

LA ÉTICA DE LOS PRECEDENTES

LUIZ GUILHERME MARINONI

Profesor Catedrático de la Universidad Federal del Paraná (Brasil)

Post Doctor por la Università degli Studi di Milano

Visiting Scholar en Columbia University

LA ÉTICA DE LOS PRECEDENTES

Traducción

Laura Criado Sánchez

Revisión de la traducción

Christian Delgado Suárez

Palestra Editores

Lima — 2017

LA ÉTICA DE LOS PRECEDENTES
LUIZ GUILHERME MARINONI

Primera edición, abril 2017

Traducción de la obra original: MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes.*
São Paulo: Thomson Reuters. 2014.

© LUIZ GUILHERME MARINONI

© 2017: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

© De la traducción: LAURA CRIADO SÁNCHEZ

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Multigrafik S.A.C.

Cal. s/n Mza. 54 Lote 25 AAHH Huascar - Lima 36 - Perú

Abril, 2017

DIAGRAMACIÓN:

Alan O. Bejarano Nóblega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2017-04433

ISBN: 978-612-4218-72-9

Tiraje: 1000 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN A LA EDICIÓN PERUANA.....	7
<i>Christian Delgado Suárez</i>	

Capítulo I: PROTESTANTISMO, CAPITALISMO, RACIONALIDAD DEL DERECHO Y PREVISIBILIDAD EN WEBER. ENTRE EL *COMMON LAW* Y EL *CIVIL LAW* DE FINALES DEL SIGLO XIX.....

1. Protestantismo, ascesis intramundana, racionalidad y capitalismo.....	11
2. Racionalidad del derecho, capitalismo y religión	20
3. Racionalidad del derecho y previsibilidad	25
4. El llamado “problema de Inglaterra”	29
5. Síntesis de las ideas.....	34

Capítulo II: LA TRANSFORMACIÓN DEL *CIVIL LAW*.....

1. Sistemática, integridad y previsibilidad en la tradición del <i>civil law</i>	37
2. El impacto del constitucionalismo.....	43
3. La decisión judicial en caso de insuficiencia de tutela normativa de los derechos fundamentales.....	47
4. Las cláusulas generales.....	50
5. La evolución de la teoría de la interpretación.....	53

Capítulo III: PERSONALISMO, PATRIMONIALISMO, CULTO A LA IRRACIONALIDAD Y DESPRECIO A LA PREVISIBILIDAD EN BRASIL.....

1. Racionalidad y previsibilidad en el derecho brasileño contemporáneo	57
2. El impacto de los valores de la Contrarreforma en los países ibéricos y la colonización de América	62
3. El “patrimonialismo” en la formación de la cultura brasileña: de Weber a Buarque de Holanda.....	66
4. Cultura del personalismo, falta de cohesión social y debilidad de las instituciones	76

5.	La ausencia de visión institucional en el ejercicio de la función judicial	79
6.	La continua reproducción de la vieja máxima de que el juez solo se somete a la ley: ¿una disculpa para la irracionalidad?.....	80
7.	¿A quién le interesa la irracionalidad?	82
8.	¿Quién puede convivir con la irracionalidad?.....	85
9.	¿Existe miedo de dar poder a las cortes supremas?.....	86

Capítulo IV: JUSTIFICACIÓN DE UN SISTEMA DE PRECEDENTES....89

1.	Valor y comportamiento.....	89
2.	Unidad y desarrollo del derecho	90
3.	Claridad y generalidad.....	92
4.	Promoción de la igualdad	93
5.	Fortalecimiento institucional.....	94
6.	Limitación del poder del Estado	95
7.	Previsibilidad	96
8.	Racionalidad económica.....	97
9.	Respeto al derecho y responsabilidad personal.....	100

BIBLIOGRAFÍA	103
--------------------	-----

PRESENTACIÓN A LA EDICIÓN PERUANA

En *La pretensión procesal* de Jaime Guasp, publicada en 1951, el profesor español recordaba que “más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología”¹. En plena vigencia de la fase metodológica científica o clásica del derecho procesal civil, fase que marcó la pauta del cotidiano normativo, dogmático y jurisprudencial, resultaba audaz pensar en fuentes de inspiración del proceso *fuera del proceso*. Ni qué decir sobre el intento atrevido de tornar al proceso civil en una ciencia caracterizada por la *transdisciplinariedad* y el diálogo con otros saberes del conocimiento humano. Sin embargo, este libro transita con fluidez entre la sociología y el derecho procesal con magistral claridad.

Sucede que el producto jurídico, antes de ser tal, es una red de acontecimientos sociales anteriores e inherentes a grupos humanos civilizados que dentro de la mirada de connotaciones que pueda tener, tan sólo una de ellas podría ser adjetivada de *jurídica*. Estudiar derecho o, precisamente, el proceso civil impone ver el momento posterior de un evento social o grupal impregnado de consecuencias jurídicas. Por ello, así como la teoría del conflicto de la cual se nutre el proceso civil es de raigambre sociológica y psicológica, por medio de este libro el profesor Marinoni nos invita a analizar el precedente obligatorio como un elemento jurídico que viene cimentado por la sociología, al estudiar y analizar la imposibilidad práctica y dogmática del precedente por seguir de forma casi sectaria ideales conductuales propios de una sociedad marcada por el patriarcalismo y el individualismo.

De tal forma, las bases o estructuras del acontecer jurídico se construyen en la sociología, al comprender esta disciplina el estudio de las conductas humanas de un grupo que ante su potencial fragilidad puedan generar

¹ GUASP, Jaime. “La pretensión procesal”. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. BOE. 1951.

conflictos o crisis de cooperación y suscitar un matiz jurídico. Es en ese sentido que el libro ahora presentado a la comunidad jurídica peruana cobra neurálgica importancia porque no se lee desde el derecho o desde el proceso civil, sino desde la sociología aplicada al derecho para evidenciar la falta de racionalidad, unidad y coherencia de ciertos ordenamientos jurídicos.

La preocupación del profesor Marinoni por el tema de la coherencia del derecho plasmada en los precedentes obligatorios le ha valido la publicación previa de dos libros sobre el tema en cuestión, así como uno posterior al ahora prologado, al lado de más de una decena de artículos. Concretamente, la investigación desarrollada en estas páginas mostrará al lector que a pesar de la evolución del derecho y de las corrientes doctrinarias de la interpretación jurídica, los ciudadanos convivimos cómodamente con la incoherencia de un sistema judicial divorciado de la racionalidad y previsibilidad. Y ello tiene un claro código genético sociológico a entender del autor, puesto que desde una perspectiva weberiana se presenta como algo normal o usual que el ciudadano soporte leyes contradictorias y perjudiciales así como encuentre en el funcionamiento errado o infructuoso de sistemas judiciales irracionales e incoherentes una zona de *comfort* de la cual no pretende salir.

El modelo de *hombre cordial* identificado por Buarque de Holanda y transportado al ámbito jurídico por Marinoni en este libro revela una verdad oculta: los ciudadanos se presentan serviles a un sistema jurídico patriarcal que no responde a los valores de seguridad jurídica, calculabilidad, previsibilidad y coherencia. Como si ello no fuese suficiente, esta *cordialidad* a nivel judicial se presenta cada vez que la judicatura resuelve de forma personalísima las controversias no respondiendo al valor de universalización o esquivando las interpretaciones vinculantes emitidas por el órgano que está en la cima de la estructura judicial. Es por ello que un Poder Judicial marcado por el individualismo intelectual de sus miembros desafía irreverentemente el ideal de coherencia y unidad.

La superación de esta situación patológica pasa por interiorizar la importancia de los principios que sustentan el uso del precedente y, en general, de todo el Estado Constitucional de Derecho. Así, la seguridad jurídica entendida como estabilidad, cognoscibilidad y efectividad del orden jurídico impone que la labor jurisdiccional no sea un devaneo individualista y sí un intento de otorgar sentido al ordenamiento jurídico.

En Ética de los Precedentes se logra demostrar que el uso de esta técnica de argumentación apunta hacia la unidad y desarrollo del derecho, así como persigue la igualdad en la interpretación de la ley. Respetar un precedente implica respetar el Estado de Derecho y, antes de eso, significa respetar la dignidad humana representada en el trato igualitario ante la interpretación de la ley, ya que la ética, al enfocarse en el estudio de lo correcto y equivocado del constante actuar humano, impone que el correcto o justo actuar del precedente sea el de propiciar un desarrollo del ordenamiento jurídico y por lo tanto el de servir de guía para la vida en sociedad misma.

Lima, marzo de 2017

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ

Profesor de Derecho Procesal en la Pontificia
Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima