

COLECCIÓN CIENCIAS JURÍDICAS

BASES PARA UN SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIALES



EDITORIAL
CUSCATLECA

LUIZ GUILHERME MARINONI

Profesor titular de Derecho Procesal Civil
Universidad Federal de Paraná, Brasil

BASES PARA UN SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIALES



EDITORIAL
CUSCATLECA

San Salvador, El Salvador

Directores editoriales:

Henry Alexander Mejía y Héctor Tulio Baires

Consejo científico editorial

Luis Moisset de Espanés (Argentina)

Luiz Guilherme Marinoni (Brasil)

Sergio Cruz Arenhart (Brasil)

Daniel Mitidiero (Brasil)

Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (España)

Jorge Fernández Ruiz (México)

Karlos Navarro Medal (Nicaragua)

El presente libro es la traducción de los capítulos I y II de la obra brasileña titulada «*Precedentes obligatorios*». 2ª edición, publicada por la editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BASES PARA UN SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIALES, 1ª edición.

LUIZ GUILHERME MARINONI

Traductor: HÉCTOR TULIO BAIRE

Objetivos de la colección:

La colección ciencias jurídicas de editorial cuscatleca publicará obras científicas que tengan relevancia para desarrollar y fortalecer el sistema jurídico salvadoreño a través de la divulgación de doctrina nacional y extranjera.

OBRAS DEL AUTOR

A: EN PORTUGUÉS:

1. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
2. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Editorial Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1995.
3. *Novas linhas do processo civil*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
4. *Antecipação da tutela*, 12ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
5. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
6. *Tutela inibitória*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
7. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*, Juruá, Curitiba, 1999.
8. *Comentários ao Código de Processo Civil* - vol. 5, tomo I, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
9. *Comentários ao Código de Processo Civil* - vol. 5, tomo II, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
10. *Tutela específica*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
11. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
12. *Teoria geral do processo*, 7ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
13. *Processo de conhecimento*, 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
14. *Execução*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
15. *Processo cautelar*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
16. *Procedimentos especiais*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
17. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
18. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
19. *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
20. *Coisa julgada inconstitucional*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
21. *Prova*, São Paulo, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
22. *Soluções práticas de direito - direito processual civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
23. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
24. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
25. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

B: EN ESPAÑOL:

1. *Tutela anticipada*, Ara Editores, Lima, 2006.
2. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Ed. Palestra, Lima, 2007.
3. *Tutela Específica de los Derechos*, Ed. Palestra, Lima, 2007.
4. *Abuso de defensa y parte incontrovertida de la demanda*, Ara Editores, Lima, 2007.
5. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*, Lima, Communitas, 2008.
6. *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, Communitas, Lima, 2010.
7. *Fundamentos del Proceso Civil*, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2011.
8. *Precedentes obligatorios*, Palestra, Lima, 2013.

C: COORDINACIONES Y DIRECCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

1. *Estudos de Direito Processual civil*, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
2. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, Vol.4, 3ªed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

PRESENTACIÓN	9
A LA EDICIÓN SALVADOREÑA	13
INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO I.....	19
APROXIMACIÓN CRÍTICA ENTRE LAS JURISDICCIONES.....	19
DEL <i>CIVIL LAW</i> Y DEL <i>COMMON LAW</i>	19
Y LA NECESIDAD DEL RESPETO A LOS PRECEDENTES.....	19
1. Introducción	19
2. El <i>common law</i> : las teorías declaratoria y constitutiva de la jurisdicción	20
3. <i>Common law</i> y <i>stare decisis</i>	28
4. ¿Creación jurisprudencial del derecho en virtud de la omisión del Órgano Legislativo?	30
5. ¿Creación judicial del derecho como consecuencia del <i>stare decisis</i> ?.....	32
6. Verdadero significado del <i>law-making authority</i>	33
7. De la « <i>supremacy of the English parliament</i> » al « <i>judicial review</i> » estadounidense	37
8. Una aclaración: los diferentes significados de la «supremacía del parlamento» en Inglaterra y en Francia	42
9. La superación del iusnaturalismo racionalista por el positivismo y las concepciones de <i>judge make law</i> y de <i>juge bouche de la loi</i>	44
10. El juez como « <i>bouche de la loi</i> ».....	46
11. El problema de la interpretación de la ley en el <i>civil law</i>	52
12. La certeza jurídica como garantía de seguridad.....	56
13. El individualismo del juez del <i>civil law</i>	58
14. El impacto del constitucionalismo en el <i>civil law</i>	60
15. El control de la constitucionalidad de la ley en Brasil	66
16. La adopción del sistema de control difuso de la constitucionalidad y la necesidad del <i>stare decisis</i>	69
17. El juez frente a los conceptos indeterminados y de las reglas abiertas	79
18. <i>Judge make law</i> y decisión judicial, en la ausencia de ley, en el <i>civil law</i>	82
19. La aproximación entre los sistemas del <i>civil law</i> y del <i>common law</i> y la imprescindibilidad del respeto a los precedentes en el sistema brasileño	92

CAPÍTULO II.....	96
DEBATE SOBRE LA NECESIDAD	96
DE RESPETAR LOS PRECEDENTES.....	96
1. Noción de precedente	97
1.1. Precedente y experiencia	97
1.2. Precedente y ejemplo	97
1.3. Precedente y costumbre	99
1.4. Precedente, poder y respeto al pasado.....	100
1.5. El precedente visto en relación al futuro	102
1.6. Precedentes, hechos y derecho	102
1.7. Precedente obligatorio y precedente persuasivo	103
1.8. Eficacias vertical y horizontal de los precedentes	111
2. Razones para seguir los precedentes	114
2.1. Precedentes y seguridad jurídica	114
2.1.1. Estado de Derecho y seguridad jurídica	114
2.1.2. Previsibilidad	116
2.1.3. Estabilidad	122
2.1.4. La relación entre el doble grado de jurisdicción y el respeto a los precedentes en la dimensión de la seguridad jurídica	123
2.1.5. Tutela de la seguridad jurídica y de la confianza	128
2.1.6. La cosa juzgada y el precedente vinculante frente a la tutela de la seguridad jurídica y de la confianza.....	131
2.1.7. Precedente y cosa juzgada erga omnes	133
2.2. Precedente e igualdad	135
2.2.1. El principio de igualdad y su incidencia	135
2.2.2. Igualdad ante la jurisdicción: igualdad en el proceso, igualdad al proceso e igualdad frente a las decisiones judiciales	136
2.2.3. Igualdad ante la ley e igualdad ante la interpretación judicial de la ley	143
2.2.3.1. La plurisignificación del texto de la ley.....	143
2.2.3.2. La técnica legislativa de las cláusulas abiertas	145
2.2.3.3. La legalidad substancial.....	154

2.2.3.4. El control difuso de constitucionalidad de las leyes.....	157
2.3. Coherencia del ordenamiento jurídico.....	161
2.3.1. La lógica de un sistema estructurado sobre tribunales y recursos.....	161
2.3.2. El respeto de la jerarquía.....	163
2.3.3. La coherencia en la afirmación del ordenamiento normativo.....	164
2.4. Control del poder del juez. Garantía de imparcialidad.....	168
2.5. Posibilidad de orientación jurídica.....	171
2.6. Definición de expectativas.....	172
2.7. Desincentivo a la litigación.....	174
2.8. Facilitación de acuerdos.....	176
2.9. Despersonalización de las demandas. Mayor facilidad para la aceptación de la decisión.....	177
2.10. Racionalización del doble grado de jurisdicción.....	178
2.11. Contribución a la duración razonable del proceso.....	180
2.12. Economía de los gastos.....	181
2.13. Mayor eficiencia del Órgano Judicial.....	182
3. Argumentos en contra de la fuerza obligatoria de los precedentes.....	184
3.1. Obstáculos para el desarrollo del derecho y al surgimiento de decisiones adecuadas a las nuevas realidades sociales.....	184
3.2. Obstáculo para la realización de la igualdad substancial.....	189
3.3. Violación del principio de la separación de poderes.....	191
3.4. Violación de la independencia de los jueces.....	198
3.5. Violación del juez natural.....	204
3.6. Violación de la garantía del acceso a la justicia.....	204
BIBLIOHEMEROGRAFÍA.....	206

PRESENTACIÓN

El derecho salvadoreño está de enhorabuena con la publicación de «*Bases para un Sistema de Precedentes Judiciales*» del profesor brasileño Luiz Guilherme MARINONI. Es que se trata de una obra forjada por la fogosa, acertada y crítica pluma de uno de los mejores procesalistas del *civil law* realizada *in situ*, en uno de los países (USA) en donde el precedente judicial comparte «soberanía» con la ley.

En tiempos en donde la sociedad salvadoreña ha sido testigo de uno de los choques de poderes nunca antes visto en la historia constitucional, las explicaciones del autor sobre los *fundamentos, utilidad y justificación* del precedente judicial obligatorio son oportunas. En efecto, en momentos en que la Asamblea Legislativa afirma ser el defensor de la Constitución, en momentos en que se dice que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia *no es el intérprete supremo* de los derechos fundamentales de los salvadoreños, la luz esclarecedora de los argumentos contenidos en esta obra nos ayudan a entender por qué los precedentes judiciales deben ser respetados.

En ese sentido el profesor MARINONI nos lleva de la mano a través de un recorrido *histórico dogmático* para aleccionarnos sobre cuál debe ser la posición teórica-práctica a tener (nos sintamos o no demócratas) con respecto a la cuestión de las *funciones principales* asignadas a los órganos del Estado en batalla, a saber: el legislativo y el judicial. Ello porque se nos ha hecho creer a los juristas del *civil law* una fantasía que en el presente texto es denunciada y sentada en el banquillo de los acusados ¿cuál? Pues que el Órgano Judicial no crea derecho en los casos en que no exista norma y que, al hacer esto, se comete una herejía que necesita purgarse.

Existen otras conclusiones que el lector sacará por sí mismo. No obstante, la impresión que causará la obra en la mente del amigo lector lo dejará extasiado: se trata de una *batalla por el respeto a los precedentes judiciales* y en especial por la interpretación surgida del control de constitucionalidad (*stare decisis, stricto sensu*). A las filas para defender esta posición nos llama la fuerza expansiva de los razonamientos

históricos dogmáticos desarrollados. Corresponde a cada uno decidir en qué lado está, pero lo que quedará claro es que la posición del *imperialismo legislativo* no se puede sostener sin sonrojarse.

Adicionalmente, si las consideraciones expuestas no fueran suficientes para aceptar la invitación a estudiar las teorías transmitidas en esta obra, alguien podría cuestionar la utilidad práctica de la misma y su aplicación al derecho patrio.

En esa línea, el autor expone que el deber de respetar los precedentes es un imperativo para alcanzar la *seguridad jurídica y la previsibilidad* en las decisiones judiciales. En consecuencia, un tribunal que no respete el precedente del tribunal superior o su propio precedente (autoprecedente), se arriesga a que su *decisión sea atacada* por los *medios impugnativos* del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) y a través del *amparo contra sentencia*.

Por razones de espacio solo se trata el primer mecanismo. El CPCM estatuye una norma que brinda la recepción legislativa de las teorías expuestas en este libro, se trata del artículo 216 que establece *el deber de motivación* de las resoluciones judiciales. Esta norma prescribe que: «Salvo los decretos, todas las resoluciones será debidamente motivadas (...) *especialmente cuando el juez se aparte del criterio sostenido en [un] supuesto semejante*».

Todos estarán de acuerdo que al ser la motivación uno de los requisitos esenciales de la sentencia (o de la resolución), la falta de esta, por omisión en fundamentar la revocación del precedente (*overruling*), afecta a la seguridad jurídica, por tanto, habilita el *recurso de apelación* en los términos del número 1 del artículo 510 del CPCM que prevé tal medio de ataque a fin de revisar «La aplicación de las normas que rigen los actos y *garantías del proceso*» y está claro que la seguridad jurídica y la igualdad son parte del proceso constitucionalmente configurado o *due process*. Por supuesto que también se podrá pedir la nulidad según los artículos 232 al 238 del CPCM, por ser la nulidad el efecto típico de la

falta de motivación¹. Pero hay más: la falta de respeto al precedente habilita el *recurso de casación*.

En efecto, el número 14 del artículo 523 del CPCM considera, como motivo de forma para casar una sentencia, la « (...) infracción de *requisitos internos y externos de la sentencia*». Lógicamente, si la motivación es uno de estos requisitos, *la falta de fundamentación jurídica*, en el cambio o irrespeto al precedente judicial, hace anulable una sentencia que tenga tal vicio.

Finalmente, es necesario invocar la jurisprudencia de la *Sala de lo Constitucional*, la cual está en sintonía con las conclusiones del libro que se publica. La Sala ha establecido claramente que la *ratio decidendi* constituye fuente del derecho, *en igual categoría* que la ley. En ese sentido ha dicho:

«Subsecuentemente, debe afirmarse que la *ratio decidendi* contenida en las providencias jurisdiccionales es una auténtica norma jurídica concretada jurisprudencialmente, la cual es fuente del derecho y, por ello, posee fuerza vinculante. Tal circunstancia genera importantes consecuencias, una de las cuales se refiere a que el tribunal que ha adscrito una norma legal a una disposición jurídica queda vinculado a ella, debido a que, por exigencia de la seguridad jurídica y del principio de universalidad, las entidades judiciales –incluidas las Salas– deben estar dispuestas a mantener, en lo sucesivo, el significado que atribuyan a los enunciados legales que interpretan. Se trata del denominado *autoprecedente* que, en términos generales, alude a la obligación que tiene todo órgano jurisdiccional de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales y futuros y, además, de justificar la diferencia de los que no se rigen por la norma derivada». Auto definitivo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de

¹ Como aclara el profesor Taruffo: «Si, como acabamos de observar de manera sintética, la función extraprocesal de la motivación incide sensiblemente también en la definición del concepto general de ‘actividad jurisdiccional’, tenemos que *todo ello debe ser considerado a la hora de definir los efectos que derivan de la violación de la obligación de motivación* (...). Desde esta perspectiva, en la que confluye la concepción endoprocesal de la motivación y su devaluación sustantiva con la componente voluntarista y autoritaria del *dictum* jurisdiccional, *resulta correcto ubicar el vicio de motivación entre las causas de nulidad de la sentencia*». TARUFFO, M., *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, traducción de Lorenzo Córdoba, Madrid, 2011, págs.403-404. Cursivas fuera del texto.

Justicia, de las nueve horas con un minuto del día veintisiete de octubre de dos mil diez. *Referencia 408-2010*. En el mismo sentido, el autoprecedente las trece horas con quince minutos del día veintinueve de abril de dos mil once. *Referencia 11-2005. Inconstitucionalidad*.

Nótese que también el legislador salvadoreño ha tomado posición, junto con el profesor MARINONI, en *la batalla por el respeto a los precedentes* y se presta a hallar culpable a la fantasía de MONTESQUIEU, según la cual los jueces solo son la boca de la ley. Lo ha hecho en la reciente Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA), la cual, en el inciso tercero del artículo 215 expresa: «Ninguna autoridad judicial *podrá invocar la falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para soslayar ni justificar la violación o amenaza de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*». ¡Tal es el reconocimiento de la doctrina del *law-making authority*!

Esa norma lo que hace simplemente es concluir que el juez no está preso de la ley, pero no se piense que ello solo es aplicable para los jueces de la LEPINA, pues esa facultad no la tienen por ser unos superjueces, a menos que se crea que los demás jueces no son parte de la misma jurisdicción y su autoridad vale menos que nada.

También, como vimos, el CPCM condena la ilusión imperialista de NAPOLEÓN, que negó la interpretación judicial. Toca a los operadores del sistema jurídico, a la doctrina y los estudiantes de derecho tomar posición. ¿Lo harán...?

San Salvador, junio de 2013.

HÉCTOR TULIO BAIRES

A LA EDICIÓN SALVADOREÑA

Palabras de saludos

Es un placer tener mi libro publicado en El Salvador. Agradezco a Héctor Tulio Baires, incansable estudioso que tanto se preocupa con el desarrollo del Derecho en América Latina, por la traducción del texto. Con esta publicación, tengo la esperanza de poder dialogar con los juristas salvadoreños y de algún modo colaborar en el debate de este importante tema. Saludos a todos los amigos y colegas de la Academia.

Paraná, junio de 2013

LUIZ GUILHERME MARINONI

Palavras de Saudação

É um prazer ter o meu livro publicado em El Salvador. Agradeço a Hector Tulio Baires, incansável estudioso que tanto se preocupa com o desenvolvimento do Direito na América Latina, pela tradução do texto. Com essa publicação, tenho esperança em poder dialogar com os juristas salvadoreños e de algum modo colaborar para a discussão desse importante tema. Saúdo a todos os amigos e colegas da Academia.

Paraná, junho de 2013

LUIZ GUILHERME MARINONI