

## LA UNIFORMIDAD Y LA ESTABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA Y EL ESTADO DE DERECHO –CIVIL LAW Y COMMON LAW

**Teresa Arruda Alvim Wambier\***

*La igualdad y la seguridad jurídica constituyen necesidades esenciales para toda sociedad, sin importar el lugar en el que se encuentre o el sistema jurídico bajo el cual se rijan. En su consecución, la estabilidad y uniformidad de la jurisprudencia cumplen un rol preponderante.*

*En el presente artículo, la autora resalta la importancia de la predictibilidad y la estabilidad en las decisiones judiciales, tanto en los sistemas del common law como del civil law, para luego proceder al análisis de la realidad brasilera. Adicionalmente, reflexiona respecto de cómo, a pesar de las razones históricas que justifican las diferencias entre los sistemas de common law y civil law, ambos buscan los mismos objetivos: uniformidad de la jurisprudencia y necesidad de seguridad jurídica, con la finalidad de alcanzar una verdadera aplicación del principio de igualdad en la sociedad.*

\* Abogada. Doctor y Magíster en Derecho por la PUC-São Paulo. Profesora en los cursos de graduación, especialización, Maestría y Doctorado de la misma institución. Profesora en el curso de maestría de la UNIPAR. Presidente del Instituto Brasileiro de Derecho Procesal (IBDP). Miembro de la International Association of Procedural Law, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, de la International Bar Association, de la Academia de Letras Jurídicas de Paraná y São Paulo, del IAPR, del IASP, de la AASP y del IBDFAM.

## I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN

Estas breves consideraciones que hemos hecho parten de la firme convicción de que la función del Derecho es, en primer lugar, generar estabilidad, lo que proporciona tranquilidad al justiciable, en la medida en que éste pueda moldear su conducta al contar con cierta dosis de predictibilidad. El Derecho, sin embargo, también tiene que, según nuestro entender, ser adaptable, puesto que sirve a la sociedad y ésta sufre alteraciones a lo largo del tiempo.

A partir de una visión comparada<sup>1</sup>, pretendemos demostrar que tanto en los sistemas de *civil law*, cuanto en los de *common law*, el Derecho nació y existe con el objeto predominante de crear estabilidad y predictibilidad. Lo más curioso es que los sistemas de *civil law* son una creación supuestamente racional que tuvo como objetivo específico, y prácticamente declarado, alcanzar exactamente aquellas finalidades que, como se sabe, en Brasil no son siempre logradas.

## II. RAZONES HISTÓRICAS PARA ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL CIVIL LAW Y COMMON LAW

Cuando se piensa en la manera en que nació el sistema de *common law*, hay una tendencia a responder que siempre fue como lo es hoy. Como lo constata J. H. Baker cuando relata que “en 1470, un *sergeant-at-law* afirmó que el *common law* existe desde la creación del mundo (...) no es improbable que él creyera literalmente en lo que dijo”. Por cierto, “ello no consiste en un absurdo total, pues el sistema inglés representa un continuo desarrollo desde los tiempos prehistóricos: no hubo ningún acto consciente de creación o adaptación”<sup>2</sup>.

De hecho, la naturaleza continua del desarrollo del Derecho inglés puede dar la impresión de que siempre haya sido tal cual lo es hoy. R. C. Van Caenegem afirma que la historia del Derecho inglés es un *continuum*. Nunca hubo el desprecio por lo que antes se entendía como correcto, o una

división del Derecho entre dos eras, una anterior y otra posterior a una revolución<sup>3</sup>. Queda claro que los sistemas de *common law* no fueron siempre como lo son hoy, aunque su principal característica parece siempre haber estado presente: casos concretos son considerados fuente del Derecho. El Derecho inglés, cuna de todos los sistemas de *common law* que hoy existen en el mundo, nació y se desarrolló de un modo que nos parece que podría ser considerado como “natural”: los casos iban surgiendo y se iban decidiendo. Cuando, posteriormente, surgían casos iguales o semejantes, aquella decisión tomada anteriormente era repetida para el nuevo caso. Más o menos como ocurría en el Derecho romano.

Hasta hoy, la idea de que **casos iguales deben ser decididos de la misma forma** es fundamental en toda la sistematización de los países de *common law*, y de esa manera se pretende que sea preservada la igualdad. Siendo la jurisprudencia uniforme, estable, consistente, habrá además condiciones para que se cree predictibilidad, de forma que el ciudadano pueda planear su vida sin grandes sustos. Así se garantiza la armonía.

Claro que hubo cambios en el Derecho inglés desde su inicio hasta la actualidad. Durante mucho tiempo, no hubo diferencia sustancial entre los actos de juzgar, administrar y legislar<sup>4</sup>. El *common law* estaba compuesto por costumbres “generalmente observadas por los ingleses”. Este es el origen del nombre *common*, es decir, las decisiones de los conflictos se basaban en las costumbres, mientras que hoy las decisiones se basan en las propias decisiones precedentes. Hoy, las costumbres sólo tienen valor jurídico cuando se amparan en un precedente<sup>5</sup>.

La historia de los sistemas de *civil law* es distinta. Lo que resulta interesante de observar es que, al parecer, todo lo que ocurrió en el pasado tuvo como objeto la creación de un sistema apto para contener abusos y preservar la igualdad. Se quiso crear un sistema armónico y coherente, de una

<sup>1</sup> La comparación fue realizada casi exclusivamente con el sistema inglés, pues estuvimos haciendo investigaciones científicas durante el año 2008 en Squire Law Library, de la Universidad de Cambridge, invitados por Neil Andrews, como Visiting Professor y allí se realizó parte de la investigación. Todas las versiones de los textos mencionados, que están entrecomillados y en español, fueron escritos por nosotros y el original consta de la nota de pie de página.

<sup>2</sup> “In 1470, an English *sergeant-at-law* maintained that the common law had been in existence since the creation of the world” (...) “it was not improbable that he believed it literally”. *Moreover*: “It was not a wholly absurd notion, inasmuch as the English system represented an unbroken development from prehistoric times: there had been no conscious act of creation or moment of adaptation”. BAKER, J.H. “An Introduction to English Legal History”. Cuarta edición. Londres: Butterworths. 2002. p. 1. Nombrando el caso *Wallyng v. Meger* (1470) (47ss 38), per Catesby sjt.

<sup>3</sup> VAN CAENEGEM, R. C. “Judges, Legislators & Professors: Chapters in European Legal History, (Goodhart lectures, 1984-1985)”. Nueva York: Cambridge University Press. 2006. p. 8.

<sup>4</sup> BAKER, J. H. Op.cit. p. 1.

<sup>5</sup> “Generally observed among Englishmen”. CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. “Precedent in English Law”. Clarendon Law Series. Cuarta edición. Oxford: Clarendon Press. 1991. p. 165.

forma racional. Sucintamente, se puede afirmar que las costumbres germánicas prevalecieron durante los siglos V y VI, época en que los pueblos germánicos dominaban Europa central y occidental. En un momento dado, el Derecho romano prácticamente desapareció. Muchos textos romanos fueron, no obstante, redescubiertos al final del siglo XI, y se volvieron objeto de inmensa atención de los expertos del norte de Italia, principalmente de Bolonia. La *jurisprudencia*, **como rama del conocimiento que estudia el Derecho**, se considera que ha nacido exactamente en ese momento.

Sin que hubiese sido integralmente abandonado el pensamiento jurídico romano, una característica diferente fue añadida: el dogmatismo. Los textos eran estudiados y analizados profundamente, por medio de distintos métodos: gramatical, retórico y dialéctico. Eran armonizados por medio de un complejo proceso de exégesis, pues los textos no eran siempre coherentes. Usando el lenguaje de nuestros días, podríamos decir que los expertos impusieron al material encontrado una forma "sistemática".

Es relevantísima la información en el sentido de que el Corpus Juris Civilis, voluminosa recopilación de textos romanos escritos en la época de Justiniano y que, bajo su comando, fueron publicados en el siglo VI y ejercían la función de Derecho con relación a una parte considerable del imperio romano, no era un código. Entre los textos, algunos eran muy antiguos, otros recientes; algunos eran actos legislativos y otros consistían en doctrina<sup>6</sup>. No raramente, los expertos se hallaban ante textos contradictorios y tenían que valerse de complejos procesos para compatibilizarlos. Así nacieron las reglas, como por ejemplo, el *legislador dijo más de lo que quería, o menos de lo que quería o la regla especial prevalece sobre la regla general*, etcétera. Fue así como el Derecho pasó a ser enteramente absorbido por las universidades, en las que los expertos se ocupaban de analizar técnicas jurídicas que también terminaban sirviendo a propósitos políticos.

Se entiende, por lo tanto, la importancia que tiene la *doctrina* para los sistemas de *civil law*. Dando un salto histórico, vamos a un segundo momento relevante para fijar las características de los sistemas de *civil law*: la Revolución Francesa. Es el momento en que se transfiere el centro del poder del monarca hacia la Nación, lo que generó

el ambiente en el cual nació la base del *estilo* de razonamiento jurídico de los sistemas de *civil law*.

De hecho, desde el siglo XVII, el razonamiento abstracto venía caracterizando la manera en que los franceses veían el Derecho y la vida en general. La teoría de Montesquieu, con orientación contraria a la superconcentración de poderes en las manos de un solo individuo, se mezcló con el enfoque de Rosseau, que señalaba que la ley escrita debería ser la expresión de la voluntad de la Nación francesa<sup>7</sup>. La idea de que el poder central era justificado o legitimado por la voluntad del pueblo fue una de las principales concepciones que inspiró la Revolución Francesa.

Consecuentemente, los jueces tenían que *obedecer la ley*, tenían que decidir los casos precisamente de acuerdo con la ley, siendo sus decisiones siempre fundamentadas, debiendo hacerse expresa referencia a la ley. Los jueces eran vistos como seres inanimados, obrando como si fuesen "la boca de la ley". Las teorías deductivas eran capaces de explicar las decisiones judiciales como si ellas fuesen el resultado de un razonamiento absolutamente lógico: ley + hechos = decisión.

Esa concepción rígida era parcialmente resultante de una profunda desconfianza nutrida por la burguesía contra los jueces. Había una profunda creencia de que la voluntad del pueblo estaba efectivamente reflejada en la ley y, por ende, se entendía que ésta debería ser respetada literalmente. Si las decisiones judiciales fuesen basadas en la ley, se garantizaría que la voluntad del pueblo se cumpliera. Se nota, por lo tanto, que a través de un *acto racional*, ocurrido en un cierto momento histórico, relevantísimo para los rumbos que terminó tomando el Derecho en los sistemas de *civil law*, se pretendió contener el abuso de poder que generaba, obviamente, un exceso insoportable de *arbitrariedades*, lo que suprimía cualquier posibilidad de que hubiese *estabilidad* y *predictibilidad* en la vida social.

El sistema anterior (*ancien régime*), que fue abolido por la Revolución Francesa, le daba muchos privilegios a la nobleza y al clero, quienes, por ejemplo, no pagaban impuestos. Por otro lado, los jueces eran peligrosamente influenciados por los poderosos. Por eso, era preferible la absoluta rigidez de la ley a la libertad de interpretación por parte de los jueces.

<sup>6</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Op. cit. p. 41. También en Alemania el Corpus Juris Civilis fue "recibido" y este generó un cuerpo de normas estudiado por profesionales (Juristenrecht). El derecho romano fue la base teórica del desarrollo del derecho que culminó en el trabajo de los juristas del siglo XIX.

<sup>7</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech y Miguel ALFONSO RUIZ. "Rationales for Precedent". En: "Interpreting Precedents: a Comparative Study". Editado por MACCORMICK, Neil y Robert S. SOMMERS. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited. 1997. p. 482.

Durante el período revolucionario, muchos gobiernos podrían haber tenido la iniciativa de crear códigos. Sin embargo, sólo con Napoleón I se editó, en 1804, el Código Civil. La separación de poderes pasó a ser vista como un presupuesto de la concepción de Estado de Derecho. Ahora, en vez de una unidad, simbolizada por el monarca, había una compleja estructura formada por fuerzas interconectadas y equilibradas<sup>8</sup>.

**Se estableció una fuerte conexión entre la ley escrita y la igualdad, y pasó a ser entendido que cuando la ley impera, se garantiza la igualdad. En cambio, cuando lo que impera es la voluntad del hombre, se favorece la arbitrariedad<sup>9</sup>.** De hecho, la *igualdad* estaba entre las principales ideas establecidas por la legislación concebida durante el período revolucionario francés: *liberté, égalité et fraternité*. Estas ideas se reflejaban en las leyes escritas, y a los tribunales les correspondía aplicar esta ley a los casos concretos *sin nunca formular reglas generales*. Con los años, esas condiciones pasaron a sufrir profundas alteraciones.

Los cambios de la sociedad moderna impusieron una visión diferente del Derecho. El mundo estable, con división nítida de clases sociales, en que prácticamente no había movilidad y en que el acceso a la justicia era considerablemente restringido, pasó, paulatinamente, a dar lugar a una sociedad en que las alteraciones ocurren muy rápidamente; que incluye, permite e incentiva la movilidad social, lo que acaba, de cierto modo, por generar modificación correlativa en la esfera de los valores sociales. Por otro lado, el acceso a la justicia, tradicional sueño de los juristas de *civil law*, se volvió una realidad.

Este cuadro acabó generando un aumento considerable de la complejidad de los casos llevados al Poder Judicial. Este fenómeno hizo que muchos pensadores se dieran cuenta de que el *texto de la ley* se había vuelto un instrumento insuficiente para solucionar todos los problemas llevados al Poder Judicial, ya que los multifacéticos rostros de las sociedades contemporáneas, sumados al hecho de que el Poder Judicial se hubiese vuelto más accesible, hicieron que el juez de nuestros tiempos se viera obligado a decidir según las particularidades de cada caso. Esos fenómenos también generaron un estilo diferente de redactar las disposiciones legales. Todo esto significa que, de algún modo, debe haber *flexibilidad*.

En ese contexto, las decisiones ya no pueden ser consideradas como el resultado de la aplicación automática de la ley y el pensamiento jurídico tradicional, de naturaleza lógica-deductiva, que han demostrado ser impotentes para resolver parte expresiva de los conflictos. En este ambiente, es notorio que hay que solucionar dos serios problemas que, a nuestro entender, deben ser resueltos sin que sean comprometidos los objetivos de estabilidad y predictibilidad que consideramos que sean el núcleo de la función del Derecho. Esos dos problemas son: (i) ¿De qué parámetros puede valerse el juez, además de la ley escrita, para resolver los conflictos?, y, (ii) ¿Cómo evitar que se comprometa indeseablemente el principio de la igualdad ante la ley frente a los resultados de la posible diversidad de decisiones, que pueden ser generados por el uso de parámetros menos *seguros* que los de la ley escrita?

### III. LA VINCULATIVIDAD DE LOS PRECEDENTES EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW

En estos sistemas, se vuelve evidente que el juez no puede *defraudar* a los ciudadanos. Éstos no pueden ser sorprendidos por una decisión que nunca podría haber sido imaginada antes. La predictibilidad es inherente al Estado de Derecho, afirmación también repetida con frecuencia por los juristas de *civil law*.

R. C. Van Caenegem menciona algunos criterios para que se esté ante un *buen sistema jurídico (good law)*: las normas tienen que ser comprensibles y cognoscibles. Él observa que, difícilmente, habría quien no estuviese de acuerdo acerca de que estas dos características fueran necesarias para que se considere *bueno* un sistema jurídico. Las personas no pueden ser "como perros que sólo descubren que algo está prohibido cuando un bastón les golpea la nariz"<sup>10</sup>.

El objetivo de la predictibilidad se logra en el sistema de *common law* por la práctica de obedecer precedentes. El comportamiento de los ciudadanos debe tomar forma según los términos de las decisiones judiciales. Esto tiene que ver con las partes y el resto de la sociedad, que observa las decisiones judiciales y ajusta su comportamiento a lo que éstas determinan<sup>11</sup>. Estabilidad, uniformidad y

<sup>8</sup> SAMPAIO FERRAZ, Tércio. "Função Social da Dogmática Jurídica". São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 67.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. "Teoria Geral da Política". Rio de Janeiro: Campus. 2000. pp. 312-313

<sup>10</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Op. cit. p. 161.

<sup>11</sup> ALEXANDER, Larry A. y Emily L. SHERWIN. "Judges as Rule Makers". En: "Common Law Theory". Editado por Douglas Edlin. Nueva York: Cambridge University Press. 2005. p. 2.

solidez<sup>12</sup> son condiciones para la existencia de *predictibilidad*. En este panorama, la *igualdad* termina naturalmente siendo respetada. Y la igualdad es uno de los principales fundamentos del sistema de precedentes vinculantes.

Esta idea está muy presente en la doctrina alemana, que usa la expresión de principio de la protección<sup>13</sup>. La vinculatividad de los precedentes se justifica por la necesidad de *igualdad* y la *igualdad* se alcanza a través de la selección de aspectos del caso que debe ser juzgado, aspectos que deben ser considerados relevantes para que ese caso sea considerado *semejante* a otro y sea decidido de *igual forma*. Hoy, el Derecho inglés está compuesto por dos elementos principales: *common law* (incluyendo la *equity*) y la ley escrita. Es importantísimo resaltar que el sistema de precedentes vinculantes se aplica, en el *common law*, aún cuando el juez decide con base en la ley<sup>14</sup>. Por lo tanto, el juez está sujeto a adoptar la interpretación de la ley por la cual haya optado el juez que decidió caso idéntico, anteriormente<sup>15</sup>.

Se usa la expresión *common law*, en la actualidad, para representar el marcado contraste que existe entre los sistemas de *civil law* y de *common law*. Este contraste significa que en los sistemas de *common law* el Derecho *lo hace el juez* (*judge-made law*) y, en los sistemas de *civil law*, quien crea el Derecho es el Poder Legislativo. Sin embargo, los precedentes están vinculados tratándose de los sistemas de *common law*, en ambos casos, o sea, en los sistemas de *common law*, los precedentes se vinculan tanto en el campo de las decisiones en que el juez crea la regla, como en aquellas en que el juez aplica la ley<sup>16</sup>.

Inglaterra no tiene Constitución escrita, a diferencia de los Estados Unidos. Se entiende que la base de la Constitución inglesa es el *common law*, derivado principalmente de precedentes y con la incorporación de los principios básicos de documentos como la Carta Magna (1215) y el

*English Bill of Rights* (1689)<sup>17</sup>. Hoy, sin embargo, hay leyes escritas en Inglaterra, incluso en forma de Código, como, por ejemplo, el Código de Proceso Civil de 1998.

El sistema de precedentes vinculantes hace que las cortes actúen en dos dimensiones: resuelven conflictos, y eso concierne al *pasado*; y tienen el papel de *hacer Derecho*, creando reglas para el *futuro*. La primera función alcanza una audiencia limitada: el reo y el autor. La segunda alcanza una audiencia más amplia, que incluye el público, los tribunales, la media, los académicos y otros tribunales<sup>18</sup>.

Unas palabras sobre *equity*. El sistema de la equidad fue inspirado por ideas de justicia natural y por eso conserva este nombre, pero hoy se trata, pura y simplemente, de un ramo del Derecho inglés en que se halla, por ejemplo, la *law of trusts*, la tutela específica y las *injunctions*<sup>19</sup>. **Cabe resaltar que el sistema de precedentes vinculantes existe también en este campo.** Los autores ingleses comentan que el sistema de precedentes vinculantes se aplica en Inglaterra en su versión más rígida<sup>20</sup>. Los precedentes deben ser seguidos, de no ser así, habría que abandonarlos. Es común que el juez, incluso sin estar de acuerdo íntimamente con la regla que consta en el precedente, decida de acuerdo con él, por apego a la necesidad de preservar la igualdad.

Por fin, es oportuno resaltar que, en Inglaterra, un determinado tribunal no necesita obedecer el precedente de un órgano inferior. No obstante, es común que las decisiones de las cortes inferiores sean respetadas, a menos que haya una seria razón para no tenerlas en cuenta<sup>21</sup>. Hasta hace poco tiempo, más precisamente hasta 1966, el sistema de precedentes en Inglaterra era tan rígido, que la *House of Lords*, órgano supremo del Poder Judicial en el Reino Unido, no podía modificar sus propios precedentes. Era el *stare decisis* en su versión más rígida: conservar las *rationes decidendi* de casos

<sup>12</sup> Los ingleses usan mucho la palabra *consistency*, cuya traducción al español sería firmeza, solidez y de cierto modo, compatibilidad con otras reglas existentes.

<sup>13</sup> ALEX, Robert y Ralf DREIER. "Precedent in the Federal Republic of Germany". En: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Editado por Neil MacCormick y Robert S. Sommers. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited. 1997. pp. 17-64, especialmente p. 19.

<sup>14</sup> CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. Op. cit. p. 5.

<sup>15</sup> GOODHART, A. L. "Precedent in English Law and Continental Law". En: *The Law Quarterly Review* 50. Londres: Stevens & Sons Limited. 1934. pp. 40-65 (especialmente p. 41).

<sup>16</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Op. cit. p. 44.

<sup>17</sup> EMERSON, Robert W. "Business Law". Cuarta edición. Nueva York: Barron's. 2004. p.7.

<sup>18</sup> DYZENHAUS, David y Michael TAGGART. "Reasoned Decisions and Legal Theory". En: *Common Law Theory*. Editado por EDLIN, David. Nueva York: Cambridge University Press. 2007. pp. 134-166, especialmente p. 146

<sup>19</sup> WILLIAMS, Glanville. "Learning the Law". Londres: Sweet and Maxwell. 2006. p. 24.

<sup>20</sup> GOODHART, A. L. Op. cit. p. 41.

<sup>21</sup> GOODHART, A. L. Op. cit. pp. 41-42.



anteriores. Esta expresión viene del latín: *stare decisis et non quieta movere*<sup>22</sup>.

Se entiende que, como los ingleses tradicionalmente no tienen ley escrita ni códigos, hay necesidad de una especie de "cimiento" que genere certezas y este "cimiento" consiste justamente en la doctrina del precedente vinculante. Por eso el *practice statement* de la *House of Lords* de 1966 fue considerado una revolución técnica<sup>23</sup> y los conservadores no se decidían si apoyar o no la medida. Del mismo modo, es oportuno que se diga que seguir precedentes también es una cuestión de cultura, porque, en Inglaterra, aunque una *ratio* tenga pura y simplemente valor persuasivo, será seguida, a no ser que el juez tenga una seria razón para no hacerlo. Conviene registrar que ese nivel de rigidez no existe en todos los países de *common law*. Alejar un precedente y crear otro en su lugar (*overruling*) es mucho más común en los Estados Unidos que en Inglaterra<sup>24</sup>. Parte de la doctrina observa que, muchas veces, el deseo de tratar de forma idéntica a los justiciables se realiza pagando un precio muy alto, pues si el tribunal cometió un error juzgando el caso A, se calcula que el mismo error debe ser repetido en el caso B<sup>25</sup>.

#### IV. LA VINCULATIVIDAD DE LA LEY EN LOS SISTEMAS DE CIVIL LAW

Conforme lo antedicho, los sistemas de *civil law* se basan casi enteramente en la ley escrita, codificada o no.

No se suelen vincular precedentes. Uno de los principios básicos de este sistema es el principio de la legalidad o *Normgebundenheits Prinzip*. Este principio determina que los jueces tienen que decidir los casos de acuerdo con la ley escrita. Las decisiones deben ser siempre fundamentadas, en ellas debe haber referencia a la ley y son redactadas para persuadir a la comunidad jurídica, miembros del Judicial y juristas en general. La rigidez que se podría creer encontrar en los sistemas de *civil law*, como una de sus principales características tiene un contrapeso, que puede generar un inmenso desequilibrio (como ocurre en Brasil): **los jueces pueden decidir de acuerdo con sus propias opiniones sobre el sentido de la ley**. Además, esta rigidez es razonablemente suavizada por

algunas técnicas empleadas recientemente en la redacción de las leyes, que consisten en la inclusión de conceptos tenidos como vagos, indeterminados o abiertos y de cláusulas generales<sup>26</sup>.

Además, de manera más frecuente, principios jurídicos que son verbalmente formulados con auxilio de expresiones expresamente vagas integran los razonamientos jurídicos. Se ve, por lo tanto, que los parámetros en los cuales se basan las decisiones de los jueces actualmente en los sistemas de *civil law* son mucho menos seguros y más flexibles que aquellos que había en el período revolucionario. Las leyes no son más las mismas, los razonamientos jurídicos son permeados de principios jurídicos y el juez puede decidir de acuerdo con su convicción. Esta fue la versión que se creyó conveniente adoptar en los sistemas de *civil law*, para que el Derecho pudiese absorber y neutralizar la complejidad, ya mencionada, de las sociedades contemporáneas.

Por eso, hoy se comprende el principio de la legalidad no más como siendo un excesivo apego a la letra de la ley. Se entiende, actualmente, que **la ley vincula de acuerdo con la manera como es vista a través de los ojos de la doctrina y de la jurisprudencia predominante**. Esto quiere decir que no es necesario que la ley siempre sea comprendida y obedecida en su sentido literal<sup>27</sup>.

#### V. ¿CUÁNDO PUEDE EL JUEZ CREAR DERECHO EN LOS SISTEMAS DE CIVIL LAW?

A nuestro entender, eso puede ocurrir sin que se comprometa el Estado de Derecho. La actividad creativa del juez aparece nítidamente cuando éste decide sobre la base de conceptos vagos, ya que éste "descubre" uno de los posibles sentidos de la expresión usada por la ley, "rellenando" un concepto abierto. Un buen ejemplo es el sentido de la expresión *familia*, para efecto de incidencia de la Ley 8.009, promulgada en el año 1990. Los tribunales entienden, y ese entendimiento terminó siendo un pronunciamiento del Supremo Tribunal de Justicia, que esta expresión abarca diversas situaciones, como la del nieto que vive con los abuelos, del sobrino que vive con los tíos e incluso de aquel que vive solo<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> CRUZ Y TUCCI, José Rogério. "Precedente Judicial como fuente del derecho". São Paulo: RT. 2004. p. 160.

<sup>23</sup> CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. Op.cit. p. 107.

<sup>24</sup> CROSS, Rupert Cross y J. W. HARRIS. Op.cit. p. 20.

<sup>25</sup> GOODHART, A. L. Op.cit. p. 56.

<sup>26</sup> GOODHART, A. L. lo observó y dijo que "flexibility in civil law countries can be achieved if law is framed in general terms". Op. cit. p. 51.

<sup>27</sup> HASSEMER, Winfried. "O sistema do direito e a Codificação: a vinculação do juiz à lei". En: Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS 9. 1985. p. 28.

<sup>28</sup> Resp 182223/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ Autos Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 06.02.2002, DJ 07.04.2003, p. 209. Decisión 364 del STJ.

Teniendo como base principios jurídicos, la jurisprudencia engendró, con inspiración en el Derecho extranjero, la teoría de la *no consideración de la persona jurídica*, alejando la regla de la separación integral de personalidades jurídicas de los socios y de las sociedades que éstos componen. Parece tanto evidente como inevitable que haya un cierto *efecto sorpresa*, en el momento en que ocurren estas innovaciones<sup>29</sup>. Sin embargo, este efecto sorpresa es atenuado y efectivamente desaparece cuando se vuelve la regla que los tribunales decidan de esta manera aquellos casos *de la misma forma*. En ese sentido, es oportuno nombrar la decisión del Supremo Tribunal de Justicia en la que se consideró que no era debida la indemnización resultante de una desposesión de un inmueble en el que el propietario plantaba psicotrópicos. Se entendió que no estaba siendo cumplida la función social de la propiedad<sup>30</sup>.

Son casos considerados difíciles, los *hard cases*, en donde se desea que el juez ejerza creatividad. Estos casos son aquellos cuya solución no está clara en el sistema (porque no es evidente que la situación esté abarcada por lo que determina la ley) o cuya solución no fue formulada en el sistema y, por lo tanto, necesita ser enteramente creada, con base, por ejemplo, en principios jurídicos. La constitucionalidad de las vacantes reservadas para grupos raciales en las universidades brasileñas es un buen ejemplo. ¿Respetan la igualdad? ¿O dan énfasis a la desigualdad? ¿Significan discriminación revertida?

Cuando se piensa en la predictibilidad como objetivo deseable y que debe ser alcanzado por el Derecho, no significa que las partes tengan siempre condiciones de prever de forma precisa cómo será la decisión del proceso en el que se oponen. Pero la decisión no debe ser tal que sea imposible imaginarla. En casos “fáciles” del día a día (como categoría diferente de la de los *hard cases*) el juez no debe ejercer creatividad alguna. Si lo hiciera, estaría comprometiendo el Estado de Derecho.

¿Y los límites de esta creatividad? Están, indudablemente, en la necesidad de que el juez sea neutro, pues decide en nombre de la sociedad. Es

en los valores predominantes en la sociedad (en el *ethos* dominante) que busca elementos para crear Derecho, en los casos en que le es permitido<sup>31</sup>.

## VI. NECESIDAD DE RESPETO A LA JURISPRUDENCIA FIRME

Para que sea preservado el **principio de la igualdad, es necesario que haya una misma pauta de conducta para todos los justiciables**. Es interesante que la obtención de la igualdad sea el objetivo de los sistemas de *civil law* y de *common law*. En los sistemas de *civil law*, la pauta de conducta de los justiciables, como se vio, no está exclusivamente en la letra de la ley. Está en la ley, según lo “comprende” tanto la doctrina y los tribunales. Aceptar, de forma ilimitada, que el juez tiene libertad para decidir de acuerdo con su propia convicción *equivale a decir que hay varias pautas de conducta diferentes (e incompatibles) para los justiciables*. Entonces, ¿todo pasa a depender del juez y del tribunal que haya decidido su caso concreto? ¿O de la Cámara? ¿O del Grupo? Tenemos la convicción de que la sistemática falta de respeto a los precedentes compromete el Estado de Derecho, en la medida en que las cosas pasan a ocurrir como si hubiese varias “leyes” para regir la misma conducta: un clima de completa inestabilidad y ausencia absoluta de predictibilidad. En los sistemas de *civil law*, de reglas, los precedentes comienzan a ganarse el respeto a partir del momento en que forman jurisprudencia predominante, o cuando se trata de un *leading case*.

Lo que aquí se desea remarcar, de manera insistente y con mucha vehemencia, es que si, por un lado, es indeseable la discrepancia entre los tribunales sobre la manera de decidir una misma cuestión, tampoco es conveniente que los tribunales, pura y simplemente, y sorprendentemente, cambien de posición; por otro lado, *la necesidad de uniformización es aún más urgente cuando se trata de decisiones basadas en esos parámetros flexibles, referidos en el sección V del presente artículo*.

Eso se debe a que en estos casos la discrepancia de la jurisprudencia es de cierto modo inevitable y “esperada”, ya que los parámetros son realmente

<sup>29</sup> Aún así, hay una circunstancia en la que no se consigue evitar, en el sistema inglés, la sorpresa del ciudadano. El cambio de la regla, cuando se abandona un precedente y se crea otro, tiene efecto retroactivo (*retrospective effect*). Eso significa que la parte es juzgada de acuerdo con la rule que existe en el momento del juicio, siendo indiferente si el precedente, que existía en la época del hecho, era otro. Cuando el juez crea derecho, estableciendo un precedente nuevo, la parte que sucumbe será “punida” no porque haya dejado de cumplir un deber que tenía, sino porque dejó de cumplir un deber creado después de ocurrida su conducta (Cfr. DWORKIN, Ronald. “Taking Rights Seriously”. Cambridge: Harvard University Press. 1978. p. 84.) Cabe observar que, en los Estados Unidos, el juez, cuando crea un precedente nuevo, puede determinar si sus efectos deben ser retroactivos o deben producirse de ese momento en adelante (Cfr. CROSS, Rupert Cross y J. W. HARRIS. Op. cit. pp. 229-230.) igual a lo que ocurre hoy con la acción declarativa de inconstitucionalidad en Brasil. (Artículo 27 de la Ley 9.868.1999.).

<sup>30</sup> Resp. 498.742 – PE (2003/0017278-8), Rel. Min. José Delgado, j. 16 de setiembre de 2003.

<sup>31</sup> ELL, John. “Policy Arguments in Judicial Decisions”. Oxford: Clarendon Press. 1985. p. 5.

menos seguros. Observamos que esos parámetros, siendo más flexibles y, por lo tanto, menos seguros, tienen la potencialidad de generar decisiones extremadamente distintas unas de otras para casos sustancialmente idénticos. Ese fenómeno hace que el sistema, insoportablemente flácido y sin cohesión, genere una situación de absoluta falta de predictibilidad para los justiciables y, por lo tanto, de total inseguridad. Lo más importante que se comprenda en todo este contexto es que la libertad dada por estos expedientes técnicos, como, por ejemplo, el uso de un concepto vago, *no se destina al juez individualmente considerado, sino al Poder Judicial como un todo*. Evidentemente, esta libertad no puede ser entendida como siendo una libertad para que cada juez adapte el Derecho al caso concreto a *su manera personal*. Es decir, que esta libertad es engendrada por el sistema para que el Poder Judicial, como un todo, adapte el Derecho a las alteraciones de la sociedad o a las alteraciones de casos concretos, respetando el principio de la igualdad.

**La dispersión de la jurisprudencia, fruto de diversas causas<sup>32</sup>, es realmente una paradoja, en la exacta medida en que los sistemas de *civil law* fueron concebidos por un acto racional<sup>33</sup> específicamente destinado a contener abusos. Fueron estructurados y moldeados para generar seguridad, predictibilidad y respetar la igualdad.** Entonces: ¿De qué sirve que haya una sola ley con diversas interpretaciones posibles? Habrá tantas pautas de conducta cuantas interpretaciones haya. Remarcamos que sería como si hubiese VARIAS LEYES disciplinando la misma situación.

#### VII. TÉCNICAS INTRODUCIDAS RECIENTEMENTE EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

Al parecer, el legislador brasileño ya se dio cuenta de esta necesidad. No es saludable que convivamos eternamente con tribunales decidiendo concomitantemente, de forma distinta, la misma cuestión. Así como no es conveniente que nuestros tribunales sean tribunales de “grandes vuelcos”.

Muchos dispositivos como, por ejemplo, los artículos 557, 544 numeral 3 y 552 numeral 4, 518 numeral 1, 285-A, 543-B y 543-C del Código Procesal Civil son síntomas de que nuestra ley procesal está caminando en el sentido de proporcionar condiciones para que haya uniformidad de jurisprudencia

en un grado socialmente deseable. Lo mismo se puede decir en lo relativo a la **repercusión general** y a los **mecanismos vinculantes**. Y también, como se verá más adelante, en lo relativo a una nueva tendencia que empieza a manifestarse en el ámbito del Supremo Tribunal Federal<sup>34</sup>.

Estos artículos del Código Procesal Civil, en los que se alude a la *jurisprudencia dominante*, el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia o del Supremo Tribunal Federal como parámetros para la decisión, o los que permiten que se decidan casos iguales (muchos de una sola vez) de la misma forma, cuando hay un número expresivo de casos iguales en el tribunal de segundo grado y se hace la selección de uno o de algunos casos representativos de la controversia, para que sean admitidos y juzgados por el Supremo Tribunal de Justicia o por el Supremo Tribunal Federal, sólo pueden, obviamente, generar resultados saludables para el sistema si los Tribunales Superiores se abstienen de la práctica de alterar sus decisiones. Caso contrario, osaríamos decir que casi todas esas innovaciones podrán ser consideradas un verdadero desastre.

#### VIII. EL PROBLEMA GENERADO POR LA POSIBILIDAD DE QUE HAYA CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES –LA SOLUCIÓN

La dispersión de la jurisprudencia, como tendencia indeseable que está instalada en nuestros tribunales, asume especial gravedad cuando se piensa en el sistema de control de las leyes.

En Brasil se adopta un sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes. El control concentrado produce efecto *erga omnes* y efecto difuso, conforme lo que dice la doctrina tradicional, *inter partes*. En ambos casos se puede realizar por medio de la técnica de la declaración de inconstitucionalidad o de la interpretación conforme la Constitución. El hecho de que los jueces puedan realizar este control en cada proceso sometido a su apreciación, sumado a la libertad (teórica) que tendría cada juez de decidir de acuerdo con su convicción personal acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dispositivo legal aplicable al caso, no podría producir, como de hecho no produce, buenos resultados.

En efecto, la adopción del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, en un país

<sup>32</sup> Ver sección IX del presente artículo.

<sup>33</sup> Ver sección II del presente artículo.

<sup>34</sup> Ver sección VIII del presente artículo.



en que *no se exige la obediencia a los precedentes* y en el que *no rige la cultura de respetarlos*, está condenada a producir un *cuadro caótico*, en el que la multiplicidad de “pautas de conducta” para el justiciable genera un grado insoportable de inseguridad. Pues, como dijimos en la sección IV del presente artículo, la conducta del justiciable –es decir, de los integrantes de la sociedad– no acompañaría la ley en sí, sino la ley tal como es interpretada y comprendida por la doctrina, por la jurisprudencia, con base en los principios y demás, mejor dicho: la “versión final” de la ley. Admitida indiscriminadamente esta discrepancia, ¿cuántas “versiones finales” habrá?

Últimamente, ha surgido en el Supremo Tribunal Federal la tendencia jurisprudencial de atribuir *efecto vinculante*<sup>35</sup> a las decisiones incidentales acerca de la inconstitucionalidad de la ley, tomadas por el plenario del propio Supremo Tribunal Federal. De acuerdo con esta tendencia, los demás órganos del Poder Judicial y la Administración Pública deben respetar las decisiones del mencionado Tribunal tomadas en estas condiciones, como si fuesen fruto de Acciones Declaratorias de inconstitucionalidad, es decir, del control concentrado. Esta situación, aunque no comporta comparación con algo que pueda efectivamente ocurrir en el sistema inglés, es expresiva como demostración de la necesidad de implantación de la cultura del respeto a los precedentes y de la imposición de obedecerlos en ciertas situaciones. Desde hace mucho tiempo, dicho sea de paso, ya se esbozaba en la doctrina la tendencia de considerar carente de sentido la necesidad de que el Supremo Tribunal Federal notificase al Poder Legislativo para que suspendiese la eficacia de la ley tenida por inconstitucional, para que se obtuviese resultado absolutamente equivalente a la eficacia *erga omnes*.

## IX. ANOTACIONES DE CARÁCTER CONCLUSIVO

Indudablemente, la necesidad de certidumbre es la razón más relevante que apunta a la necesidad de respetar los precedentes<sup>36</sup>. La ausencia de este respeto genera la posibilidad de que el sistema se degenera en una “*wilderness of individual and unconnected instances*”<sup>37</sup>.

En los sistemas de leyes codificadas, una de las razones más evidentes para que sean seguidos “precedentes de interpretación” es que no es suficiente que tengamos el mismo cuerpo de normas escritas para que sea respetado el principio de la igualdad, pero deben estar en vigor en la misma interpretación en todas las regiones del país<sup>38</sup>. Hay varias razones por detrás de la tendencia a la dispersión de la jurisprudencia. Vivimos en un país de dimensiones continentales, y el Poder Judicial en Brasil no es centralizado. Michele Taruffo demuestra que la estructura del Poder Judicial puede influenciar profundamente la situación de la dispersión o del respeto a los precedentes. Todo puede ser más simple en sistemas no federativos, en que los tribunales son organizados en una dimensión simple. Las organizaciones pueden ser compactas o diversificadas. Taruffo nombra a Noruega como ejemplo de organización compacta y a Francia como organización diversificada<sup>39</sup>. En fin, cuanto más compleja sea la estructura del Poder Judicial, más difícil resulta garantizar uniformidad y certidumbre.

Por otro lado, hay diferencias entre los jueces, como seres humanos que son, en lo que concierne a enfoques políticos: con toda seguridad, hay decisiones distintas para casos iguales, y cada uno de los jueces que las profirió cree haber optado por el mejor camino. A veces no se nota la necesidad de neutralidad y de comprensión del *ethos* dominante. Otras veces, es perceptible la necesidad pero es difícil de llevarla a cabo. Eduardo Oteiza señala que la fragilidad de las instituciones en América Latina puede ser una razón para la falta de uniformidad de jurisprudencia, sumada a la existencia de un indeseable nivel de pobreza<sup>40</sup>. El modo como los jueces son reclutados en el sistema de *common law* también es una razón para el mayor respeto que la sociedad les tiene. Son elegidos entre un grupo de profesionales con experiencia, al contrario de lo que ocurre en los sistemas de *civil law*.

Pensamos también que el hecho de que la división entre el pasado y el presente sea menos clara en Inglaterra, hace que se le rindan naturales homenajes a los precedentes del pasado. El *civil law*

<sup>35</sup> STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003.

<sup>36</sup> GOODHART, A. L. Op. cit. p. 58.

<sup>37</sup> GOODHART, A. L. Op. cit. p. 53. Mantuvimos la frase en el idioma original, inglés, por ser la expresión impactante usada: “en una salvajería (igual, en un caos) de decisiones individuales sin conexión entre sí”.

<sup>38</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech y Miguel ALFONSO RUIZ. Op.cit. p. 486.

<sup>39</sup> TARUFFO, Michele. “Institutional Factors Influencing Precedents”. En: “Interpreting Precedents: A Comparative Study”. Editado por Neil MacCormick y Robert S. Sommers. Aldershot: Dartmouth Publishing Company. 1997. p. 440.

<sup>40</sup> “El Problema de la Uniformidad de la Jurisprudencia en Latinoamérica”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal 10. Buenos Aires. 2007. pp. 158-215.

empezó con una ruptura<sup>41</sup> y en Brasil, específicamente, la insatisfacción con el presente hace brotar en todas las psiques la necesidad de reformas. Según nuestro entender, este estado de espíritu influye en la falta de respeto a las decisiones anteriores. *A pesar de todo lo que dijimos* para explicar muchas de las razones por las que no hay en Brasil una cultura de respeto a los precedentes, pensamos que esa actitud TIENE, NECESARIAMENTE, que cambiar.

Absolutamente inocuos o sin rendimiento práctico expresivo serán, por ejemplo, los artículos 557, 518 numeral 1, 285-A, 543-B y C del Código Procesal Civil si no se altera esta actitud del Poder Judicial brasileño. El cambio de la jurisprudencia a lo largo del tiempo es realmente necesario y saludable para la sociedad. Pero única y exclusivamente en casos disciplinados por reglas relacionadas con características de la sociedad como, por ejemplo, el entendimiento que se tenga acerca de lo que sea una *mujer honesta*. Este ejemplo es académico, pero expresivo. De la misma manera como el pasar de las décadas autorizó una nueva interpretación de la expresión *buen padre de familia*.

Con relación a casos como los nombrados, sin embargo, debe haber uniformidad en la interpretación de los tribunales *bajo un mismo momento* histórico, so pena de haber multiplicidad de reglas de conducta. En distintas hipótesis en que esté en juego, por ejemplo, la incidencia de

un tributo sobre cierto tipo de negocio jurídico, la jurisprudencia, una vez uniformada, no se debe alterar. Si los poderes constituidos desean que cambie "la regla del juego", la ley es la que debe ser alterada, nunca el entendimiento jurisprudencial a respecto de ella, que tiene que ser el mismo, en un sólo momento histórico y no modificarse más. Admitir decisiones diferentes concomitantes o, los llamados grandes vuelcos, es negar el Estado de Derecho, es estimular la proposición de acciones y el acto de recurrir. ¿A quién le interesa esta situación?

Es necesario que la población tenga condiciones de confiar en las decisiones del Supremo Tribunal Federal, en sus declaraciones, incluso cuando no sean vinculantes. Lo mismo sea dicho sobre los sentimientos que deben inspirarle las decisiones del Supremo Tribunal de Justicia al justiciable. Debe haber una jurisprudencia firme *DE LAS CORTES*, y no *personal*, de cada uno de sus Ministros. Es preciso abandonar la concepción cínica de que el juez del *civil law* no crea Derecho, puesto que lo crea, porque hoy resulta inevitable. El juez lo hace al interpretar un concepto vago, al reconocer en el mundo empírico situaciones que se encajan en una cláusula general o al decidir con base en principios, en la ausencia de previsión legal expresa. Pero esta libertad es del Poder Judicial y no del juez. Fijada la regla, debe ser respetada, y se debe aplicar a todos los casos iguales bajo pena de confrontar de manera intolerable el principio de la igualdad ante la ley.

<sup>41</sup> Ver sección II.