

EL PRECEDENTE INTERPRETATIVO¹

Luiz Guilherme Marinoni²

Sumario: 1. Introducción. 2. El presupuesto teórico del tribunal que tiene la uniformidad como medio de control de la interpretación exacta de la ley. 3. El impacto del constitucionalismo, el uso creciente de las cláusulas generales y la evolución de la teoría de la interpretación. 4. La función de definición del sentido del derecho y de garantía de su unidad. La obligatoriedad del precedente. 5. El argumento de que el sistema de precedentes obligatorios obstaculiza la evolución del derecho. 6. El argumento de que los precedentes obligatorios son típicos de un sistema en el que el juez crea el derecho. 7. La estabilidad del derecho como fundamento de un tribunal de precedentes. 8. El problema de las peculiaridades del caso concreto. 9. La contradicción inherente a un «tribunal supremo de corrección». 10. La inevitabilidad del tribunal de precedentes en el Estado contemporáneo: la coherencia del orden jurídico y la tutela de la seguridad jurídica y la igualdad

1. INTRODUCCIÓN



n la actualidad, se debate intensamente sobre el papel que deben desarrollar los tribunales supremos. Para ello, se comparan los tribunales supremos de *civil law* con los tribunales de precedentes, de lo que es un notable ejemplo el Tribunal Supremo estadounidense, y se afirma que ambos buscan garantizar la uniformidad de la interpretación a partir de modelos opuestos.

¹ Conferencia dictada en la Universidad de Girona, España, en el Congreso "Un jurista pluridimensional: en torno al pensamiento de Michele Taruffo", 2015.

² Catedrático de la Universidad Federal de Paraná, Brasil. Posdoctor por la Università degli Studi di Milano. *Visiting Scholar* en la Columbia University.

En el caso del *civil law*, incluso se llega a admitir que el acceso de todos los litigantes al tribunal supremo es esencial para salvaguardar la uniformidad de la interpretación. Es decir, aún se defiende, en el ámbito del *civil law*, un modelo de tribunal supremo que pueda conocer de cualquier caso, cuya finalidad sea corregir las decisiones de los tribunales de apelación.

Este artículo pretende demostrar que es un error suponer que los tribunales establecidos para corregir decisiones pueden garantizar la unidad del derecho y proteger la igualdad y la seguridad jurídica. El origen de los tribunales de casación se halla en valores y presupuestos teóricos que, con el tiempo, han sido superados. El principal de ellos es el de que la ley, en sí misma, sería suficiente para garantizar la igualdad, con lo que el tribunal de casación debería limitarse a proclamar el sentido exacto de la ley y garantizar su cumplimiento en todas sus decisiones. Pensar que la ley tiene un sentido exacto crea la ilusión de que el tribunal supremo tiene la función de revelar la norma que contiene el texto legal, de forma que garantice su aplicación a todos los casos particulares. Si la norma que contiene la ley es anterior a la actividad interpretativa y el tribunal puede conocerla en todo caso y sin necesidad de recurrir a juicios de valor, es racional que haya un sistema de corrección de las decisiones. En este caso no cabe pensar en precedente o *ratio decidendi*, o más precisamente, en un derecho determinado a partir de la interpretación del texto. Ahora bien, cuando no se piensa en ese derecho, no se puede hablar de tribunal de precedentes. El sistema de precedentes obligatorios es una consecuencia lógica de la existencia de reglas determinadas a partir de la actividad del tribunal supremo.

A lo largo de este artículo, se demostrará que el cambio del *civil law* y la evolución de la teoría de la interpretación exigen la correspondiente modificación del perfil del tribunal supremo y que los precedentes obligatorios no son más que una consecuencia de la naturaleza derivada de su nueva función. En

realidad, un tribunal de precedentes no es, como se suele suponer, una simple opción técnico-jurídica para garantizar la unidad del derecho. De este modo, el Estado contemporáneo no puede privarse de un tribunal de precedentes si no quiere renunciar a la coherencia del derecho y a su deber de proteger la igualdad y la seguridad jurídica.

2. EL PRESUPUESTO TEÓRICO DEL TRIBUNAL QUE TIENE LA UNIFORMIDAD COMO MEDIO DE CONTROL DE LA INTERPRETACIÓN EXACTA DE LA LEY

La función de los tribunales de casación del *civil law* se definió, como no podía dejar de ser, a partir de valores y presupuestos teóricos de un determinado momento histórico. La formación positivista y cognitivista de Calamandrei tiene una íntima relación con la idea de «uniformidad» como medio de control de la interpretación exacta de la ley³.

Si bien, el paso del tiempo vació completamente el presupuesto teórico que determinó la idea de que el tribunal supremo debía controlar la interpretación exacta de la ley. Este presupuesto se asienta en la teoría formalista o cognitiva de la interpretación, que, a su vez, está informada por los valores del Estado legislativo⁴.

Para esta teoría, la interpretación, como actividad, tiene naturaleza cognitiva: se analiza para describir. El juez, al interpretar, analiza el significado del texto legal y entonces lo describe⁵. Se entiende que la «norma jurídica», el sentido o el contenido de la ley, está implícito en el texto legal. El juez interpreta

³ Piero Calamandrei, La genesi logica della sentenza civile, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1965, v. 1; Piero Calamandrei, La cassazione civile – disegno generale dell'istituto, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1976, v. VII.

⁴ Michele Taruffo, Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 46 y ss.

⁵ «Secondo la teoria che converremo di chiamare "cognitivistica" – ma talora della "formalistica" – la quale risale alle dottrine giuridiche dell'Illuminismo,

para señalar lo que de forma implícita se afirma en el texto. Junto a este tipo de interpretación se hallan las ideas de completitud y coherencia del derecho. Por tanto, el juez no actúa de forma subjetiva, pues, cuando decide, está vinculado a una norma preexistente. De modo que la interpretación, como producto, es un mero enunciado descriptivo, sujeto a la prueba de verdad y falsedad. Solo existe una interpretación correcta⁶.

El Estado liberal clásico acogía estas ideas sin mayores problemas. Como dice Wróblewski, los valores jurídicos que orientan la decisión pautaada en el formalismo interpretativo son, entre otros, la certeza, la seguridad jurídica y la estabilidad, puesto que si la decisión está completa y estrechamente determinada por la ley, las decisiones son tan estables y seguras como ella, con lo que incluso se puede afirmar que la ley es la que decide el caso concreto⁷.

No obstante, aunque la teoría formalista aún está presente en el pensamiento jurídico común y el estilo de la fundamentación de los tribunales, en la actualidad, la cultura jurídica la rechaza frontalmente, por lo que no se puede tomar en serio cuando se piensa en individualizar la función de los tribunales supremos en los Estados contemporáneos. Como se demostrará, el impacto del constitucionalismo y la evolución de la teoría de la interpretación vencieron de forma natural a dicha teoría y a la idea de que la ley es suficiente para garantizar la igualdad.

3. EL IMPACTO DEL CONSTITUCIONALISMO, EL USO CRECIENTE DE LAS CLÁUSULAS GENERALES Y LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

l'interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato» (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 409).

⁶ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit.

⁷ Jerzy Wróblewski, Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 1973-1974, p. 322 y ss.

No hay duda de que el *civil law* pasó por un proceso de transformación del concepto de derecho y jurisdicción⁸. Como el derecho pasó a depender de que la ley se acomodara a la Constitución, la judicatura pasó a tener la función de controlar la validez de la ley a partir de los derechos fundamentales⁹, además de buscar la interpretación conforme a la Constitución, mediante una actividad dirigida a preservar la ley que excluyera las interpretaciones inconstitucionales¹⁰.

En Brasil, donde existe un control difuso de constitucionalidad, el juez del caso concreto pasó a tener potestad para atribuir un significado a los derechos fundamentales. Huelga decir que esta tarea interpretativa está muy lejos del razonamiento judicial modelado por los esquemas del positivismo clásico (interpretación cognitivista de una norma preexistente dada por el legislador), pues manifiesta la necesidad de considerar factores que deben ser observados y comprendidos desde otras perspectivas, como la moral y la económica¹¹.

⁸ Rolf Stürmer, *Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht*, NJW, München/Frankfurt am Main, Beck, 1979, p. 2.334-2.338; Peter Häberle, *Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat – Festschrift für K. Küchenhoff*, Berlin: Duncker & Humblot, 1972; Pietro Pierlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

⁹ U. Scheuner, *Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, Die öffentliche Verwaltung – DOV*, 1971, p. 505-513.

¹⁰ Tullio Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 351 y ss; Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma)*. *Enciclopedia del diritto*, 1964; Giovanni Tarello, *Il "problema" dell'interpretazione: una formulazione ambigua*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 349-357; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit.; Riccardo Guastini, *Disposizione vs. norma, Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 3-14; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 62; Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición vs norma*. Lima: Conferencia, 2011. p. 8.

¹¹ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.^a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 431. Sobre el tema, además, Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 9 y ss.; Pierluigi

Al subordinarse la ley a los derechos fundamentales, se le impuso al juez, además del deber de razonar a partir de normas-principios, que proyectas figuras imprecisas, la necesidad de considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales, lo que amplió el espacio judicial para expresar el derecho y resolver el caso litigioso. Como resulta obvio, esto desmoronó la creencia de que el juez podía decidir mediante un mero razonamiento lógico, subsumiendo las situaciones concretas en las hipótesis abstractas que contiene el sistema jurídico. De este modo, se acabó con la pretensión de lograr certeza jurídica y previsibilidad mediante el esquema positivista típico del *civil law* de finales del siglo XIX y principios del XX, marcado por la sistematicidad y la plenitud¹².

Un sistema que da al juez de primera instancia la facultad de controlar la constitucionalidad de la ley y de interpretarla según la Constitución no puede prescindir de un sistema de precedentes obligatorios¹³, en la medida en que corresponde al tribunal supremo o al constitucional decir la última palabra sobre el significado de las normas constitucionales.

Por otro lado, la técnica de las cláusulas abiertas ha proporcionado al juez un espacio que no tenía, que la hace merecedora de la atención de la teoría jurídica, para evitar la multiplicación de normas jurídicas en casos iguales, que se traduzcan en pérdida de previsibilidad y violación de la igualdad. Además,

Chiassoni, *L'Indirizzo analítico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 177 y ss.

¹² Como señala Franz Wieacker, «hoy en día, la función original del positivismo científico, en virtud de los cambios sociales y políticos de los últimos cien años y la crítica ideológica que la acompañó, está desnaturalizada al punto de ser irreconocible. Una aplicación del derecho que excluía las "consideraciones políticas, sociales o económicas" ya no puede considerarse correcta en una época de luchas ideológicas y sociales» (Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, cit., p. 439).

¹³ Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 1968, p. 62 y ss.

advierde John Henry Merryman, en un estudio de derecho comparado sobre la tradición del *civil law*, que no se necesita mucha imaginación para ver que cláusulas como la de la buena fe proporcionan al juez una buena cantidad de poder equitativo indefinido, que le deja casi sin responsabilidad frente a la formulación legislativa y lejos del modelo de juez concebido por la tradición del *civil law*¹⁴.

Solo el respeto a los precedentes del tribunal supremo puede dejar claro que la cláusula general se destina a dar al judicial la facultad de elaborar una norma de aplicación general, aunque atienda a una circunstancia específica que no pueda definirse en el momento en el que se dicta el texto legal. Es decir, la norma judicial derivada de la técnica legislativa de las cláusulas generales, pese a considerar una circunstancia que surge en el caso concreto, debe tener carácter universal, en la medida en que no tendría racionalidad si no puede aplicarse a casos futuros marcados por la misma circunstancia¹⁵.

La doctrina del *common law* percibe, cuando analiza el *civil law*, que en las decisiones sobre materia constitucional y en aquellas en las que se aplican cláusulas generales no se puede admitir la distinción entre precedentes interpretativos y precedentes de solución. En esos casos, argumenta que la interpretación tiene un alcance tal y es guiada por argumentos tan débiles y vagos de la ley escrita que la decisión podría explicarse tanto

¹⁴ «It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad ("good faith", which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that statute means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory». (John Henry Merryman, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Standford: Standford University Press, 2007, p. 53).

¹⁵ De hecho, desde una perspectiva lógico-argumentativa, todas las decisiones deben ser universalizables, pues en caso contrario no estarían justificadas desde el punto de vista del sistema jurídico (Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte Suprema*, cit., p. 106-109); Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82-86).

mediante la teoría interpretativista como por medio de la teoría positivista de la creación judicial del derecho¹⁶.

Esto quiere decir, en otras palabras, que las decisiones de los jueces de *civil law*, *al menos* cuando abordan una materia constitucional o se sirven de cláusulas generales, se relacionan con la previsibilidad en términos similares a las decisiones de *common law*, lo que significa que nuestra realidad, que convive con la corrección de la legislación a partir de los derechos fundamentales y con el uso cada vez más difundido de cláusulas abiertas, no puede aplazar la teorización de un sistema de precedentes obligatorios, capaz de dar la debida autoridad a las decisiones de los tribunales supremos.

Por último, al contrario de lo que sostenía el formalismo teórico, no existe un significado unívoco intrínseco al texto legal. La norma no está en el texto legal, no hay una relación de sinonimia entre el texto y el resultado de la actividad interpretativa¹⁷. Por ello, no se puede pensar en averiguar para describir la norma.

Si la ley o el texto legal no tienen significado en sí mismos, el juez siempre le atribuye un determinado sentido. Por tanto, el sentido no puede confundirse con el texto¹⁸. El sentido, y no el texto, constituye la norma, que es el significado que tiene en cuenta el juez a la hora de decidir¹⁹.

¹⁶ Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski y Alfonso Ruiz Miguel, *Rationales for precedent*, in: *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 485.

¹⁷ Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 61, 63-64.

¹⁸ Véase Mario Jori y Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1995, p. 205 y ss.; Enrico Dicioti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 200 y ss.; Rodolfo Sacco, *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete. Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma/Bari: Laterza, 1998, p. 111 y ss.

¹⁹ «l'operazione intellettuale che conduce dall'enunciato al significato – o, se si preferisce, l'operazione di identificazione del significato – altro non è che l'interpretazione. La *disposizione* è dunque l'*oggetto* dell'interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, 'la disposizione è fonte della norma attraverso l'*'interpretazione'*». (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63-64).

No es correcto entender que esta disociación exista solo en la zona de penumbra o ante un caso difícil²⁰. En la zona de luz o ante un caso fácil, la atribución de sentido es más sencilla o requiere menos meditación y esfuerzo, sin embargo, es obvio que el juez, cuando se depara con un enunciado de las fuentes, inevitablemente le atribuye significado o sentido, con independencia de su claridad. En realidad, la atribución de sentido es consecuencia inmediata, natural e inevitable del contacto de una persona con el enunciado. La claridad solo facilita la trasposición del lenguaje de las fuentes al lenguaje del emisor. Así, la distinción que debe hacerse no está en la claridad o no del texto, que revela una mera descripción y atribución de sentido, sino en el lenguaje mismo, o más concretamente, en la distinción entre el lenguaje de las fuentes y el lenguaje del emisor o del intérprete. El lenguaje de la fuente, aunque sea claro, nunca será el lenguaje del intérprete²¹.

Como explica Guastini, la disposición y la norma no son más que enunciados. La disposición es un enunciado del discurso de las fuentes y la norma, un enunciado del discurso del intérprete. Así, la distinción entre disposición y norma no es una distinción ontológica entre enunciado y otra cosa, sino una mera distinción entre dos especies de enunciados²². Guastini demues-

²⁰ La idea de zona de penumbra, o mejor dicho, de *open texture*, está relacionada con la teoría de Hart. Básicamente, se entiende que, en virtud de la estructura abierta de los textos legales, en ellos siempre hay un núcleo iluminado o una zona de luz rodeada por una zona de penumbra. Esto es, en todo texto legal hay enunciados que están en la zona de luz y enunciados que están en la zona de penumbra. Solamente aquellos que se encuentran en la zona de penumbra necesitarían valoración y decisión, es decir, una actividad discrecional del intérprete. Por el contrario, aquellos que están en la zona de luz serían normas predefinidas, que simplemente podrían ser descritas. (Herbert Hart, *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993).

²¹ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63 y ss.

²² «(...) la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l'interprete assume la sinonimia con l'enunciato interpretato (la disposizione)». (Riccardo Guastini, *Interpretare e*

tra claramente que la creencia difusa de que hay una correspondencia biunívoca entre disposición y formulación de norma, es una falacia, puesto que toda disposición es vaga y ambigua, de forma que tolera distintas atribuciones de significado que pueden entrar en conflicto. «En este sentido, a una única disposición —a cada disposición— le corresponde no solo una única norma, sino una multiplicidad de normas disociadas. Una única disposición expresa más normas de forma disociada: una u otra norma, de acuerdo con las distintas interpretaciones posibles»²³.

En una visión interpretativista que tenga contacto con la realidad y no solo con las formas, existe una clara separación entre texto legal o ley y sentido o norma jurídica. El juez reconstruye el derecho a partir del texto, de elementos extratextuales del orden jurídico y mediante directivas interpretativas y valoraciones²⁴. Por otro lado, por decir que el juez, además del texto legal, toma en consideración los principios y los fundamentos que están por detrás de él, la decisión no deja de ser construcción y pasa a ser una mera declaración, pues la solución del caso no deriva objetivamente de aquellos, sino que se construye, de forma más o menos discrecional, con su ayuda²⁵.

Según Wróblewski, para llegarse al sentido de la ley tiene que producirse una actividad presidida por directivas, que, una vez elegidas y utilizadas, *dependen* de juicios de valor. En la justificación de las decisiones interpretativas los juicios de valor desempeñan el papel más importante, pues la fórmula normal

argomentare, cit., p. 65).

²³ «(...) molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un'unica disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*». (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65-66).

²⁴ Jerzy Wróblewski, *Lenguaje jurídico e interpretación jurídica. Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 136 y ss.

²⁵ Véase Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais (teoria geral)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 178.

de las decisiones interpretativas justificadas utiliza directivas interpretativas y juicios de valor, pero estos determinan la elección y el uso de las directivas²⁶. Wróblewski demuestra que, porque haya valoración en la elección y la aplicación de las directivas interpretativas, no se puede hablar de interpretación verdadera ni se admite la tesis de la interpretación correcta. Afirma que calificar como verdadera una decisión interpretativa conduce a consecuencias desconcertantes, por lo que es preferible hablar de decisiones interpretativas justificadas en argumentos concretos, preguntar sobre las razones para aceptarlos y presentar la cadena de razonamientos justificativos hasta donde sea pragmáticamente necesario y posible dentro de un marco del discurso jurídico concreto²⁷.

²⁶ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 62-65. Así, la elaboración de una norma (interpretación-resultado) que requiera la consideración del significado de disposiciones constitucionales exige, más que en cualquier otro lugar, que el intérprete opte entre una ideología de la interpretación jurídica que pueda definirse como estática y otra unida a la adaptación del derecho a las necesidades presentes y futuras de la sociedad. La adopción de una u otra postura tiene relación de causa-efecto con la elección de las directivas de primer grado —lingüísticas, sistémicas y funcionales— y con la utilización de las directivas de segundo grado —procedimentales y de preferencia—, que se dirigen a definir el modo de aplicación y la prevalencia de las directivas de primer grado. Está claro que el intérprete que acepta la ideología estática de la interpretación da énfasis a las directivas lingüísticas y sistémicas en detrimento de las funcionales y, cuando aplica una directiva funcional, se apega a la voluntad del «legislador histórico». Por otro lado, si el intérprete sigue la ideología de la interpretación que busca adaptar el texto a la realidad social contemporánea, prefiere las directivas funcionales frente a las lingüísticas y sistémicas, y, cuando aplica las funcionales, elige la directiva que atiende a la voluntad o a las valoraciones del intérprete. En la elección de las directivas de interpretación, hay un nítido y claro uso de juicio de valor, tanto de primer como de segundo grado. Además, cuando el intérprete elige la directiva funcional que exige su «voluntad», se le abre la posibilidad de valorar los elementos de la vida en sociedad desde varias perspectivas —moral, política, económica, etc.— y sus elecciones tienen, una vez más, una naturaleza que confiere a la interpretación-resultado carácter «creativo», es decir, un contenido que no es descubierto o simplemente extraído del derecho. (Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 72-78).

²⁷ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 89.

A partir de una perspectiva similar, Taruffo advierte que el resultado-interpretación debe fundarse en el correcto uso de criterios de elección aceptables, que revelen un significado apoyado en las «mejores razones»²⁸. La interpretación fundada en las mejores razones se relaciona con la corrección del procedimiento de elección y con la aceptabilidad de los criterios en los que esta se basa, sin vincularse a la corrección del resultado interpretativo. De esta forma, hay «exactitud en el método» de interpretación de la ley, el método es correcto cuando la decisión está racionalmente justificada desde un punto de vista interno —de coherencia entre las premisas y las conclusiones— y externo —de fundabilidad y aceptabilidad de las premisas—²⁹.

Cuando se sustituye la idea de «interpretación exacta» por la de «interpretación basada en razones apropiadas»³⁰, el tribunal supremo está de forma natural investido de la facultad de definir la interpretación adecuada o de atribuir sentido al derecho y, en consecuencia, surge la correlativa facultad de garantizar la unidad del derecho que proclama.

4. LA FUNCIÓN DE DEFINICIÓN DEL SENTIDO DEL DERECHO Y DE GARANTÍA DE SU UNIDAD. LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE.

Cuando se es consciente de que la norma no puede extraerse de la ley, queda claro que la interpretación de los textos

²⁸ Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 103.

²⁹ Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 105.

³⁰ De acuerdo con Taruffo, la función de la casación no puede verse como la de asegurar la exactitud formal de la interpretación, puesto que ello equivaldría a hacer prevalecer la interpretación formal, fundada únicamente en criterios formales. Le corresponde a la casación, eso sí, establecer cuál es la interpretación justa —o más justa— de la norma con base en las directivas y elecciones interpretativas más correctas, es decir, aceptables a partir de las «mejores razones» (Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 104).

legales puede variar. Por tanto, la ley no es suficiente para garantizar la igualdad ante del derecho, ni mucho menos para garantizar la seguridad y la igualdad. De este modo, deja de ser posible pensar que el tribunal supremo puede controlar las decisiones basándose en el sentido exacto de la ley, para admitir que está autorizado a atribuir sentido al derecho mediante la definición de la interpretación adecuada.

La interpretación capaz de atribuir sentido al derecho no es una operación meramente lógica. Las directivas interpretativas no constituyen reglas lógicas, sino criterios elegidos y cumplidos mediante juicios de valor y opciones del juez, que conducen a un resultado-interpretación que expresa su voluntad. La decisión del tribunal supremo, no solo en virtud de las reglas legales que invitan al intérprete a concretarla según las circunstancias del caso y la imprescindibilidad de que la ley se ajuste a los dictados de la Constitución, como también por la circunstancia de que resulta de una actividad interpretativa que contiene juicios de valor y decisiones sobre contenidos externos al texto de la ley, realmente añade sentido o sustancia al orden legislativo. Esta, en otras palabras, no es suficiente para orientar a la sociedad o, mejor dicho, para por sí sola reflejar el derecho que regula la vida social. El derecho necesita algo más: necesita la colaboración del poder judicial y, en ese contexto, en particular, requiere que los tribunales supremos tengan la «última palabra».

La decisión del tribunal supremo, al atribuir sentido al derecho a partir de valoraciones debidamente racionalizadas, revela una «creación» no solo por hacer surgir algo que no existe antes de la interpretación o que no deriva lógicamente de la ley, sino también por ser expresión de una voluntad del poder judicial³¹. Además, el debate sobre si el juez «crea derecho» pierde

³¹ «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"

sentido cuando se supone que una decisión es creativa si su formulación no está determinada por la ley, de forma que exige la participación de la voluntad del intérprete³².

Se puede afirmar, siguiendo a Wróblewski³³ y Shapiro³⁴, que la creatividad propia a la interpretación judicial que se ampara en la ley cambia el derecho solo «incrementadamente» (*incrementally*). En realidad, la decisión que interpreta la ley añade algo de nuevo al orden jurídico legislado, pero no la invalida o la integra, porque da contenido a un orden jurídico de mayor amplitud, cumplimentada por la legislación y las decisiones judiciales de los tribunales supremos.

La observación de que la decisión interpretativa pasa a cumplimentar un orden jurídico de mayor amplitud supone, como no podría dejar de ser, que la decisión no se limita a los litigantes implicados en el caso, sino que se amplía a toda la colectividad con carácter de derecho. Según la Constitución brasileña, cabe al Superior Tribunal de Justicia definir la interpretación de la ley federal y garantizar su unidad, evitando decisiones

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*». (Ernesto J. Vidal Gil; Cristina García Pascual, *Creación Judicial del Derecho. Sentido y razón del derecho – enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, p. 145-146). Véase Genaro Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24-51; Giovanni Tarello, *Il «problema» dell'interpretazione: una formulazione ambigua*. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 355.

³² Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

³³ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

³⁴ M. Shapiro, *Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis?* *Law and the behavioral sciences*. Indianapolis-Kansas-Nueva York: Ed. L. M. Friedman & S. Macaulay, 1977.

divergentes de los tribunales ordinarios. Esto quiere decir que la decisión del Superior Tribunal de Justicia establece el sentido del derecho que debe orientar la vida en sociedad y pautar las decisiones judiciales.

Si las decisiones del tribunal supremo no se limitan a revelar la ley, sino que representan reglas determinadas mediante interpretación, es evidente que no se puede pensar en corregir las decisiones a partir del significado exacto de la ley. Por el mismo motivo, el sistema de corrección es realmente incapaz de garantizar la uniformidad de la interpretación. Como las reglas son resultado de la interpretación, los precedentes del tribunal supremo obligan a los jueces y tribunales a no vulnerar la seguridad jurídica y la igualdad. Cabe señalar que la eficacia obligatoria del precedente, circunscrita a su *ratio decidendi*, es una mera consecuencia de la función del tribunal supremo de atribuir sentido al derecho y garantizar su unidad o, dicho de otro modo, de crear algo de nuevo en el orden jurídico vinculante.

Antes se hablaba de una mítica unidad del derecho objetivo, cuando el también ilusorio sistema de corrección de las decisiones para garantizar la uniformidad de la interpretación se presentaba como válido. Hoy en día, corresponde al tribunal supremo atribuir sentido al derecho mediante precedentes, que deben guiar la resolución de los casos similares en pro de la igualdad. Es decir, el sistema de precedentes es un medio de protección de la igualdad, en la medida en que la interpretación ya no es el método que revela la norma que contiene la ley, sino un medio para elaborar su significado. Por tanto, en la actualidad, un tribunal de vértice solo puede verse como tribunal de precedentes, que, al atribuir significado al derecho, en consecuencia, debe garantizar la igualdad y la seguridad jurídica.

5. EL ARGUMENTO DE QUE EL SISTEMA DE PRECEDENTES OBLIGATORIOS OBSTACULIZA LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Recuérdese que Calamandrei, al tratar los mecanismos relacionados con la garantía de la uniformidad de la interpretación, se refirió al sistema de precedentes obligatorios. Sin embargo, argumentó claramente que este sistema era incompatible con el *civil law*, alegando, básicamente, que obstaculizaba la «diversidad sucesiva de la interpretación judicial», que en él el juez era un «verdadero creador del derecho positivo» y que, en dicho sistema, la decisión judicial asumía naturaleza de ley³⁵.

Calamandrei, mirando la realidad de su época, obviamente no podía percibir que los precedentes, incluso en el *common law*, pueden y deben ser derogados en nombre del desarrollo judicial del derecho. Hay que tener en cuenta que, en la época en la que Calamandrei escribió —las primeras décadas del siglo pasado—, el sistema de *stare decisis* inglés aún era absolutamente rígido. Además, aquel momento estaba más próximo del fallo del conocido caso *London Tramways v. London County Council*, celebrado en 1898, que del también famoso *practice statement* de la *House of Lords*, de 1966.

Durante un largo período de tiempo, justamente entre 1898 y 1966, la *House of Lords* entendió que estaba irremediablemente obligada a respetar sus decisiones anteriores. En 1898, en el fallo del caso *London Tramways v. London County Council*, la *House* decidió que nunca podría dejar de observar sus precedentes, creándose así un precedente que pasó a verse como una especie de inmunidad contra el *overruling*. Este caso constituye el punto culminante de una evolución que vincula la *House* a sus decisiones, al señalar que el tribunal no podía tomar en cuenta cualquier fundamento para reconsiderar sus precedentes³⁶. Fue necesario que pasara más de la mitad del siglo

³⁵ Piero Calamandrei, *La cassazione civile – disegno generale dell’istituto*, *Opere Giuridiche*, v. VII, cit., p. 92 y ss.

³⁶ «When, in 1898, in *London Tramways Co. v. London County Council*, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not» (Jim Evans, *Precedent in the*

pasado para que la *House of Lords* pudiera afirmar lo contrario. En 1966, la *House* declaró que, en determinadas circunstancias, podría derogar (realizar el *overruling*) sus propias decisiones. El *Statement* de 1966 reconoce la posibilidad de que la *House of Lords* decida de forma diferente a sus anteriores manifestaciones cuando ello le pareciera correcto (*depart from a previous decision when it appears right to do so*)³⁷.

Así, la *House of Lords*³⁸ —en la línea de los tribunales de vértice de otras jurisdicciones de *common law*— pasó a poder derogar sus propios precedentes. En Estados Unidos, tanto el Tribunal Supremo como los tribunales inferiores siempre han tenido un poder similar. El Tribunal Supremo americano entiende que la derogación de un precedente requiere una justificación especial, pero nunca ha sentido que ello le estuviera prohibido³⁹. De esta forma, se evita perpetuar precedentes que estén alejados de las nuevas tecnologías, la nueva realidad social o incluso que, en razón de una experiencia posterior, se revelen evidentemente equivocados⁴⁰.

No se admiten excepciones injustificadas a la aplicación

nineteenth century. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 58).

³⁷ En la justificación del *practice statement* se señaló lo siguiente: «los *lordships* consideran el uso del precedente una base indispensable para decidir lo que es el derecho y aplicarlo a los casos concretos. Da un grado mínimo de certeza que permite que los individuos puedan pautar sus conductas, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. No obstante, los *lordships* reconocen que una vinculación muy rígida a los precedentes puede llevar a la injusticia en un caso concreto, así como a limitar en exceso el debido desarrollo del derecho. Por tanto, ellos proponen modificar esta práctica y, aunque traten las antiguas decisiones como normalmente vinculantes, dejar de lado una decisión anterior cuando parezca correcto hacerlo».

³⁸ En la actualidad, *Supreme Court of the United Kingdom*.

³⁹ En los Estados Unidos, desde hace mucho se enfatizan las posibilidades de cambio y desarrollo en el derecho que proporciona la derogación de precedentes en situaciones apropiadas. (Margaret N. Kniffin, *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals*, *Fordham Law Review*, 1982, p. 55).

⁴⁰ Robert S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*. In: Neil Mac-cormick y Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 394 y ss.

de un precedente. Una interpretación elaborada con carácter general solo puede derogarse si se supera la carga argumentativa que evidencie la imposibilidad de mantenerla en virtud de las nuevas condiciones generales. En esta situación, aunque el caso concreto funcione como estímulo para cancelar la validez del significado atribuido a la norma legal, la derogación del precedente aún depende de que se demuestre la adecuación de la nueva interpretación y su capacidad de universalización en las más variadas situaciones concretas⁴¹.

6. EL ARGUMENTO DE QUE LOS PRECEDENTES OBLIGATORIOS SON TÍPICOS DE UN SISTEMA EN EL QUE EL JUEZ CREA EL DERECHO

Tampoco hay razón para afirmar que los precedentes obligatorios son resultado de un sistema en el que el juez crea el derecho. Nunca ha habido unanimidad en el *common law* sobre la naturaleza de la jurisdicción creadora o no de derechos. Basta recordar la vieja disputa entre las teorías declarativa y constitutiva, encabezadas, de un lado, por William Blackstone⁴² y, del otro, por Jeremy Bentham⁴³ y John Austin⁴⁴.

⁴¹ En el *common law*, un precedente que ya no tiene congruencia social puede excepcionalmente mantenerse en nombre de criterios que dictan razones para la estabilidad, básicamente la confianza justificada y la prevención de la sorpresa injusta. Véase Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 131.

⁴² William Blackstone, *Commentaries on the law of England* (facsimil de la 1.ª edición, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. v. 1, p. 69.

⁴³ Jeremy Bentham, *Truth versus Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be*. In: *The Works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring). Edinburgh: William Tait, 1843. vol. V, p. 231-238.

⁴⁴ John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5th ed. rev. London: John Murray, 1911. vol. II, p. 634. Jeremy Bentham y John Austin condenaron de forma ácida y sin piedad la teoría declarativa. Bentham llegó a calificarla de *dog-law*, mientras que Austin la tildó de ficción infantil. Para este autor, los jueces tendrían la ingenua noción de que ellos no producirían el *common law*, sino que sería algo milagroso, hecho por nadie, que existe desde y para siempre y que de vez en cuando se declara. El *common law*, en la concepción de la teoría positivista, existía

No hace mucho, la cuestión de si los jueces crean derecho fue uno de los focos principales del debate entablado entre Herbert Hart, que sostiene el papel creativo que desempeñan los jueces, y Ronald Dworkin, que lo niega⁴⁵. Mientras Hart afirma que el juez crea el derecho cuando no existe una regla que solucione el caso⁴⁶, Dworkin, al tratar los *hard cases* en la célebre obra *Taking Rights Seriously*, argumenta que «aunque ninguna regla regule el caso, una de las partes puede tener el derecho a ganar la causa» y «el juez sigue teniendo el deber, también en los casos difíciles, de *descubrir* cuáles son los derechos de las partes y no inventar nuevos derechos con carácter retroactivo»⁴⁷. Es interesante percibir que la doctrina de Dworkin en cierto sentido revive la teoría declarativa, al sostener que el juez, cuando no existe una regla específica que regule el caso, «descubre» el derecho a partir de principios y fundamentos.

La idea de creación del derecho, cuando se entiende como elaboración de decisión judicial que no se funda en la ley o en un precedente, sino que se ampara en los principios jurídicos, es plenamente compatible con la realidad diaria del juez brasileño, que, incluso, aplica los derechos fundamentales directamente al caso, con independencia de la ley⁴⁸.

porque lo establecían jueces que tenían *law-making authority*, de forma que el derecho era producto de la voluntad de los jueces: no algo meramente descubierto, sino, creado. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*. 3.^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 25-26.

⁴⁵ Véase, a este respecto, Herbert Hart, *The concept of Law*, cit. (esp. *Formalism and rule-scepticism* e *Postscript*); Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978 (esp. *The model of rules* e *hard cases*).

⁴⁶ Herbert Hart, *The concept of law*, cit., p. 135.

⁴⁷ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, cit., p. 12 y ss.

⁴⁸ Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, *JuS*, München, Beck, 1989, p. 161 y ss.; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 520-543; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 157-172; Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005;

En realidad, en la actualidad, argumentar a partir de la idea de «creación del derecho» no tiene mucho significado, pues tampoco hay acuerdo sobre el significado de la expresión «creación del derecho». Si el juez, cuando no cuenta con ley o precedente para resolver el litigio, crea el derecho al decidir con base en la Constitución, los sistemas en los que el juez puede suplir la insuficiencia de tutela normativa de los derechos fundamentales desde hace mucho conviven con la creación judicial del derecho. Del mismo modo, si crear el derecho tiene relación con juicios de valor o con la voluntad del juez, este crea el derecho desde el momento en que el sistema judicial se desvinculó del mito de que la ley podría, sin ayuda del juez, regular los casos conflictivos.

Un sistema de precedentes obligatorios, en vez de ser visto como corolario de la creación judicial del derecho, debe verse como técnica imprescindible para garantizar la unidad del derecho que proclaman los tribunales supremos y, por ende, para tutelar la igualdad y la seguridad jurídica de los litigantes.

Así, el derecho de los tribunales supremos debe tener una autoridad capaz de obligar a los tribunales inferiores, pues tiene autonomía con relación a la ley. Si el texto de la ley no garantiza la igualdad, el sistema de precedentes no es más que el corolario de la función contemporánea de los tribunales supremos, de atribuir sentido al derecho.

Por último, es fácil advertir que reconocer a una decisión judicial carácter obligatorio no tiene nada que ver con la función legislativa. La decisión interpreta la norma a partir de un caso concreto, desarrollando, por tanto, una función claramente judicial. El problema, en realidad, es el de no entender que tanto los tribunales inferiores como el tribunal supremo que la dictó, deben adoptar necesariamente la *ratio decidendi* de una decisión judicial que define el sentido del derecho, hasta que el referido

tribunal considere que ha llegado el momento de derogarla. Se trata, simplemente, de una consecuencia lógica de la función judicial de dar unidad al derecho. Esto es así para permitir que el poder judicial, en su tarea de colaboración con el poder legislativo en la construcción del derecho, proteja el respeto a la seguridad jurídica y la igualdad.

7. LA ESTABILIDAD DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO DE UN TRIBUNAL DE PRECEDENTES

La aproximación entre los sistemas de *common law* y *civil law* permite ver que, en el *common law*, existen numerosos precedentes interpretativos, cuya importancia es proporcionar estabilidad a las decisiones judiciales que afirman el sentido del derecho. Si en el derecho inglés primitivo había una reducida producción de leyes, esto no sucede en el *common law* contemporáneo⁴⁹. Suponer que, en Estados Unidos, la producción legislativa es baja, lo que impondría a los jueces la necesidad de crear el derecho, no solo es falso, sino que también provoca errores en el ámbito del derecho comparado⁵⁰. Es posible que cualquier estado estadounidense tenga tanta legislación como un país europeo o latinoamericano, legislación que obviamente los jueces deben interpretar y aplicar, por lo que cuentan con precedentes interpretativos de carácter obligatorio⁵¹.

⁴⁹ Véase Abbe R. Gluck, *The Federal Common Law of Statutory Interpretation: Erie for the Age of Statutes*. *William & Mary Law Review*, v. 54, p. 753-811.

⁵⁰ Véase John Henry Merrymann y Rogelio Pérez-Perdomo, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, cit., p. 47

⁵¹ Como señala Antonio Gambaro, la experiencia continental europea dio, durante el siglo pasado, un gran espacio al derecho jurisprudencial, mientras que, por otro lado, una «orgia di legiferazione» dio forma y apariencia legislativa a gran parte de las reglas del *common law* clásico (Antonio Gambaro, *Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (numero speciale: Due iceberg a confronto: Le derive di *common law* e *civil law*), 2009, n. 4, p. 11. Véase Guido Calabresi, *A common law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

Esto demuestra que el sistema de precedentes es una técnica destinada a promover la estabilidad del derecho producido por los tribunales. Ahora bien, en estas condiciones no se puede suponer que el derecho brasileño pueda rechazar esta técnica. Esto solo sería posible si las decisiones de los tribunales no fueran autónomas con relación a la ley o si no hubiera ninguna preocupación con la seguridad jurídica y la igualdad.

Además, la sociología demuestra que la formación cultural brasileña está marcada por el rechazo a la impersonalidad y la racionalidad legal⁵². La idea de que el hombre, mediante sus relaciones personales, podría dejar de someterse a la ley, está presente cuando se piensa en las estrategias dirigidas a la obtención de decisiones particulares en casos que deberían regirse mediante una misma regla o interpretación. Esto significa que todavía hoy existen posiciones sociales que no desean un orden jurídico coherente y un sistema racional de distribución de justicia⁵³.

8. EL PROBLEMA DE LAS PECULIARIDADES DEL CASO CONCRETO

La elección de un tribunal de precedentes, orientado a producir normas de carácter universal, podría verse como una opción que eliminaría la posibilidad de considerar las particularidades de los casos concretos.

Como se ha demostrado, un tribunal de interpretación, del que emanan precedentes, es imprescindible para definir la

⁵² Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras [1936], 1995,

⁵³ «No es difícil establecer una relación bastante clara entre una cultura que afirma, sin ningún pudor, la posibilidad de que el hombre se oponga a la ley que le perjudica haciendo uso de sus relaciones y un sistema en el que resuena su falta de unidad en la solución de casos iguales, cuando ve el trato diferenciado de las personas como algo natural. De modo que la falta de reacción frente a un sistema judicial que niega la igualdad y la previsibilidad puede revelar el interés de algunas posiciones sociales, incluso de grupos de jueces y parte de los abogados». (Luiz Guilherme Marinoni, *Ética dos Precedentes*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 14).

interpretación adecuada, para determinar el significado del derecho y su aplicación uniforme, a fin de evitar decisiones desiguales en casos iguales. Por tanto, el problema relacionado con la necesidad de un tribunal de interpretación o de precedentes no desaparece porque se admita la importancia de considerar las particularidades de los casos concretos. Por el contrario, entender que dichas particularidades merecen atención no excluye la necesidad de que los tribunales supremos desempeñen la función de tribunal de interpretación ni tiene mayor importancia que la propia realización de esta función.

La coherencia del orden jurídico, o más concretamente, decisiones iguales en casos similares, es imprescindible en un Estado de derecho. Como afirma MacCormick, la fidelidad al Estado de derecho exige que se evite cualquier variación frívola en el modelo decisorio de un juez o tribunal a otro, de modo que en un Estado moderno, con muchos jueces y tribunales y una jerarquía estructurada de recursos, la decisión judicial debe orientarse por las mismas reglas y soluciones, con independencia de quien la pronuncie en el caso concreto⁵⁴.

Además, la necesidad de considerar las particularidades del caso concreto no es incompatible con un sistema que cuenta con un tribunal de precedentes. Basta ver que la función de resolver los casos concretos es del juez de primera instancia y de los tribunales de apelación y no de los tribunales supremos. Estos analizan y solucionan los casos para poder desempeñar la función de atribución de sentido al derecho.

Además, esto no significa que el tribunal supremo, a la hora de no aplicar el precedente al caso en cuestión, no pueda tener en cuenta determinadas particularidades alegadas ante el tribunal de apelación. Aunque los precedentes deban tener carácter universal, las particularidades del caso pueden hacer que este merezca un trato específico.

⁵⁴ Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 178.

La técnica del *distinguishing*, que utiliza el *common law*, consiste en distinguir el caso en causa de aquellos que dieron origen al precedente⁵⁵. Esta técnica permite que el derecho se desarrolle mediante la elaboración de precedentes que abarcan particularidades distintas o, incluso, mediante la simple extensión del precedente a otras situaciones.

Una decisión puede demostrar que el primitivo precedente, a pesar de su carácter generalizador, no puede aplicarse a la situación concreta en causa o que la tesis de derecho que fija el primitivo precedente, pese a su naturaleza restrictiva, también se aplica a la situación objeto de estudio.

La técnica del *distinguishing* reconoce al tribunal supremo la posibilidad de desarrollar el derecho que está escrito a partir del precedente, para aclarar que la tesis de derecho no se aplica a otra situación concreta o que, aunque fue elaborada sin ser claramente adecuada para la situación en causa, en verdad también la contempla.

La adopción de un precedente no puede ser incongruente con las razones lo que justificaron. Ante estas razones, el precedente debe regular todos los casos compatibles con ellas. Esta potencialidad, inherente al precedente, hace posible su adopción para resolver casos individualizados en virtud de circunstancias que en un primer momento no se tuvieron en consideración. Sin embargo, si en una determinada situación no se hallan las razones que justificaron el precedente, este no podrá aplicarse. De este modo, se justifica la extensión o la limitación del precedente según el caso nuevo esté individualizado por razones compatibles o incompatibles con las que están presentes en el precedente⁵⁶.

⁵⁵ «*Distinguishing* is what judges do when they make a distinction between one case and another». (Neil Duxbury. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 113).

⁵⁶«(...) That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them». (Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114).

Ampliar un precedente a otros casos revive su fuerza y autoridad, haciendo que sea adecuado para tratar nuevas realidades. El significado del precedente se amplía, sin fragmentarse, a situaciones que surgen a lo largo del tiempo⁵⁷. De igual forma, elaborar un nuevo precedente no ataca la estabilidad y desarrolla el derecho. Por tanto, la técnica de la distinción permite el desarrollo del derecho sin arriesgar la estabilidad, pues el antiguo precedente, en dichos casos, se mantiene intacto. Es decir, el *distinguishing* actúa, al mismo tiempo, tanto a favor de la estabilidad y como del desarrollo del derecho⁵⁸.

9. LA CONTRADICCIÓN INHERENTE A UN «TRIBUNAL SUPREMO DE CORRECCIÓN»

Un tribunal supremo de corrección tiene razón de ser

⁵⁷Véase Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009. esp. apartados 5, 8 y 9.

⁵⁸ La técnica de la distinción se utiliza desde la perspectiva de las partes y del poder judicial. La primera perspectiva hace ver el impulso práctico para la distinción, pues, si se parte de la premisa de que un precedente siempre beneficia o puede beneficiar una determinada posición, la limitación de su aplicabilidad siempre favorece a una parte y perjudica a la otra. Esto es, en el proceso, se esgrimen argumentos a favor y en contra de la adopción del precedente. En este sentido, existe una verdadera tensión en el seno del sistema, que casi configura una lucha entre la contención y la extensión del precedente. Desde otra perspectiva, la del poder judicial, se contraponen los valores del sistema, es decir, unidad del derecho, seguridad, previsibilidad e igualdad, a las razones sustanciales del precedente. La limitación y la extensión del precedente siempre configuran corrección o acomodación a su *ratio decidendi*. Si bien, esta acomodación prioriza las razones del precedente, ya que tanto su extensión como su limitación solo son posibles cuando son compatibles con ellas. No obstante, ¿cuándo se preservan los valores del sistema frente a las razones del precedente? Realmente cuando se contiene el precedente, sin extensión o limitación. Pero no solo en esos casos. En el *common law*, se admite que, para evitar la derogación del precedente, se proceda a una distinción inconsistente (*the drawing of inconsistent distinctions*), es decir, a una distinción incompatible con las razones del precedente. En estos casos, aunque la razón inmediata de la distinción inconsistente sea la no derogación (total) del precedente, su justificación se halla en la seguridad jurídica (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*. 3.ª ed., cit., p. 333-334).

cuando se considera que hay un parámetro externo para controlar las decisiones de los tribunales estatales o regionales. Por ello, cuando se suponía que la decisión declaraba la norma contenida en el texto legal, se aceptaba la idea de un tribunal supremo encargado de corregir las decisiones.

No obstante, cuando se tiene conciencia de que la norma se produce mediante la interpretación de la ley y de que el tribunal supremo tiene la función de atribuir sentido al derecho, deja de haber parámetro externo para que el tribunal supremo controle las decisiones de los tribunales inferiores. Como el sentido del derecho está en los precedentes del tribunal supremo, deja de existir la función de control para afirmar la norma que contiene la ley. El sentido del derecho, consolidado en los precedentes, vincula las decisiones de los jueces y tribunales inferiores.

No se puede pensar que, con la evolución de la teoría de la interpretación, basta sustituir el criterio de la «norma que contiene la ley» por el del «sentido del derecho» para seguir admitiendo que la función del tribunal supremo es la de corrección. Hay diferencia entre corregir para tutelar al legislativo y corregir para tutelar el derecho delineado por el tribunal supremo. Cuando se corrige para tutelar al legislativo, el derecho no está en las decisiones del referido tribunal. Sin embargo, cuando se piensa en «corregir» porque la decisión del tribunal inferior se ha separado del precedente del tribunal supremo, la situación es obviamente otra. En ese caso, el tribunal estatal o regional se opone al derecho que el tribunal supremo delineó.

Cuando el derecho está en el tribunal supremo, los precedentes tienen fuerza obligatoria para los demás tribunales. Como los precedentes consolidan el derecho que los tribunales deben necesariamente observar, la actividad de «corrección» de las decisiones que niegan precedentes sirve para reafirmar la función de interpretación y desarrollo del derecho. Esta actividad de «corrección», que es meramente supletoria, se subordina a la función de atribución de sentido al derecho y de garantía de

su unidad.

Así, en la actualidad, no se puede pensar que un tribunal supremo deba tener como función (principal) la de corrección. Como es obvio, es completamente contradictorio atribuir a un tribunal supremo, que perfila el derecho, la función de corregir las decisiones⁵⁹.

Desde otra perspectiva, se constata que si el tribunal que atribuye sentido al derecho no dicta precedentes obligatorios su existencia será innecesaria. En realidad, no hay motivo para tener un tribunal supremo, cuya función sea definir la interpretación adecuada, cuando los tribunales inferiores pueden discrepar libremente de ella. En ese caso, realmente, no solo bastarían los tribunales de apelación, sino que, además, el tribunal supremo no tendría ningún motivo para atribuir sentido al derecho y, por ende, para estar presente en el sistema judicial.

Cerrar los ojos ante la verdadera función que debe desempeñar un tribunal de vértice es considerarlo un alto tribunal de apelación, como una especie de tabla de salvación mágica puesta a disposición de cualquier litigante, con la gran desventaja de dar entrada a la irracionalidad en la distribución de justicia y a la negación de la seguridad jurídica y la igualdad.

10. LA INEVITABILIDAD DEL TRIBUNAL DE PRECEDENTES EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO: LA COHERENCIA DEL ORDEN JURÍDICO Y LA TUTELA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA IGUALDAD

Este artículo no puede concluir sin afirmar que un tribunal supremo de precedentes es *imprescindible* en el Estado contemporáneo. No se trata de una simple cuestión de opción dogmática, sino de si tanto un tribunal de corrección (de revisión o casación) como un tribunal de precedentes son compatibles con

⁵⁹ Michele Taruffo, Precedente e giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 718.

los valores del Estado constitucional.

No existe Estado de derecho sin orden jurídico coherente. La uniformidad de las decisiones judiciales, aspecto fundamental de la coherencia del derecho, favorece que el Estado se presente como garante de la unidad del derecho. Un Estado que produce decisiones distintas en casos que exijan el mismo tratamiento falla en su compromiso de garantizar un sistema jurídico único⁶⁰.

El Estado constitucional tiene el deber de tutelar la seguridad jurídica, garantizando la estabilidad del derecho y su previsibilidad. En un Estado constitucional, además de la estabilidad del orden jurídico, se espera univocidad a la hora de calificar las situaciones jurídicas, sin la que no es posible prever las consecuencias jurídicas de las conductas, lo que es indispensable para que el ciudadano se pueda desarrollar en un Estado de derecho⁶¹. El sistema jurídico y, por ende, incluso la estructuración y el funcionamiento de los órganos judiciales deben ser capaces de proporcionar previsibilidad⁶².

No se puede asegurar la igualdad ante el derecho cuando

⁶⁰«Legal coherence, together with uniformity of decision, is indeed an everywhere acknowledged value served by respect for the force of argument from precedent, and one which it is the particular function of courts in their interpretative role to achieve. The value of uniformity can be deemed a technical-legal desideratum, just as coherence may be considered an aspect of *elegantia juris*; but both also go to overall integrity of the state as guarantor of a single legal system». (Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent. *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 487).

⁶¹ De acuerdo con MacCormick, la previsibilidad de las decisiones es un valor moral imprescindible para que el hombre, de forma libre y voluntaria, pueda desarrollarse y, por tanto, vivir en un Estado de derecho. (Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, cit., p. 6). Véase Neil MacCormick, *The ethics of legalism*, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193.

⁶² Como afirma Massimo Corsale, un ordenamiento jurídico sin capacidad de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas, así como de generar un sentido de seguridad en los ciudadanos, no puede sobrevivir como tal. (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 y ss.).

los precedentes de los tribunales supremos no tienen fuerza obligatoria⁶³. Un sistema que conviva con decisiones diferentes en casos que no tienen ningún motivo racional para ser tratados de forma distinta es un sistema que no solo refleja desigualdad, sino que, además, la estimula, al permitir que el ciudadano crea que siempre existe la posibilidad de «manipular el caso» para conseguir una decisión que le beneficie.

Todo ello significa que, si el Estado constitucional tiene el deber normativo y fáctico de tutelar los derechos fundamentales, no puede convivir con un tribunal supremo incapaz —por la falta de normas o de eficiencia fáctico-administrativa— de garantizar la coherencia del derecho, la seguridad jurídica y la igualdad.

⁶³ «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». (Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent. *Interpreting precedents: a comparative study*, cit., p. 488).