

Fecha de recepción: 2020-07-02; fecha de aprobación: 2020-08-06

MARINONI, LUIZ GUILHERME, A ÉTICA DOS PRECEDENTES, 2ª. ED., SÃO PAULO, REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2016 (125 PP.)

PRISCILA MACHADO MARTINS*
Universidad de los Andes

Desde hace algún tiempo, la doctrina procesal brasileña, especialmente liderada por Luiz Guilherme Marinoni y Daniel Mitidiero, se ha ocupado del estudio de los precedentes judiciales obligatorios, argumentando que ellos no solo pueden satisfacer necesidades propias de su sistema, del *common law*, sino también del *civil law*. Con tal fin se han publicado diversas obras y artículos científicos que sostienen la formación de un sistema de precedentes¹ y la necesidad de la igualdad y previsibilidad en la jurisprudencia.

Es dentro de dicho contexto que sale a la luz la obra en referencia, fruto de la preocupación que sobre este tema viene demostrando su autor y del período de investigación realizado como *Visiting Scholar* en la *Columbia University*; en esta oportunidad, trabaja con la idea weberiana de derecho racional y, sobre la base del estudio de la obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, busca demostrar que, la racionalidad jurídica formal propia del derecho continental europeo del fin del siglo XIX, tiene una nítida influencia que proviene de la ética protestante, exactamente de los valores calvinistas, presentes en la Revolución Inglesa de 1688, y también, en la creación de la Constitución de los Estados Unidos, alcances religiosos que determinaron el modo de vida del protestante y que propiciando el desarrollo del capitalismo, exigieron también un derecho racional y previsible.

Ya traducido al castellano en el año 2017 por la editora Palestra², la obra está dividida en cuatro capítulos. En el primer capítulo, el autor trata de la noción de protestantismo, capitalismo, racionalidad del derecho y previsibilidad en Weber. En este sentido, entiende que los valores protestantes y especialmente los valores calvinistas dieron origen a un comportamiento racional que no solo contribuyó al desarrollo del capitalismo, sino que también determinó el objetivo de que el derecho fuera racional y previsible. En efecto, los valores y la cultura de un pueblo pueden y deben estar relacionados a la racionalidad del derecho y de la administración de la justicia. Esta primera idea, es una de las premisas del autor para el análisis de la ética de los precedentes³.

En la concepción de Weber, los sistemas que se desarrollaron a partir del derecho romano y que fueron moldeados por medio de la ciencia de los Pandectistas son capaces de reflejar, en una categoría hondamente significativa, conductas y métodos de naturaleza formal y racional⁴. Para Weber, el *common law* era visto como un derecho destituido de racionalidad formal, fundamentalmente por no permitir la generalización y la extensión, fue convertido en un derecho previsible por medio del *stare decisis*, que sirve para evidenciar no solamente que este no se confunde con el *common law*, sino que especialmente puede esclarecer los precedentes obligatorios⁵.

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile; Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Correo electrónico: pmachado@uandes.cl.

¹ Como por ejemplo: MARINONI (2013); MARINONI (2014); MITIDIERO (2017).

² MARINONI (2017).

³ "Ya en el sistema del *common law*, mediante el instituto del *stare decisis*, posee plena capacidad de garantizar la previsibilidad, demostrado gran preocupación con la seguridad de las relaciones sociales, para el que la certeza del derecho es imprescindible. Constituye un lugar común, el la literatura inglesa y estadounidense, la afirmación de que la previsibilidad constituye razón para seguir los precedentes". En: MARINONI (2012), p. 255.

⁴ MARINONI (2016), pp. 28-45.

⁵ MARINONI (2016), p. 15.

En el segundo capítulo, el autor trabaja la sistematicidad y la previsibilidad en los sistemas del *civil law* y la evolución de la teoría de la interpretación. Para tanto, sostiene que la transformación del *civil law* en virtud del impacto del constitucionalismo, del uso cada vez más difundido de las cláusulas generales y de la evolución de la teoría de la interpretación eliminaron las pretensiones del positivismo y, por consecuencia, la previsibilidad que por medio de este podía ser alcanzada. No obstante, si derecho en el constitucionalismo pasó a depender en gran parte de la subjetividad del juez, esto no significa, según el autor, que la sociedad deba estar desamparada o destituida de las garantías de previsibilidad y de la igualdad, debiendo el nuevo perfil del derecho de tradición de *civil law* compatibilizar con un orden jurídico coherente y con la distribución racional de justicia⁶.

En el tercer capítulo, el autor se ocupa de la realidad brasileña, que a partir de la influencia de los valores del catolicismo sobre la colonización de Brasil, determinando el significado de la relación del pueblo brasileño con la Administración Pública. Destaca que las teorías negadoras del libre-arbitrio, tales como aquellas predestinacionas y calvinistas, siempre fueron vistas con desconfianzas y antipatía por los portugueses y españoles, ya que en la medida que niegan la capacidad del individuo para alterar lo que fue predestinado por Dios, no podrían dejar de ser despreciadas por una cultura definida por el personalismo. Propone que el patriarcalismo y el patrimonialismo, connotaciones particulares de la formación cultural brasileña, dieron origen al concepto buarquiano del “hombre cortés”, el individuo que, habituado al ambiente íntimo de cambio de favores de la familia, transforma el espacio público en privado y, exactamente por no poder soportar la impersonalidad y la racionalidad, también considera la ley deba ser contornada por medio del auxilio del funcionario patrimonial, o sea, del funcionario que está en la Administración Pública o de la justicia solamente para de ella beneficiarse⁷.

El personalismo, según el Marinoni, otra característica de la formación cultural brasileña, se constituyó en un obstáculo para la cohesión social a punto de indicarse como una causa de la conocida relatividad de las instituciones de dicho país. El autor critica la falta de visión institucional en el ejercicio de la función judicial, donde es exaltada la autonomía y el individualismo, pero que disfrazan de libertad para juzgar y de la sumisión exclusiva a la ley.

Por fin, el autor busca demostrar la fundamentalidad de los precedentes para la unidad y el desarrollo del Derecho, la clareza y la generalidad, la promoción de la igualdad, el fortalecimiento institucional, la limitación del poder del Estado, la previsibilidad, la racionalidad económica, el respeto al derecho y el incremento de la responsabilidad personal. Para el autor, la ética de los precedentes, además de estar relacionada con estos factores, implica ver que el respeto a los precedentes es un modo de preservar los valores indispensables al Estado de Derecho, así como de permitir que el Derecho asuma su debida dignidad, en la medida que, además de ser aplicado de modo igualitario, pueda determinar conductas y generar un modo de vida marcado por la responsabilidad personal.

Según el autor, para que la vida pueda ser determinada por el Derecho, una ética personal de respecto al derecho independientemente de las consecuencias de su incumplimiento, como también como que para el Derecho tenga fuerza para determinar la conducta humana, es indispensable la unidad del Derecho y, por lo tanto, que las Cortes Supremas funcionen como Cortes de Precedentes, con lo que también será posible estimular una ética basada en la responsabilidad personal⁸.

De manera ordenada y fundamentada, el libro reseñado aporta a la cuestión acerca de la ética de los precedentes obligatorios y, por consiguiente, resulta un aporte valioso para el derecho procesal constitucional.

⁶ MARINONI (2016), pp. 53 y ss.

⁷ MARINONI (2016), pp. 88-92.

⁸ MARINONI (2016), p. 116.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MARINONI, LUIZ GUILHERME (2012): “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, en: *Ius et Praxis* (Año 18, Nº 1), pp. 249-266.

_____ (2013): *Precedentes obrigatórios*, 3ª edición (São Paulo, Revista dos Tribunais).

MARINONI, LUIZ GUILHERME (2014): *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª edición (São Paulo, Revista dos Tribunais).

_____ (2017): *La ética de los precedentes* (Lima, Palestra).

MITIDIERO, DANIEL (2017): *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, 3ª edición (São Paulo, Revista dos Tribunais).