionalización del orden jurídico, coloca al juez en la posición de agente capaz de negar el producto elaborado por los representantes de la mayoría. Como advierte Alexander Bickel al delinear la formulación clásica del problema de la jurisdicción en el constitucionalismo estadounidense, la dificultad fundamental es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en el sistema: “Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un representante del ejecutivo electo, la Corte frustra la voluntad de los representantes del pueblo real del aquí y ahora; ella ejercita control, no en nombre de la mayoría prevalente, pero contra ella. Eso, sin implicancias místicas, es lo que realmente sucede. (...) es la razón por la cual es posible la acusación de que el control judicial de constitucionalidad no es democrático”³⁰.

En cuanto eso, aunque el control de constitucionalidad pueda ser visto como una fuerza contramayoritaria, su legitimidad adviene de la circunstancia de que los derechos fundamentales están excluidos de la disposición del Poder Legislativo, teniendo el Poder Judicial el deber de protegerlos, concretizarlos y afirmarlos para la propia constitucionalización del ordenamiento jurídico.

En realidad, como los derechos fundamentales son afirmados por un Poder con déficit de legitimidad popular, ellos deben expresar el consenso popular. No obstante, el

³⁰ “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. (...) When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. (...) it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16-17).

consenso popular es formado por diversas concepciones, que son naturalmente conflictivas y antagónicas³¹. Alexy distingue una concepción moral individual o particular delante de la concepción moral pública, afirmando que esa última envuelve una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en un mundo caracterizado por el pluralismo. Para tal fin, fundándose en Rawls³², concluye que el contenido de los derechos fundamentales está en lo que los ciudadanos racionales con concepciones personales distintas consideran como condiciones de cooperación social justas “tan importantes” (consenso) que no pueden ser dejados en las manos del legislador³³.

Al afirmar la inadecuación de la ley a un derecho fundamental, el juez debe argumentar que la ley interfiere sobre el bien que fue excluido de su esfera de disposición³⁴. No se trata simplemente de oponer el derecho fundamental a la ley, sino, de demostrar, mediante la adecuada argumentación, que la ley colisiona con el derecho fundamental. Por lo tanto, la afirmación del derecho fundamental delante de la ley debe significar oposición entre una argumentación jurisdiccional en pro de la sociedad y la decisión tomada por el Poder Legislativo. Se trata, como dice Alexy, de una representación argumentativa a cargo de la jurisdicción de cara a una representación política concretizada en la ley³⁵.

Pero la comprensión de la existencia de esas dos formas de representación no resuelve el problema. Si la jurisdicción detiene la representación argumentativa en beneficio de la sociedad o en defensa de los derechos fundamentales, pero la

³¹ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 39.

³² Según Rawls, las concepciones individuales racionales, aunque sean opuestas, pueden permitir un consenso. Para explicar su idea, dice Rawls que debe haber un consenso sobrepuesto (*overlapping consensus*) el cual sería la única forma de alcanzar una concepción pública de justicia en una sociedad pluralista (RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 132 y ss.).

³³ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales..., op. cit., p. 40.

³⁴ Id.

³⁵ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales..., op. cit., p. 40; ERMAN, Walter. Lücken im materialrechtlichen und prozessualen Schutz von Rechten. *Juristenzeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1960, p. 297; CLASSEN, Claus Dieter. Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. *Juristenzeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 693.

representación política está consustanciada en la ley, es necesario que la representación argumentativa supere la representación política³⁶.

En esa perspectiva, la democracia no se resume sólo a un proceso de decisión marcado por la existencia de elecciones periódicas y por la regla de la mayoría. Un concepto adecuado de democracia debe envolver no solamente la decisión, sino, también, discusión³⁷. La inclusión de la discusión en el concepto de democracia torna a la democracia en deliberativa³⁸. Se trata de una tentativa de institucionalizar el discurso en tanto y en cuanto posible como un instrumento para la producción de decisiones públicas³⁹. Esa dimensión discursiva de la democracia es ejercida por la representación argumentativa, y es en ella que se sitúan las bases de la convivencia política legítima. El control judicial de constitucionalidad de la ley se justifica cuando los jueces demuestran públicamente que sus juzgamientos están amparados en argumentos que son reconocidos como buenos argumentos o, al menos, como argumentos plausibles, por todas aquellas personas racionales que aceptan la Constitución.

De modo que el control de constitucionalidad de la ley da al juez el poder-deber de argumentar y convencer a la sociedad cuando surge la divergencia sobre si una decisión del legislador colisiona con un derecho fundamental. Nótese, no obstante, que, si el Poder Judicial tiene el poder de afirmar el significado de los derechos fundamentales para controlar y corregir las leyes, la decisión judicial que los afirma, puede tener una importancia que trasciende a toda la legislación infraconstitucional y la necesidad de identificar un discurso racional, no puede dejar de tener un alcance general obligatorio.

Percíbase que el problema de la necesidad de atribuirse alcance general obligatorio a las decisiones que realizan el control de constitucionalidad sólo existe en los sistemas de control difuso de constitucionalidad, como en Brasil. No hay cómo admitir que un juez de primer grado de jurisdicción o incluso cualquier tribunal, pueda decidir mediante una concepción de derecho fundamental desatinada de aquella a la cual le haya sido atribuida por el Supremo Tribunal Federal, aunque sea en sede de control difuso de constitucionalidad.

³⁶ V. SPECTOR, Horacio. Judicial review, rights and democracy. *Law and Philosophy*, n. 22, 2003, p. 334.

³⁷ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal Of Constitutional Law*, Oxford: Oxford Journals, v. 3, n. 4, 2005, p. 579.

³⁸ Id.

³⁹ Id.

No hay necesidad de pensar en cosa juzgada *erga omnes*, propia a las acciones en las que el control de constitucionalidad es concentrado, o en smula vinculante. Las decisiones tomadas por el Supremo Tribunal Federal, incluso en control difuso – v.g., recurso extraordinario – no pueden dejar de tener eficacia vinculante. El Poder Judicial no puede legítimamente convivir con concepciones diversas y antagónicas acerca de un derecho fundamental, máxime cuando su significado ya fue definido por el Supremo. Imaginar que las decisiones tomadas por este tribunal sólo por ser producidas en control difuso, no obligan a los demás jueces es desconsiderar la fragilidad del coeficiente de legitimidad democrática del Poder Judicial y olvidar la importancia del discurso – visto como elemento componente del concepto de democracia – como vía de legitimación del control de constitucionalidad.

De cualquier forma, está claro que las concepciones de derecho y de jurisdicción fueron transformadas, sobretodo, en virtud del impacto de la técnica de las cláusulas generales y del neoconstitucionalismo. Eso es más que suficiente para imponer urgente elaboración dogmática capaz de garantizar la igualdad ante las decisiones judiciales.