

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES. UN EXPERIMENTO DE SOCIOLOGÍA JUDICIAL ENTRE LA PRÁCTICA Y LA TEORÍA*

*LEGAL ARGUMENTS AND CASE LAW PRECEDENTS.
A JUDICIAL-SOCIOLOGICAL EXPERIMENT BETWEEN
THEORY AND PRACTICE*

Silvia ZORZETTO**

Resumen:

El objetivo de esta contribución es analizar algunas de las principales variantes de argumentos jurídicos que usan los precedentes judiciales, con el fin de captar su relevancia y variedad en la práctica. El análisis está inspirado en la jurisprudencia de Secciones Unidas Civiles de la Corte de Casación italiana, también para estimular una comparación entre los usos de los precedentes judiciales en los diferentes sistemas jurídicos existentes. Sin embargo, el análisis es de carácter explicativo o crítico-reconstrutivo, e ilustra una serie de usos y problemas vinculados con el razonamiento jurídico, que tienen un alcance general y, por tanto, van más allá del contexto jurídico concreto considerado. El análisis se realiza desde el punto de vista interno y, en particular, del decisor (es decir, el juez), y aborda algunas *vexatae quaestiones* en torno a la idea de que en la práctica la jurisprudencia es una fuente del derecho. El estudio defiende la tesis de que el argumento del precedente es, de hecho, una familia de argumentos muy heterogénea y más extendida de lo que suele desprenderse de las taxonomías clásicas de los argumentos jurídicos; asimismo, el trabajo sostiene que por razones pragmáticas inherentes al razonamiento jurídico la jurisprudencia es inevitablemente una “fuente del derecho”.

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre de 2021.

** Profesora asociada en el Departamento de Ciencias Jurídicas Cesare Beccaria, Universidad de Milán, Italia. Correo: silvia.zorzetto@unimi.it, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9767-3700>.

Palabras clave:

Precedentes judiciales, argumentos jurídicos, razonamiento jurídico, fuentes del derecho, doctrina del *stare decisis*.

Abstract:

The object of this contribution is to analyze some of the main types of legal arguments usually found in judicial precedents in order to grasp their relevance and range in practice. The analysis is drawn from the case law of the Italian Court of Cassation Civil United Sections with a view also to elicit a comparison between the uses of judicial precedents in different judicial systems. However, the analysis is of an explanatory or critical-reconstructive nature and illustrates a series of uses and problems linked to judicial reasoning, the scope of which is general and therefore, goes beyond the specific juridical context at hand. The analysis is conducted from an internal point of view and, particularly from the standpoint of the decision-maker (i. e., the judge) and addresses some vexatae quaestiones surrounding the idea that case law is the source of law in practice. The study defends the thesis that the argument from precedent is, in fact, a very heterogeneous and much more extensive family of arguments than is usually assumed from traditional taxonomies of legal arguments. Moreover, the study defends the thesis that case law is inevitably a "source of law" for pragmatic reasons inherent to judicial reasoning.

Key words:

Case Law Precedent, Legal Arguments, Legal Reasoning, Sources of Law, Stare Decisis Doctrine.

SUMARIO: I. *Prólogo: contexto de análisis*. II. *Algunas aclaraciones preliminares sobre el método de análisis y la terminología*. III. *El punto de vista “interno”: el marco normativo*. IV. *El punto de vista “interno”: sobre la contribución de los precedentes jurisprudenciales a la formación del derecho vigente y otras cuestiones conexas*. V. *Precedentes jurisprudenciales: revisión de algunos usos emblemáticos*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. PRÓLOGO: CONTEXTO DE ANÁLISIS

¿Son los precedentes jurisprudenciales legítimos o no? ¿En qué sentido son normas jurídicas y qué alcance tienen? Éstas son sólo algunas de las preguntas abordadas a propósito de la controvertida cuestión de la relevancia de los precedentes jurisprudenciales en los sistemas jurídicos.¹

Las teorías y doctrinas elaboradas por los estudiosos (entre otros, los teóricos del derecho, los comparatistas y los procesalistas) para explicar y/o justificar el fenómeno del precedente son, como es sabido, muy numerosas,² y son producto, cada una de ellas, de una pluralidad de supuestos teórico-filosóficos y de variadas concepciones del derecho y de sus fuentes (aunque la mayoría de las veces estos supuestos y concepciones aparecen sólo implícitamente).

En este trabajo se investigará el tema en relación con sus usos reales, tal como se encuentra en la práctica de la argumentación jurídica³

¹ Por simplicidad y brevedad, en el texto hablaré sólo de precedentes, pero entendiendo siempre sólo los precedentes judiciales. Como es sabido, no sólo existen precedentes jurisprudenciales: por ejemplo, en muchos sistemas jurídicos basados en el principio del Estado de derecho, los precedentes de los órganos ejecutivos también tienen relevancia, y se debate si son vinculantes o autovinculantes para el propio Poder Ejecutivo y para los ciudadanos. Esta cuestión se plantea a menudo en el debate sobre el principio de certeza y la confianza legítima. Sin embargo, este análisis no se ocupará de los precedentes no judiciales.

² También, por esta razón, es decir, por la extraordinaria amplitud de la literatura sobre el tema, las notas bibliográficas que siguen son mínimas, limitándose únicamente a las referencias que han sido esenciales para el análisis.

³ Por “argumentación jurídica” entiendo, en un sentido mínimo, aquel proceso justificativo que es explícito, general-abstracto, y que subyace a una determinada

por parte de los jueces. Por lo tanto, no se propondrá un modelo ideal de precedente y su funcionamiento ni una teoría o doctrina general sobre cómo debe concebirse y utilizarse éste. El objetivo de este trabajo es más modesto, y consiste en un experimento de sociología judicial: ofrecer una revisión ilustrativa del uso. Este análisis, por otra parte, es también el resultado de una cierta convicción metodológica, que no es neutral: la convicción de que observar la práctica es esencial si se quiere entender, más allá de las teorías y los modelos ideales, el papel real que tienen los precedentes jurisprudenciales en los sistemas jurídicos.

Este aspecto práctico se examina sólo marginalmente en el volumen *La construcción del precedente en el civil law. Debates, conceptos y desafíos*.⁴ De ahí también la elección de profundizar en él para contribuir al debate iniciado por dicha obra.

El enfoque adoptado en este trabajo es necesariamente selectivo y circunscrito, dada la extrema amplitud de los problemas que plantea el tema del precedente y la pluralidad de contextos en que puede examinarse aquélla. Partiré de una experiencia jurídica concreta: la del derecho italiano contemporáneo, y de un contexto particular: el de la práctica de las Secciones Civiles Unidas del Tribunal de Casación (en adelante, “SUTC”). Centraré mi atención en las sentencias especialmente representativas desde el punto de vista de las SUTC de la última década, comparándolas con las opiniones expresadas en el mismo marco temporal por las secciones simples del Tribunal de Casación y del Tribunal Constitucional.

A pesar del carácter “local” del análisis, confío en que se puedan extraer lecciones e indicaciones de alcance general, al menos para los sistemas jurídicos existentes de matriz continental, es decir, pertenecientes a la misma tradición jurídica que la italiana.

Gracias al análisis, se mostrará que los precedentes jurisprudenciales pueden utilizarse y emplearse de numerosas maneras y para

conclusión jurídica. En este contexto, los argumentos jurídicos son las razones que se dan en una argumentación para apoyar una conclusión práctica. En particular, los argumentos jurídicos se discutirán en lo que respecta a las razones dadas para justificar una determinada solución interpretativa “en abstracto” y/o la aplicación de una o varias normas jurídicas a un determinado caso concreto.

⁴ Coordinadores M. Gascón Abellán, Á. Núñez Vaquero, Atelier, Barcelona, 2020.

desempeñar funciones heterogéneas en la cadena de justificación. Los argumentos jurídicos que hacen referencia a los precedentes jurisprudenciales no pueden reducirse fácilmente a un único argumento. Más que de la argumentación de los precedentes jurisprudenciales, en singular, convendrá hablar, en plural, de los argumentos basados en los precedentes jurisprudenciales. De hecho, la práctica da cuenta de una compleja y variada familia de argumentos con numerosas variantes, algunas de las cuales son incluso incompatibles y alternativas entre sí. Como muchos otros argumentos jurídicos, los relativos a los precedentes pueden combinarse de diversas maneras y situarse en varios niveles de la cadena argumentativo-justificativa, asumiendo una gran variedad de funciones. Hay argumentos primarios, secundarios, auxiliares, concurrentes, etcétera. En cuanto a los argumentos jurídicos que hacen referencia a los precedentes, su ubicación en el nivel de la argumentación judicial, así como su combinación con otros argumentos, es totalmente contingente. Igualmente, contingente es su fuerza argumentativo-justificativa.

Lo anterior, y todo lo que vendrá a continuación, ya está influido por supuestos fundamentales sobre lo que se entiende por “derecho (existente)”, “juez”, “motivación” (es decir, justificación de un caso práctico), etcétera. Confío, sin embargo, en que el intento descriptivo y clarificador que persigo saque a la luz las premisas más controvertidas o discutibles, y sea así fructífero para el diálogo, incluso con quienes no comparten las mismas premisas.

II. ALGUNAS ACLARACIONES PRELIMINARES SOBRE EL MÉTODO DEL ANÁLISIS Y LA TERMINOLOGÍA

Teniendo en cuenta que el tema que tratamos es extremadamente controvertido, los supuestos de los que parto y las elecciones de método y terminología que subyacen al análisis que propongo también lo son. Se trata, pues, de aclaraciones que sirven para explicar el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Las siguientes aclaraciones terminológicas no pretenden ofrecer definiciones generales de los conceptos tratados. Más bien, deben considerarse

funcionales al análisis y, por tanto, herramientas “operativas” para llevar a cabo la investigación.

En el análisis, los términos “precedente judicial”, “precedente de la jurisprudencia” o simplemente “precedente”, se refieren a cualquier decisión judicial en el sentido estricto de la palabra, que se dictó en un momento anterior, y cuyo texto es accesible (por ejemplo, en bases de datos o colecciones de jurisprudencia) y al que se hace referencia en una decisión.

Quisiera señalar que se trata de una definición estipulativa y funcional para el análisis metajurídico que se realiza mediante una búsqueda predominantemente sintáctico-semántica, es decir, mediante una búsqueda realizada a través de bases de datos de los textos de las medidas normativas dictadas por los tribunales.

Desde un punto de vista conceptual, es muy posible que existan precedentes que no sean públicos o publicados, aunque un precedente debe ser, al menos, conocido por alguien que no sea su emisor. Todo ello con la única excepción del autoprecedente en sentido estricto, es decir, relativo a una misma autoridad reguladora que decide en el tiempo sobre la base de lo decidido por ella en el pasado.⁵ De hecho, me concentro en los precedentes “públicos”, porque son los relevantes en la práctica jurisprudencial de los derechos existentes.

Este, por supuesto, no es el único enfoque posible para el estudio de los precedentes jurisprudenciales. Como es sabido, es posible realizar análisis conceptuales sin partir de datos textuales. En un tema tan complejo y controvertido como el que nos ocupa, que puede considerarse una auténtica jungla en la que se ha dicho y se dice de todo y su contrario, creo que es sin embargo más útil —para iniciar una comparación que tenga un mínimo de puntos de apoyo

⁵ Debe especificarse que, en los sistemas jurídicos vigentes, existe el problema adicional de que la autoridad normativa no coincide con una determinada persona física (ni en la hipótesis de los órganos colegiados ni en la de los órganos monocráticos donde lo relevante es el órgano como institución, no la persona física que de vez en cuando lo ostenta). Esto implica que incluso el autoprecedente no podría existir sin el conocimiento público de las decisiones, aparte de su autor. Esto es así salvo en el caso residual del autoprecedente referido no al órgano o autoridad reguladora, sino al individuo que es su autor y que, al guardar memoria “individual” del mismo, podría aplicar lo ya decidido posteriormente.

intersubjetivos (cuando no objetivos)— tener en cuenta lo que se expresa explícitamente en los textos de las medidas normativas dictadas por los tribunales.

Así pues, examinaré los precedentes jurisprudenciales desde el punto de vista de su uso expreso, investigando las referencias explícitas a ellos tanto en el contexto legislativo como en los fundamentos de las decisiones judiciales.

Antes de analizar la práctica judicial, muy brevemente recordaré algunas referencias principales a los precedentes jurisprudenciales que se encuentran en las fuentes canónicas oficiales (es decir, leyes y actos equivalentes del derecho italiano). Se trata de mostrar el contexto normativo en el que los jueces utilizan los precedentes. El contexto normativo influye en la visión que los jueces tienen de los precedentes jurisprudenciales, por lo que sería metodológicamente incorrecto extrapolar el análisis de los precedentes jurisprudenciales con independencia del contexto normativo de referencia. En otras palabras, para tratar de entender cómo utilizan los precedentes los jueces hay que fijarse tanto en los correspondientes usos como en el contexto en el que se enmarcan, porque el contexto normativo influye en los usos, al igual que los usos contribuyen a la creación del contexto normativo.

Obviamente, todo lo anterior, y en particular la decisión de realizar una investigación basada en textos, no significa que los precedentes de la jurisprudencia no puedan utilizarse de forma tácita.

De hecho, es lo contrario si se parte de la premisa de que los precedentes jurisprudenciales son también normas (jurídicas). Son normas cuyo ámbito de aplicabilidad se discute (si puede considerarse abstracto y general o generalizable más allá del caso en el que se dicta la decisión individual y en qué medida). Entonces, con respecto a los precedentes jurisprudenciales, vuelven a surgir todas las cuestiones de la teoría general de las normas jurídicas relativas a la naturaleza de las normas y sus enunciados normativos, así como a los enunciados de estas normas/enunciados que forman el discurso jurídico. En este análisis no entraré en el fondo de estas cuestiones, sino que sólo observo que es conceptualmente posible (y de hecho ocurre) que los precedentes jurisprudenciales también se utilicen de forma no expresada.

En otras palabras —y esto quedará claro en el análisis—, es posible que se haga referencia a un precedente jurisprudencial o que se utilice para algún fin en una decisión (aunque sea en el caso de compartirlo o aceptarlo, es decir, hacerlo propio como guía de conducta decisoria o rechazarlo), sin mencionarlo.⁶

Por otra parte, los usos que examinaré de los precedentes no se limitan a la situación en la que la *ratio decidendi* de un determinado caso se considera vinculante para la decisión de un caso posterior. Así, el precedente que voy a comentar no se refiere necesariamente a un caso concreto muy similar a otro caso concreto, sino que es sólo la decisión dictada en t0, cuya *ratio decidendi* se recoge en una decisión en t1.⁷ De hecho, como se verá, los precedentes también se utilizan cuando la similitud entre los casos es dudosa o incluso no existe. También ocurre que la similitud de los casos concretos no es relevante o no puede justificarse, porque se utiliza un principio general-abstracto contenido en el precedente, que es independiente de las circunstancias del caso y/o que no es la *ratio decidendi* de ese caso.

De forma un tanto provocativa, se podría decir que el presente análisis pretende sacar a la luz, aunque no principalmente, los usos

⁶ Sobre este punto, véase el estudio de N. Muffato, “Resta qualcosa da dire sulla polivocità degli enunciati deontici?”, *D & Q*, núm. 9/2009, pp. 589-623. http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-07_N_Muffato.pdf.

⁷ Esta estrecha noción de precedente es la adoptada por M. Taruffo, “Aspetto del precedente giudiziale”, *Criminalia*, 2014, pp. 37-57, quien observa con acierto que la jurisprudencia está “constituida por un conjunto de decisiones, que además pueden ser numerosas —como en el caso de nuestro Tribunal de Casación— y pueden incluir cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones de derecho. Nada hay que encontrar de extraño, pues si la jurisprudencia puede ser —y a menudo lo es— redundante, variable, ambigua y contradictoria, porque sobre una misma cuestión de derecho puede haber orientaciones interpretativas diferentes y variables. Extremando el discurso (pero no demasiado), se puede decir que una jurisprudencia como la que produce el Tribunal Supremo italiano es comparable a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, cada uno puede encontrar lo que quiere (y también su contrario)” (p. 39; n. d. r. mi traducción). Siguiendo con la metáfora, el presente análisis es una investigación sobre lo que ofrece este “supermercado”.

“espurios”,⁸ o, al menos, el amplio espectro de usos que van más allá del caso “puro” (según el pensamiento tradicional) de precedente vinculante en el que la decisión en t1 se justifica sobre la base de una decisión t0 porque esta última se erige en norma vinculante para el caso posterior en t1.

El objetivo es más bien mostrar cómo la práctica jurídica muestra que los usos del precedente son más heterogéneos. No me interesa aquí discutir en el plano de las definiciones cuál es la más adecuada del precedente, si es más apropiado adoptar en el plano teórico una noción estrecha o más laxa.⁹ Por muy cuestionable que pueda parecer, el objetivo de este análisis va a contracorriente, y consiste en sondear precisamente aquellas situaciones en las que los jueces se remiten a los precedentes de forma poco ortodoxa según la doctrina clásica del precedente.

En otras palabras: según el punto de vista más estricto, sólo los usos del precedente judicial que reflejan la regla del precedente vinculante¹⁰ son aquellos “verdaderos” o “puros”. Siguiendo esta línea de pensamiento, sólo un argumento jurídico en sentido propio hace uso del precedente, y es precisamente el que justifica la decisión posterior en función del precedente, asumiendo la “identidad” de *ratio decidendi* en los dos casos. No discuto que éste pueda ser el uso “más verdadero” o “más puro” del precedente, pero es un hecho que la práctica va más allá de este ideal. Sin embargo, si se

⁸ Señalo que este adjetivo se utiliza imaginando contingentemente cuál sería el punto de vista de la doctrina tradicional con respecto a la presente investigación. No es el punto de vista adoptado para el análisis, como se explica en el texto.

⁹ Me gustaría dejar claro que esto no pretende en absoluto negar la relevancia de los estudios dedicados al precedente vinculante y a la comprensión de su fundamento y funcionamiento en el plano de la teoría de la norma. Por el contrario, creo que estos estudios (véase en particular el estudio de M. B. Arriagada Cáceres, “Las dos caras del precedente vinculante”, en Núñez, Á., Arriagada, M. B. y Hunter, I. (coord.), *Teoría y práctica del precedente*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 365 y ss.) también son esenciales en la perspectiva que aquí se investiga y el presente análisis plantea ser más bien un complemento descriptivo de lo que los jueces dicen hacer y/o hacen con los precedentes jurisprudenciales.

¹⁰ Es decir, la metarregla segunda, la cual, asumiendo la “identidad” de *ratio decidendi* en los dos casos 0 y 1, la decisión en t1 se justifica sobre la base de la decisión t0, porque esta última se erige en norma vinculante para el caso posterior en t1.

quiere o no hablar de precedentes en otros casos diferentes, o que se quiera considerar que son precedentes espurios o lo que sea, los jueces hablan de precedentes en otros muchos casos en los que la visión clásica no concedería que fueran precedentes. Por otra parte, incluso las posturas más tradicionales y clásicas del precedente acaban por divergir y, de hecho, obligan a que la práctica se base en una definición preconcebida del precedente, por así decirlo, de laboratorio.

Ahora bien, mirando la práctica jurídica con desencanto, mi análisis pretende llenar un vacío en el diálogo entre la teoría y la práctica. Los usos expresos de los precedentes muestran que existe la posibilidad (y en la práctica se da) de que los precedentes sólo se mencionen o se citen, pero no se utilicen en sentido propio como reglas relevantes (y mucho menos orientadoras o decisivas) para la decisión.

En todos los casos en los que el uso del precedente no refleja el tipo ideal “puro” (según una determinada doctrina que se considera prevalente), la referencia al precedente podría parecer, al menos *prima facie*, espuria o declamatoria, simbólica o ficticia para la resolución del caso concreto. Sin embargo, sería precipitado pensar que se trata de un mero *flautus vocis* o vacío desde el punto de vista semántico-pragmático. A menudo, las referencias que parecen “extravagantes” pueden cumplir su propia función oblicua, indirecta o expresiva de diversas maneras. El estudio de estas funciones será objeto de una futura etapa de este análisis, por lo que me limitaré a señalar que la influencia y relevancia de estos usos depende, entre otros factores, de la finalidad comunicativa que persigan el emisor y el receptor del mensaje. Normalmente, estos fines son ajenos al juicio y persiguen intenciones de política judicial y jurídica, que van más allá del caso concreto. Además, los destinatarios suelen ser ajenos al proceso, y también pueden ser ajenos al sistema judicial (los jueces “hablan” con los políticos, con la opinión pública, etcétera).

En general, puede observarse que en la jurisprudencia sí se dan precedentes relevantes (en el sentido de pertinentes y efectivamente aplicados a la solución del caso concreto); pero también se consideran precedentes que sólo son presunta o hipotéticamente relevantes para decidir un caso concreto. Esto destaca especialmente en las motivaciones de las decisiones (es decir, sus textos públicos y/o pu-

blicados) que deben tener en cuenta, entre otras cosas, las alegaciones de las partes del procedimiento.

Los precedentes que son asumidos por el juez son una guía de conducta tanto para el juez como para los destinatarios de esa decisión. Sin embargo, en el momento en que se adopta cada decisión nadie puede saber si sus resoluciones serán compartidas por los demás tribunales, por lo que, en este sentido, puede existir, a lo sumo, una expectativa o deseo de facto por parte del emisor de que su decisión se convierta en un precedente para los demás: es cierto, por otra parte, que algunas decisiones se dictan con vistas también, si no predominantemente, a orientar las futuras decisiones de otros tribunales. La propensión más o menos acusada de ciertos jueces a dirigirse tanto a otros jueces como a los ciudadanos u otras autoridades normativas o jurídicas —en el ámbito de la sociología judicial— es un elemento que explica (lo que no quiere decir que también justifique) el uso extraordinariamente generalizado de los precedentes en la práctica contemporánea.

III. EL PUNTO DE VISTA “INTERNO”: EL MARCO NORMATIVO

Para analizar los usos jurisprudenciales de las SUTC, conviene recordar algunas disposiciones legales que hacen referencia expresa a ellos o que se consideran generalmente como indicadores de la relevancia de los precedentes en el derecho.¹¹

¹¹ Sobre la base de estas disposiciones, los propios jueces también han creado protocolos para la simplificación de la redacción de actos judiciales, directrices para la redacción de actos y medidas judiciales, así como “proyectos” sobre temas específicos para orientar la jurisprudencia. Por ejemplo, los más recientes son el “Proyecto de Ejecuciones” y el “Proyecto de Salud” de la III Sección Civil del Tribunal de Casación. A este respecto, véase A. Spirito, “Il «progetto esecuzioni» della terza sezione civile della Corte di Cassazione”, *Rivista dell'esecuzione forzata*, n. 1/2019; L. La Battaglia (ed.), “La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità”, report, 27 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_Luigi_La_Battaglia_27.11.2019_Nuova_responsabilita_sanitaria.pdf, y R. Pardolesi (ed.), “Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento”, *Il Foro italiano*, núm 1, 2020, pp. 1-462.

A continuación, se presentan los textos normativos de las partes correspondientes y ya coordinados con las demás disposiciones que están estrechamente relacionadas.¹² Todos los textos citados son una reproducción literal de las disposiciones correspondientes.

Artículo 65(1) “Atribuciones del Tribunal de Casación”, Ley de Codificación del Ordenamiento Jurídico aprobada por el Real Decreto núm. 12 del 30 de enero de 1941:¹³

El tribunal supremo de casación, como órgano supremo de justicia, velará por la exacta observancia y la interpretación uniforme de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las distintas jurisdicciones; regulará los conflictos de competencia y de atribuciones, y realizará las demás tareas que le confiera la ley.

Artículo 360-bis “Inadmisibilidad del recurso”, del Código de Procedimiento Civil italiano:¹⁴

El recurso (ante el Tribunal de Casación) es inadmisibile: 1) cuando la decisión impugnada ha resuelto las cuestiones de derecho de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal y el examen de los motivos no ofrece elementos que confirmen o modifiquen su orientación; 2) cuando

¹² En el texto sólo se mencionarán las disposiciones relativas a los procedimientos civiles, con referencias a pie de página de las disposiciones relativas a los procedimientos administrativos. También existen disposiciones similares para los procesos penales (véase el artículo 618, párrafo 1-bis del Código de Procedimiento Penal italiano), y el debate sobre el derecho penal y la nomofilia de las Secciones Penales Unidas del Tribunal de Casación está cada vez más vivo. Se le dedicará un estudio más profundo. Para entender el carácter común de los problemas, desde un punto de vista teórico general, véase M. Vogliotti, “Indipendenza del giudice e rispetto del precedente”, *La legislazione penale*, 19.10.2020, disponible en: https://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2020/10/Vogliotti.REV_.pdf; A. Caputo e G. Fidelbo, “Appunti per una discussione su ruolo della Corte di Cassazione e «nuova» legalità”, *Sist. pen.*, núm. 3, 2020, pp. 91-112, disponible en: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1583358421_caputo-fidelbo-2020a-nuova-legalita-corte-di-cassazione.pdf.

¹³ Para los comentarios, véase G. Canzio, “Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione”, *Il Foro Italiano*, vol. 135, núm. 10, 2012.

¹⁴ M. Fornaciari, “L’inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360-bis c.p.c.”, *Rivista trimestrale di diritto processuale*, 2013, pp. 645 y ss.

la queja relativa a la violación de los principios que regulan el proceso debido es manifiestamente infundada.

Artículo 363. “Principio de derecho en interés de la ley”, del Código de Procedimiento Civil italiano:¹⁵

Quando las partes no hayan interpuesto un recurso en el plazo establecido por la ley o hayan renunciado a su derecho a hacerlo, o cuando la resolución no sea susceptible de recurso de casación y no pueda ser impugnada de otro modo, el fiscal general del Tribunal de Casación podrá solicitar al Tribunal que declare, en interés de la ley, el principio de derecho al que debería haberse atendido el juez del fondo. El Tribunal resolverá en sala única si considera que la cuestión es de especial importancia. En caso de que el recurso de las partes sea declarado inadmisibile, si el Tribunal de Casación considera que la cuestión que se le somete es de especial importancia, el Tribunal de Casación podrá también pronunciarse de oficio sobre el principio de derecho en interés de la ley. La sentencia del Tribunal no afecta a la decisión del tribunal de primera instancia.¹⁶

¹⁵ Para un comentario crítico sobre la aplicación de la disposición por la Corte de Casación en los últimos años, véase B. Capponi, *La Corte di cassazione e la “nomofilachia” (a proposito dell’art. 363 c. p. c.)*, 6 de abril de 2020, disponible en: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/04/B.-Capponi.pdf>.

¹⁶ Una disposición similar existe en el proceso administrativo, en el artículo 99 “Remisión al pleno” (del Consejo de Estado) del Código de Procedimiento Administrativo italiano: “La sección del Consejo de Estado a la que se asigna el recurso, si considera que la cuestión de derecho sometida a su examen ha dado lugar o puede dar lugar a diferencias de jurisprudencia, a petición de las partes o de oficio, puede remitir el recurso al pleno para su examen. Antes de pronunciarse, el presidente del Consejo de Estado puede, a petición de las partes o de oficio, remitir cualquier recurso al pleno para resolver cuestiones de principio de especial importancia o para dirimir diferencias de jurisprudencia. Si la Sala a la que se asigna el recurso considera que no está de acuerdo con un principio de derecho establecido por el pleno, remitirá la decisión sobre el recurso al pleno mediante auto motivado. El pleno del tribunal decidirá el caso en su totalidad, a menos que decida mantener el principio de derecho y devolver el resto del caso a la sala a la que se asignó el recurso. Si considera que la cuestión es de especial importancia, la asamblea plenaria podrá, no obstante, declarar el principio de derecho en interés de la ley, incluso cuando declare el recurso inadmisibile, improcedente o no procesable, o cuando declare el archivo del procedimiento. En estos casos, la decisión del pleno no afectará al acto impugnado”.

Artículo 118. “Motivación de la sentencia”, disposiciones de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil italiana (en coordinación con el artículo 132 (2) núm. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil italiana):¹⁷

Los fundamentos de la sentencia, que deben contener una exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho de la decisión, consisten en una exposición concisa de los hechos relevantes del caso y de los motivos jurídicos de la decisión, también con referencia a los precedentes consistentes.¹⁸

Artículo 348-ter, “Resolución sobre la inadmisibilidad del recurso”, del Código de Procedimiento Civil italiano (en coordinación con el artículo 348-bis, párrafo 1 del Código de Procedimiento Civil italiano):

El juez, antes de proceder a la vista del recurso, después de oír a las partes, declara la inadmisibilidad del recurso cuando éste no tiene posibilidades razonables de ser admitido, mediante un auto conciso y motivado, incluso refiriéndose a los hechos contenidos en uno o varios escritos y a la referencia a precedentes concordantes.¹⁹

¹⁷ G. Caruso, *Nihil est idem, cui id ipsum simile est*. Marginalia all’ordinanza Corte Cass. n. 29191 del 21 dicembre 2020, 6 de julio de 2021, disponible en: https://www.judicium.it/nihil-est-idem-cui-id-ipsum-simile-est-marginalia-allordinanza-corte-cass-n-29191-del-21-dicembre-2020/#_ftn7.

¹⁸ Una disposición similar se establece para el proceso administrativo en el artículo 74 “Sentencias simplificadas” del Código italiano del proceso administrativo: “Si el tribunal considera que el recurso es manifiestamente fundado o manifiestamente improcedente, inadmisibile o infundado, decidirá mediante una sentencia simplificada. La motivación de la sentencia puede consistir en una breve referencia al punto de hecho o de derecho que se considera decisivo o, en su caso, a un precedente conforme”.

¹⁹ Es probable que la disposición sea modificada por la reforma del proceso civil que se está redactando actualmente. Véase el artículo 6-bis de la enmienda-13 al proyecto de ley AS 1662 sobre “Delegación en el Gobierno para la eficacia del proceso civil y la revisión de la disciplina de los instrumentos de resolución alternativa de conflictos”, en la versión del 16 de junio de 2021.

Por último, se está debatiendo en el marco de la reforma del procedimiento²⁰ civil la introducción de una “remisión prejudicial” de los tribunales de mérito al Tribunal de Casación, según la cual

...el tribunal de mérito puede ordenar una remisión prejudicial al Tribunal para la resolución de una cuestión de derecho cuando se cumplen las siguientes condiciones: 1) la cuestión es exclusivamente una cuestión de derecho, aún no tratada por el Tribunal y de especial importancia; 2) presenta graves dificultades de interpretación; 3) es probable que se plantee en numerosos litigios.

La petición de decisión prejudicial se dirigirá a una *section* simple o, si se trata de una cuestión de especial importancia, a las SUTC, para que establezcan el principio de derecho. La decisión por la que el Tribunal de Casación defina la cuestión de derecho será vinculante para el órgano jurisdiccional en cuyo procedimiento se plantee la cuestión. La decisión mantendrá su efecto vinculante también en el procedimiento iniciado por una nueva presentación de la misma solicitud.²¹

Alrededor de las disposiciones mencionadas, que son el resultado de sucesivas reformas a lo largo de los años, ha florecido una discusión sobre las siguientes cuestiones, que probablemente nunca se

²⁰ La reforma prevé también una Oficina para el juicio en los tribunales y cortes de apelación, así como en el Tribunal de Casación, con la tarea de perseguir la mejora y la provisión de precedentes a nivel interno, para aumentar la capacidad productiva de la oficina; y, a nivel externo, perseguir un efecto deflactor a través de la difusión de directrices jurisdiccionales: Ministero della giustizia Ufficio Legislativo Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. P. F. Luiso) Proposte normative e note illustrative 24 maggio 2021, disponible en: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf. Una disposición similar está contenida en el proyecto de ley A. C. 2435-A, que reforma el sistema de juicios y sanciones penales, aprobado por la Cámara de Diputados el 3 de agosto de 2021, cuya documentación, así como la información constantemente actualizada, puede consultarse en <https://www.sistemapenale.it/>.

²¹ Véase el artículo 60. de la enmienda 12 al proyecto de ley AS 1662 sobre “Delegación en el Gobierno para la eficacia del proceso civil y la revisión de la disciplina de los instrumentos de resolución alternativa de conflictos” en la versión del 16 de junio de 2021.

extinguirá: si los precedentes jurisprudenciales son relevantes en el derecho italiano y en qué sentido; si los precedentes judiciales son vinculantes o simplemente puntos de referencia autorizados para la interpretación y aplicación de las normas en casos posteriores; si los jueces son creadores de derecho y la jurisprudencia misma una fuente de derecho, y en qué medida, entre otras. Por supuesto, en el mencionado debate hay argumentos de apoyo para cada una de las tesis y para su contraria, los que siguen siendo controvertidos y discutibles.

Para simplificar el panorama, en el plano teórico existen tesis escépticas o hiperescépticas sobre la imposibilidad de llegar a un sistema ordenado y vinculante²² de precedentes; en el plano práctico, existe la constatación realista —en absoluto incompatible con la tesis “teórica” hiperescéptica— de que toda decisión jurisprudencial está, como mínimo, condicionada por el contexto jurisprudencial en el que se produce. En realidad, muy pocas veces existe en la práctica una directriz única sobre una determinada materia, de modo que ante una jurisprudencia normalmente fugaz o en todo caso articulada en varias direcciones, siempre existe la posibilidad de que cada juez decida su caso siguiendo o no un precedente u otro.

Dicho de otro modo, independientemente de que lo ideal que fuera tener un sistema (bien) ordenado de precedentes vinculantes (y que evolucione en dicha dirección), la práctica de los sistemas jurídicos actuales parece estar bastante lejos de este ideal.

Es evidente, sin embargo, que hablar de un sistema de precedentes judiciales y, en particular, de un sistema bien ordenado, no es algo que deba darse por sentado: significa asumir que los precedentes no son simplemente un hecho caótico, que no hay simplemente una acumulación de decisiones *de facto*. Hablar de un sistema im-

²² Véase en particular L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018. A pesar del título de la obra, no defiende en absoluto una visión hiperescéptica: examina con desencanto los numerosos problemas que dificultan en el sistema jurídico (italiano y otros) establecer una regulación adecuada de los precedentes jurisprudenciales y, por tanto, la construcción de un sistema de precedentes bien ordenado.

plica, de hecho, la existencia de criterios y vínculos de ordenación. Esto es aún más cierto si se plantea la idea de un sistema “bien ordenado”, que es una noción llena de valor.

Ahora bien, está claro que hablar de un sistema mal ordenado o caótico parece casi un contrasentido y, en todo caso, algo que no se debe perseguir y, de hecho, se busca frenar. Por otro lado, está igualmente claro que los criterios de (buena) ordenación en el ámbito de los precedentes están lejos de ser compartidos ni por la práctica ni por la teoría.

Por supuesto, considerar el ideal de un sistema bien ordenado de precedentes como utópico e imposible, o, por el contrario, asumir que los derechos existentes pueden aproximarse a él, no es irrelevante en términos de política del derecho y judicial.

Si se parte de la base de que es imposible regular los precedentes, las propias reformas y disposiciones que pretenden hacerlo pierden su sentido. La metalegislación sobre los precedentes jurisprudenciales sería vacía de significado y condenada al fracaso inevitable, o sólo tendría un efecto simbólico perjudicial: el de cultivar ficticiamente la ilusión de una tarea imposible. Llegar a estas conclusiones hiperescépticas parece un caso de falacia lógica.²³

Por otro lado, si se parte de la base de que los precedentes jurisprudenciales son un fenómeno que puede ser gobernado desde dentro por el propio derecho (mediante metanormas), entonces la idea es valorar los méritos, los beneficios y/o los males de cada intento de regulación.

Como se verá, la jurisprudencia muestra su creencia en la posibilidad de autogobierno de los precedentes jurisprudenciales y juega un papel clave en este sentido. Por ello, es significativo el número de principios jurídicos que se pronuncian en interés de la ley en las sentencias.

²³ Como he sabido, se habla de “consecuencialismo loco” o “pendiente resbaladiza” en la literatura sobre las falacias de la argumentación.

IV. EL PUNTO DE VISTA “INTERNO”: SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES A LA FORMACIÓN DEL DERECHO VIGENTE Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS

A continuación, repasaré algunos casos destacados, que tienen valor paradigmático para entender cómo ven los jueces —y no sólo del SUTC— su actividad. Las razones por las que el siguiente análisis es paradigmático son numerosas. En resumen, en el derecho italiano la actividad del SUTC tiene valor ejemplar *de iure condito* (recuerdo el contexto normativo al que se ha hecho referencia); además, la práctica judicial se fija en la actividad del SUTC y extrae ejemplos de ella. Si examinamos también la actividad de los tribunales inferiores, encontramos usos muy cercanos a los del SUTC. De estos pronunciamientos, en efecto, surgen ideas e ideologías latentes, que son propias de la función del *ius dicere* y, por tanto, caracterizan potencialmente a la jurisprudencia también en otros contextos y experiencias. Los principios consagrados en el SUTC pueden resumirse como sigue:

- i) El precepto constitucional de que los jueces sólo están sujetos a la ley (artículo 101 de la Constitución) impide atribuir a la interpretación de la jurisprudencia el valor de fuente del derecho.²⁴
- ii) El precedente jurisprudencial, aunque sea autorizado y aunque provenga del Tribunal de Casación, e incluso de las Secciones Unidas, no es una de las fuentes del derecho, y, como tal, no es directamente vinculante para los jueces.²⁵

²⁴ *Ex plurimis*, SUTC núm. 15144 de 2011.

²⁵ Excepto para el tribunal de referencia, ya que eso está expresamente previsto por la ley.

SUTC, 03-05-2019, núm. 11747. La sentencia en cuestión es especialmente significativa, ya que aborda la siguiente cuestión de derecho: “En presencia de normas de derecho que no contienen ambigüedades ni incertidumbres, a la vista de los principios de derecho constantemente reafirmados desde hace más de sesenta años por el Tribunal de Legitimidad y de la interpretación consolidada e inequívoca de las normas indicadas en materia de liquidación de una deuda indemnizatoria derivada de un ilícito civil, puede el tratamiento diferente reservado por la sentencia

- iii) La interpretación no tiene la naturaleza de una “mera declaración”, según la utopía ilustrada del juez de la “bouche de la loi”, por lo que la función de actualizar, adaptar y ajustar las normas es legítima y constitucionalmente conforme, y puede

de legitimidad a una deuda indemnizatoria, de carácter económico, derivada de un ilícito civil (falta de descuento y aplicación de los intereses legales desde la fecha de la solicitud), puede considerarse *ex se* que entra en el ámbito de la “actividad de interpretación de las normas” —entendida como la búsqueda y atribución de sentido prescriptivo a la redacción que puede derivarse de los lemas y sintagmas de las disposiciones leídas individualmente, en relación con la conexión lógica dentro de la estructura del acto fuente y la relación sistemática con las demás normas del ordenamiento jurídico— y, por tanto, considerarse “en sentido objetivo” como una actividad de valoración que —aunque sea errónea o inverosímil— entra en el ámbito de la cláusula de salvaguardia de la L. núm. 117 de 1988, artículo 2o., párrafo 2 (que regula la “Indemnización por daños y perjuicios causados en el ejercicio de las funciones judiciales y la responsabilidad civil de los magistrados”), o en cambio si el nivel de consolidación del sentido de las normas aplicadas a la liquidación de los daños patrimoniales derivados de los agravios en el ámbito de la responsabilidad civil (en materia de daños patrimoniales por la ocupación expropiatoria: véase SUTC núm. 1464 de 26/02/1983; SUTC núm. 12546 de 25/11/1992; id. SUTC núm. 494 de 20/01/1998; id. Sez. 1, Sentencia núm. 4070 de 20/03/2003; id. Sección 1, Sentencia núm. 19511 de 06/10/2005; id. Sección 1, Sentencia núm. 22923 de 09/10/2013; id. Sección 2, Sentencia núm. 11041 de 28/05/2015; id. Sección 1, Sentencia núm. 18243 de 17/09/2015. En cuanto a la liquidación del lucro cesante mediante la técnica de los intereses: id. Sección 1, sentencia núm. 1814 de 18/02/2000; id. Sección 1, Sentencia núm. 9410 de 21/04/2006; id. Sección 1, sentencia núm. 9472 de 21/04/2006; id. Sección 1, Sentencia núm. 13585 de 12/06/2006; id. Sección 1, Sentencia núm. 15604 de 09/07/2014; id. Sección 1, Sentencia núm. 18243 de 17/09/2015. La única contraria es la sentencia aislada de Tribunal de Casación sección 1, sentencia núm. 4766 de 03/04/2002 destinada a asimilar en la categoría de obligaciones de moneda la indemnización por expropiación y la compensación de daños y perjuicios según el criterio de liquidación, por L. 8 de agosto de 1992, núm. 359, artículo 5o. bis, apartado 7 bis), implica la necesidad, para que opere la cláusula de salvaguarda, de que se caracterice, al menos, la total desvinculación del Juez de las opciones interpretativas de una dirección jurisprudencial que puede definirse como unívoca y “cristalizada”, por una evidente aplicación dudosa al caso concreto de la norma pretendida en el sentido que se le atribuye, o por una reconsiderada —no importa si fundada o no— solución interpretativa, de modo que el fallo adoptado sea el resultado de una actividad valorativa y no de una mera “distracción” o desconocimiento de los principios jurisprudenciales consolidados” (n. d. r. mi traducción). En definitiva, el problema es si el juez es susceptible de ser responsabilizado por atribuir un significado distinto al

tener periles innovadores, hasta cierto punto “creativos”, sin que ello constituya algo subversivo respecto de la legislación.²⁶

- iv) La “creatividad” intrínseca de la interpretación jurisprudencial debe tener un sentido de la proporción y, sobre todo, de la responsabilidad del intérprete, ya que, más allá de las convicciones técnico-jurídicas subjetivas de los jueces individuales, deben considerarse siempre los parámetros de la “justicia” del proceso, entendida como un valor tendencialmente compartido.²⁷
- v) No hay interpretaciones objetivamente “correctas”, salvo en lo que respecta al método utilizado para llegar a ellas, independientemente de las referencias axiológicas del intérprete.²⁸
- vi) La función nomofiláctica responde a la necesidad estructural de establecer puntos fijos o “jerarquías” entre las posibles opciones hermenéuticas.²⁹
- vii) El artículo 65 del ordenamiento jurídico proporciona el único criterio meramente formal y extrínseco para valorar la “corrección” de una interpretación: la interpretación proporcio-

de la jurisprudencia establecida y en qué condiciones. El artículo 2o. de la Ley núm. 117, de 13 de abril de 1988, en la redacción aplicable *ratione temporis* antes de la reforma introducida por la Ley núm. 18, de 27 de febrero de 2015, establece que se tiene derecho a una indemnización por el lucro cesante. 18 de 27 de febrero de 2015, establece que una persona tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una medida judicial adoptada por un magistrado con dolo o falta grave en el ejercicio de sus funciones o por denegación de justicia, precisándose que, por un lado, “en el ejercicio de la función jurisdiccional la actividad de interpretación de las normas jurídicas o de valoración de los hechos y de las pruebas no puede dar lugar a responsabilidad”, y por otro lado, la falta grave constituye “una infracción grave del derecho causada por una negligencia inexcusable”.

²⁶ SUTC, 06-11-2014, núm. 23675. Véase también SUTC, 18-05-2011, núm. 10864 y, en relación con la llamada “doctrina del derecho viviente”, entre otras Tribunal Constitucional núm. 350/1997, y Tribunal Constitucional núm. 350/1997, entre otras Tribunal Constitucional núm. 350/1997 y Tribunal Constitucional núm. 122/2017.

²⁷ SUTC, 06-11-2014, núm. 23675.

²⁸ *Idem*.

²⁹ SUTC, 06-11-2014, núm. 23675; SUTC, 03-05-2019, núm. 11747.

nada por el órgano encargado de la revisión de la legitimidad de las sentencias de otros jueces (es decir, el Tribunal de Casación) debe considerarse convencionalmente —si no la “correcta”, al menos sí— la más “exacta” (posible) o, si se quiere, la más “correcta” y/o la más “acertada”, y por lo tanto esta interpretación no puede ser despreciada.³⁰

- viii) La interpretación realizada por el Tribunal de Casación (y principalmente por las Secciones Unidas) tiende a entenderse como una “objetivación convencional del significado”.³¹
- ix) El problema de la nomofilia radica precisamente en garantizar al ordenamiento jurídico la posibilidad de evolucionar, adaptarse, corregirse y, al mismo tiempo, preservar, dentro de unos límites razonables, la uniformidad y la previsibilidad de la interpretación, especialmente en lo que respecta a las “normas de procedimiento”.³²
- x) La salvaguarda de la unidad y la “estabilidad” de la interpretación judicial (especialmente la del Tribunal de Casación y, dentro de ella, la de las secciones unidas) es un criterio jurídico de absoluta importancia para la interpretación de las normas jurídicas.³³
- xi) Debe haber buenas razones para apartarse de una interpretación anterior (especialmente si es del Tribunal de Casación y de las Secciones Unidas), y muy buenas razones si se trata de la interpretación de “normas procesales”.³⁴
- xii) Especialmente cuando se trata de la interpretación de las normas procesales, el “conocimiento” (previo) de las normas y, por lo tanto, en sentido ascendente, poder confiar en la fiabilidad, la previsibilidad y la uniformidad de la interpretación es un requisito previo esencial para la igualdad entre los ciudadanos y para la “justicia”.³⁵

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

- xiii) El *overruling* en materia procesal no es siempre evitable o profuturo, pero hay que valorar muy bien si hay o no buenas razones para el cambio de rumbo jurisprudencial y, antes, identificar cuáles son las condiciones legitimadoras de la evolución de la interpretación. Aquí no hay fórmulas matemáticas. Es una cuestión de equilibrio y medida: de responsabilidad.³⁶
- xiv) Una anulación del SUTC en materia procesal sólo puede estar justificada cuando la interpretación proporcionada por el precedente correspondiente es manifiestamente arbitraria y pretextual y/o, en cualquier caso, da lugar (posiblemente también como consecuencia de cambios en la legislación o en la sociedad) a resultados disfuncionales, irracionales o “injustos”.³⁷
- xv) El juez es responsable de una violación inexcusable de la ley cuando su decisión se sitúa fuera del ámbito de una elección consciente de interpretación, lo que da lugar a una violación evidente, grosera y macroscópica de la norma aplicada a una interpretación de esta, que se aparta de cualquier criterio lógico, a la adopción de opciones aberrantes en la reconstrucción de la voluntad del legislador, a la manipulación absolutamente arbitraria del texto normativo o, finalmente, a la invasión de la interpretación en la invención o el derecho libre: esta situación se produce cuando se ignoran soluciones jurídicas claras, ciertas e indiscutibles, o se violan principios elementales del derecho, que el juez no puede ignorar justificadamente.³⁸
- xvi) El criterio de la infracción grave del derecho por negligencia inexcusable es el error consistente en la atribución de un significado imposible, que va en contra de la propia expresión semántica, un sinsentido; es decir, un significado que va más allá de cualquier significado posible que pueda extraer-

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ Véanse, por ejemplo, el Tribunal de Casación núm. 6791 de 2016; el Tribunal de Casación núm. 2637 de 2013; el Tribunal de Casación núm. 2107 de 2012; el Tribunal de Casación núm. 11593 de 2011, y otras referencias en ellos.

se del significante textual de la disposición, un significado que ni lingüística ni jurídicamente puede tener la disposición o que no le es propio porque es propio de otra norma, de otra institución.³⁹

- xvii) Sin embargo, la adopción de una solución que no se ajuste a los precedentes no puede ser inmotivada o irreflexiva: debe ser el resultado de una elección consciente y reconocible (interpretativa), es decir, que se haga explícita al exterior mediante una motivación.⁴⁰
- xviii) Es necesario justificar la diferente opción interpretativa —haciéndola explícita en el razonamiento decisonal— respecto del llamado derecho vivo (es decir, la desviación de un precedente o de una orientación jurisprudencial tan consolidada que el precepto dado “vive”, en su realidad aplicativa, con un significado que incluye, más allá de su estricto contenido literal, el que le atribuye constantemente la jurisprudencia).⁴¹

Ahora bien, cada una de las afirmaciones anteriores merecería un análisis específico. No sé si la concepción ilustrada puede representar un sueño noble o parecer una pesadilla. En cualquier caso, estemos de acuerdo o no, es un hecho real. Y, por lo que se desprende del análisis metajurídico, no lo es sólo en el plano de la declamación. No sólo refleja lo que los jueces dicen que hacen, sino también lo que hacen.

En resumen, se pueden destacar los siguientes aspectos:

- a) En el plano de las fuentes del derecho, la jurisprudencia se ancla en la concepción formal (si se quiere, tradicional o “positivista jurídica”) por razones axiológicas, es decir, en deferencia al ideal del Estado de derecho y, por tanto, al modelo ideal de la separación de poderes.
- b) En el amplio espectro de las teorías de la interpretación desarrolladas por los teóricos del derecho (desde el formalismo

³⁹ Véase SUTC, 03-05-2019, núm. 11747.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

extremo hasta el escepticismo extremo, pasando por todas las diversas teorías mixtas desarrolladas durante décadas), los jueces parecen situarse en el lado de un escepticismo convencionalista moderado. Es un tipo de convencionalismo dual, en que las convenciones relevantes son tanto las lingüísticas, vinculadas al llamado “significado literal”, como las vinculadas a los significados atribuidos autoritariamente por las altas esferas del sistema judicial.

- c) Lo que pasa en la práctica me parece que encuentra una explicación coherente a nivel teórico en la propuesta de Luka Burazin y Giovanni Battista Ratti,⁴² de distinguir el concepto de regla de reconocimiento en dos conceptos más específicos: uno, que tiene que ver con la identificación de las fuentes tipo del derecho (la regla de reconocimiento de las fuentes tipo), que no presupone el uso de ningún canon de interpretación, y el otro, que tiene que ver con la identificación de las normas (la regla de reconocimiento de las normas), que sí presupone el uso de cánones por parte de los órganos de identificación del derecho. Esta distinción permite explicar el doble hecho de que, a menudo, entre los juristas exista un acuerdo general sobre las fuentes “legítimas” y, al mismo tiempo, un amplio desacuerdo sobre su interpretación. Esto parece coincidir con lo que se desprende del análisis metajurisprudencial.
- d) En el plano de la interpretación jurídica y, en particular, de la interpretación judicial, me parecen importantes por su poder explicativo las observaciones de Damiano Canale y Giovanni Tuzet,⁴³ en que los significados de los discursos jurídicos dependen de la interacción lingüística realizada por los participantes en la práctica. Los propios criterios de corrección en el uso del lenguaje dependen de la interacción pragmática de los participantes. Esto es así, en primer lugar, como consecuencia de la gran variabilidad de los antecedentes contextuales de la

⁴² L. Burazin, G. B. Ratti, “Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation”, en P. Chiassoni, B. Spaić (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 2021, 137.

⁴³ D. Canale, G. Tuzet, “On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?”, *Ratio Juris*, vol. 20, núm. 1, 2007, p. 35.

acción e interpretación jurídicas. No existe un conjunto único de condiciones de significación para una sentencia judicial, y, al mismo tiempo, no existe un criterio único que identifique las condiciones de variabilidad de dicho conjunto. La forma de dependencia contextual de la determinación semántica depende del propio contexto. En segundo lugar, los participantes en la práctica lingüística tienen diferentes maestrías y actitudes propositivas de las que depende su uso del lenguaje. Estoy menos de acuerdo con Tuzet y Canale cuando afirman que lo que llamamos el uso “correcto” de un concepto no es ni un presupuesto de la práctica jurídica compartido por los participantes ni un simple resultado de la propia práctica. Surge de la práctica y se desprende del análisis metajurisprudencial que hay una presuposición compartida de la corrección como ideal a perseguir, y es totalmente contingente y local que haya una “corrección” compartida en los resultados. Ciertamente, es un resultado siempre inevitablemente precario e inestable, ya que la interpretación judicial es continua. Así pues, la interpretación judicial descansa en un ideal de corrección: pero no hay acuerdo sobre el contenido de este ideal ni sobre las normas y criterios para realizarlo de manera que se llegue a un acuerdo judicial en todos los casos.

- e) La discrecionalidad interpretativa se considera, desde el punto de vista interno del juez, consustancial a la actividad interpretativa, es decir, inerradicable, y se admite un índice de discrecionalidad bastante elevado, cuyos límites con la “creatividad” son indeterminados.
- f) Un límite ideal a la discrecionalidad/creatividad debería ser el significante entendido como el tenor literal de las palabras utilizadas en los textos legales, cuya plurivocidad, sin embargo, es unánimemente reconocida.⁴⁴

⁴⁴ La noción de “significado literal” es susceptible de una pluralidad de interpretaciones diferentes, y los jueces también son muy conscientes de esta variedad normalmente. Sobre la pluralidad de sentidos en que se entiende la noción de “significado literal”, recuerdo el volum editado por V. Velluzzi, *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000.

- g) Sólo hay fórmulas generales y axiológicamente connotadas para discriminar entre los significados que son posibles/imposibles de rastrear hasta el significante, y así trazar la línea entre lo que es interpretación (discrecional, si es necesario también creativa, pero en cualquier caso admitida) y lo que no lo es.
- h) Tanto las teorías como las herramientas conceptuales, etcétera, desarrolladas por la semiótica general para comprender mejor la relación entre significante/significado, y los vínculos entre sintaxis y semántica/pragmática, así como por la vaguedad lingüística y otras propiedades del lenguaje ordinario y jurídico, no parecen ser parte de la formación y de los conocimientos de los jueces.
- i) A falta de coordenadas sobre el funcionamiento del lenguaje ordinario y jurídico, la justificación expresa de las opciones interpretativas es el baluarte “residual” para desentrañar lo que está permitido y lo que no.
- j) En este contexto, el factor humano tiene la última palabra: el último asidero real contra la arbitrariedad es el sentido de medida y de responsabilidad del intérprete.

V. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES: REVISIÓN DE ALGUNOS USOS EMBLEMÁTICOS

En el marco de una concepción e ideología como la expuesta, en la práctica, los jueces hacen un uso constante y masivo de los precedentes jurisprudenciales. Lo que sigue es una revisión meramente ilustrativa de los argumentos usados por ellos. El análisis se realiza sobre los textos de las decisiones en su totalidad, sin referirse a ninguna *massima* debido a los conocidos problemas que aquejan a la *massimazione*. Como se ha dicho en la introducción, dado que las referencias son extraordinariamente variadas, parece apropiado hablar de una familia de argumentos interpretativos, más que de un argumento o canon argumentativo. La revisión no es exhaustiva,⁴⁵

⁴⁵ A modo de comparación, es interesante la variedad de técnicas practicadas por los jueces, como ilustra J. Marshall, “Trentatrè cose che si possono fare con i precedenti”, *Ragion pratica*, núm. 6, 1996, pp. 29 y ss.

y el orden de presentación no sigue ningún orden de importancia o frecuencia de aparición de los usos. La denominación de cada argumento también es inventada, y sólo es conveniente para la exposición. De hecho, los jueces utilizan y/o mencionan los precedentes de diversas maneras en sus razonamientos, sin explicitar ni nombrar sus argumentos jurídicos. Sólo hay dos grupos de excepciones a este respecto: i) la llamada interpretación adaptativa, también denominada “interpretación conforme a la Constitución”, *secundum Constitutionem* o constitucionalmente orientada y similares (la terminología es muy variada),⁴⁶ y ii) la llamada doctrina del derecho vivo (también

⁴⁶ Conviene aclarar, para evitar dudas, que la interpretación orientada a la Constitución no es necesariamente una interpretación que se apoye en los precedentes del Tribunal Constitucional; aunque de hecho ése es el caso más común. Así, la interpretación orientada a la Constitución es una interpretación orientada constitucionalmente hacia y por los precedentes del Tribunal Constitucional. La referencia a los precedentes de la jurisprudencia también por parte de la SUTC, pero no sólo, adopta la forma de directrices interpretativas y argumentativas sobre el cumplimiento de la Constitución. A modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes:

- i) Entre varios significados posibles, debe preferirse el que sea conforme a la Constitución (SUTC, 16-12-2013, núm. 27986);
- ii) De varios significados posibles, se debe dar preferencia a la interpretación más conforme con la Constitución o más orientada a ella (Tribunal de Casación, sección V, 07/07/2021, núm. 19368);
- iii) Si no es posible interpretarla de manera constitucionalmente conforme, la norma/disposición debe presumirse constitucionalmente ilegítima y, por tanto, no debe aplicarse (y debe plantearse la cuestión de constitucionalidad; Tribunal Constitucional núm. 356/1996 y Tribunal Constitucional núm. 49/2011);
- iv) Un juicio interpretativo de rechazo por parte del Tribunal Constitucional exige la no aplicación de la “norma”, considerada no conforme con el parámetro constitucional evocado y escrutado por el Tribunal Constitucional, pero no excluye la posibilidad de seguir “terceras interpretaciones”, consideradas compatibles con la Constitución, o de plantear una nueva cuestión de legitimidad constitucional respecto a un diferente parámetro constitucional (Tribunal de Casación, sección trabajo, núm. 1581 de 2010; núm. 166 de 2004; Tribunal de Casación, sección II, 21-03-1990, núm. 2326; Tribunal de Casación, sección trabajo, 30-07-2001 núm. 10379). Un juicio interpretativo de rechazo por parte del Tribunal Constitucional es una sentencia en la que son determinantes tanto la interpretación del precepto de la ley ordinaria a

denominada a veces con otra terminología).⁴⁷ Sin embargo, cada uno de estos cánones interpretativos-argumentativos presenta, a su vez, numerosas variantes, en las que no es posible entrar aquí.

Por último, señalo que al repasar los siguientes argumentos no pretendo en modo alguno legitimar su uso: mi análisis no prejuzga en absoluto la cuestión de la legitimidad de estos argumentos (para cada derecho en vigor) y en qué condiciones, en su caso. Sin embargo, a cada uno de estos argumentos se aplica una máxima general, que es aplicable a cualquier otro argumento jurídico: es decir, cada argumento jurídico puede utilizarse bien o mal (usarlo de manera abusiva), y esto depende de quienes los utilicen.

- i) Argumento “precedente como *ratio decidendi*”: se hace referencia expresa a una determinada *ratio decidendi* para aplicarla como argumento vinculante definitivo en la decisión de un caso posterior. Éste sería el “verdadero” precedente, en el que se aplica la misma *ratio decidendi* aplicada en un caso posterior, que se supone idéntico o, mejor dicho, similar en

la luz de los principios constitucionales como la parte dispositiva adoptada, que normalmente se subraya indicando en el P. Q. M. “de acuerdo con los fundamentos”.

⁴⁷ Si el derecho “vivo” es el que resulta de la interpretación de los jueces, el derecho vivo —en sentido estricto— no se circunscribiría sólo a los tribunales “superiores”. En la práctica, sin embargo, la noción se limita a la ley que proviene de la cúpula del sistema judicial. En el caso italiano: el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Casación (y sus secciones unidas), el Consejo de Estado y el tribunal de cuentas, cada uno según sus competencias. De ahí los posibles conflictos entre derechos vivos. De la práctica se derivan algunas pautas interpretativas particulares:

- i) La aplicación retroactiva de las normas puede estar justificada en la medida en que se trata de normas que reconocen principios que constituyen un derecho vivo (véase Tribunal de Casación, sección II, 12/03/2021, núm. 7051);
- ii) El derecho vivo no se ajusta necesariamente a la Constitución, por lo que el juez puede apartarse de ello solicitando una revisión de su compatibilidad con los parámetros constitucionales (véase Tribunal Constitucional, núm. 180/2021; Tribunal Constitucional, 09/03/2021, núm. 33);
- iii) Si la acción es pretextual porque es contraria al derecho vivo y/o a la jurisprudencia establecida, puede constituir un abuso del instrumento procesal (Tribunal Roma Sez. IV Sent., 04/01/2021).

lo relevante (y disímil en lo irrelevante) al ya resuelto. Tanto la existencia de una similitud relevante como la irrelevancia de las diferencias no siempre se argumentan explícitamente. Una variante débil de este argumento es aquella según la cual la referencia a la *ratio decidendi* precedente no es decisiva, sino sólo un argumento de apoyo o concurrente que refuerza la decisión conforme a dicha *ratio decidendi*, decisión que, sin embargo, se basa también en otros argumentos.⁴⁸

- ii) Argumento del “precedente como principio de derecho”: una solución interpretativa puede justificarse por referencia a un precedente como principio de derecho general y abstracto sin tener que desarrollar sus propios argumentos jurídicos.⁴⁹ A diferencia del argumento de “precedente como *ratio decidendi*”, en el caso del argumento de “precedente como principio de derecho” no es relevante que el principio de derecho sea la *ratio decidendi* del caso anterior: el principio de derecho se invoca para la decisión posterior como una regla general y abstracta que vive su propia vida, es decir, existe independientemente del caso en el que se decidió por primera vez o de la serie de casos en los que se ha aplicado repetidamente. No es automático ni necesario, pero puede ocurrir que se utilice este argumento, sobre todo cuando se establece una cierta convergencia dentro de la jurisprudencia por la que la precedente *ratio decidendi* se emancipa de las circunstancias del caso y se concibe como una regla de decisión en sí misma.
- iii) Argumento del “precedente como autoridad”:⁵⁰ en este caso, la referencia al precedente es, por así decirlo, más procesal

⁴⁸ Tribunal de Casación, sección II, 18-08-2021, núm. 23108.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, sección VI-5, 03-07-2018, núm. 17403.

⁵⁰ Según algunos autores, el principio de autoridad justifica la referencia al precedente. No es objeto de este análisis indagar en los posibles fundamentos teóricos o en las justificaciones ético-políticas del uso del precedente, por lo que me limitaré a observar que no hay acuerdo sobre el hecho de que el razonamiento basado en el precedente pueda remontarse al razonamiento *ex auctoritate*. Es evidente que los jueces están dotados de autoridad normativa, pero esto no es suficiente para concluir que el argumento basado en el precedente no es más que un argumento

que sustantiva: lo que importa es quién lo decidió y no lo que se decidió. Este uso del precedente es a menudo criticado por quienes consideran que la resolución adecuada de los casos debe depender de lo que se dictamina, y no de quién lo hace. Si se examina más detenidamente, este argumento parece no ser particularmente feliz, especialmente en los sistemas actuales, en los que hay muchos responsables de la toma de decisiones, y las “jerarquías” entre los poderes, especialmente en el nivel superior, no están nada claras. En contextos en los que el poder de los diferentes órganos judiciales está sujeto a conflictos de poder (de hecho, o de derecho), tal argumento corre el riesgo de ser poco convincente, o incluso de alimentar desacuerdos. Hay que tener en cuenta que, entre otras cosas, justificar una decisión posterior sobre la base de un precedente *ex auctoritate* debilita la posición del decisor posterior (que reconoce así estar sometido a la autoridad del decisor anterior). Por eso este argumento adquiere cierta fuerza y parece atractivo sobre todo en el caso del autoprecedente: en este caso, en efecto, invocar el precedente *ex auctoritate* es también una forma de afirmar la propia autoridad. El defecto, por supuesto, es que se corre el riesgo de un círculo vicioso, ya que la propia autoridad apela a sí misma.

- iv) Argumento del “precedente por analogía”: por el que la aplicación de un precedente se fundamenta expresamente en una analogía o, más bien, en una similitud. Ésta puede ser explicada explícita o simplemente invocada sin explicación, limitándose a una referencia “por analogía”.⁵¹ Es evidente que el

ex auctoritate. Para más detalles, véase, por ejemplo S. Gómora Juárez, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, 2018, pp. 110 y ss.

⁵¹ Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, sección V, 22-07-2021, núm. 21013. Comparto las reflexiones contenidas en la contribución de Á. Núñez Vaquero, “La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (anológica) de precedentes”, en M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (por), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 81-105, “los precedentes como decisiones jurisdiccionales que expresan normas relevantes para la decisión de casos posteriores y la analogía como forma de interpretación o de razonamiento... se pueden combinar (o no) contingentemente”. Por un lado, la práctica demuestra que

mero hecho de justificar la decisión de un caso posterior sobre la base de un precedente al que se hace referencia “por analogía”, sin especificar en qué consiste esa supuesta analogía, es una forma de argumentar al menos parcial. Si bien es cierto que al comparar el precedente supuestamente “análogo” y el caso a decidir se puede tratar de captar cuál sería la similitud relevante que subyace a la analogía; por otro lado, es un hecho que la selección de similitudes y diferencias es una actividad altamente discrecional, por lo que se corre el riesgo de que la analogía no exista o esté mal construida o no sea comprensible. En cualquier caso, hay que distinguir entre tres situaciones diferentes: *a)* el argumento *a simili*, en el que sobre la base de una similitud relevante (e irrelevancia de las diferencias) se justifica imputar a un caso no regulado (*de iure condito*) las consecuencias jurídicas de un caso similar ya regulado (por ley o en una decisión jurisprudencial); *b)* el argumento del “precedente por analogía”, en el que la aplicación en el caso B de un precedente aplicado en el caso A se justifica con base en la analogía entre B y A, y *c)* la circunstancia de que, para cada caso posterior, la elección entre la infinidad de precedentes existentes se realiza también con base en la búsqueda de similitudes relevantes.

Hay que distinguir entre estas tres situaciones, porque los precedentes no siempre ni únicamente son elegidos o seleccionados sobre la base de la analogía. También es falso que el argumento *a simili* y el argumento del “precedente por

los precedentes no se aplican siempre o necesariamente de forma analógica; por otro lado, no existe incompatibilidad ontológica entre el precedente y la analogía: no hay ningún obstáculo empírico, lógico o de otro tipo para aplicar un precedente de forma analógica. Dicho de otra manera, es cierto que en determinadas circunstancias hay una regla del precedente que consiste en la extensión —vía analogía— de la aplicación de una regla particular a casos similares. Creo que pueda afirmarse sólo de forma contingente, y no en principio o en términos generales que “el entendimiento tradicional de la regla de precedente sería la extensión —vía analogía— de la aplicación de una norma particular (que concreta una norma general) a casos similares” (D. Sierra Sorockinas, “Un análisis sobre la formación del precedente”, en M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (por), *La construcción del precedente en el civil law*, *cit.*, 77).

analogía” sean superponibles. Por el contrario, como es bien sabido, se discute mucho sobre si cabe o no el argumento *a simili* cuando existe un precedente aplicable. Según algunos, en esta hipótesis falta la premisa misma del argumento de la analogía, porque no hay ningún vacío normativo que cubrir.

- v) Argumento del “precedente en serie”: se produce cuando se hace referencia a una serie de sentencias, sin especificar su contenido y sin dar detalles de los casos concretos correspondientes, siendo un caso en serie.⁵² Por su especificidad, este uso del precedente merece ser aislado. En primer lugar, su aplicación presupone la existencia de casos en serie; en segundo lugar, encarna de manera ejemplar el ideal de “economía”, que justifica a menudo, incluso *de iure condendo*, el uso de los precedentes. El principio de sentido común subyacente que hace que este argumento sea “fácil” y en general menos criticable que otros argumentos relativos a los precedentes es que la repetición es inútil y antieconómica si puede evitarse. Aunque en derecho cada caso es único, en las situaciones en serie, la idiosincrasia de cada caso se descuida debido a los sesgos cognitivos que caracterizan nuestras percepciones y creencias. De ahí la tendencia de los distintos participantes

⁵² Por ejemplo, Tribunal de Casación, sección V, 29-07-2021, núm. 21712: “A los efectos de definir los motivos de recurso ilustrados más arriba, es necesario examinar el marco normativo de referencia ya esbozado por este tribunal mediante decenas de sentencias, además dictadas en procedimientos en los que algunos de los actuales recurrentes también fueron parte, que han resuelto sustancialmente las cuestiones expuestas también a la luz del derecho supranacional y de los principios constitucionales y cuyas razones se comparten aquí expresamente y se remiten a las disposiciones del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (se remite, en particular, a la sección 5 del Tribunal de Casación, 30/03/2021, núm. 8757, así como a la ex. Las razones de las cuales se comparten y se refieren expresamente en el presente documento de conformidad con el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil (se hace referencia en particular al Tribunal de Casación, sección 5, 30/03/2021, núm. 8757, así como, *ex plurimis*, a las ordenanzas posteriores núm. 8907, 8908, 8909, 8910, 8911, 9079, 9080, 9081, 9144, 9145, 9146, 9147, 9148, 9149, 9151, 9152, 9153, 9160, 9162, 9168, 9176, 9178, 9182, 9516, 9528, 9529, 9530, 9531, 9532, 9533, 9534, 9729, 9730, 9733 y 9735 de 2021)” (n. d.r. mi traducción).

en la práctica jurídica a recordar los precedentes en serie. En definitiva, en las situaciones en serie, sopesando los pros y los contras, el riesgo (que se estima bajo) de perder la especificidad de las decisiones individuales y de los casos particulares pierde frente a la ventaja de ahorrar tiempo, esfuerzo intelectual, etcétera.

- vi) Argumento del “precedente inspirador”: se encuentra al referirse a directrices, principios que guían/inspiran el razonamiento decisorio global, por el que una determinada solución hermenéutica ya alcanzada a partir de otras razones se presenta como más conforme; por ejemplo, con el sistema del debido proceso, a partir de la referencia a los principios generales que lo rigen.⁵³ Este uso argumentativo está en la línea con la argumentación de los principios jurídicos, y, si se quiere, su interés radica precisamente ahí. En otras palabras, también es útil estudiar este uso para arrojar luz sobre las interferencias entre los argumentos que invocan los precedentes y aquellos que invocan los principios jurídicos. La interferencia es manifiesta en todos los casos en que los principios jurídicos invocados no están expresados y tienen su origen en decisiones jurisprudenciales adoptadas con anterioridad. Además, hay que tener en cuenta la interferencia con la interpretación conforme a la Constitución, es decir, con los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y/o del SUTC según su lectura de la Constitución. Ésta se refiere a menudo a principios no expresados e inmanentes al sistema, de modo que, en una especie de círculo, al final se remite a interpretaciones jurisprudenciales (normas, en su mayoría, sin disposición).⁵⁴ La diferencia del “precedente inspirador” con el “precedente como principio de derecho” es que este último es un principio-precedente inherente al caso concreto (es de-

⁵³ SUTC, 19-02-2020, núm. 4247.

⁵⁴ Tribunal de Casación, sección V, 04/05/2021, núm. 11604; Tribunal de Casación, sección trabajo, 11/05/2021, núm. 12424; Tribunal Administrativo Regional Lombardía Milano Sec. II, 10/02/2021, núm. 374; Tribunal de Cuentas Lazio Sez. contr. delib., 10/09/2020, núm. 73.

cir, se refiere al *thema disputandum*), mientras el precedente-inspirador sólo sirve para inspirar un contexto de fondo independiente del caso concreto que se discute. Desde este punto de vista, el argumento del “precedente inspirador” se refiere con mayor frecuencia a las reglas de juicio o al procedimiento más que a la sustancia del litigio.

- vii) Argumento del “precedente establecido”: al remitirse a una tendencia u orientación jurídica establecida (que a su vez puede entenderse de diversas maneras), se legitima una solución hermenéutica. Normalmente no se plantea de forma explícita la cuestión de posibles interpretaciones alternativas o contrastantes, y se trata de un uso muy vago y ambiguo: se invoca la jurisprudencia establecida, el derecho vivo o se utilizan otras fórmulas, y son acompañadas de una indicación de ciertas decisiones en particular.⁵⁵ El precedente establecido no se convierte necesariamente en la *ratio decidendi*; sólo puede servir de apoyo al razonamiento decisorio, y, por tanto, puede situarse en varios niveles del razonamiento; si es necesario, sólo como refuerzo del precedente-*ratio decidendi*. Su poder de argumentación y de persuasión es tanto más pronunciado cuanto los participantes en la práctica y los jueces adopten en mayor medida una actitud conformista. Este argumento se utiliza mayoritariamente en sentido confirmatorio, salvo que se quiera romper la continuidad y, por lo tanto, la referencia al precedente establecido se hace precisamente para tomarlo como blanco de la crítica con el fin de argumentar una revisión.
- viii) Argumento del “precedente oscuro o ficticio”: por el que se apela de forma general a las directrices establecidas, sin hacer referencia a decisiones concretas.⁵⁶ También puede verse

⁵⁵ Tribunal Constitucional, 30-07-2021, núm. 182.

⁵⁶ SUTC, 09-09-2021, núm. 24414 relativa a la exhibición de crucifijos en las aulas. La exhibición de crucifijos no está establecida por ley en el derecho italiano. Sin embargo, según el Tribunal, “Por un lado, se guían por la fuerza particular de los principios fundamentales en juego, que van desde la libertad religiosa hasta el principio de laicidad en sus diversas formas, el pluralismo, la prohibición de la discriminación y la libertad de enseñanza en las escuelas públicas abiertas a todos. Estos

como una variante opaca del argumento del “precedente establecido”. Hablando en abstracto, no puede excluirse que se haga referencia a un precedente sin dar ninguna indicación específica y sin presentarlo como “jurisprudencia o interpretación establecida” (o algo parecido). En este caso, la frontera con la invención se vuelve impalpable, de modo que el precedente bien puede ser el resultado de la invención si el intérprete lleva su creatividad al extremo (más allá del límite permitido). Está claro que se trata más de un caso hipotético que de uno real. Sin embargo, puede llegar a ser real, por ejemplo, por un error o descuido del intérprete, porque éste es motivado por determinados motivos políticos o éticos, o porque pretenda perseguir intereses personales o de terceros.

- ix) Argumento del “*precedente conservador*”: según el cual, ante una pluralidad de interpretaciones posibles, se prefiere la interpretación con base en la cual se ha formado una práctica de aplicación estable a lo largo del tiempo, y que es coherente con el funcionamiento económico del sistema.⁵⁷ Puede considerarse una variante del argumento del “precedente establecido”, pero en comparación con aquél tiene una connotación expresiva particular. Es transparente en sus objetivos, es decir, con respecto al objetivo de no decidir de forma innovadora. Este objetivo conservador puede limitarse al caso individual o ampliarse al sistema jurídico en su conjunto. La mejor demostración de esto es el *prospective overruling*, que sólo se

principios, definidos por la Constitución italiana, por las Cartas de Derechos y por los Tribunales que las interpretan, constituyen la brújula para encontrar la regla para la solución del caso. Por otra parte, se apoyan en una densa red de precedentes judiciales y de aportaciones de la doctrina: los primeros representan los caminos ya recorridos por la experiencia jurisprudencial para resolver los litigios que presentan elementos de similitud, y son tanto más relevantes en ausencia de una ley del Parlamento; los segundos ofrecen la reconstrucción del marco del sistema y la elaboración de líneas de perspectiva coherentes con las expectativas de la comunidad de intérpretes. Por último, se acompañan de las aportaciones que ofrece el proceso y su desarrollo en el proceso contencioso entre las partes”.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, sección trabajo, 04-08-2021, núm. 22251.

innova *profuturo*, pero no en el caso concreto, que en cambio se decide de manera conservadora con apego a lo que se ha decidido antes.

- x) El argumento del “precedente evolutivo”: se hace referencia al precedente no para aplicarlo directamente, sino como indicador de un proceso evolutivo en curso que, por tanto, justifica una variación hermenéutica en el caso que se va a decidir.⁵⁸
- xi) Argumento del “precedente *extravagante*”: siendo irrelevante a los efectos de decidir el caso concreto, se hace referencia a él en aras de la exhaustividad y/o para apartarse de él, demostrando el conocimiento de su existencia.⁵⁹
- xii) Argumento del “precedente *ad pompam*”: se hace referencia a un precedente sin que sea relevante para la decisión del caso, con el fin de demostrar el conocimiento y la preparación o la “cultura jurídica” del juez que decide el caso posterior. El uso de este argumento es especialmente común en ciertos estilos de argumentación: por ejemplo, en las llamadas “sentencias tratado”,⁶⁰ es decir, aquellas decisiones en las que los jueces pretenden hacer gala de su preparación jurídica en la materia o en general.
- xiii) Argumento de la “duda del precedente”: por el que se evoca el precedente sólo como punto de partida para plantear una

⁵⁸ Tribunal de Casación, sección V, 22-07-2021, núm. 20977: por ejemplo, de este modo se hace referencia a un determinado precedente ligeramente más antiguo para opinar sobre su incorrección, irrelevancia, etc., frente a otro precedente ligeramente posterior cuyo principio de derecho se aplica en el presente caso.

⁵⁹ Tribunal de Casación, sección trabajo, 04-08-2021, núm. 22251.

⁶⁰ Desde un punto de vista interno, la tendencia es crítica hacia las “sentencias de tratado”, es decir, al menos algunos jueces creen que deberían evitarse. Véase L. Mancini (a cura di), Report. L'argomentazione delle decisioni della Cassazione: tra autorevolezza del precedente ed esigenze di semplificazione Roma, 11 ottobre 2018, disponible en: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf, en cambio, se siguen dictando y las causas por las que esto ocurre, que por regla general no se expresan, son probablemente las siguientes: la creencia de que es necesario “instruir/educar”, el deseo de “enseñar”, exceso de ego o *hybris*, la convicción de que es un “mal menor” en una situación que requiere abordar —como se dice— de frente y a 360 grados la cuestión jurídica que se discute.

duda interpretativa-aplicativa que da lugar al proceso argumentativo del juez.⁶¹ Al igual que el argumento del precedente *ad pompam*, éste también proviene de determinados estilos argumentativos y sirve más para fines retóricos que para dar contenido al razonamiento judicial.

- xiv) Argumento del precedente “mayoritario” y/o “más actual”: se usa como criterio decisivo para optar por una solución interpretativa en presencia de otras posibles.⁶² Por supuesto, los dos factores (es decir, la “mayoría” y la “actualidad”) son distintos y autónomos. De hecho, sin embargo, al tratarse de factores graduales, cuanto más mayoritario sea el precedente y más actual sea, y cuanto más se combinen estos dos factores, mayor será la fuerza argumentativa-persuasiva.
- xv) Argumento del precedente “minoritario” y/o “obsoleto”: es, en cierto modo, el *alter ego* o el argumento especular con respecto al argumento del precedente “mayoritario” y/o “más actual”. De forma simétrica, se usa como criterio para apartarse de una determinada interpretación que se considera inaceptable.⁶³ No es raro ver la combinación de ambos argumentos, lo que hace que la argumentación sea especialmente fuerte. Siendo de naturaleza complementaria, su uso conjunto da la impresión de un razonamiento judicial inatacable por ambas partes.
- xvi) Argumento del precedente “aislado” (con dos variantes): o bien acaba teniendo la misma función que el precedente *ratio decidendi*, o bien su singularidad se convierte en una razón para apartarse de ello. Representa el polo extremo de los dos argumentos anteriores. Cuando sólo hay un precedente aislado, o bien se valora como el relevante/decisivo, o bien se descarta, derivando de la singularidad la falta de su fiabilidad.
- xvii) El argumento de los “precedentes conflictivos”: para justificar una nueva interpretación (y posiblemente un nuevo principio

⁶¹ Tribunal de Casación, sección V, 31-07-2018, núm. 20253.

⁶² Tribunal de Casación, sección V, 23-06-2021, núm. 17924.

⁶³ Tribunal de casación, sección VI-5, 24-05-2021, núm. 14209.

de derecho), se destacan las aporías y los conflictos entre los precedentes.⁶⁴

- xviii) El argumento de los “precedentes comparativos”: para justificar una determinada solución interpretativa, se hace referencia a la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos que no son vinculantes en el contexto jurídico cuyo caso se va a decidir, pero se remite a ella para acreditar una orientación internacionalmente acordada, partiendo de la base de que lo decidido en otro lugar es un ejemplo.⁶⁵

VI. CONCLUSIONES

Tras el anterior análisis, pueden formularse las siguientes reflexiones críticas. Estas reflexiones críticas se expresan de forma provocativa y apodíctica, cuyo desarrollo y defensa serán objeto de un estudio posterior:

- i) Los precedentes jurisprudenciales forman parte ineliminable de los sistemas jurídicos existentes, aunque no se reconozca formalmente la jurisprudencia como fuente del derecho.⁶⁶ Independientemente de la noción de fuente del derecho que se adopte, el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales no es algo que pueda establecerse en abstracto y de una vez por todas. Incluso si el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales fuera establecido en abstracto por un principio o una metanorma, se aplicaría siempre

⁶⁴ Tribunal de Casación, sección III, 04-12-2018, núm. 31233.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, SUTC, 09-09-2021, núm. 24414: “La libertad religiosa negativa merece la misma protección que la libertad religiosa positiva... Esta es, además, la enseñanza que se desprende de la comparación con otra jurisprudencia.”: Tribunal Constitucional Federal alemán (decisión del 16 de mayo de 1995); Tribunal Federal suizo (sentencia del 26 de septiembre de 1990); Tribunal Constitucional, 26-05-2017, núm. 123.

⁶⁶ Me parece que va en la misma línea el análisis de S. Gómora Juárez, “La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 799-839.

ceteris paribus: sería un principio o una metanorma defectuosa o derrotable de la que uno puede y debe apartarse siempre que considere que hay mejores razones para decidir lo contrario.⁶⁷ En otras palabras, independientemente de que la jurisprudencia esté formalmente reconocida como fuente del derecho, y de que exista una ideología o legislación que sancione formalmente el carácter vinculante de los precedentes, en cualquier sistema jurídico los precedentes son vinculantes o no vinculantes, autorizados o no de un caso a otro, dependiendo de una pluralidad de factores pragmáticos y valorativos.

- ii) Dado que la discrecionalidad interpretativa y aplicativa es ineliminable, y cada caso de la vida es “único”, las decisiones judiciales son una parte ineliminable de cualquier derecho vigente, asumiendo una conexión entre el concepto de derecho y justicia (incluso sin ninguna connotación “moral” particular de la justicia). La justicia-igualdad (generalidad) exige, de hecho, que los casos similares se regulen de forma similar, y que las diferencias entre los casos y su tratamiento sean conmensurables y proporcionadas. Esto implica que ninguna decisión, si ha de ser justa o correcta según el derecho, puede tomarse en el vacío, independientemente de la regulación de otros casos. El contexto pragmático, a nivel macro y micro, condiciona el proceso de toma de decisiones de los jueces, y también sus estilos argumentativos. Puede conducir a argumentar más desde la perspectiva de la analogía, la proporción, la igualdad, etcétera (valorando generalmente las similitudes), o, por el contrario, más desde una perspectiva distintiva (en general, destacando las diferencias).
- iii) La dificultad de contar con un sistema de precedentes jurisprudenciales bien ordenado depende de razones pragmáticas (de las llamadas macro y micropragmáticas) del derecho y su

⁶⁷ Me parece que esta es la reconstrucción que surge también del estudio de la experiencia mexicana de R. Camarena González, “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en C. Bernal Pulido, R. Camarena González, A. Martínez Verástegui (coord.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, pp. 103 y ss.

lenguaje. Es bastante evidente que tal noción de sistema de precedentes jurisprudenciales bien ordenado está cargada de valores, y no es en absoluto neutral. Por otra parte, sirve para poner de relieve que cuando se habla de precedentes, no se piensa en los precedentes individuales, sino en los precedentes en su conjunto, y que razonablemente nadie está satisfecho con un sistema de precedentes, sino que desearía un sistema bien ordenado. Por supuesto, todo el problema radica en qué consiste este buen orden. Por lo tanto, cuando se discute si los precedentes son vinculantes o persuasivos, si deben ser una cosa o la otra, no se aclara suficientemente que esta alternativa, como cualquier otro problema relativo a la obligatoriedad o no de los precedentes, es de alguna manera errónea y un falso problema.

- iv) Un derecho vigente caracterizado por un sistema de precedentes bien ordenado no es del todo imposible desde el punto de vista teórico-pragmático, aunque su realización sea extraordinariamente compleja, no tanto por razones técnicas, políticas y de valores, sino por un “factor humano” ineliminable (los hombres no son ángeles, recordando una famosa intuición de Hart).⁶⁸
- v) Evidentemente, no basta con declamar valores o principios muy generales, como los de igualdad, certeza, previsibilidad, duración razonable, debido proceso, etcétera; cada uno de estos valores o principios es demasiado vago como para dotar a los jueces de criterios orientadores suficientemente específicos para implementar una especie de autorregulación espontánea del funcionamiento de los precedentes.
- vi) Por otra parte, incluso las reformas reglamentarias más refinadas y los tecnicismos no son concluyentes, y se muestran ineficaces en los hechos, es decir, en la práctica jurídica.
- vii) Precisamente, por el “factor humano”, un sistema de precedentes bien ordenado depende fundamentalmente de la pro-

⁶⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law, With a Postscript* edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz and with an Introduction and Notes by Leslie Green, 3er. ed., Oxford, Clarendon Press, 2012, p. 196.

pia práctica; se genera, por así decirlo, “desde abajo”, mediante la creación de una cultura jurídica y judicial lo más sensible, aguda, previsor y responsable posible.

- viii) En otras palabras, lo que Bobbio escribió sobre el buen legislador se aplica a los jueces:⁶⁹ como toda institución jurídica, los precedentes judiciales viven o mueren según los ideales de las personas en cuyas ideas, mentes y acciones se basa la propia institución judicial.
- ix) Un sistema de precedentes bien ordenado es un ideal que debe perseguirse para mejorar la calidad de los sistemas jurídicos existentes.
- x) Por tanto, cada vez que se compartan ciertos valores básicos, tiene sentido abordar la regulación de los precedentes judiciales siempre que se tengan en cuenta las características pragmáticas del lenguaje jurídico y del derecho, y el ineliminable factor humano, que condiciona cualquier caso judicial y su resolución.

Partiendo de estas premisas, un enfoque de sociología judicial parece indispensable para entender cómo funcionan realmente los precedentes.

VII. REFERENCIAS

ARRIAGADA CÁCERES, M. B., “Las dos caras del precedente vinculante”, en Núñez, Á., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coord.), *Teoría y práctica del precedente*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021.

BOBBIO N., “Il buongoverno”, *Belfagor*. vol. 37, núm. 1, 1982.

BURAZIN, L., RATTI, G. B., “Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation”, en CHIASSONI, P. y SPAÍĆ, B. (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 2021.

CAMARENA GONZÁLEZ, R., “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en BERNAL PULIDO, C., CA-

⁶⁹ N. Bobbio, Il buongoverno, en Belfagor, vol. 37, núm. 1, 1982, pp. 1-12.

- MARENA GONZÁLEZ, R., MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, A., *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
- CANALE, D., TUZET, G., "On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?", *Ratio Juris*, vol. 20, núm. 1, 2007.
- CANZIO, G., "Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione", *Il Foro Italiano*, vol. 135, núm. 10, 2012.
- CAPPONI, B., *La Corte di cassazione e la "nomofilachia" (a proposito dell'art. 363 c. p. c.)*, 6 aprile 2020, disponibile en: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/04/B.-Capponi.pdf>.
- CAPUTO, A. y FIDELBO, G., "Appunti per una discussione su ruolo della Corte di Cassazione e «nuova» legalità", in *Sist. pen.*, núm. 3, 2020, disponibile en: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1583358421_caputofidelbo-2020a-nuova-legalita-corte-di-cassazione.pdf.
- CARUSO, G., Nihil est idem, cui id ipsum simile est. Marginalia all'ordinanza Corte Cass. n. 29191 del 21 dicembre 2020, 6 Luglio 2021, disponibile en: https://www.judicium.it/nihil-est-idem-cui-id-ipsum-simile-est-marginalia-allordinanza-corte-cass-n-29191-del-21-dicembre-2020/#_ftn7.
- FORNACIARI, M., "L'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360-bis c. p. c.", *Riv. trim. dir. dir. proc.* 2013.
- GÓMORA JUÁREZ, S., "La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019.
- HART, H. L. A., *The concept of law, with a Postscript* edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz and With an Introduction and Notes by Leslie Green, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 2012.
- BATTAGLIA, L., la (A cura di), La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità, report, 27 novembre 2019, disponibile en: <https://www.cortedicassazione.it/cassazione-re>

sources/resources/cms/documents/REPORT_Luigi_La_Battaglia_27.11.2019_Nuova_responsabilita_sanitaria.pdf.

LAMBERTI, C., “*Stare decisis*, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo”, *Giur. It.*, núm. 4, 2013.

MANCINI, L. (A cura di), Report. L’argomentazione delle decisioni della Cassazione: tra autorevolezza del precedente ed esigenze di semplificazione Roma, 11 ottobre 2018, disponibile en: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf.

MARSHALL, J., “Trentatré cose che si possono fare con i precedenti”, *Ragion pratica*, núm. 6, 1996.

Ministero della giustizia Ufficio Legislativo Commissione per l’elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. F. P. Luiso) Proposte normative e note illustrative 24 maggio 2021, disponibile en: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf.

MUFFATO, N., “Resta qualcosa da dire sulla polivocità degli enunciati deontici?”, *D. & Q.*, núm. 9, 2009, disponibile en: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-07_N_Muffato.pdf.

NÚÑEZ VAQUERO, Á., “La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes”, en GASCÓN ABELLÁN, M. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (por), *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona, Atelier, 2020.

PARDOLESI, R. (A cura di), “Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento”, *Il Foro italiano*, fascicolo speciale núm. 1, 2020.

PASSANANTE, L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018.

SIERRA SOROCKINAS, D., “Un análisis sobre la formación del precedente”, en GASCÓN ABELLÁN, M. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (por), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, Barcelona, 2020,

- SPIRITO, A., “Il «progetto esecuzioni» della terza sezione civile della Corte di Cassazione”, *Riv. esec. forzata*, núm. 1, 2019.
- TARUFFO, M., “Aspetti del precedente giudiziale”, *Criminalia*, 2014.
- VELLUZZI, V., (A cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000.
- VOGLIOTTI, M., Indipendenza del giudice e rispetto del precedente, La legislazione penale, 19.10.2020, disponibile en: https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2020/10/Vogliotti.REV_.pdf.