**TARUFFO, Michele,**
***Precedente e giurisprudenza***
***(Precedente y jurisprudencia)*,**
**Editoriale Scientifica, Lezioni magistrali,**
**Italia, 2007***

1. La *lectio magistralis* del profesor Michele Taruffo representa un testimonio lúcido y organizado del mudado recorrido lógico, semántico y argumentativo que, en los ordenamientos jurídicos del *civil law* –entre los cuales se halla el italiano–, lleva a conocer la "verdad" jurídica. En estos ordenamientos, en efecto, la tradición política y jurídica del Estado de derecho está en crisis a causa de un proceso inflacionista de la ley, contrabalanceado por un aumento considerable del poder jurisprudencial: a una producción normativa de enormes dimensiones corresponde un papel cada vez más importante del intérprete y cada vez más determinante en la adecuación del derecho a la realidad social.

En la parte introductoria de su lección, Taruffo trata conjuntamente los conceptos de "precedente" y de "jurisprudencia", sin detenerse a esclarecer sus diferencias –como, sin embargo, hará después–, con la finalidad de indicar la importancia

* Traducción del italiano por Javier Espinoza de los Monteros.

que éstos revisten en el interior de aquellos ordenamientos jurídicos que se asumen como "modernos", sean de *common law* o de *civil law*. Los ensayos recogidos en el volumen *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, por ejemplo, demostrarán que la interpretación de la norma fundada en la referencia a decisiones jurisdiccionales asumidas precedentemente por otros intérpretes del derecho, termina por ser un fenómeno peculiar de los ordenamientos jurídicos anglosajones para volverse relevantes también en los continentales. Por tanto, la tradicional diferencia según la cual los ordenamientos de *common law* encontrarían fundamento en el precedente, mientras que los del *civil law* lo hallarían en la ley escrita, resulta ya obsoleta.

La descrita "universalización" del recurso al precedente –que, como hemos visto, se vuelve transversal a las diferentes culturas jurídicas– lleva en sí importantes consecuencias. La primera de éstas es evidente en aquella que Taruffo llama *dimensión teórica*, es decir, en todo esto que pertenece a la estructura de la argumentación jurídica y, en particular, a la interpretación y a la justificación de la regla de derecho. Según Taruffo, los precedentes representarían los *tòpoi* que primero orientan la interpretación de la norma en la *Rechtsfindung* –o sea, en la fase de hallazgo del derecho– y después estabilizan la interpretación adoptada. Vista así, la estructura de la argumentación jurídica no puede ser considerada de tipo lógico-deductiva, ni de tipo dogmático-sistemática, sino necesariamente tópica. Sin embargo, el recurso al precedente es preeminente incluso bajo otro perfil teórico-argumentativo, en el sentido de que éste determina el surgimiento de un doble hilo conductor entre la interpretación de la norma y el caso concreto. Por una parte, en efecto, se hace necesario concretar el significado de la regla jurídica usada como criterio de decisión; por la otra, es necesario abstraer del caso y universalizar la interpretación de la norma para que ésta pueda, efectivamente, representar un precedente, es decir, que pueda ser aplicable a casos posteriores. Más allá de la descrita *dimensión teórica*, es evidente cómo el fenómeno del recurso al precedente explica efectos importantes también respecto de aquella que Taruffo indica como *dimensión práctica*. Hoy, en efecto, el jurista

práctico reserva una atención casi maniaca a la investigación jurisprudencial: esto es evidente, sobre todo –pero no sólo– en el ámbito del derecho administrativo, ahí donde la producción normativa es particularmente abundante y heterogénea y la solución de las antinomias jurídicas torna imprescindible la referencia a la interpretación que los Jueces dan a las normas en cuestión. Por ello, no es arriesgado sostener que precisamente la lectura jurisprudencial determina el contenido efectivo del derecho viviente, el cual –como sostiene Taruffo– "representa en muchos casos el único derecho del cual disponemos […] o el verdadero derecho del cual disponemos".

2. Es momento ahora de detenerse en la línea que separa el "precedente" de la "jurisprudencia". Éstos, en efecto, son términos a veces de matices semánticos que excluyen la sinonimia. Al respecto, Taruffo es más bien lacónico cuando sostiene que entre éstos exista una distinción neta, que aflora en primer lugar sobre el plano cuantitativo: de modo que 'precedente' haría referencia a una sola decisión dirimente de un caso concreto, mientras que con 'jurisprudencia' se indicaría el conjunto de más decisiones que se han estatuido sobre casos análogos. Los sistema jurídicos que –como el italiano– operan con respecto a la jurisprudencia, se encuentran por consiguiente, afrontando un problema nada simple: establecer cuál es, en concreto, la decisión efectivamente relevante, o sea, establecer cuántas y cuáles decisiones serán necesarias para afirmar la existencia de una jurisprudencia consolidada relativamente a la interpretación de una norma jurídica dada. Similares problemas no pertenecen, en cambio, a los ordenamientos jurídicos que prefieren el recurso al precedente: esto último, en efecto, viene identificado en una decisión de la cual derivar una regla aplicable al caso concreto. En sustancia, como enseña Taruffo, es el Juez del caso sucesivo quien "crea" el precedente, es decir, establece su existencia sobre la base de su propia valoración en orden a la analogía de los casos.

Respecto al precedente, el uso de la jurisprudencia responde a lógicas diferentes que se articulan en torno a la valoración de las así llamadas *máximas*: enuncia-

ciones generales, y más que nada breves, que tienen por objeto reglas jurídicas y contenido preceptivo. No tanto la sentencia entera, sino el conjunto de las máximas, constituye la jurisprudencia. En ellas, el elemento factual objeto de decisión no es inmediatamente relevante, por lo que –ahí donde se opera atendiendo a la jurisprudencia más que al precedente– la aplicación de la regla formulada en una decisión precedente no se funda en la analogía de los hechos, sino en la subsunción del caso sucesivo en una regla general.

Tal *modus operandi* determina importantes consecuencias que repercuten negativamente en la eficiencia de todo el sistema judicial. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, el desmesurado número de las sentencias constituye ya un fenómeno gravemente patológico: la Suprema Corte de Casación, en efecto, pronuncia cada año millares de decisiones, así que es cosa común que, sobre un solo tema, se acumulen en breve tiempo centenares de sentencias. Frente a números tan elevados, es frecuente hallar incoherencias, contradicciones e imprevistos cambios de orientación en el ámbito de la misma jurisprudencia, con la consecuencia de que el operador jurídico no sabrá si tiene conocimiento de toda –o al menos de la más relevante– jurisprudencia en la materia, pudiendo, cuando más, expresar una valoración en términos de conformidad, relevancia o falta de certeza sobre la desmedida cantidad de datos jurisprudenciales analizados.

Aquellos problemas apenas descritos no se encuentran en los ordenamientos jurídicos fundados en el precedente. Esto puede verse –como demuestra Taruffo– simplemente comparando el número de las sentencias pronunciadas cada año por Cortes pertenecientes a realidades jurídicas diferentes. Así, mientras que la Cámara de los Lores de Londres dicta aproximadamente cien pronunciamientos al año, y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América emite aproximadamente doscientos, ¡la producción jurisprudencial de la Suprema Corte de Casación Italiana alcanza casi las cincuenta mil unidades! Un número monstruosamente alto que deja entrever el estado crítico en el que se encuentra el ordenamiento jurídico italiano.

3. Queda por valorar la fuerza que tiene el precedente. A este respecto, Taruffo se detiene ante todo en lo que puede entenderse como precedente *en sentido propio*, recordando la distinción doctrinal entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. La primera es la regla jurídica que viene puesta como fundamento de la decisión sobre hechos específicos de los casos objetos de causa. Y viceversa, la *obiter dictum* indica el conjunto de las observaciones y argumentaciones contenidas en la sentencia pero que no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión. La *obiter dictum*, por tanto, no asume la dignidad de precedente ni puede ser indicada como tal. En la práctica, sin embargo, no es fácil distinguir entre estas dos categorías conceptuales, y llega a ocurrir que la distinción no se aplique rigurosamente. Esto es evidente, una vez más, sobre todo en los ordenamientos del *civil law*, los cuales hacen un falso uso del precedente y en los cuales, como en el caso italiano –las máximas jurisprudenciales son continuamente construidas mediante la indistinta extracción de enunciaciones jurídicas del texto de la sentencia– sin la previa y oportuna verificación de que constituyan la base de la decisión. En tal caso, *la obiter dictum* se utiliza como precedente, pero es claro que se trata de una utilización indebida por el carácter persuasivo de la misma.

La fuerza del precedente es dada entonces por su eficacia, o sea, por la capacidad de orientar interpretaciones sucesivas. Se dice comúnmente que en los países del *common law* el precedente es vinculante, mientras que en los países del *civil law*, el precedente es al máximo persuasivo o bien de hecho. Sin embargo, para Taruffo, también esta diferencia carece de fundamento. En efecto, por una parte, los ordenamientos de *common law* han elaborado diversas técnicas para "desvincularse" del precedente (por ejemplo, el *distinguishing*, o bien el *overruling*); por la otra, en los ordenamientos del *civil law* puede suceder que existan precedentes tan autorizables y persuasivos que se impongan a los Jueces sucesivos, e incluso quede la posibilidad de apartarse de los mismos, motivando la elección de forma. Aún más, en los ordenamientos jurídicos continentales se observa el retorno a una lógica cuantitativa que reconoce carácter de autoridad y persuasión a aquella

jurisprudencia (entendida como multitud de decisiones sobre un mismo tema) no contradictoria y, por tanto –en palabras de Taruffo–, entrelazada por precedentes muy uniformes.

Por último, la fuerza del precedente puede explicarse siempre en una dirección que puede ser vertical u horizontal. La aplicación clásica del precedente se da, obviamente, en sentido vertical, es decir, donde la decisión anterior del Juez jerárquicamente superior orienta la decisión sucesiva del Juez que reviste un papel subordinado al primero en la jerarquía judicial. En la praxis, sin embargo, no faltan casos de precedentes horizontales, esto es, de decisiones precedentes que orientan decisiones ulteriores de Jueces que pertenecen al mismo grado en la escala jerárquica. Un caso peculiar de precedente horizontal es aquel que Taruffo indica como *autoprecedente*, es decir, el caso en el que determinada Corte emite una sentencia conforme a su decisión precedente. Sin embargo, está fuera de toda duda que la fuerza del precedente horizontal es menos respecto a la persuasión del precedente vertical; no obstante, el recurso al precedente horizontal se halla ciertamente difundido.

Sin embargo, los problemas prácticos que aquejan a los ordenamientos del *civil law* no dependen, ni de la fuerza del precedente ni de la dirección de esta última. Éstos dependen, más bien –como indica Taruffo–, de la velocidad con que las Cortes, a menudo de manera arbitraria y casual, cambian su orientación, produciendo un *surplus* de decisiones que impide identificar el precedente. Esto es, lamentablemente, una vez más, lo que se verifica en el ordenamiento italiano, donde ni siquiera el decreto legislativo número 40 de 2006 ha logrado incidir positivamente en la aberrante situación de caos jurisprudencial, terminando además por agravar la situación. En efecto, el citado decreto legislativo, ha modificado el artículo 374 del *Código de Procedimientos Civiles* italiano –rubricado como "Pronuncia en secciones unidas", en el que se inserta un párrafo tercero que reza: "Si la sección simple sostiene que no comparte el principio de derecho enunciado por las secciones unidas, manda a estas últimas, con ordenanza

motivada, la decisión del recurso". Dicho párrafo, según Taruffo, crearía ulteriores problemas porque no prevé una sanción en caso de violarse la obligación normativamente impuesta. Además, la situación no parece tener buenas perspectivas ni después de la reforma del juicio de casación, advenida con la ley número 83 de 2012.

4. En la multitud de decisiones jurisprudenciales, solamente algunas, como se ha dicho, tienen la autoridad de condicionar o de orientar decisiones sucesivas y, por tanto, asumir el estatus de precedente. Junto a éstas existen otras decisiones que no tienen la misma fuerza pero que son usadas por el jurista práctico como *ejemplos* en apoyo de la interpretación normativa que se quiere sostener; su función, dice Taruffo, es mostrar que la norma de la que se trata ha sido aplicada de cierta manera en cierto caso. Se trata de decisiones que, incluso sin tener la fuerza de justificar una selección interpretativa, conservan, sin embargo, cierta persuasividad y que, por tanto, constantemente son indicadas por los juristas prácticos también en sentido negativo, es decir, para evitar que el Juez tome una decisión conforme al ejemplo referido.

No aspira después a la calidad de precedente, pero constituye ya un fenómeno cada vez más difundido, la tendencia de los juristas a indicar, en apoyo de sus propias tesis, pronunciamientos de ordenamientos extranjeros y, prevalentemente, de Cortes supranacionales. Se trata en estos casos de ejemplos cuya persuasividad depende, en primer lugar, de dos factores: la autoridad de la Corte que ha decidido y la aceptación común de principios en ambos ordenamientos interesados.

5. La *lectio magistralis* de Taruffo concluye con algunas reflexiones sobre la relación entre precedente y *nomofilaquia* (es decir, la aplicación unitaria de un principio en el ordenamiento). Recuerda el profesor que, ya en 1920, Piero Calamandrei propuso que la Corte de Casación pudiera un día desarrollar su función *nomofiláctica* mediante el recurso al precedente, o sea, mediante decisiones

que pudieran orientar pronunciamientos sucesivos que habrían asumido las Cortes a ella subordinadas. Lamentablemente, al día de hoy, esto no es todavía una realidad, ni las reformas legislativas de los últimos años han contribuido a empujar en esa dirección. Un juicio fuertemente crítico de Taruffo afirma que lo que se persigue no es la indicación de reglas destinadas a ser aplicadas por el Juez sucesivo, sino la especificación analítica de principios que en realidad no lo son, siendo destinados a valer esencialmente para un caso en particular, decidido de vez en vez. La casación, en sustancia, siendo llamada a pronunciarse sobre cualquier cuestión identificada por cualquier motivo como recurso, está muy lejos de ser una *Corte del precedente*, donde este último, para ser tal, debe revestir los caracteres de la rareza, autoridad y *universalizabilidad*: sólo así se podría hacer una contribución a la grotesca situación de caos que caracteriza la praxis judicial italiana.

Vincenzo Russo**

** Abogado por la Universidad del Salento, Italia.