

Precedente y jurisprudencia*

Michelle Taruffo

The relevance of precedents and jurisprudence in modern judicial orders is no guarantee that these will always be used correctly. Through an analysis of how precedents are used in Italy, the author of this article presents the main characteristics of precedents that make them an essential tool for the uniform application of law. In the same dissertation, the author also explains the causes of the jurisprudential chaos that Italian law and its *Corte di Casazione* suffer from.

1. Introducción

Como punto de partida se debe subrayar la gran importancia que la utilización del precedente y de la jurisprudencia reviste en la vida del derecho de todos los ordenamientos modernos. Diversas investigaciones desarrolladas en distintos sistemas jurídicos¹ han demostrado que la referencia al precedente, desde hace ya varios años, no es una característica peculiar de los ordenamientos de *common law*, pues está actualmente presente en casi todos los sistemas, lo que incluye igualmente al *civil law*. Es decir, la distinción tradicional según la cual los primeros sistemas serían fundados sobre el precedente, mientras los segundos sobre la ley escrita no tiene en la actualidad –admitiendo que verdaderamente la haya tenido en un pasado– algún valor descriptivo. De un lado, en los sistemas de *civil law* se hace verdaderamente un amplio uso de la jurisprudencia, mientras que en los sistemas de *common law* se hace un amplio uso de la ley escrita, y áreas enteras de estos ordenamientos –desde el derecho comercial al derecho procesal– son en realidad “codificadas”.

*Este artículo fué traducido del italiano al castellano por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini.

¹ Cfr. MacCormick, D.N. y R.S. Summers (eds), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1997, y 6 *Ragion Pratica*, 1996, p.7 ss.

La importancia del fenómeno que estamos considerando se hace evidente, más allá de su expansión en todos los ordenamientos modernos, en dos dimensiones, a saber, en la dimensión teórica y en la dimensión práctica. La dimensión teórica hace referencia a que el hecho de recurrir al precedente caracteriza de manera peculiar la estructura de la argumentación jurídica en orden a la interpretación de la regla de derecho y a su justificación, ya sea cuando el precedente es llamado en sede de análisis doctrinal, o cuando se utiliza en el ámbito de la interpretación judicial del derecho. Sin afrontar aquí el problema de si la jurisprudencia es o no fuente de derecho, es cierto que ella es un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y de aplicación del derecho. Este factor condiciona la estructura de la argumentación jurídica en cuanto ésta viene a tener no una estructura silogística-deductiva, ni una estructura dogmática-sistemática, sino mas bien una estructura tópica propia en el sentido declarado por Viehweg en *Topik und Jurisprudenz*.² Los precedentes representan, de hecho, los *tòpoi* que orientan la interpretación de la norma en la compleja fase dialéctica de la *Rechtsfindung*, y que sustentan a la interpretación adoptada como válida en el ámbito de la argumentación justificativa, por ejemplo, en la motivación de la sentencia.³

Surge entonces un aspecto que aunque menos evidente no es irrelevante, y que hace que el precedente influya sobre la estructura de la argumentación jurídica. Este se relaciona con la circunstancia de que el precedente es siempre una decisión relativa a un caso particular, de manera tal que el significado de la regla jurídica usada como criterio de decisión viene a “concretizarlo” para referirlo a la solución del caso particular: en el precedente no se comprende si la interpretación de la norma que para dicho caso ha sido aplicada no viene relacionada directamente con la subespecie concreta que ha sido decidida. Por un lado, la correlación entre el precedente y una norma general que se interpreta implica que la norma sea leída a la luz de su actual o eventual aplicación a los casos concretos. Por otro lado, y se trata tal vez del perfil

² Cfr. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974.

³ Escribe Ernesto Garzón Valdés en “Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual” (1985): “En 1953, Theodor Viehweg publicó *Topik und Jurisprudenz*, que inició en Alemania la corriente de la “teoría retórica del derecho” y dio origen a la llamada “Escuela de Maguncia” (...). El interés de Viehweg se centró en subrayar la importancia de la tópica, es decir, de aquellos argumentos que contribuyen a la aplicación y desarrollo del derecho, sobre todo en el campo de la actividad judicial. Es el juez quien principalmente recurre a la tópica, ya que se siente obligado no sólo a mostrar la corrección formal de sus fallos sino también a presentarlos convincentemente.” Ver Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, 1993, p. 244. De la obra de Viehweg existe traducción castellana de Luis-Diez Picazo, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964. Al plural griego *topoi* corresponde el término “tópicos”, para designar los “argumentos” a los que se refiere aquí Garzón Valdés. *Rechtsfindung* es el encuentro de lo jurídicamente válido para el caso. [N. del T.]

mas relevante, la decisión producida para el caso precedente puede explicar efectos en cualquier modo prescriptivos o normativos sobre la decisión del caso sucesivo solamente bajo la condición de que del precedente específico pueda derivarse una regla aplicable igualmente a los otros casos, es decir, –en palabras de MacCormick⁴– bajo la condición de que la decisión formulada en derecho sobre el caso precedente sea susceptible de universalizar.

La importancia práctica del fenómeno que estamos considerando no tiene necesidad de largos comentarios, dado que se presenta a los ojos de todos: la investigación y el uso del precedente jurisprudencial son hoy en día la herramienta del oficio cotidiano del jurista práctico, el cual se ha vuelto cómodo –seguramente excesivamente cómodo en perjuicio del análisis crítico– por el uso de los medios informáticos y de los bancos de datos. De otro lado, es la jurisprudencia la que constituye el contenido efectivo del derecho viviente, el cual representa en muchos casos el único derecho del cual disponemos –por ejemplo cuando los jueces crean derecho colmando lagunas– o el verdadero derecho del cual disponemos –cuando los jueces crean derecho interpretando cláusulas generales, o algún otro tipo norma.⁵

2. Precedente o jurisprudencia

En las primeras ideas de este ensayo he utilizado deliberadamente, por sencillez, los términos precedente y jurisprudencia como si fueran sinónimos. Las cosas, sin embargo, nos son en realidad así, aunque en el lenguaje corriente los significados de ambos términos no sean generalmente diferenciados. Considero en cambio, que entre precedente y jurisprudencia existe una neta distinción, de la cual buscaré aclarar algunos aspectos.

Antes que nada, existe una distinción de carácter, por así decirlo, cuantitativo. Cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. La diferencia no es solo de tipo semántico. El hecho es que en los sistemas que tradicional y típicamente se fundamentan en el precedente, generalmente la decisión que se asume como precedente es una sola; mas aún, pocas decisiones sucesivas son citadas para sostener el precedente. De este modo, es fácil identificar cual decisión verdaderamente “hace precedente”. En cambio, en sistemas como el italiano, en los que se alude a la jurisprudencia, se hace referencia generalmente a muchas decisiones. Algunas veces son docenas, o

⁴ Cfr. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p.82 ss., 134 ss., 213 ss.

⁵ Véase, Mengoni, *Diritto vivente*, in *Dig.disc.priv.*, Sez. civ., vol. VI, Torino, 1990, p.445 ss., y Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. Gnesi, *uso e implicazioni*, Milano, 1994.

inclusive centenas, no obstante que no todas vengan citadas expresamente. Esto tiene varias implicaciones, entre las cuales está la dificultad, a menudo difícilmente superable, de establecer cuál debe ser la decisión verdaderamente relevante (si existe alguna), o bien de decidir cuántas decisiones se requieren para poder afirmar que existe una jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma.

De otra parte, como sucede a menudo, la cantidad condiciona la calidad, lo que lleva al punto de establecer una diferencia cualitativa entre precedente y jurisprudencia. El precedente provee una regla – susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente. Aparte de este perfil –sobre el cual regresaré en seguida– permanece claro que la estructura fundamental del razonamiento que llega a aplicar el precedente al caso sucesivo se funda en el análisis de los hechos. Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la *ratio decidendi* aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso. Se observa que cuando se verifican estas condiciones, un solo precedente es suficiente para fundar la decisión del caso sucesivo.

El empleo de la jurisprudencia tiene características bastante diversas. El análisis comparativo de los hechos falta, al menos en la grandísima mayoría de los casos. Aquí el problema depende de eso que en realidad “constituye” la jurisprudencia: se trata, como se nota, de las máximas elaboradas por la correspondiente sala de la Corte de Casación de Italia. La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un contenido más específico respecto al dictado textual de la norma de la cual se construye una interpretación; sin embargo, son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo. No en vano las recolecciones de jurisprudencia se asemejan a codificaciones más detalladas de aquellas que representan los códigos verdaderos y propios, pero continúan siendo una “recolección de normas”. Un ensayo sobre las máximas, sobre su utilización y sobre su confiabilidad, podría ser demasiado largo.⁶ Aquí sólo vale la pena observar que, en cuanto conozco, una

⁶ Véanse, en general, los ensayos recogidos en el volumen *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1986, y en particular, Sacco, *La massima mentitoria*, *ivi*, p. 51 ss.

oficina como aquella del Massimario⁷ existe sólo en Italia, y que los sistemas en los cuales rige la regla del precedente no conocen nada parecido a nuestras máximas. De hecho, en aquellos ordenamientos el precedente lo constituye la entera sentencia, y no textos que más o menos contienen extractos de las motivaciones en derecho. He aquí una primera diferencia bastante relevante: por regla general, los textos que constituyen nuestra jurisprudencia no incluyen los hechos que han sido objeto de decisión, de modo que la aplicación de la regla formulada en una decisión precedente no se funda sobre la analogía de los hechos, mas sí sobre la subsunción del caso sucesivo en una regla general.

Este *modus operandi* se encuentra tan profundamente radicado en nuestros hábitos que no se presta atención a los hechos, ni siquiera cuando se dispone del texto completo de la sentencia y no sólo de la máxima. En realidad, si el texto es publicado en una revista, generalmente los hechos del caso quedan entre las cosas omitidas. Si en cambio se dispone del texto integral, y si se trata de una sentencia de la Corte de Casación, entonces los hechos del caso, o son expuestos de modo bastante sintético en la parte “narrativa” de la sentencia, o de hecho no aparecen. No obstante lo anterior, las sentencias de casación se estudian para descubrir dónde está y cuál es el principio de derecho, porque eso que se busca es la *regula juris* abstracta que se aplica al caso sucesivo, y no la individuación del caso concreto que ha sido objeto de decisión. Se podrá decir entonces que esto también hace parte de la función institucional que la Corte de Casación italiana desarrolla en nuestro sistema como juez de la sola legitimidad. Sin embargo, no puede en todo caso olvidarse que la Corte está llamada cada vez más a menudo a decidir sobre el mérito, es decir, también sobre los hechos del caso en particular, y por consiguiente, al menos en estas hipótesis, se ocupa de los hechos, aunque no pueda aceptarlos *ex novo*.⁸

Como se ha ya señalado, la jurisprudencia se encuentra formada por un conjunto de sentencias, o mejor, por un conjunto de subconjuntos o de grupos de sentencias, cada uno de los cuales puede incluir una elevada cantidad de decisiones. En esta dirección no se puede dejar de mencionar un fenómeno gravemente patológico que representa uno de los mayores factores de crisis de nuestro sistema jurisdiccional: se trata del anormal número de sentencias que la Corte de Casación pronuncia cada año, y que no es parangonable a cuanto sucede en la mayor parte de las otras cortes supremas. No es el caso analizar aquí las causas de esta degeneración gravísima, y ni siquiera los posibles

⁷ Oficina en cabeza del Instituto Poligráfico del Estado Italiano que publica dos revistas mensuales: Massimario de las decisiones civiles y de las decisiones penales, las cuales contienen todas las máximas extraídas de las sentencias de la corte de casación, con la indicación de los respectivos precedentes jurisprudenciales. [N. del T.]

⁸ Sobre la reciente reforma del art. 384 cod.proc.civ. Véase para ulteriores indicaciones bibliográficas, Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2006, p. 776 ss.

remedios, temas sobre los cuales existe una amplia literatura.⁹ Vale más bien la pena señalar algunos de los efectos que de ello se derivan.

Por un lado, en este aluvión incontrolado de decisiones son pronunciadas cada año decenas o centenares de sentencias sobre la misma cuestión, o sobre la misma norma, de manera que la jurisprudencia sobre muchos temas alcanza un millar de decisiones, si sólo se considera que existen pocos años de referencia. La consulta de los repertorios, o de los datos proporcionados por el CED¹⁰ ofrece pruebas elocuentes de eso. Por otro lado, el número incontrolable de decisiones favorece una ulterior degeneración, por cuanto se produce una frecuente verificación de incoherencias, evidentes contradicciones y repentinos cambios de dirección en el ámbito de la misma jurisprudencia de la Corte de Casación. Se trata, desgraciadamente, de fenómenos bastante notorios y frecuentes,¹¹ sobre los cuales no podemos profundizar en este ensayo. En lo referente al tema que nos interesa, esto lleva a que el uso de la jurisprudencia sea a menudo una empresa complicada, difícil y riesgosa. En consecuencia, de un lado, no se sabe casi nunca si en realidad se llega a conocer toda la jurisprudencia (lo que es a menudo imposible), o al menos toda la jurisprudencia relevante sobre una determinada cuestión. De otro lado, a menudo se descubre que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria. Se deberá tratar entonces de establecer si existe o no jurisprudencia conforme, si existe una jurisprudencia prevalente, si la jurisprudencia es incierta, o si inclusive tenemos una situación de caos jurisprudencial. En los ordenamientos que verdaderamente se fundan en el uso del precedente estos problemas no existen, o surgen solamente en poquísimos casos límite. Para explicar esta diferencia basta un dato: actualmente la *House of Lords* pronuncia en promedio menos de 100 sentencias al año, mientras que la Corte Suprema de los Estados Unidos, que igualmente es juez de constitucionalidad, pronuncia menos de 200. Nuestra Corte de Casación pronuncia medianamente cerca de 50.000 sentencias al año.

3. La fuerza del precedente

Continuando con el tema del precedente, existen dos órdenes de consideraciones que vale la pena tener en cuenta. La primera consideración se relaciona con la determinación de eso que se considera como precedente en sentido propio, es decir, aquella parte de la sentencia a la cual se hace referencia

⁹ Véase para referencias, Taruffo, Op. Cit., p.755 ss.

¹⁰ Centro Electrónico de Documentación de la Corte de Casación italiana [N. del T.]

¹¹ A propósito véase, en particular, Moneta, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Padova, 1993, y *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova, 1995.

para derivar de ella la regla de juicio aplicable al caso sucesivo. A propósito, la doctrina del precedente distingue entre *ratio decidendi*, es decir la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y *obiter dictum*, o sea todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión.¹² Esta distinción puede ser difícil de percibir en la práctica, pero es fundamental, en cuanto ayuda a entender cómo únicamente por medio de la referencia directa a los hechos de la causa se puede determinar cuál es la razón jurídica efectiva de la decisión, es decir, la *ratio* que solamente puede tener eficacia de precedente. Los *obiter dicta* no tienen ninguna eficacia y no pueden ser invocados como precedente en la decisión de casos sucesivos, ya que no han condicionado la decisión del caso anterior.

Esta distinción no es desconocida en el ámbito de nuestra jurisprudencia, pero no es aplicada con el rigor necesario: no es inhabitual que las máximas contengan *obiter dicta*, ya que quien formula la máxima a menudo extrae del texto de la sentencia cualquier enunciación sin verificar si esa es o no la base efectiva de la decisión. La práctica judicial no es infrecuente que se comporte del mismo modo, retomando cualquier parte de la sentencia que parezca útil invocar como precedente. En tal caso se vuelve del todo incierto qué es aquello que se utiliza para reforzar la justificación de la decisión sucesiva, de manera que los *obiter dicta* pueden – aunque indebidamente – “hacer precedente”.¹³

La segunda consideración tiene que ver con la eficacia del precedente. Para este propósito se observa que la tradicional y corriente distinción entre precedente vinculante, que sería típico de los ordenamientos de *common law*, y precedente persuasivo, o de hecho, que sería típico de los ordenamientos del *civil law*, es insostenible. Más bien, parece apropiado hablar de fuerza del precedente para indicar el grado o la intensidad con que aquel logra influir sobre las decisiones sucesivas.¹⁴ De un lado, no es apropiado decir que el precedente de

¹² Véase Marshall, “What is binding in a precedent”, p. 506 ss, en MacCormick, D.N. y R.S. Summers (eds), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1997. Para mayores indicaciones bibliográficas, Taruffo, *Giurisprudenza*, en *Enc. Treccani delle Scienze sociali*, vol. IV, Roma 1994, p. 359 ss, y *Dimensioni del precedente giudiziario*, en *Riv. trim.dir.proc.civ.* 1994, p. 421 ss. También: Schlüter, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bunsesarbeitsgerichts*, München, 1973.

¹³ Cfr. ad es. Caselli, “Gli *obiter dicta* persuadono anche quando non convincono”, en *Contratto e impresa*, 1987, p.675 ss.; Grippo, *Travisamento e persuasività dell’obiter dictum in due casi emblematici*, *ivi*, p.659 ss.

¹⁴ Al respecto ver en particular Peczenik, “The Binding Force of Precedent”, en *Interpreting Precedents*, *Op. Cit.*, p. 461 ss., y “Sui precedenti vincolanti de facto”, en *6 Ragion Pratica*, 1996, p. 35 ss.

common law es vinculante, en el sentido de que de él se deriva una verdadera y propia obligación del segundo juez de atenerse al precedente. Es notorio que también en el sistema inglés, que parece ser aquel en el que el precedente está dotado de mayor eficacia, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas, entre ellas el *distinguishing*¹⁵ y el *overruling*,¹⁶ a fin de no considerar como vinculante el precedente que no pretenden seguir.¹⁷

Sigue siendo por lo tanto verdadero que en aquel ordenamiento el precedente se encuentra dotado de notable fuerza, en cuanto se espera encontrar en él una línea de máxima a seguir por el juez sucesivo – como en efecto sucede generalmente –, pero esta fuerza puede siempre ser anulada, dado que el segundo juez puede desatender el precedente cuando crea oportuno hacerlo, con la finalidad de formular una solución más justa al caso que debe decidir.¹⁸

En el sistema americano la fuerza del precedente existe, pero en grado menor: los jueces americanos aplican los precedentes con gran discrecionalidad, por así decirlo, cuando no encuentran razones suficientes para no hacerlo. El *stare decisis* continúa existiendo, de manera tal que los jueces generalmente explican por qué no continúan con el precedente. Parece realmente claro que el precedente tiene eficacia sólo cuando el segundo juez lo comparte. En caso contrario el precedente es invalidado.¹⁹

En los ordenamientos de *civil law* el grado de fuerza atribuido al precedente es probablemente menor que en el precedente de *common law*, pero nada excluye que existan precedentes que por su autoridad y carácter persuasivo se impongan a los jueces sucesivos. A estos se les deja generalmente un espacio de posible divergencia, condicionado a la indicación de razones adecuadas que justifiquen la adopción de una regla de juicio diferente.²⁰ Si se observa qué sucede en el ámbito de nuestra pletórica jurisprudencia, se descubre fácilmente que en cada sector los precedentes que ameritan verdaderamente este nombre, es decir, los llamados *grands arrêts* de la Corte de Casación, no

¹⁵ Distinguir, esto es, no aplicar la regla del precedente en el asunto que se resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato judicial distinto. [N. del T.]

¹⁶ Cuando una corte de apelación considera que la decisión adoptada respecto de una apelación anterior en un asunto determinado no fue correcta y, en consecuencia, dicho precedente carece de poder vinculante. [N. del T.]

¹⁷ Para referencias véase, Taruffo, Op.ult.cit., p.361, y además Marshall, “Trentatre cose che si possono fare con i precedenti”, en 6 *Ragion Pratica* 1996, p. 29 ss.

¹⁸ Cfr. Bankowski-MacCormick-Marshall, “Precedent in the United Kingdom”, en *Interpreting Precedents*, Op. Cit., p. 325 ss.

¹⁹ Cfr. Summers, “Precedent in the United States (New York State)”, in *Interpreting Precedents*, Op cit., p. 369 ss.

²⁰ Sobre el precedente en varios ordenamientos de *civil law* véanse los ensayos de Alexy-Dreier, Aarnio, Eng y Bergholtz-Peczenik en *Interpreting Precedents*, Op. cit., pp.17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

son ciertamente numerosos. Ellos son, por el contrario, la excepción, donde la regla es más bien el empleo casual, confuso, desordenado, y en consecuencia irracional, de grupos de sentencias escogidas sin ningún criterio, más o menos numerosas según la paciencia de quien transcribe la norma o, actualmente, de la rapidez del computador. En una situación de este género se puede atribuir una cierta eficacia persuasiva a la jurisprudencia, cuando ella no es contradictoria y cuando se pueden individuar “líneas de precedentes” suficientemente uniformes. Se llega, en sustancia, a una aproximación cuantitativa más que cualitativa, puesto que se tiende a pensar que son más las decisiones a favor de una cierta solución. Sin embargo, esta solución se le impone al juez sucesivo, sin considerar que a menudo se trata de decenas de reproducciones mecánicas de la misma máxima, y sin reflexionar que la fuerza persuasiva de cada singular decisión es inversamente proporcional al número de las decisiones conformes. Como se ha mencionado, el verdadero precedente es tendencialmente uno solo. Cuando se manejan decenas o centenares de sentencias se está fuera de la lógica del precedente.²¹

4. La dirección del precedente

Un aspecto a tener en cuenta para entender cómo opera el precedente radica en su dirección. Se desea, de esta manera, indicar la relación que existe entre el órgano que ha pronunciado la decisión que es asumida como precedente y el juez del caso sucesivo. La fuerza del precedente, en realidad, no se expresa de manera general o de forma indiferenciada, en relación con un juez cualquiera, depende precisamente de su dirección. El típico caso de la aplicación del precedente se tiene cuando su dirección es vertical, es decir, cuando el juez sucesivo que debe decidir un caso idéntico o similar se encuentra en un peldaño inferior de la jerarquía judicial.²² Esto depende del hecho de que tradicionalmente la fuerza del precedente se funda en la autoridad e influencia del órgano del que emana la decisión. A su vez, la autoridad e influencia se conectan con la posición del órgano: mientras más elevado sea el nivel de la corte que emana el precedente, más influyentes son sus decisiones. Por así decirlo, la fuerza del precedente desciende desde un nivel superior a otro inferior. Las verdaderas “cortes del precedente” son las cortes supremas, cuyas decisiones se imponen a todos los organismos judiciales de grado infe-

²¹ Naturalmente no considero aquí las varias formas de “abuso de citación” de jurisprudencia, que van desde la citación de largos elencos de decisiones escogidas con el objeto de impresionar al lector, a la omisión de decisiones contrarias, a la citación de decisiones irrelevantes para el caso tratado, hasta la citación de sentencias inexistentes. Estos abusos no son frecuentes y se fundan sobre la esperanza de que ni el juez ni la contraparte cumplan con las debidas verificaciones.

²² A propósito véase Taruffo, *Dimensioni*, Op. Cit., p. 416.

rior; después vienen las cortes de apelación, y así se va bajando en la escala judicial. Naturalmente puede suceder que una corte suprema profiera una mala decisión y un juez de primer grado pronuncie una excelente decisión, pero eso es casual, y de cualquier manera no hace mella en el fundamento de la concepción vertical del precedente.

Se habla igualmente de precedente horizontal para indicar la fuerza persuasiva que un precedente puede tener para los órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel de aquel que ha pronunciado la primera decisión.²³ El precedente horizontal puede tener alguna fuerza persuasiva, que, sin embargo, tiende a ser inferior a la del precedente vertical, ya sea porque no puede tratarse de la corte suprema, que es única, o porque entre órganos del mismo nivel no existe – al menos a priori – alguna diferencia de autoridad. Puede suceder que un órgano que no se encuentra ubicado en el vértice de la organización judicial produzca decisiones particularmente apreciables y, por lo tanto, tenga influencia sobre los otros jueces del mismo nivel. Sin embargo, esto depende de la cualidad intrínseca de las decisiones más que de mecanismos parangonables al precedente.

Un caso peculiar e interesante de precedente horizontal se encuentra en el llamado autoprecedente, es decir, en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo.²⁴ El problema puede concernir a cualquier juez, sin embargo se presenta en particular para las cortes supremas, donde surge la pregunta si dicho autoprecedente es o debe ser en alguna forma vinculante a los mismos precedentes. Una respuesta positiva a esta pregunta parece justificada, esencialmente sobre la base de la necesidad de que casos iguales sean tratados del mismo modo por parte del mismo juez. Una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión tendría escasa influencia y violaría cualquier principio de igualdad de los ciudadanos de cara a la ley. Se justificaría entonces, y con sólidas razones, un grado elevado de fuerza del autoprecedente, o inclusive un vínculo formal de la corte, la cual tendría que seguir con sus propios precedentes.

Sin embargo, existen buenas razones para considerar que se debe admitir un apreciable grado de elasticidad en un vínculo de este tipo. Puede suceder, de hecho, que la misma corte se encuentre en la necesidad cambiar de orientación, desviándose de esta manera de sus propios precedentes en diferentes situaciones, que van desde la obsolescencia del precedente al cambio de condiciones históricas, económicas o sociales que influyen sobre la decisión del caso sucesivo, e inclusive la eventualidad de que se presenten casos con ciertas particularidades que impidan encuadrarlos dentro del precedente. Una

²³ Cfr. Taruffo, *Op. Cit.*, p. 417.

²⁴ *Ibidem*

eventualidad de este género se presentó en el año 1966 con el caso del famoso *Practice Statement*, en el cual la *House of Lords* comunicó que desde aquel momento no se consideraría más como vinculada a los propios precedentes. En las décadas sucesivas, esta continuó la praxis de seguir sus propios precedentes, al menos en la mayor parte de los casos, moldeándose de esta forma un espacio de discrecionalidad idóneo para garantizar la posibilidad de adecuar la propia jurisprudencia en la medida en que cambiara la realidad.²⁵ Análogamente, la Corte Suprema de los Estados Unidos selecciona rigurosamente los casos que pretende estudiar, esencialmente con base en la oportunidad de crear nuevos precedentes o de proceder al *overruling* de aquellos que no considera ya como válidos.²⁶

En realidad, como ya ha sido señalado desde los tiempos de Gino Gorla²⁷ y otros autores,²⁸ el problema no radica en el hecho de que una corte suprema cambie de orientación y no siga pasivamente los propios precedentes. El problema surge cuando estas variaciones son demasiado frecuentes, arbitrarias y privadas de justificación, como no es infrecuente que suceda en la jurisprudencia de nuestra Corte de Casación. No es casualidad que de distintas partes se haya resaltado la necesidad de que la Corte inaugure una política seria del precedente, con la finalidad – no fácil de conseguir, pero ciertamente necesaria – de introducir un grado apreciable de uniformidad y de coherencia en la propia jurisprudencia.²⁹ En relación con lo dicho, se señala un mal logrado tentativo del reciente legislador que, con la intención de operar en este sentido, ha introducido en el código de procedimiento civil un artículo (Art. 374,3) en función del cual la sección simple que crea no adecuarse a la orientación de las secciones unidas no podría decidir de manera diversa, sino que debería entregar a estas la decisión del recurso. Tentativo mal logrado, ya

²⁵ Cfr. Antonioli Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, en *Riv. dir.civ.* 1993, I, p.157 ss.

²⁶ Sobre el modo en el cual la Corte Suprema “gobierna” sus propios precedentes véase Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

²⁷ Cfr. Gorla, *Precedente giudiziale*, en *Enc.Giur.Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, p.4, 6, 8 ss.

²⁸ Cfr. Taruffo, *Giurisprudenza*, Op Cit., p. 363, también para ulteriores referencias bibliográficas.

²⁹ Véase Taruffo, *Ibidem*. En los últimos tiempos se han verificado apreciables intentos de parte de la oficina del Massimario de racionalizar las publicaciones de las decisiones de la Corte, con el objetivo de identificar aquellas sentencias que, según la Corte misma, merecen ser usadas como precedente. Se trata de intentos interesantes que demuestran cómo también dentro de la Corte existe sensibilidad sobre la problemática del precedente en sentido propio. Su éxito, sin embargo, se torna difícil debido al número excesivo de decisiones que de todos modos la Corte se ve obligada a pronunciar.

sea porque se trata de una obligación no sancionada,³⁰ o porque la situación parece destinada a empeorar a razón de las otras novedades introducidas con la premisa de reformar la Corte de Casación, sobre las cuales haré referencia en la parte correspondiente a las conclusiones.

5. Precedente y ejemplo

Si se individualiza la característica principal del precedente en su propia fuerza, es decir, en su capacidad de determinar, o al menos de direccionar, en sentido conforme la decisión de casos sucesivos, parece oportuno excluir de la noción de precedente aquellas decisiones que, no obstante ser objeto de referencia en el ámbito de la argumentación jurídica, aún no han sido dotadas de esta eficacia. Se puede decir en realidad que estas decisiones no representan verdaderos y propios precedentes, sino que son usadas como ejemplos. Su función, entonces, no es indicar el criterio de decisión que debería ser cumplido en el caso sucesivo, sino la de demostrar que la norma en cuestión ha sido aplicada de cierta forma en un cierto caso.³¹ En este caso, el ejemplo informa mas no sugiere, y tanto menos impone una decisión conforme. Lo demuestra la existencia de ejemplos negativos, es decir, de casos que vienen mencionados con la finalidad de decir que los mismos no deben ser tenidos en cuenta.³² A manera de ejemplo vienen citados varios tipos de decisiones: aquellas de jueces de nivel inferior, aquellas de jueces del mismo nivel, aquellas de jueces que pertenecen a jurisdicciones diversas y, en general, todas aquellas decisiones en las que faltan los requisitos necesarios para que se haga referencia a un precedente en sentido propio. Por así decirlo, el ejemplo es sólo superficialmente similar al precedente, pero se diferencia de este por su estructura y función. Se debe entonces distinguir, en la jurisprudencia, la situación en la cual una o más decisiones son invocadas para hacer de ellas descender efectos preceptivos en cuanto a la decisión de un caso sucesivo (y en presencia de las condiciones necesarias para que tales efectos puedan manifestarse) de los casos en que las decisiones a que se hace referencia son utilizadas simplemente como ejemplos, siendo privadas de unos requisitos que definen el precedente

³⁰ Es por ende lícito concluir que este vínculo en realidad no existe, o no es eficaz. Sobre esto véase, Taruffo, *Una riforma*, Op. Cit., p.773. Véase también Silvestri, en Carpi-Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, V ed., Padova, 2006, p. 1054.

³¹ Sobre esta distinción véase particularmente, Taruffo, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, en *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L.Gianformaggio e M.Jori, Milano 1998, p.783 ss.

³² Cfr. Taruffo, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, en *Scritti per Uberto Scarpelli*, p.796.

en sentido propio. El ejemplo puede desarrollar cualquier función persuasiva y por esta razón es utilizado. Sin embargo, no desarrolla una función propiamente justificativa, y por lo tanto no tiene una eficacia condicionante o vinculante sobre la decisión del caso sucesivo.

No obstante, se debe resaltar que desde hace tiempo viene emergiendo un fenómeno que no cabe en la definición del precedente, y que por lo tanto caería en la categoría del ejemplo, pero que, sin embargo, reviste gran interés y parece destinado a asumir una relevancia siempre mayor. Se trata de la tendencia presente en numerosas jurisdicciones supranacionales y nacionales, sobre todo a nivel de las cortes supremas y constitucionales, de tener en cuenta decisiones tomadas por cortes que no pertenecen al mismo ordenamiento. Esta tendencia es en realidad parte de un fenómeno más amplio que se manifiesta cuando los jueces hacen referencia al derecho extranjero.³³ Es claro que cuando una corte de un Estado hace referencia a las decisiones de otras cortes de otros Estados o de cortes internacionales se está más allá del recurso del precedente, puesto que no se tiene ni la dirección vertical ni la dimensión horizontal del precedente. Esta corte, de hecho, no se encuentra obligada a uniformarse con estas decisiones, ni se espera que el ordenamiento a las cuales estas pertenecen sea utilizado como punto de referencia. Sin embargo, el recurso al derecho extranjero, y en particular a decisiones pronunciadas por cortes extranjeras, se está difundiendo junto con la creciente globalización de la cultura jurídica, de la cual representa un aspecto bastante relevante.³⁴ Más allá de algún vínculo de cualquier naturaleza, dicha posibilidad representa en realidad un instrumento potente de circulación transnacional y de tendencial homogenización de reglas de juicio que se colocan, sobre todo, al nivel de los principios generales y de las garantías fundamentales. Aunque se trata solamente de ejemplos, es necesario reconocer que en muchos casos estos se encuentran dotados de notable fuerza persuasiva, ya sea por la autoridad de los órganos que profieren las decisiones o, sobre todo, porque se comparten principios considerados como universales y por lo tanto dignos de ser aplicados superando los límites de las respectivas jurisdicciones. Se observa cómo estos son interpretados en las jurisdicciones que se consideran más avanzadas y por ende se asumen como fuente de inspiración.

³³ Este fenómeno es objeto de recientes estudios muy interesantes: véase particularmente Markesinis-Fedke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, UCL Press, New York 2006; Canivet, G., M. Andenas y D. Fairgrieve (eds), *Comparative Law Before the Courts*, London, 2004.

³⁴ Cfr. Slaughter, *Judicial Globalization*, en 40 *Virginia Journal of International Law* (Va.J.Int'l L.), 1999-2000, p.1103 ss.; Bahdi, *Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, en 34 *George Washington International Law Review* (Geo.Wash.Int'l L.Rev.) 2002-2003, p. 555 ss.

6. Precedente y nomofilaxis

Para concluir, vale la pena subrayar un problema de notoria relevancia que se presenta en Italia. Ya en el año 1920, en límpidas páginas de la *Casazione Civile*, Piero Calamandrei resaltaba que la función de nomofilaxia³⁵ de la Corte de Casación habría debido desarrollarse de manera conexa con la finalidad de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, a través de la emanación de sentencias capaces no sólo de asegurar la exacta interpretación del derecho, sino de igualmente imponer esta interpretación como modelo de decisión en los casos sucesivos.³⁶ Calamandrei proyectaba la idea de que la Corte de Casación, una vez unificada, se convirtiera en aquello que en términos modernos se llama “corte del precedente” y por ende desarrollara sus funciones, en particular aquella de nomofilaxia, a través de decisiones capaces de orientar la jurisprudencia sucesiva. Él anticipaba verdaderamente aquella que hoy es la función principal de las cortes supremas en muchos ordenamientos de *common law* y de *civil law*, esto es, asegurar el control de legitimidad a través de la fijación de precedentes destinados a proyectarse como puntos de referencia sobre las decisiones de los otros jueces. En síntesis, se puede hablar de “nomofilaxia a través del precedente” para indicar que la función típica de una corte suprema es asegurar el respeto uniforme de las leyes, a través de decisiones “susceptibles de ser universalizadas” que se pueden proyectar hacia el futuro.

Con ocasión de la reciente reforma al procedimiento de casación, el legislador ha declarado su deseo de reforzar la función nomofiláctica de la Corte.³⁷

Sin embargo, lo ha hecho sobre una noción de nomofilaxia que no sólo no corresponde a aquella de Calamandrei, sino que se encuentra en neto contraste con las modalidades (atrás comentadas) utilizadas por las cortes supremas de los otros ordenamientos para desarrollar la misma función. Se prevé de hecho con varias disposiciones³⁸ que la Corte pronuncie “principios de derecho” sobre cada cuestión elevada por cualquier motivo a través de un recurso, e igualmente cuando no exista un recurso de parte pero el pronunciamiento de un principio de derecho sea solicitado “en el interés de la ley”. Estos “principios de derecho” deberían ser pronunciados con una frecuencia previsiblemente mucho mayor

³⁵ Nomofiláctico se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso. [N. del T.]

³⁶ Cfr. Calamandrei, *La Cassazione Civile. vol.II. Disegno generale dell'istituto*, en Id., *Opere giuridiche*, vol.II, Napoli, 1976, pp. 34, 92, 105.

³⁷ Cfr. il Capo I del d.lgs. n.40 del 2006, titulado “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica”.

³⁸ Véanse los nuevos artículos 363 y 384. También, Taruffo, *Una riforma*, Op. Cit., p.764ss., y Silvestri, en Carpi-Taruffo, Op. Cit., pp.1036, 1065, también para ulteriores indicaciones bibliográficas.

que en el pasado, puesto que en la misma sentencia podrían encontrarse diversos principios, si varios son los motivos del recurso. Sin embargo, con esto, por un lado, no se hace nada para dirigir a la Corte de Casación hacia el rol de una verdadera y propia corte del precedente, lo que requeriría, por ejemplo, una drástica reducción del número de decisiones a través de mecanismos de filtro de los recursos. Por otro lado, se hace referencia a una suerte de “nomofilaxia del caso concreto”, induciendo a la Corte a pronunciarse sobre una relevancia general³⁹ y, por lo tanto, independiente de la “universalidad” del criterio de decisión que es utilizado para el caso concreto. Lo que se persigue en realidad no es la indicación de reglas destinadas a ser aplicadas por los jueces sucesivos, sino la analítica especificación de “principios” que en realidad no lo son, siendo destinados a valer esencialmente para cada caso en particular que se decide. Ninguna proyección hacia el futuro entonces, tan solo la solución analítica de las cuestiones de derecho logradas en el caso concreto.

De este modo, es bastante improbable que la Corte de Casación se encamine a convertirse en una verdadera “corte del precedente”, alineándose de esta forma con la tendencia evolutiva que caracteriza las cortes supremas de los demás ordenamientos. Es por el contrario previsible una acentuación *in peius* de la situación actual, con una Corte que pronuncia una cantidad inverosímil de “principios de derecho” en una jurisprudencia cada vez más aluvional, y por ende cada vez menos coherente e influyente. Los precedentes podrían operar como las estructuras disipativas de las cuales se habla en la teoría de la complejidad, o sea, como momentos de formación de áreas de orden dentro del desordenado fluir del caos de la jurisprudencia.⁴⁰ Los precedentes, de hecho, podrían constituir importantes factores de racionalización, de uniformidad, de predictibilidad y de igualdad de tratamiento en la incontrollable cantidad y variedad de casos que son decididos por las cortes. Para que esto suceda, sin embargo, es necesario que los precedentes como tal no sean a su vez un elemento de desorden y de variación causal ligada a la especificidad de los casos concretos. Se requiere entonces que se trate de precedentes en sentido propio, y por ende que se presenten en ellos los caracteres distintivos de “unicidad”, autoridad e influencia en función de los cuales dichos precedentes puedan emerger del caos indistinto de la praxis judicial.

³⁹ La importancia general de la cuestión que se trata de decidir es el criterio de selección de los casos que pueden ser llevados ante el *Bundesgerichtshof* alemán: cfr. Sonelli, *L'accesso alla corte suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*, Torino, 2001, p.86 ss.

⁴⁰ Sobre el concepto de “estructura disipativa” de la teoría del caos, véase, Prigogine, *Le leggi del caos*, tr.it Bari, 1993, p.15 ss.; Porush, “Fictions as Dissipative Structures: Prigogine's Theory and Postmodernism's Roadshow”, en Hayles, N. K. (ed.), *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*, Chicago-London, 1991, p.56 ss.