

# LA TUTELA DE LOS DERECHOS COMO FIN DEL PROCESO CIVIL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL\*

Daniel Mitidiero

1. Introducción.- 2. Dignidad de la persona humana y seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional.- 3. El proceso civil como medio para la tutela de los derechos. La necesidad de producción de una decisión justa y de la formación del precedente como imposiciones del Estado Constitucional: dos discursos a partir de la decisión judicial.- 4. La tutela de los derechos en una dimensión particular y en una dimensión general: teoría de la decisión justa y teoría del precedente.- 5. Consideraciones finales. Bibliografía.

## 1. Introducción

El tránsito del Estado Legislativo al Estado Constitucional acarreó una *triple alteración* en lo que concierne a la comprensión del Derecho<sup>1</sup>. Esos tres grandes cambios hicieron que el proceso deje de ser pensado simplemente bajo un *perfil subjetivo*, preordenado apenas para la *resolución de casos concretos* en juicio.

El primer cambio concierne a la teoría de las normas<sup>2</sup>. En el Estado Legislativo, se presuponía que toda norma era sinónimo de *regla*. Los principios eran comprendidos como *fundamentos* para normas, pero *jamás como normas*. En el Estado Constitucional, la teoría de las normas se articula en tres grandes especies: las normas pueden ser encuadradas en *principios, reglas y postulados*. Los principios ganan fuerza normativa pues vinculan a sus destinatarios<sup>3</sup>. Al lado de los principios y de las reglas, se teoriza igualmente a partir de *normas que buscan regular la aplicación de otras normas*, esto es, los postulados normativos<sup>4</sup>. Al lado de ese cambio *cualitativo*, el Estado Constitucional convive con una

---

\* Traducción de Renzo Cavani Brain.

<sup>1</sup> Sobre el tránsito del Estado Legislativo (*Stato di Diritto – Rechtsstaat*) al Estado Constitucional (*Stato Costituzionale – Verfassungsstaat*), cfr. Gustavo ZAGREBELSKY. *Il diritto mite – Legge, diritti, giustizia*, 13ª reimpresión. Turín: Einaudi, 2005, pp. 20-56; sobre su impacto en el concepto de jurisdicción, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1 – *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 21-139; sobre la ideología de la sociedad, de la unidad legislativa y de la interpretación jurídica subyacente al Estado Legislativo, cfr. Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*, 1ª ed., 2º tiraje. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 276-286.

<sup>2</sup> Ampliamente, cfr. Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>3</sup> Mauro BARBERIS. *Stato Costituzionale*. Módena: Mucchi Editore, 2012, pp. 66-71.

<sup>4</sup> De los que son ejemplos la ponderación, la concordancia práctica, la prohibición de exceso, la igualdad, la razonabilidad y la proporcionalidad, de acuerdo con la conocida propuesta de Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*. *Ob. cit.*, pp. 154-185. En el mismo sentido, refiriendo que “Humberto Ávila tiene razón cuando identifica la proporcionalidad (conjuntamente con otros criterios como la prohibición de exceso, etc.) como algo cualitativamente diferente, sea de principios, sea de reglas jurídicas”, Cláudio MICHELON, “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. In Macedo Júnior, Ronaldo Porto; Barbieri, Catarina Helena Cortada (coords.). *Direito e interpretação – Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 274.

*pluralidad fragmentada de fuentes*: la forma “Código” pierde su carácter de plenitud, propio del Estado Legislativo, y pasa a desempeñar una función de *centralidad infraconstitucional*<sup>5</sup>. Abundan *estatutos, legislaciones especiales e instrumentos infralegales* que concurren para la regulación de la vida social<sup>6</sup>. El ordenamiento jurídico adquiere forma *compleja*<sup>7</sup>. De ahí que se suma al cambio cualitativo un cambio igualmente *cuantitativo* en el campo de las normas.

El segundo cambio se refiere a la técnica legislativa. En ese campo, se pasa de una legislación redactada de forma *casuística* a una legislación en donde se mezcla la técnica casuística con la técnica *abierta*. En el Estado Constitucional, el legislador redacta sus proposiciones sea previendo exactamente los casos que quiere regular, particularizando al máximo los términos, las conductas y las consecuencias legales (técnica casuística), sea empleando términos indeterminados, con o sin previsión de consecuencias jurídicas en la propia proposición (técnica abierta). Como fácilmente se percibe, entran en el segundo grupo los *conceptos jurídicos indeterminados* y las *cláusulas generales*: los primeros como especies normativas que, en el soporte fáctico, existe previsión de un término indeterminado así como consecuencias jurídicas legalmente previstas; las segundas, como especies normativas en donde hay previsión de un término indeterminado en el soporte fáctico y no hay previsión de consecuencias jurídicas en el propio enunciado legal<sup>8</sup>.

El tercer cambio atañe al significado de la interpretación jurídica y, en el fondo, a la propia comprensión respecto de la naturaleza del Derecho. Se parte del presupuesto de que la actividad jurisdiccional constituye una actividad de *reconstrucción* del sentido normativo de las proposiciones y de los enunciados fáctico-jurídicos<sup>9</sup> en vista del carácter *no cognitivista y lógico-argumentativo* del Derecho<sup>10</sup>. Como observa la doctrina, “lo esencial es que el Derecho no es meramente descrito o revelado, sino reconstruido a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, a su vez, precisan ser conectados con elementos factuales en el proceso de aplicación. El material normativo, así, no es dado totalmente, sino apenas parcialmente”<sup>11</sup>. Eso quiere decir que se asume la *separación entre texto y norma*; el legislador otorga *textos*, no *normas*. Las normas son fruto de un *otorgamiento de sentido a los textos* por sus destinatarios<sup>12</sup>. Es enorme, por tanto, la diferencia entre la interpretación jurídica en el Estado Legislativo y en el Estado

---

<sup>5</sup> Clóvis do COUTO E SILVA. “O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro”. In Fradera, Vera (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 11-31; Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., pp. 169-270.

<sup>6</sup> Sobre la *decodificación* y la *recodificación* (a partir del eje constitucional), cfr. Natalino IRTI. *L'età della decodificazione*, 4ª ed. Milán: Giuffrè, 1999, y *Codice Civile e società politica*, 7ª ed. Roma: Laterza, 2005.

<sup>7</sup> Riccardo GUASTINI. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè, 1998, pp. 163-164.

<sup>8</sup> Ampliamente, cfr. Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., pp. 273-348.

<sup>9</sup> Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., pp. 33-34; Riccardo GUASTINI. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Turín: Giappichelli, 2006, p. 101.

<sup>10</sup> Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Boloña: Il Mulino, 2007, p. 147.

<sup>11</sup> Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 138.

<sup>12</sup> Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Y ello por causa de la *equivocidad* de los textos jurídicos, que pueden dar ocasión a “interpretazioni sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli”, conforme Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè, 2011, p. 413.

Constitucional: basta percibir que en el primero se presuponía una *unidad entre texto y norma*, entendiéndose que el legislador otorgaba no sólo el texto, sino también la norma, siendo función de la jurisdicción tan solamente *declarar* la norma pre-existente para la solución del caso concreto<sup>13</sup>. El Derecho deja de ser un objeto total y previamente dado que el jurista tiene simplemente que *conocer*, y pasa a ser una “armoniosa composición entre actividades semánticas y argumentativas”<sup>14</sup>.

Es fácil percibir, por tanto, la razón por la cual la doctrina apunta un elocuente cambio de dirección a partir de esa verdadera virada conceptual: de la *vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la ciencia del Derecho (vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*<sup>15</sup> a la *vocación de nuestro tiempo para la jurisdicción (vocazione del nostro tempo per la giurisdizione)*<sup>16</sup> o, más precisamente, para el proceso<sup>17</sup>. A partir de ese tránsito, el proceso civil pasó a responder no sólo a la necesidad de *resolver casos concretos* mediante la emanación de una *decisión justa para las partes*<sup>18</sup>, sino también por la promoción de la *unidad del Derecho* mediante la formación de *precedentes*<sup>19</sup>. De ahí que el proceso civil en el Estado Constitucional tiene por función dar *tutela a los derechos*<sup>20</sup> mediante la emanación de una decisión justa para el caso concreto y la formación de precedentes para la promoción de la unidad del Derecho para la sociedad en general<sup>21</sup>.

---

<sup>13</sup> Sobre la diferencia de las relaciones entre legislación y jurisdicción en el Estado Legislativo y en el Estado Constitucional, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil. Ob. cit.*, pp. 21-139; ALVARO DE OLIVEIRA y Daniel MITIDIERO. *Curso de processo civil*, vol. I, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 123-131.

<sup>14</sup> Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica. Ob. cit.*, p. 254.

<sup>15</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY. *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

<sup>16</sup> Nicola PICARDI. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 2004.

<sup>17</sup> Sobre el paso de la jurisdicción al proceso como polo metodológico del proceso civil, cfr. Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 48-50.

<sup>18</sup> Michele TARUFFO. “Idee per una teoria della giusta decisione”. In *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*. Boloña: Il Mulino, 2002, pp. 219-234.

<sup>19</sup> Ampliamente, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>20</sup> Apuntando la tutela de los derechos como fin del proceso civil, cfr. Vittorio DENTI. *La giustizia civile – Lezioni introduttive* (1989), 2ª ed. Boloña: Il Mulino, 2004, pp. 115-117; Andrea PROTO PISANI. *Lezioni di diritto processuale civile*, 4ª ed. Nápoles: Jovene Editore, 2002, pp. 5-6; Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 363-373; *Curso de processo civil. Ob. cit.*, pp. 240-241; Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 54-55 (tiene traducción al castellano: *Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Renzo Cavani. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, pp. 52-53).

<sup>21</sup> Aunque usando otros términos y tratando apenas y específicamente sobre el problema de la actuación de la *Corte di Cassazione* en Italia, la doble dirección que la aplicación del Derecho al caso concreto puede asumir ya fue bien destacada por Michele TARUFFO. “La Corte di Cassazione e la legge”. In *Il vértice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*. Boloña: Il Mulino, 1991, pp. 90-91: “l’interpretazione della legge, quando è finalizzata all’applicazione della norma ad un caso particolare, può essere orientata in due direzioni diverse: l’una mirante ad individuare la soluzione più giusta in rapporto alla peculiarità del caso concreto; l’altra mirante a stabilire a livello generale quale è il significato più giusto da attribuire alla norma”.

Esta finalidad responde a dos fundamentos muy evidentes del Estado Constitucional: la *dignidad de la persona humana* y la *seguridad jurídica*. Y es precisamente llevando en consideración esos dos elementos que es posible visualizar aquellos *dos importantes discursos* que el proceso civil debe ser capaz de emprender en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de que éste se consustancie en un *ordenamiento* realmente idóneo para la *tutela de los derechos*. Es exactamente dentro de este cuadro teórico que el presente ensayo busca defender que el fin del proceso civil en el Estado Constitucional es la *tutela de los derechos* en esas dos dimensiones.

## 2. Dignidad de la persona humana y seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional

La República Federativa de Brasil se constituye en un Estado Democrático de Derecho fundado en la dignidad de la persona humana (art. 1, inciso III, CF). En esa condición, se consustancia en un Estado Constitucional, sintética y expresiva fórmula<sup>22</sup>, siendo el “Estado de Derecho” y el “Estado Democrático” sus dos corazones políticos<sup>23</sup>. En lo que ahora interesa, importa tener presente que, como Estado de Derecho, se funda en la seguridad jurídica (art. 1, *caput*, CF). Dignidad de la persona humana y seguridad jurídica son dos *principios fundamentales* del ordenamiento jurídico brasileño<sup>24</sup>.

Esos dos principios fundamentan la organización de un proceso destinado a la tutela de los derechos mediante la emisión de una decisión justa y la formación de precedentes judiciales. *Desde el punto de vista del Estado Constitucional, el fin del proceso civil sólo puede ser reconducido a la tutela de los derechos mediante la emanación de una decisión justa y la formación y respeto a los precedentes*. De ahí que la *tutela de los derechos* que debe ser promovida por el proceso tiene una *doble dirección*: se dirige a las *partes* en el proceso y a la *sociedad* en general. Los medios de los que se vale el proceso para la obtención de ese fin son igualmente dos: la *decisión justa* –acompañada, siendo el caso, de todas las técnicas ejecutivas adecuadas para su efectividad– y el *precedente judicial*. De esa manera, se puede tutelar los derechos en el proceso tanto en una *dimensión particular* como en una *dimensión general*.

---

<sup>22</sup> Sintética y expresiva, en la medida que, con ella, se resume todo el contexto en que se encuentra sumergida en general la cultura jurídica contemporánea, conforme anotan Gustavo ZAGREBELSKY. *Il diritto mite*. *Ob. cit.*, pp. 39-50, y Paolo RIDOLA. *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Turín: Giappichelli Editore, 2010, p. 22.

<sup>23</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 98-100.

<sup>24</sup> En cuanto a la dignidad de la persona humana, cfr. Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 81-90; en cuanto a la seguridad jurídica, cfr. Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*. *Ob. cit.*, pp. 201-244. A propósito, obsérvese que la calificación como principio fundamental no excluye la posibilidad de que la dignidad de la persona humana funcione igualmente como regla (Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana*. *Ob. cit.*, p. 87) y que la seguridad jurídica también se manifieste como otra especie normativa (cfr. Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*. *Ob. cit.*, pp. 669-670). Nada obsta que exista una coexistencia de “especies normativas en razón de un mismo dispositivo” (Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*. *Ob. cit.*, p. 68). Del mismo modo, calificar la dignidad de la persona humana y la seguridad jurídica como normas no excluye, de modo alguno, el aspecto axiológico implicado en ellas (así, Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana*. *Ob. cit.*, p. 85; Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*. *Ob. cit.*, p. 250).

La dignidad de la persona humana impone la necesidad de considerar la *tutela de los derechos* como fin del proceso. La *juridicidad* por la cual se pauta el Estado Constitucional –esto es, su *parámetro jurídico de actuación* y la *efectiva actuabilidad de los derechos*– asegura *inmediatamente* la necesidad de una *decisión justa* como *medio particular* para la obtención de la tutela de los derechos. El foco directo aquí son las partes en el proceso. Por su parte, la *seguridad jurídica* impone *inmediatamente* que sea imprescindible que el Derecho sea cognoscible, estable, confiable y efectivo mediante la formación y el respeto a los precedentes como *medio general* para la obtención de la tutela de los derechos. El foco directo aquí es el orden jurídico y la sociedad civil como un todo. Solidariamente implicados, dignidad de la persona humana y seguridad jurídica imponen la tutela de los derechos como la finalidad del proceso civil en el Estado Constitucional.

La dignidad de la persona humana constituye una “calidad integrante e irrenunciable de la propia condición humana”<sup>25</sup> y funciona al mismo tiempo como “valor-fuente del ordenamiento jurídico”<sup>26</sup>, fundamento y medida del Estado de Derecho y de innumerables derechos fundamentales<sup>27</sup>. En lo que ahora interesa, la colocación de la dignidad de la persona humana como principio fundamental del Estado Constitucional impone como “tarea”<sup>28</sup> para la doctrina la *realización de una teorización del derecho a partir de la persona humana* y no a partir del Estado. Dicho de otro modo, el reconocimiento de la persona humana como fundamento del ordenamiento jurídico revela que el Estado “es una organización política que sirve al hombre” y que, por tanto, “no es el hombre que sirve a los aparatos político-organizativos”<sup>29</sup>. De allí que, “consagrando expresamente, en el título de los principios fundamentales, la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos de nuestro Estado democrático (y social) de Derecho (art. 1, inciso III, CF), nuestro constituyente de 1988 –a ejemplo de lo que ocurrió, entre otros países, en Alemania–, además de haber tomada una decisión fundamental respecto del sentido, finalidad y justificación del ejercicio del poder estatal y del propio Estado, reconoció categóricamente que es el Estado que existe en función de la persona humana, y no al contrario, ya que el ser humano constituye la finalidad principal, y no medio de la actividad

---

<sup>25</sup> Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana. Ob. cit.*, p. 52. Más extensamente, Ingo SARLET (*ibídem*, p. 73) entiende la dignidad de la persona humana como “la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona contra todo y cualquier acto de cuño degradante y deshumano, así como le garanticen las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y co-responsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida”.

<sup>26</sup> Judith MARTINS-COSTA. “Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história”. In *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181, en co-autoría con Gerson Branco.

<sup>27</sup> Sobre las relaciones entre dignidad de la persona humana, Estado de Derecho y derechos fundamentales, cfr. Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana. Ob. cit.*, p. 91-140; *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 58-62. Sobre las relaciones entre Estado de Derecho y derechos fundamentales, también, Antonio Enrique PÉREZ LUÑO. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 218-251.

<sup>28</sup> Sobre la caracterización de la dignidad de la persona humana como “límite y tarea del Estado, de la comunidad y de los particulares”, cfr. Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana. Ob. cit.*, p. 131-140.

<sup>29</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição. Ob. cit.*, p. 225.

estatal”<sup>30</sup>. Vale decir: la persona constituye el “fundamento y fin de la sociedad y del Estado”<sup>31</sup>.

La manera cómo la Constitución brasileña fue ordenada es extremadamente significativa sobre el particular. Por primera vez en nuestro constitucionalismo, la Constitución inicia enumerando “principios fundamentales” (arts. 1 a 4, CF) para proclamar inmediatamente después “derechos y garantías fundamentales” (arts. 5 a 17, CF). Solamente *después* de tratar de la *persona y de sus derechos* es que la Constitución se ocupa de la “organización del Estado” (arts. 18 a 43, CF) y de la organización de los poderes” (arts. 44 a 135, CF). La prioridad de la persona en el orden constitucional en detrimento del Estado es evidente. *Toda y cualquier construcción teórica que no lleve en consideración esa verdadera primacía está destinada a fallar en el test de legitimidad sustancial en que consiste la dignidad de la persona humana en el Estado Constitucional*<sup>32</sup>.

La seguridad jurídica se consustancia al mismo tiempo en fundamento del Estado Constitucional y en una función que debe ser desempeñada por él<sup>33</sup> a fin de viabilizar condiciones institucionales para la autodeterminación de la persona (“*citizens to live autonomous lives*”) y desenvolvimiento de la vida social en circunstancias de mutua confianza (“*mutual trust*”)<sup>34</sup>. La seguridad jurídica es un *principio instrumental* que busca la *efectiva actuabilidad de los derechos*<sup>35</sup>, sin la cual no existe el *imperio de la juridicidad* inherente al Estado Constitucional<sup>36</sup>.

Dado el carácter *no cognitivista y lógico argumentativo* del Derecho<sup>37</sup>, factor que lo coloca en una situación de permanente desenvolvimiento y superabilidad (*defeasibility*)<sup>38</sup>, la seguridad jurídica debe ser comprendida como *cognoscibilidad, confiabilidad, calculabilidad y efectividad* del Derecho<sup>39</sup>. Es cierto que hubo un tiempo en que bastaba

---

<sup>30</sup> Ingo SARLET. *Dignidade da pessoa humana. Ob. cit.*, pp. 79-80.

<sup>31</sup> Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180.

<sup>32</sup> Sobre la dignidad de la persona humana como criterio sustancial de legitimidad, cfr. Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana. Ob. cit.*, p. 92.

<sup>33</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO. *La seguridad jurídica*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 27-28.

<sup>34</sup> Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 16.

<sup>35</sup> Caracterizando la seguridad jurídica como un principio instrumental ligado a la realización de los derechos, cfr. Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica. Ob. cit.*, p. 265.

<sup>36</sup> Neil MACCORMICK. *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford Press University, 2008, p. 60.

<sup>37</sup> Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law. Ob. cit.*, pp. 14-15. Como observa enfáticamente MACCORMICK. *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 229, “a theory of legal reasoning requires and is required by a theory of law”. Y ello porque, como encuadra con gran dosis de razón, Robert ALEXI. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 261, el discurso jurídico no pasa de un “caso particular de un discurso práctico general” (“Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurs”). Interpretar textos jurídicos, en suma, significa interpretar argumentativamente. Cfr. Riccardo GUASTINI. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán: Giuffrè, 2004, p. 7.

<sup>38</sup> Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law. Ob. cit.*, p. 53, y, más ampliamente, pp. 237-253; Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare. Ob. cit.*, pp. 42-43.

<sup>39</sup> Es la tesis de Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica. Ob. cit.*, pp. 250-256.

ver la seguridad jurídica como “determinación normativa” y “garantía de contenido” del Derecho<sup>40</sup>. Esa manera *estática* de comprenderla, sin embargo, se encontraba umbilicalmente vinculada al entendimiento de que el Derecho en sí es un objeto dado total y previamente por el legislador, y que la tarea del intérprete era declarar el “vero (univoco e determinato) significato delle disposizioni legislative”<sup>41</sup>. Con la superación de ese modo *cognitivist* de entender el Derecho en favor de una solución no *cognitivist* y lógico-argumentativa, la seguridad jurídica pasó a constituir la *dinámica* “controlabilidad semántico-argumentativa” y “garantía de respeto” del Derecho<sup>42</sup>.

La seguridad jurídica es un principio que impone, en primer lugar, la *conoscibilità* del Derecho. Es preciso viabilizar el *conocimiento* y la *certeza* del Derecho, sin los cuales no se puede saber exactamente qué es seguro y qué no. Es claro que el hecho de que el Derecho sea expresado en lenguaje –que es indiscutiblemente porosa y polisémica<sup>43</sup>– requiere la comprensión de la seguridad más como *viabilización de conocimiento* que propiamente como *determinación* previa de sentido. La seguridad jurídica exige, por tanto, la *controlabilidad intersubjetiva de los procesos semántico-argumentativos* que conducen al conocimiento y a la certeza del Derecho y la adopción de *criterios racionales y coherentes* para su reconstrucción. En segundo lugar, exige *confiabilidad* del Derecho. El Derecho debe ser *estable* y no sufrir *quiebras abruptas y drásticas*. Evidentemente, no es posible asegurar su *inmutabilidad*, en la medida en que es inherente al Derecho su aspecto cultural y, por tanto, su permanente abertura al cambio. Importa, sin embargo, que la confianza depositada por la persona en el Derecho no sea traicionada, lo que impone *estabilidad y continuidad* normativas y, siendo el caso, previsión de *normas de salvaguarda de la confianza* en momento de crisis de *estabilidad jurídica*. En tercer lugar, impone *calculabilidad*, esto es, *capacidad de anticipación de las consecuencias* normativas vinculadas a los actos y hechos jurídicos y de las *eventuales variaciones* (cuáles y en qué medida) del orden jurídico. También aquí el carácter cultural, no *cognitivist* y lógico-argumentativo del Derecho repele la *previsibilidad absoluta* y determina su sustitución por la noción más elástica de *calculabilidad*. Finalmente, en cuarto lugar, la seguridad jurídica exige *efectividad* del Derecho. Poco importa la certeza, confianza y calculabilidad del Derecho si, en la inminencia o ante su incumplimiento, el

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>41</sup> Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*. *Ob. cit.*, pp. 409-412; Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. *Ob. cit.*, p. 143.

<sup>42</sup> Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*. *Ob. cit.*, p. 272.

<sup>43</sup> De allí la clásica observación de Herbert HART respecto de la “open texture of law” (*The Concept of Law* (1961), 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 124-136). HART, sin embargo, llama la atención sobre la textura abierta del Derecho para marcar una diferencia entre *zonas de certeza* y *zonas de penumbra* en los enunciados jurídicos, dentro de los cuales hay, respectivamente, apenas *declaración* de una *norma preexistente* o *verdadera creación normativa* por parte de los jueces. Con ello, HART acaba retirando consecuencias de la indeterminación de los enunciados jurídicos apenas para los casos que recaen sobre la zona de penumbra. Sobre su teoría de la interpretación y, específicamente, sobre sus presupuestos filosóficos en ese particular, cfr. Vittorio VILLA. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Turín: Giappichelli, 2012, p. 110. Además, subrayando la potencial indeterminación del texto de cualquier enunciado lingüístico, cfr. Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 27; Riccardo GUASTINI. *L'interpretazione dei documenti normativi*. *Ob. cit.*, pp. 64-66; Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*. *Ob. cit.*, pp. 39-44; Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. *Ob. cit.*, p. 56.

Derecho se muestra impotente para imponer su propia *realización*. De ahí que la efectividad, entendida como *realizabilidad*, compone el núcleo esencial del concepto de seguridad jurídica<sup>44</sup>.

La conjugación de la dignidad de la persona humana con la seguridad jurídica impone la necesidad de que pensemos el proceso civil como medio para viabilización de la tutela de los derechos. Y más que ello: dada la triple mudanza del Derecho en el tránsito del Estado Legislativo al Estado Constitucional, esta combinación apunta a la necesidad de que el proceso se estructure de modo a hacer posible la obtención de ese fin en una perspectiva tanto particular como general. Vale decir: mediante la emisión de una decisión justa para las partes y la formación y respeto a los precedentes para la orientación de la sociedad como un todo.

### **3. El proceso civil como medio para la tutela de los derechos. La necesidad de producción de una decisión justa y de la formación del precedente como imposiciones del Estado Constitucional: dos discursos a partir de la decisión judicial**

Si es verdad que el proceso civil en el marco del Estado Constitucional debe ser comprendido como medio para la tutela de los derechos, y que esa tutela debe tener una *doble dirección* y servirse de un *doble discurso*, se hace imprescindible, de un lado, colocar en una *perspectiva crítica* los más diversos fines ya atribuidos al proceso civil a lo largo de la historia, y, de otro, verificar de qué modo el proceso debe estructurarse para comportar el doble discurso que busca la promoción de la tutela efectiva de los derechos.

En líneas generales, el proceso civil, antes de la *Prozeßrechtswissenschaft* y de la *scuola storico-dogmatica*, era animado por el objetivo de realizar el *derecho subjetivo afirmado por la parte* en juicio. Y ello era así porque no existía ningún quiebre conceptual entre derecho subjetivo y acción o, dicho de otro modo, porque no había ninguna autonomía del proceso en relación al derecho material. Era común la exposición de la materia hoy reconducida al campo del derecho procesal civil en adendas (apéndices) de obras destinadas al tratamiento del derecho material<sup>45</sup>. Siendo la acción una consecuencia del derecho subjetivo –y el punto máximo (*Höhepunkt*) de ese modo de pensar típico del Ochocientos es la conocida elaboración de Friedrich Carl von SAVIGNY sobre las *materiellen Aktionenrechts*<sup>46</sup>, su verdadera coronación (*Krönung*) y fin (*Abschluß*)<sup>47</sup>– era

---

<sup>44</sup> Todo conforme Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica. Ob. cit.*, pp. 249-279. Específicamente sobre la efectividad como elemento del concepto de seguridad en el proceso civil, cfr. Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela. Ob. cit.*, pp. 62-63.

<sup>45</sup> Por ejemplo, como observa Riccardo ORESTANO. “Azione. I – L’azione in generale: a) Storia del problema”. In *Enciclopedia del diritto*, IV. Milán: Giuffrè, 1959, p. 790, las *Pandectas* de THIBAUT, hasta la séptima edición, de 1828, incluían como adenda una amplia exposición del derecho procesal civil en su tercer volumen.

<sup>46</sup> En su clásico *System des heutigen römischen Rechts*, tomo V. Berlín: Veit und Comp., 1841, SAVIGNY, después de definir la “*Klage*” (pp. 4-11), clasifica las “*Arten der Klagen*” (pp. 11-150), todas fundadas en distinción ligadas al derecho material (por ejemplo, “*in persona*” e “*in rem*”). De allí la razón por la cual su pensamiento respecto de la acción quedó conocido como derecho de las acciones (*Aktionenrechts*). Como es notorio, la acción no es un concepto abstracto y único en SAVIGNY, perteneciente al derecho procesal, sino un



absolutamente coherente con esa doctrina una *orientación acentuadamente privatista e individualista* respecto de los fines del proceso<sup>48</sup>.

La transformación de la “*procedura*” en “*diritto processuale civile*”<sup>49</sup> fue acompañada por un cambio radical en lo que concierne a los fines del proceso civil. Obra de la doctrina alemana de finales del Ochocientos y de la doctrina italiana del inicio del Novecientos, la aparición del derecho procesal civil como disciplina autónoma fue marcada por una indiscutible virada: de una perspectiva privatista e individualista a una *perspectiva publicista* y, en gran parte, *estatalista* del proceso civil.

Adolf WACH, según CHIOVENDA “il maggiore dei tre illustri giuristi a cui la Germania deve la formazione della sua moderna scienza processuale”<sup>50</sup>, es firme al aseverar: “es incorrecto afirmar la finalidad subjetiva del proceso”<sup>51</sup> (*es ist unrichtig, den Prozesszweck subjektiv zu fassen*), perteneciendo éste a los dominios del “derecho público”<sup>52</sup> (*öffentliches Recht*). De allí que “la finalidad del proceso, diferentemente, es siempre la única y la misma: la realización de la justicia mediante la jurisdicción”<sup>53</sup> (*der Prozesszweck aber bleibt stets ein und derselbe: die Wahrung der Gerechtigkeit durch Uebung der Gerichtsbarkeit*). Presuponiéndose que el ejercicio de la jurisdicción ocurre mediante la interpretación de la ley y que ella busca la declaración de su voluntad (“la finalidad de la interpretación de la ley es la declaración de la voluntad de la ley”<sup>54</sup> – *Zweck der Gesetzeauslegung Klarstellung des Gesetzewillens*), queda claro que el proceso a partir de allí se orienta a la *declaración de la voluntad de la ley* y ya no más a la realización del derecho subjetivo privado sobre el que está fundada la *actio*.

Esa orientación claramente *publicista* acabó incorporando también una dimensión *estatalista* con Giuseppe CHIOVENDA y Piero CALAMANDREI. El primero afirma que el “processo giudiziario” tiene como fin la “attuazione della legge”<sup>55</sup>. Más detenidamente, CHIOVENDA observa que “il processo civile è il complesso degli atti coordinati allo scopo dell’attuazione della legge (rispetto a un bene che si pretende da questa garantito nel caso

---

concepto de derecho material, que admite tantas variaciones cuantos fuesen los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico civil.

<sup>47</sup> Knut Wolfgang NÖRR. “Zur historischen Schule im Zivilprozess- und Aktionenrecht”. In *Iudicium est Actum Trium Personarum*. Goldbach: Keip Verlag, 1993, pp. 84-86.

<sup>48</sup> Mauro CAPPELLETTI. “Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile”. In *Giustizia e società*. Milán: Edizioni di Comunità, 1977, p. 32. Sobre el asunto, también, Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. Ob. cit., pp. 33-34.

<sup>49</sup> Salvatore SATTA. “Diritto processuale civile”. In *Enciclopedia del diritto*, XII. Milán: Giuffrè, 1964, p. 1.101. Para un análisis de las implicaciones de esa transformación en el concepto de jurisdicción y en la naturaleza del acto sentencial, cfr. Carlo NITSCH. *Il giudice e la legge – Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*. Milán: Giuffrè, 2012, pp. 39-128.

<sup>50</sup> Giuseppe CHIOVENDA. “Adolf Wach”. In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I. Milán: Giuffrè, 1993, p. 263. Sobre Adolf WACH, cfr. Dagmar UNGER. *Adolf Wach (1843 – 1926) und das liberale Zivilprozessrecht*. Berlín Duncker & Humblot, 2005.

<sup>51</sup> Adolf WACH. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 4.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>55</sup> Giuseppe CHIOVENDA. “Del sistema negli studi del processo civile”. In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Ob. cit., p. 230.

concreto), per parte degli organi della giurisdizione ordinaria”<sup>56</sup>. CALAMANDREI observa igualmente que el “scopo del processo (anche del processo civile) è l’attuazione del diritto oggettivo”<sup>57</sup>. Agrega, sin embargo, que esta discusión sería más bien situada en el campo del “scopo della giurisdizione, ossia a proposito dello scopo che si propone lo Stato, quando in veste di giudice esercita la funzione giurisdizionale: il quale scopo deve, secondo noi, necessariamente ravvisarsi in prima linea nel mantenimento dell’osservanza del diritto oggettivo, se non si vuol rinnegare quella concezione cosiddetta ‘publicistica’ del processo civile, in difesa della quale ha lavorato la dottrina italiana di quest’ultimo trentennio”<sup>58</sup>.

La doctrina de la época tenía plena consciencia de la virada conceptual realizada por ella misma. Reflexionando sobre el tránsito de la doctrina italiana del *método exegético* al *método histórico-dogmático* y sobre la nueva sistematización del derecho procesal civil, escribe Piero CALAMANDREI que “solo nell’opera di Giuseppe Chiovenda, riassunta nei *Principii* (1ª ediz. 1906, 4ª ediz. 1928) e più tardi nelle *Istituzioni* (1ª ediz., 1933-34, 2ª ediz., 1935-36), sorge da queste isolate premesse il sistema compiuto, nel quale la rivendicazione del diritto processuale al diritto pubblico poggia, come un arco su due pilastri, da una parte sulla nozione della azione intesa in senso concreto quale diritto potestativo tendente alla attuazione della legge, e dall’altra sul concetto di rapporto processuale, che, riportando in primo piano la figura del giudice, riafferma la preminenza, anche nel processo civile, dell’interesse pubblico e della autorità dello Stato”<sup>59</sup>. Con ello, el proceso civil pasa a ser un ambiente de preeminencia del interés público y de la autoridad del Estado.

Es por esa razón que la doctrina posterior observa con total acierto que “la c.d. ‘publicizzazione’ del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della doctrina ottocentesca: il processo non è piú esclusivamente un ‘affare delle parti’ ma un luogo in cui si esprime l’autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l’interesse pubblico all’amministrazione della giustizia; il perno del processo non è piú l’iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è piú visto come una forma in cui si esplica l’autonomia privata nell’esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell’attuazione della legge”<sup>60</sup>. El proceso civil se convierte íntegramente en un instrumento de orientación publicista y “*statilistica*”<sup>61</sup>.

La cuestión está en saber, por tanto, si semejante modo de pensar la finalidad del proceso es soportado por nuestra Constitución. Y la respuesta es evidentemente negativa.

---

<sup>56</sup> Giuseppe CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., 1923, reimpression inalterada. Nápoles: Jovene, 1965, p. 68. En nota al pie, CHIOVENDA esclarece que el concepto adoptado “è in sostanza il concetto di Wach”.

<sup>57</sup> Piero CALAMANDREI. *Istituzioni di diritto processuale civile* (1941). In Cappelletti, Mauro (org.), *Opere giuridiche*, vol. IV. Nápoles: Morano Editore, 1970, p. 73.

<sup>58</sup> *Ibidem*, ídem.

<sup>59</sup> Piero CALAMANDREI. “Gli studi di diritto processuale in Italia nell’ultimo trentennio” (1941). In Cappelletti, Mauro (org.), *Opere giuridiche*, vol. I. Nápoles: Morano Editore, 1965, p. 524.

<sup>60</sup> Michele TARUFFO. *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*. Boloña: Il Mulino, 1980, p. 188.

<sup>61</sup> Michele TARUFFO. “Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1986, p. 1.148, continuación de la nota al pie, n. 69.

La dignidad de la persona humana –puesta como fundamento del Estado Constitucional y como criterio de legitimidad sustancial de todo el orden jurídico– obviamente repele cualquier perspectiva *estatalista* del proceso civil. Siendo el Estado Constitucional un medio para la realización de los fines de la persona humana, es evidente que el proceso civil ambientado en dicho paradigma sólo puede ser encarado a partir de una perspectiva centrada en él. Cualquier teoría que vea como fin del proceso la aplicación de la “*Gesetzwillens*”, de la “*volontà concreta della legge*” o del “*diritto oggettivo*” está en evidente descompás con los compromisos sociales de la Constitución.

La Constitución brasileña exige la colocación de la *tutela de los derechos* como fin del proceso civil<sup>62</sup>. Siendo que el Estado Constitucional está anclado en la persona humana y el Estado de Derecho implicado en él y fundamento en la seguridad jurídica, la finalidad obvia encargada al proceso civil sólo puede encontrarse en la *efectividad de los derechos* proclamados por el orden jurídico. *El Estado Constitucional existe para promover los fines de la persona humana, y esto quiere decir que el proceso civil en el Estado Constitucional existe para dar tutela a los derechos.*

Afirmar la *tutela de los derechos* como fin del proceso civil obviamente no implica retroceder a la comprensión del proceso como simple medio para *realización de derechos subjetivos*, ni en negar el *carácter público* del proceso civil. En realidad, la postura dogmática preocupada en apuntar la tutela de los derechos como fin del proceso busca rescatar el debido “*collegamento tra diritto sostanziale e processo*”<sup>63</sup> sin perder de vista su carácter autónomo. No obstante la “*interdipendenza tra diritto sostanziale e diritto processuale*”<sup>64</sup> en el plano de la efectividad, es cierto que el proceso no se confunde con el derecho material. Y más: como parece evidente, la efectiva tutela de los derechos no puede ser vista como un fin extraño al Estado. El desplazamiento del fin del proceso a su campo, por tanto, lejos de negar el carácter público del derecho procesal civil, apenas busca cortar los “*eccessi pubblicistici*”<sup>65</sup> de su período de formación y apuntar la necesidad de que la tutela de los derechos constituya condición de su legitimación social. *En el fondo, la colocación de la tutela de los derechos como finalidad del proceso corresponde, en la dogmática procesal civil, a la preeminencia reconocida a la persona humana ante el Estado en el plano constitucional.*

La tutela de los derechos que el proceso civil se propone a promover, sin embargo, está lejos de tener una *dimensión puramente particular*, como si el orden jurídico no fuese impactada por las *razones* elaboradas por los jueces en sus decisiones. Por eso, la tutela de los derechos en el proceso, además de viabilizar la protección de derechos individuales o transindividuales afirmados por las partes mediante decisión justa y, siendo el caso, su adecuada efectivización (*dimensión particular de la tutela de los derechos*), también busca propiciar la unidad del derecho mediante la afirmación y respeto a los precedentes judiciales (*dimensión general de la tutela de los derechos*). Tratar los casos con justicia (“*to*

---

<sup>62</sup> En esa línea, por todos, Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória*. *Ob. cit.*, pp. 363-373; *Curso de processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 240-241.

<sup>63</sup> Adolfo di MAJO. *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed. Milán: Giuffrè, 2003, p. 5.

<sup>64</sup> Andrea PROTO PISANI. *Lezioni di diritto processuale civile*. *Ob. cit.*, p. 5.

<sup>65</sup> La feliz expresión es de Eduardo GRASSO. “La dottrina del processo civile alla fine del secolo”. In *Rivista di diritto civile*. Padua: Cedam, 1997, p. 387.

*deal with cases justly*”, como emblemáticamente observa el legislador inglés al enunciar el “*overriding objective*” de las *Civil Procedure Rules, rule 1.1*) y servir a la unidad del Derecho son dos formas de dar tutela a los derechos a las que el proceso civil en el Estado Constitucional se encuentra teleológicamente vinculado.

Ese *doble discurso* que el proceso civil tiene que ser capaz de desempeñar en el Estado Constitucional presupone la construcción de una teoría del proceso idónea para dar cuenta de la necesidad de propiciar la *emisión de una decisión justa para las partes* en el proceso y la *formación y el respeto al precedente judicial para la sociedad como un todo*. Es necesario percibir, por tanto, la necesidad de un doble discurso en el proceso a partir de la decisión judicial, esto es, un discurso ligado a las partes y un discurso ligado a la sociedad<sup>66</sup>. *Sin ese doble discurso, la justicia civil será incapaz de realizar los derechos proclamados por el orden jurídico ni de orientar de forma segura la conducta social*.

#### **4. La tutela de los derechos en una dimensión particular y en una dimensión general: teoría de la decisión justa y teoría del precedente**

La formación de una decisión justa para las partes reclama la conjugación de criterios ligados a la individualización, interpretación y argumentación referente a las normas jurídicas que deben regir el caso concreto llevado a juicio, a la adecuada verificación de la verdad de las alegaciones de hecho formuladas por las partes y a la justicia de la estructuración del proceso<sup>67</sup>. En otras palabras, depende de la composición de criterios concernientes al plano de las normas, al plano de los hechos y al plano del proceso en el que la actividad del juez y de las partes se desarrollará para la obtención de una decisión justa.

En el plano concerniente a la individualización, interpretación y argumentación jurídica, interesa tener presente la dimensión dialógica del proceso<sup>68</sup> –desde su formación hasta su extinción<sup>69</sup>– y la necesidad de que el discurso jurídico sea *racionalmente estructurado y coherente*. Eso quiere decir que el discurso debe ser *intersubjetivamente controlable* a partir de la invocación de *razones relevantes* que conduzcan al mayor grado posible de aceptación racional de la decisión<sup>70</sup>, dado que el *fin* de la justificación está justamente en conducir, a partir de allí, a un grado significativo de aceptación de la decisión<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Daniel MITIDIERO. “Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial”. In *Revista de Processo*, n. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 61-78, cuya traducción está publicada en este libro.

<sup>67</sup> Michele TARUFFO. “Idee per una teoria della giusta decisione”. *Ob. cit.*, p. 224.

<sup>68</sup> ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

<sup>69</sup> Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. *Ob. cit.*, p. 119-173.

<sup>70</sup> Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*. *Ob. cit.*, p. 26.

<sup>71</sup> Por todos, Enrico DICIOTTI. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Turín: Giappichelli, 1999, pp. 68-73.

En el plano atinente a la adecuada verificación de las alegaciones de hecho, gana importancia la colocación de la verdad como objetivo de la prueba<sup>72</sup>. Se trata de un presupuesto ético ineliminable de la conformación del derecho al proceso justo<sup>73</sup>. Como las alegaciones de hecho conciernen al *mundo natural*, el proceso justo adquiere una “dimensione epistemica”<sup>74</sup> y la prueba pasa a ser un instrumento racional para su conocimiento. La verdad debe ser comprendida a partir de la idea de *correspondencia*, de modo que una proposición es verdadera si ella corresponde a la realidad<sup>75</sup>. De allí que la verdad es, al mismo tiempo, *objetiva* –existe fuera del sujeto que la investiga– y *relativa* – el conocimiento que de ella se puede obtener normalmente está fundado en un retrato aproximado de la realidad–<sup>76</sup>. *La decisión será tanto más justa cuanto mayor sea la abertura del proceso hacia la búsqueda de la verdad*. En el plano de la justa estructuración del proceso, ganan relieve los derechos fundamentales procesales que componen el derecho al proceso justo<sup>77</sup>. En especial, la observancia del derecho de acción, defensa, contradictorio, prueba y del deber de fundamentación de las decisiones judiciales. Esos derechos procesales buscan responder a los problemas fáctico-normativos vinculados a la formación de la decisión justa y muy especialmente a los problemas de interpretación (“*proper interpretation of legal materials*”), calificación (“*proper characterization of facts*”), relevancia (“*proper relevance to the legal materials adduced*”) y prueba (“*proper drawing of inference from evidence*” ou “*evaluation of conflicting pieces of evidence*”) inherentes a las disputas judiciales<sup>78</sup>. Todo sumado, el *problema de la decisión justa* acaba siendo un problema cuya *corrección de la solución* se puede verificar a partir de un adecuado discurso vinculado a la *fundamentación* de las decisiones judiciales<sup>79</sup>, donde es posible verificar al mismo tiempo la *verdad de las proposiciones de hecho* y la *ocurrencia*

---

<sup>72</sup> Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè, 1992, pp. 1-66; Michele TARUFFO. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, pp. 74-134 (hay traducción disponible en portugués: *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*, trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012); Jordi FERRER BELTRÁN. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 18; Jordi NIEVA FENOLL. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 66.

<sup>73</sup> Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. *Ob. cit.*, p. 108. También, sobre las relaciones entre prueba y verdad, verdad, verosimilitud y probabilidad y sobre los modos de verificación de la verdad en el proceso civil, cfr. Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*. *Ob. cit.*, pp. 95-111.

<sup>74</sup> Michele TARUFFO. *La semplice verità*. *Ob. cit.*, pp. 135-192.

<sup>75</sup> Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*. *Ob. cit.*, pp. 36-38.

<sup>76</sup> Michele TARUFFO. *La semplice verità*. *Ob. cit.*, p. 83.

<sup>77</sup> Sobre el derecho al proceso justo y los derechos fundamentales procesales que lo componen, cfr. Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 615-681, en co-autoría con Ingo SARLET. También, cfr. Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>78</sup> Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Ob. cit.*, p. 27; Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*. *Ob. cit.*, p. 274.

<sup>79</sup> Así, Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. *Ob. cit.*, pp. 67-75; Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*. *Ob. cit.*, p. 34; Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. *Ob. cit.*, p. 11. Sobre el problema en la perspectiva de la teoría del Derecho, cfr. *Ibidem*, pp. 11/47; en la perspectiva de la teoría del proceso, cfr. Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975; Jürgen BRÜGGEMANN. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlín: Duncker & Humblot, 1971; Tomás-Javier ALISTE SANTOS. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011; Ana de Lourdes Coutinho SILVA. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012; Daisson FLACH. *Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea*. Tesis de Doctorado, UFRGS, Orientador Professor Doctor Danilo Knijnik, 2012.

de los enunciados jurídicos que componen el esquema *lógico-argumentativo* en que se consustancia la decisión judicial como un todo.

La formación y el respeto al precedente judicial exigen ciertamente una adecuada teoría de los precedentes<sup>80</sup>. Y ello porque es tarea del precedente *reducir el ámbito de equivocidad* inherente al Derecho, viabilizando su mayor cognoscibilidad. La necesidad de seguir precedentes no puede ser seriamente contestada en el Estado Constitucional, dada la exigencia de seguridad jurídica que le sirve de base. Como observa la doctrina, “*it is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*”<sup>81</sup>. Vale decir: constituye un “requisito elemental de justicia” tratar “casos iguales de modo igual y no de modo arbitrariamente diferente”<sup>82</sup>. Comprendida en la perspectiva del Estado Constitucional, esa lección nos remite automáticamente al reconocimiento de la vigencia de la regla del *stare decisis* entre nosotros<sup>83</sup> y al problema de la construcción de una teoría del precedente judicial constitucionalmente adecuada al derecho brasileño.

Eso quiere decir que los conceptos ligados a la *identificación* del precedente (*ratio decidendi* y *obiter dictum*) y al *trabajo* con el precedente –necesidad de realizar distinciones (*distinguishing*), de señalizaciones para el cambio de precedente (*signaling* y *drawing of inconsistent distinctions*), de superación total (*overruling*) o parcial del precedente (*overturning*, de la que son especies la *transformation* y la *overriding*) y concerniente a la eficacia de su superación (*prospective overruling*)– deben ser trabajados por la doctrina, sin lo cual difícilmente se podrá operar bien el sistema<sup>84</sup>. Es imprescindible, por tanto, un adecuado discurso ligado a la teoría de los *precedentes judiciales*.

La fidelidad al precedente consiste en el respeto a las *razones necesarias* y *suficientes* empleadas por el Supremo Tribunal Federal y por el Superior Tribunal de Justicia para la solución de una determinada *cuestión* de un caso<sup>85</sup>. Constituye, por tanto,

---

<sup>80</sup> Entre otros, en la doctrina brasileña, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Precedentes obrigatórios*. *Ob. cit.*; Luiz Guilherme MARINONI (coord.). *A força dos precedentes*, 2ª ed. Salvador: JusPodium, 2012; José Rogério Cruz e TUCCI. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; Francisco ROSITO. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012; Patrícia MELLO. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Río de Janeiro: Renovar, 2008; Caio TARANTO. *Precedente judicial – Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Río de Janeiro: Forense, 2010; Thomas da Rosa de BUSTAMANTE. *Teoria do precedente judicial – A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012; Otávio MOTTA. “Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro”. In Mitidiero, Daniel (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodium, 2012, pp. 263-320.

<sup>81</sup> Rupert CROSS y J. W. HARRIS, *Precedent in English Law* (1991), 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 3.

<sup>82</sup> Cláudio MICHELON. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Ob. cit.*, p. 282.

<sup>83</sup> Hermes ZANETI Jr. *Processo constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252.

<sup>84</sup> Esbozar una teoría del precedente judicial está fuera del propósito de este trabajo. Los conceptos mencionados, sin embargo, fueron brevemente trabajados por nosotros en el ensayo “Fundamentação e precedente”. *Ob. cit.* Sobre el asunto, con amplio recurso a las fuentes, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Precedentes obrigatórios*. *Ob. cit.*, pp. 224-228.

<sup>85</sup> Para la identificación de la *ratio decidendi* en la tradición del *common law* son notorios el test de Wambaugh y el método Goodhart. Sobre el asunto, en la doctrina inglesa, Rupert CROSS y J. W. HARRIS. *Precedent in English Law*. *Ob. cit.*, pp. 52-71.

respeto a la *ratio decidendi*, que viene a ser la *universalización de las razones necesarias y suficientes* que constan en la *justificación judicial* ofrecidas por las Cortes Supremas para la solución de determinada cuestión de un caso<sup>86</sup>. Esta es la *dimensión objetiva* del precedente<sup>87</sup>. Lo que no se ofrece como *indispensable* para la sustentación de la solución de la cuestión no puede ser considerado como integrante de la *ratio decidendi* y compone la categoría del *obiter dictum* (literalmente: dicho de paso, por el camino – *saying by the way*)<sup>88</sup>, cuyo contenido no constituye precedente<sup>89</sup>. Eso quiere decir que el respeto al precedente presupone, *en primer lugar*, su *reconocimiento* por el juez encargado de aplicarlo y, *en segundo lugar*, la *individualización de los presupuestos fáctico-jurídicos* que vuelven los casos idénticos o similares y que justifican la aplicación del precedente<sup>90</sup>. Aquí, el raciocinio judicial es eminentemente analógico<sup>91</sup>. El respeto al precedente presupone, de ese modo, jueces sensibles y atentos a las particularidades de los casos y capaces de emprender sofisticados procesos de *aprehensión* y *universalización* de razones y *comparación* entre casos, lo cual es un *papel nada autónomo y ciertamente decisivo* para la promoción de la tutela del derecho.

La unidad del Derecho que debe ser promovida por el Supremo Tribunal Federal y por el Superior Tribunal de Justicia por medio de precedentes se mueve tanto *retrospectiva* como *prospectivamente*. Para que ambas direcciones puedan ser trazadas, la regla del *stare decisis* tiene que ser observada de forma *horizontal* y *vertical* por todos los órganos del Poder Judicial.

La expresión *stare decisis* es proveniente del brocardo *stare decisis et non quieta movere* y busca garantizar la *estabilidad* y la *confiabilidad* del precedente. Con la *determinación del significado* del Derecho a partir de determinado caso en el *precedente*, lo cual se orienta a proporcionar su *cognoscibilidad*, la estabilidad del ordenamiento jurídico es asegurada por la *necesidad de respeto a aquello que fue decidido anteriormente*. Ello genera confianza en su *manutención* por un determinado período de tiempo y en su *aplicación* a los casos futuros idénticos y semejantes. La regla del *stare decisis*, por tanto, es la regla por la cual la seguridad jurídica es promovida judicialmente en un sistema que respeta precedentes.

La primera condición para que exista seguridad jurídica por el precedente es que éste sea *respetado por la propia corte* que lo emitió. No es coincidencia que esa *dimensión horizontal* del *stare decisis* –que vincula a los propios miembros de la corte que formó el

---

<sup>86</sup> Neil MACCORMICK. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Ob. cit., p. 215; Neil MACCORMICK. “Why Cases Have *Rationes* and What These Are”. In Goldstein, Laurence (coord.). *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 170; Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*. Ob. cit., p. 264.

<sup>87</sup> Michele TARUFFO. “Dimensioni del precedente giudiziario”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1994, p. 419; José Rogério Cruz e TUCCI. *Precedente judicial como fonte do Direito*. Ob. cit., pp. 305/306.

<sup>88</sup> Neil DUXBURY. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68.

<sup>89</sup> Rupert CROSS y J. W. HARRIS. *Precedent in English Law*. Ob. cit., p. 81.

<sup>90</sup> Michele TARUFFO. “Precedente e giurisprudenza”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 2007, p. 712.

<sup>91</sup> Rupert CROSS y J. W. HARRIS. *Precedent in English Law*. Ob. cit., pp. 26-27 y 192.

precedente— haya sido la primera en ser afirmada expresamente en el derecho inglés<sup>92</sup>. Si la propia corte responsable por la formación del precedente no se sintiese sometida a su fuerza vinculante, es claro que la cognoscibilidad y la estabilidad del orden jurídico quedarían debilitadas y seriamente comprometidas<sup>93</sup>. Sin *auto-vinculación*, el precedente no tendría cómo contar con ningún tipo de fuerza de orientación. Es claro, sin embargo, que de nada sirve en términos de seguridad jurídica asegurar el respeto de la propia corte al precedente *si las demás cortes sometidas a ella no lo respetasen igualmente*. Siendo la organización judicial una *organización jerarquizada* (“*chain of command*”<sup>94</sup>), en donde determinados órganos tienen competencia para revisar las decisiones de otros, la seguridad jurídica depende del efectivo respeto al precedente por las cortes que se encuentran en la base de la organización judicial. De lo contrario, el precedente no tendría ningún influjo sobre la actividad de esas cortes ni tampoco tendría condiciones de viabilizar la *igualdad* de todos ante el ordenamiento jurídico ni proporcionar *seguridad* al justiciable en su pronta aplicación. De allí la razón por la cual es igualmente esencial para la promoción de la seguridad jurídica la *dimensión vertical* del *stare decisis*, esto es, la vinculación de todos los jueces y de las Cortes de Justicia a aquello que fue decidido por las Cortes de Precedentes<sup>95</sup>. La conjunción de ambas dimensiones asegura un *fuerte sentimiento de unidad institucional del Poder Judicial*, imprescindible para su actuación *orquestrada*.

La combinación del *stare decisis* horizontal y vertical asegura la unidad del Derecho en una perspectiva *retrospectiva*, esto es, garantiza que una *cuestión cuya solución era variable* en la actividad de los tribunales sea resuelta *uniformemente* en un determinado período de tiempo por fuerza del precedente. Sin embargo, como la unidad del Derecho que debe ser promovida por las Cortes Supremas también es *prospectiva*, vale decir, debe ser suficientemente abierta para permitir el tratamiento de *nuevas cuestiones sociales* y la *continua evolución del Derecho*, la regla del *stare decisis* horizontal puede ser justificadamente dejada de lado por la *corte responsable por el precedente*. Eso quiere decir que las Cortes Supremas pueden, para promover la unidad del Derecho prospectivamente, apartarse *justificadamente* de los propios precedentes, superándolos total (*overruling*) o parcialmente (*overturning*) mediante su transformación (*transformation*) o reescritura (*overriding*).

La *superación total* de un precedente (*overruling*) constituye la respuesta judicial al desgaste de su *doble coherencia* (congruencia social y consistencia sistémica)<sup>96</sup> o a un

---

<sup>92</sup> En el célebre caso *London Tramways v. London County Council*, decidido en 1898 por la *House of Lords*, conforme CROSS y HARRIS (*Ibidem*, p. 102).

<sup>93</sup> Frederick SCHAUER. *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 43-44.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>95</sup> Michele TARUFFO. “Dimensioni del precedente giudiziario”. *Ob. cit.*, p. 416.

<sup>96</sup> El término coherencia, en ese pasaje, es empleado en sentido amplio y abarca tanto el concepto de congruencia social (*social congruence*) como el de consistencia sistémica (*systemic consistency*). Como recuerda Melvin EISENBERG. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 44, “the term coherence has several senses, depending on the type of material to which it is applied. One sense of the term is the ‘integration of social and cultural elements based on a consistency pattern of values and a congruous set of ideological principles’ – or coherence as congruence. A second sense is a ‘systematic or methodical connectedness or interrelatedness [especially] when governed by logical principles’ – or coherence as consistency”.



*evidente equívoco* en su solución<sup>97</sup>. Cuando el precedente carece de doble coherencia o es evidentemente equivocado y los principios básicos que sustentan la regla del *stare decisis* – seguridad jurídica e igualdad– dejan de autorizar su replicabilidad (*replicability*), el precedente debe ser superado, bajo pena de que el proceso de continua evolución del Derecho se estanque<sup>98</sup>. Esa conjugación es entendida por la doctrina como la norma básica para la superación de precedentes (*basic overruling principle*)<sup>99</sup>.

La *alteración parcial* de un precedente (*overturning*) puede ocurrir mediante su transformación (*transformation*) o reescritura (*overriding*). Ello porque para la promoción de la unidad prospectiva del Derecho puede no ser *oportuna* o *necesaria* la superación total del precedente. Hay *transformación* cuando la corte, sin negar formalmente el precedente, esto es sin admitir un desgaste o equívoco de la antigua solución, *lo reconfigura parcialmente*, tomando en consideración aspectos fáctico-jurídicos *no tomados como relevantes* en la decisión anterior. En síntesis, la transformación sirve para alterar en parte el precedente con la producción de un resultado compatible con él<sup>100</sup>. Por su parte, hay *reescritura* cuando la corte *redefine el ámbito de incidencia* del precedente. El precedente es normalmente reescrito con el fin de restringir su ámbito de aplicación. A partir de la reescritura, algo que *no fue considerado* en la decisión anterior es sopesado y su alcance, allí, es comprimido<sup>101</sup>.

Es evidente que apenas la corte que es responsable por la formación del precedente puede apartarse de él legítimamente. Vale decir: apenas el Supremo Tribunal Federal puede apartarse de sus precedentes constitucionales y el Superior Tribunal de Justicia de sus precedentes federales. Las Cortes de Justicia y los jueces de primer grado ligados a ella *no pueden dejar de aplicar un precedente por el hecho de no concordar con la solución formulada en él*, esto es, con su contenido<sup>102</sup>. *Es un equívoco que proviene de la falta de comprensión de la naturaleza del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia como Cortes Supremas* –de interpretación y no de control, de precedentes y no de jurisprudencia– *imaginar que los Tribunales de Justicia y los Tribunales Regionales*

---

<sup>97</sup> Michael GERHARDT. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 19.

<sup>98</sup> La posibilidad de que la antigua *House of Lords*, por ejemplo, se aparte de sus propios precedentes fue reconocida por el *Practice Statement* de 1966, emanado de la propia Corte, siendo una de las razones enumeradas para fundamentar ese poder el hecho de una “rigid adherence to precedent” implique restricción al “proper development of the law” (Rupert CROSS y J. W. HARRIS. *Precedent in English Law*. *Ob. cit.*, p. 104).

<sup>99</sup> Melvin EISENBERG. *The Nature of the Common Law*. *Ob. cit.*, pp. 104-105; Luiz Guilherme MARINONI. *Precedentes obrigatórios*. *Ob. cit.*, pp. 390-403.

<sup>100</sup> Melvin EISENBERG. *The Nature of the Common Law*. *Ob. cit.*, pp. 132-135.

<sup>101</sup> *Ibidem, ídem*.

<sup>102</sup> Como correctamente observa Lord DEVLIN en *Jones v. DPP*, decidido por la *House of Lords* en 1962 (según informan Vincenzo VARANO y Vittoria BARSOTTI. *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, 3ª ed. Turín: Giappichelli, 2006, p. 299). A propósito, subrayando la gravedad institucional y moral en el rechazo de la adopción de un precedente, Rupert CROSS y J. W. HARRIS. *Precedent in English Law*. *Ob. cit.*, p. 99, observan que “if a judge persistently and vociferously declined to follow cases by which he was bound according to countless statements of other judges, it is possible that steps would be taken to remove him from his office, but it would be a mistake to think in terms of such drastic sanctions for the judge’s obligation to act according to the rules of precedent. Those rules are rules of practice, and, if it is thought to be desirable to speak of a sanction for the obligation to comply with them, it is sufficient to say that non-compliance might excite adverse comments from other judges”.

*Federales pueden apartarse de los precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia por no estar de acuerdo con las razones y las soluciones formulados en aquellos.*

Una Corte de Justicia que se aparta de un precedente que debe aplicar, precedente formulado por una Corte Suprema, *no está divergiendo de ella*. Está, en realidad, *desobedeciendo* a la interpretación de la legislación formulada por la Corte Suprema. La posibilidad de *divergencia* presupone cortes que ocupen el *mismo grado en la jerarquía judicial*<sup>103</sup>. Imaginar que una Corte de Justicia pueda contrariar o dejar de aplicar un precedente de una Corte Suprema por no concordar con su contenido equivale a suponer que *inexiste orden u organización* en la estructura del Poder Judicial y que todas las cortes judiciales desempeñan la *misma función* dentro del sistema de distribución de justicia, lo cual, como es obvio, constituye un manifiesto equívoco.

Más que ello, la suposición de que la regla del *stare decisis* puede ser violada por el simple desacuerdo de los jueces obligados a seguir el precedente respecto del acierto o desacierto de la solución contenida en él, ignora la diferencia básica existente entre *aprender* con el pasado (“*learning from the past*”) y *seguir* el pasado (“*following the past*”) <sup>104</sup>, esto es, la diferencia entre *experiencia* (“*experience*”) y *precedente* (“*precedent*”) <sup>105</sup>. Si determinado juez está convencido (*persuadido*) de la *bondad* de cierta solución anterior, al aplicarla rigurosamente no está razonando con base en el precedente. Él simplemente está valiéndose de lo aprendido ofrecido por determinada experiencia anterior. Sin embargo, cuando “courts are constrained by precedent, they are obliged to follow a precedent not only when they think it correct, but even when they think it incorrect. It is the precedent’s source or status that gives it force, not the soundness of its reasoning or the belief of the instant court that its outcome was correct”<sup>106</sup>. La *autoridad* del precedente, al contrario del *acierto* de la experiencia, es lo que efectivamente cuenta para justificar el deber de seguir precedentes.

No obstante, eso no quiere decir que los jueces de primer grado, los Tribunales de Justicia y los Tribunales Regionales Federales no puedan manifestar ninguna *discordancia* con determinado precedente. Es evidente que pueden, inclusive por fuerza constitucional, ya que es libre la manifestación de pensamiento en un Estado Democrático (arts. 1, *caput*, y 5, inciso IV, CF). Lo que los jueces de primero y segundo grado [*desembargadores*] que componen las Cortes de Justicia no pueden es *usar sus razones disidentes para juzgar el caso concreto*. Y ello porque la *violación del precedente es dañina para las partes*, que en ese caso pasan a tener la carga de interponer recurso a la Cortes Supremas para poder ver el caso apreciado de acuerdo con el Derecho, con manifiesta violación de la igualdad, de la seguridad jurídica y de la duración razonable del proceso. Pero también es *dañina para el propio Poder Judicial*, que pasa a tener el deber de actuar apenas para reafirmar aquello que ya se encuentra debidamente solucionado con el precedente, con manifiesto perjuicio a la eficiencia administrativa y a la racionalización de la actividad judicial. Como observa la

---

<sup>103</sup> Luiz Guilherme MARINONI. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit.

<sup>104</sup> Frederick SCHAUER. *Thinking like a Lawyer*. Ob. cit., p. 38.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 41.

doctrina, la ausencia de uniformidad en la aplicación del Derecho causa un *daño actual* y un *daño potencial* al sistema jurídico: la existencia de dos decisiones diferentes para casos iguales acarrea la *inmediata* violación del *derecho a la igualdad* de todos ante el ordenamiento jurídico y produce *tendencialmente* un sentimiento de *inseguridad jurídica* por la ausencia de cognoscibilidad del Derecho<sup>107</sup>. No existe ninguna razón jurídica que autorice agresiones de tamaña envergadura al Estado Constitucional.

Una alternativa interesante para viabilizar la manifestación de la discordancia de los jueces y de las Cortes de Justicia en relación a los precedentes de las Cortes Supremas sin perjudicar las partes y la racionalidad del sistema de distribución de justicia reside en la adopción de la práctica de una especie de *dissenting opinion* –o simplemente *dissent*– en la redacción de las decisiones judiciales. Aunque sea una práctica oriunda de la antigua *House of Lords* inglesa y de la *Supreme Court* estadounidense utilizada para *reportar por escrito* determinada divergencia manifestada por los *Lords* y por los *Justices* en el debate oral de determinado caso que al final del juzgamiento fue vencida<sup>108</sup>, nada obsta para que semejante práctica sea adoptada como forma de viabilizar la *crítica judicial* al precedente. Se trata de una solución que puede servir inclusive como buen parámetro para la verificación del grado de aprobación del precedente y, eventualmente, como elemento capaz de indicar el desgaste y necesidad de su superación<sup>109</sup>.

## 5. Consideraciones finales

Todo alineado, nos parece innegable que la comprensión de la *interpretación jurídica* como un momento de *adscripción de sentido* a elementos textuales y no textuales del ordenamiento jurídico –vale decir, la interpretación jurídica como momento de producción normativa– conjugada con la colocación de la dignidad de la persona humana y de la seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional, apuntan a la necesidad de que veamos en el proceso civil un medio para la *tutela de los derechos*. Y ello no apenas en una dimensión *particular*, como tradicionalmente se entiende, sino también en una dimensión *general*, vinculada a la producción de un discurso para la sociedad civil a partir del caso concreto enfrentado en el proceso. La normatividad de los precedentes y la necesidad de que trabajemos de forma crítica las técnicas procesales concernientes a la teoría de los precedentes también para la tradición romano-canónica son simples consecuencias de esos movimientos más profundos provenientes de la teoría del Derecho.

---

<sup>107</sup> Aunque formulada a partir de presupuestos teóricos distintos, esa lección de Piero CALAMANDREI respecto de la importancia fundamental de la uniformidad en la aplicación del Derecho es enteramente invocable. Cfr. *La cassazione civile – Disegno generale dell'istituto* (1920). In Cappelletti, Mauro (org.), *Opere giuridiche*, VII. Nápoles: Morano Editore, 1976, pp. 70-73.

<sup>108</sup> Gino GORLA. “La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella ‘common law’: Riflessi di tale struttura sull’interpretazione della sentenza, sui ‘reports’ e sul ‘dissenting’”. In *Giurisprudenza italiana*. Turín: UTET, 1965, p. 1.255.

<sup>109</sup> Sobre la relación entre el instituto de las *dissenting opinions*, la democracia y el desenvolvimiento del Derecho en la doctrina estadounidense de la mitad del Novecientos, entre otros, William Orville DOUGLAS. “The Dissent – A Safeguard for Democracy”. In *Journal of the American Judicature Society*, XXXII, 1948; Richard B. STEPHENS. “The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort”. In *University of Florida Law Review*, vol. V, 1952, ambos citados igualmente por Giovanni TARELLO. *Il realismo giuridico americano*. Milán: Giuffrè, 1962, pp. 14-15, nota al pie n. 28.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1983.
- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_ y MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. I, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_ . *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARBERIS, Mauro. *Stato Costituzionale*. Módena: Mucchi Editore, 2012.
- BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlín Duncker & Humblot, 1971
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial – A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile – Disegno generale dell'istituto* (1920). In Cappelletti, Mauro (org.), *Opere giuridiche*, VII. Nápoles: Morano Editore, 1976.
- \_\_\_ . “Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio” (1941). In Cappelletti, Mauro (org.), *Opere giuridiche*, vol. I. Nápoles: Morano Editore, 1965.
- \_\_\_ . *Istituzioni di diritto processuale civile* (1941). In Cappelletti, Mauro (org.), *Opere giuridiche*, vol. IV. Nápoles: Morano Editore, 1970.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile”. In *Giustizia e società*. Milán: Edizioni di Comunità, 1977.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Boloña: Il Mulino, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. “Adolf Wach”. In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I. Milán: Giuffrè, 1993.

- \_\_\_\_\_. “Del sistema negli studi del processo civile”. In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I. Milán: Giuffrè, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., 1923, reimpression inalterada. Nápoles: Jovene, 1965.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. “O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro”. In Fradera, Vera (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. *Precedent in English Law* (1991), 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive* (1989), 2ª ed. Boloña: Il Mulino, 2004.
- DICIOTTI, Enrico. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Turín: Giappichelli, 1999.
- DOUGLAS, William Orville. “The Dissent – A Safeguard for Democracy”. In *Journal of the American Judicature Society*, XXXII, 1948.
- DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FLACH, Daisson. *Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea*. Tesis de Doctorado, UFRGS, Orientador Professor Doctor Danilo Knijnik, 2012.
- GERHARDT, Michael. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.
- GORLA, Gino. “La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella ‘common law’: Riflessi di tale struttura sull’interpretazione della sentenza, sui ‘reports’ e sul ‘dissenting’”. In *Giurisprudenza italiana*. Turín: UTET, 1965.
- GRASSO, Eduardo. “La dottrina del processo civile alla fine del secolo”. In *Rivista di diritto civile*. Padua: Cedam, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Turín: Giappichelli, 2006.
- \_\_\_\_\_. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán: Giuffrè, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè, 1998. Riccardo GUASTINI.
- HART, Herbert. *The Concept of Law* (1961), 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- IRTI, Natalino. *Codice Civile e società politica*, 7ª ed. Roma: Laterza, 2005.
- \_\_\_\_\_. *L'età della decodificazione*, 4ª ed. Milán: Giuffrè, 1999.
- MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford Press University, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). Oxford: Oxford University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. “Why Cases Have *Rationes* and What These Are”. In Goldstein, Laurence (coord.). *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed. Milán: Giuffrè, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes* (coord.), 2ª ed. Salvador: JusPodium, 2012
- \_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*, vol. 1 – *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Tutela inibitória*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 1ª ed., 2º tiraje. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_ y BRANCO, Gerson. “Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história”. In *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MATTOS, Sérgio. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- MELLO, Patrícia. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MICHELON, Cláudio, “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. In Macedo Júnior, Ronaldo Porto; Barbieri, Catarina Helena Cortada (coords.). *Direito e interpretação – Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Renzo Cavani. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. “Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial”. In *Revista de Processo*, n. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOTTA, Otávio. “Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro”. In Mitidiero, Daniel (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodium, 2012.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- NITSCH, Carlo. *Il giudice e la legge – Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*. Milán: Giuffrè, 2012.
- NÖRR, Knut Wolfgang. “Zur historischen Schule im Zivilprozess- und Aktionenrecht”. In *Iudicium est Actum Trium Personarum*. Goldbach: Keip Verlag, 1993.
- ORESTANO, Riccardo. “Azione. I – L’azione in generale: a) Storia del problema”. In *Enciclopedia del diritto*, IV. Milán: Giuffrè, 1959.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La seguridad jurídica*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1994.
- PICARDI, Nicola. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 2004.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, 4ª ed. Nápoles: Jovene Editore, 2002.

- RIDOLA, Paolo. *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Turín: Giappichelli Editore, 2010.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SATTA, Salvatore. “Diritto processuale civile”. In *Enciclopedia del diritto*, XII. Milán: Giuffrè, 1964.
- V. SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts*, tomo V. Berlín: Veit und Comp., 1841.
- \_\_\_\_\_. *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- STEPHENS, Richard B. “The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort”. In *University of Florida Law Review*, vol. V, 1952.
- TARANTO, Caio. *Precedente judicial – Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Ríó de Janeiro: Forense, 2010.
- TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milán: Giuffrè, 1962.
- \_\_\_\_\_. *L’interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, Michele. “La Corte di Cassazione e la legge”. In *Il vértice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*. Boloña: Il Mulino, 1991.
- \_\_\_\_\_. “Dimensioni del precedente giudiziario”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1994.



- \_\_\_\_\_. “Idee per una teoria della giusta decisione”. In *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*. Boloña: Il Mulino, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Boloña: Il Mulino, 1980.
- \_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975.
- \_\_\_\_\_. *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè, 1992.
- \_\_\_\_\_. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Precedente e giurisprudenza”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*, trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- UNGER, Dagmar. *Adolf Wach (1843 – 1926) und das liberale Zivilprozeßrecht*. Berlín Duncker & Humblot, 2005.
- VARANO, Vincenzo y BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, 3ª ed. Turín: Giappichelli, 2006.
- VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Turín: Giappichelli, 2012.
- WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite – Legge, diritti, giustizia*, 13ª reimpressione. Turín: Einaudi, 2005.
- ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2007.