

EL PRECEDENTE IMPOSIBLE
Contribución al estudio del derecho
jurisprudencial en el proceso civil

Luca Passanante

EL PRECEDENTE IMPOSIBLE

Contribución al estudio del derecho
jurisprudencial en el proceso civil

Traducción
Carla Lucero Tarifa Dianderas

PALESTRA EDITORES
Lima — 2025

345.7 P27	Passanante, Luca El precedente imposible. Contribución al estudio del derecho jurisprudencial en el proceso civil / Luca Passanante; traducción, Carla Lucero Tarifa Dianderas; 1.ª ed. – Lima: Palestra Editores; 2025. xxx pp.; 14.5 x 20.5 cm. (Colección Proceso, Derecho y Sociedad, n.º 18) D. L.: 2025- ISBN: 978-612-325- 1. Derecho civil; 2. Derecho procesal civil; 3. Legislación; 4. Jurisprudencia; 5. Interpretación y aplicación
---------------------	---

N.º 18

COLECCIÓN

Proceso, Derecho y Sociedad

Directores:

Luiz Guilherme Marinoni
Giovanni Priori Posada

Coordinador:

Christian Delgado Suárez

El precedente imposible

Contribución al estudio del derecho jurisprudencial en el proceso civil

Luca Passanante

Primera edición, abril de 2025

Traducción de la obra original del autor:

Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile, Turín: Giappichelli, 2018.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

© Copyright 2025: LUCA PASSANANTE

© Copyright 2025: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Telf. (+511) 6378902 / 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

© Copyright de la traducción: CARLA LUCERO TARIFA DIANDERAS

Impresión y encuadernación: TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PJ. MARIA AUXILIADORA N.º 156, BREÑA, LIMA, PERÚ

ABRIL, 2025

CUIDADO DE ESTILO Y EDICIÓN: MANUEL RIVAS ECHARRI

DIAGRAMACIÓN: ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2025-

ISBN: 978-612-325-

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú | Printed in Perú

Contenido

Prólogo	9
Capítulo I	
Reformas procesales y nomofilaxis	15
1. Premisa	15
2. El derecho que no existe.....	23
3. El nuevo «principio de derecho» y la «nomofilaxis consultiva»	29
4. La supresión del control sobre la motivación: reflejos (más o menos) ocultos sobre la nomofilaxis	40
5. La «jurisprudencia» de la Corte <i>ex art. 360-bis c.p.c.</i> y la nomofilaxis de la nomofilaxis	54
6. El «precedente»	63
7. La nomofilaxis anticipada: la determinación prejudicial <i>ex art. 420-bis c.p.c.</i>	67
8. Dos Casaciones (... es más, ¡tres!) en una	81
9. Conclusiones	89
Capítulo II	
Jurisprudencia consultiva	95
1. Premisa	95
2. Entre libertad y vínculos: interpretar <i>vs.</i> decidir	98
3. Nomofilaxis y teorías del razonamiento jurídico	110
3.1. Teoría del silogismo.....	111
3.2. Teorías hermeneúticas del razonamiento jurídico	115

3.3. Nueva retórica	122
3.4. Teorías analíticas del razonamiento jurídico	127
3.5. Observaciones de síntesis	131
4. Interpretar sin decidir: los «pareceres» de la <i>Cassazione</i>	135
5. Ejemplos moderados de «jurisprudencia consultiva»: Francia y España	139
6. Ejemplos extremos de «jurisprudencia consultiva»: la «jurisprudencia paranormativa»	145
6.1. La « <i>súmula vinculante</i> » brasileña	146
6.2. Las «aclaraciones directivas» del <i>Plenum</i> de la Corte Suprema de la URSS y las «aclaraciones» del <i>Plenum</i> de la Corte Suprema y de la Corte Superior de arbitraje de la Federación Rusa.....	152
6.3. Las sentencias y los decretos interpretativos de la asamblea general de la Corte de Casación y de la Corte Suprema Administrativa de Bulgaria.....	157
6.4. Las «instrucciones» del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba	158
7. Consideraciones conclusivas.....	159

Capítulo III

La máxima	169
1. Premisa	169
2. Perfil institucional: el <i>Ufficio del Massimario</i>	172
3. Estructura y función: la máxima como enunciado normativo	180
4. Máxima y poder	188
4.1. La máxima como medio de comunicación.....	190
4.2. Máxima y reducción de la complejidad: la función catalítica de la maximación de las sentencias	192
4.3. La revancha silente de las máximas consolidadas: <i>certalex</i> , <i>certanet</i> y la «súper-jurisprudencia»	197
5. Máxima y tiempo	205
6. Máxima y precedente	207
7. Máxima e interpretación	216
7.1. Máxima y principio de derecho	219
7.2. Máxima, <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i>	224

7.3. Máxima, <i>obiter dicta</i> y jurisprudencia consultiva oculta	244
8. Máximas mentirosas	244
9. Conclusiones	253

Capítulo IV

El precedente	257
1. Premisa	257
2. El precedente en Inglaterra y la regla del <i>stare decisis</i>	265
3. La dimensión (intrínsecamente) comparada del precedente	271
3.1. El precedente en los ordenamientos de <i>common law</i>	273
3.2. El precedente en los ordenamientos de <i>civil law</i>	279
3.3. El «precedente comunitario»	300
4. Inatendibilidad (e inutilidad) de la distinción entre «precedente vinculante» y «precedente persuasivo»	316
5. «Culturas del precedente»: diferencias más atendibles (y más útiles) entre precedente en <i>civil law</i> y <i>common law</i>	332
5.1. La extensión del precedente: <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i>	333
5.2. La dirección del precedente: ¿quién «hace» el precedente?	347
5.3. La posición del precedente: entre hecho y derecho	357
6. Conclusiones	364

Capítulo V

Cambios de jurisprudencia y derecho procesal:

el «prospective overruling»	371
1. Posición del problema	371
2. Orígenes y evolución del instituto del <i>prospective overruling</i> en los Estados Unidos	380
3. La excentricidad del instituto y su difusión en <i>civil law</i> y en <i>common law</i>	384
4. El <i>prospective overruling</i> en Italia	392
4.1. Genesis: necesidad de <i>prospective overruling</i>	392
4.2. Técnicas de actuación del <i>prospective overruling</i>	396
4.3. ¿Un <i>prospective overruling</i> a la italiana?	412
5. Cautelas y «doble corte» para los <i>overruling</i> procesales	416
5.1. Resistencia de la jurisprudencia y fuerza del precedente	421

5.2. <i>Prospective overruling</i> , precedente vinculante y derecho procesal civil.....	422
6. ¿Un mal que curar o prevenir?.....	426
6.1. Proceso civil y principio de legalidad.....	432
6.2. Ética del cambio y directivas interpretativas.....	440
6.3. Derecho procesal civil e interpretación: un problema (también) institucional.....	446
6.4. Modelos prescriptivos de la interpretación y formantes en el sistema del derecho procesal civil.....	459
Apostilla.....	465
Referencias bibliográficas	471

PRÓLOGO

La amplitud y complejidad del tema investigado —anticipado ya en el título del libro— hacen oportuno un prólogo que explicita el objeto, el método, el léxico y los objetivos de este estudio.

Objeto. — Dado que el tema del precedente es por su naturaleza interdisciplinario y ecléctico —razón por la cual a menudo parece inabarcable—, se nutre necesariamente de una gran variedad de disciplinas, prácticamente todas las del saber jurídico, es oportuno precisar *in limine* con cierta precisión cuál es el objeto y cuáles son los límites de este trabajo. Este consiste en la función particular, confiada a la Corte de Casación, como guía en la interpretación de las disposiciones de derecho sustantivo y procesal. Esta función, así sumariamente descrita, que en el ordenamiento italiano se denomina *nomofilaxis* y que se expresa a través de la «jurisprudencia» y los «precedentes» —términos sobre los que se volverá más adelante—, se investiga desde la perspectiva que ofrece el derecho procesal civil, entendido, en este sentido, como sistema (v. cap. V, párr. 6.4). En efecto, consideramos que el derecho procesal civil constituye un punto de vista doblemente privilegiado para estudiar el denominado *formante jurisprudencial*: por un lado, como se verá, las reglas del proceso —de configuración institucional invariado— han plasmado, hasta el punto de transfigurar en parte los rasgos, la función de guía desarrollada por la Casación en la interpreta-

ción y uniformización del derecho; por otro lado, esas mismas normas procesales son interpretadas por la Casación, la cual, en esta coyuntura, asume la gravosa labor de administrar las reglas del proceso —a través de su interpretación y re-interpretación—, hasta alcanzar el punto más alto (y más crítico) de la nomofilaxis, donde la Corte llega a “gobernarse a sí misma”.

Método. — La segunda premisa concierne al método. Quien escribe, frente a la impresionante cantidad de material bibliográfico y jurisprudencial que se ofrece al estudioso de este tema, ha debido ante todo cumplir una actividad de selección de las fuentes. Los criterios que han inspirado dicha selección, coherentemente con la perspectiva apenas ilustrada, han tratado de privilegiar el punto de vista de la doctrina procesal-civilista, muy generosa en contribuciones, buscando abarcar el mayor número posible de fuentes, optando especialmente por aquellas que, por su autoridad, calidad, grado de detalle y originalidad de enfoque resultan más útiles a los objetivos de este trabajo. Se ha considerado, sin embargo, no pasar por alto los aportes más significativos que al tema ofrecen también la teoría general, el derecho comparado e incluso —aunque con mesura— la teoría de los sistemas sociales (cap. III, párr. 4); en este caso, no obstante, se ha impuesto, por fuerza de las cosas, un filtro más riguroso, que ha dejado espacio solo a las obras pertenecientes a la que se podría definirse como una bibliografía (quizás apenas) esencial.

Asimismo, se ha dedicado particular atención a la jurisprudencia, sobre todo a la de la *Corte di Cassazione* italiana, que ofrece una enorme cantidad de decisiones, probablemente muy superior al total de las contribuciones doctrinales. A mayor razón, en este caso, se imponía un tamiz más riguroso, con el fin de incluir en la investigación sobre todo los pronunciamientos que, por la autoridad del órgano decisor o por la relevancia de su *dictum*, parecieron indispensables o al menos útiles para el tratamiento del tema en la perspectiva aquí adoptada.

Por último, todavía sobre el perfil metodológico, se ha buscado privilegiar un enfoque original, si bien prestando el máximo

cuidado en realizar una investigación lo más documentada posible, aunque ciertamente no exhaustiva, con la intención poner en discusión aquello que a menudo se asume —por razones diversas, quizás por un sentido de apego a inveterados hábitos culturales— como verdades indiscutibles (p. ej., la equivalencia entre precedente y máxima), certezas absolutas (p. ej., la negación a la jurisprudencia del *status* de fuente), males necesarios (p. ej., el *prospective overruling*), instituciones “sagradas” (p. ej., el *Ufficio del Massimario*). La finalidad es comprobar si muchos de los discursos que se desarrollan en torno al precedente no se hallan, en realidad, condicionados por algún (potencialmente letal) equívoco de fondo. Esta elección metodológica implica ciertamente la asunción de algún riesgo, incluso el del fracaso o del error; sin embargo, si las contribuciones científicas no deben exhibir —y menos aún imponer— verdades absolutas, sino hacer progresar el conocimiento, este último solo puede lograrse corriendo el peligro —que para el científico es un agüero— de ser refutado.

Léxico. — Debe hacerse alguna advertencia en torno al léxico empleado. Algunos términos —piénsese, p. ej., en «nomofilaxis» y «máxima»— no representan problemas particulares, en cuanto tienen un significado tendencialmente unívoco en la comunidad cultural y científica a la que este libro se dirige, de modo que no requieren explicaciones adicionales o aclaraciones.

Otros términos, en cambio, a pesar de utilizarse de manera ambigua, tienen, en el ámbito de algunas disciplinas, un significado único y bien preciso, al que conviene atenerse. Entre estos se encuentran seguramente los términos «disposición» y «norma»: mientras estos son frecuentemente utilizados como sinónimos, sin que ello comporte consecuencias negativas importantes, en el contexto de un estudio como este que toca de cerca el problema de la interpretación, se deberá favorecer un uso más preciso de estos términos. Se empleará, entonces, —según una impostación reconducible a Crisafulli, después generalmente aceptada y devenida patrimonio común— el término «disposición» para indicar el

enunciado normativo contenido en una ley o en un acto con fuerza de ley que constituye el objeto de la interpretación, y el término «norma» para indicar el resultado de la actividad interpretativa. La fidelidad a este uso de los dos términos «disposición» y «norma» será, sin embargo, como se ha dicho, tendencial y no absoluta, dado que en algunos casos podrá recurrir «norma» como sinónimo de «disposición»; lo que, no obstante, sucederá solo cuando, pareciendo oportuno a fines, por así decir “estéticos” del discurso, ello no perjudique la claridad expositiva, pudiéndose recabar del contexto el significado unívoco del término usado.

Por último, se emplearán algunos términos que sufren de una elevada tasa de plurivocidad, tal de volverlos equívocos o ambiguos y perjudicar la claridad expositiva o inclusive, en los casos más graves, el propio rigor y bondad de la investigación. Ello ocurre, en particular, con dos términos altamente problemáticos —«jurisprudencia» y «precedente»— que sufren de (ya crónicas) incertezas definitorias y conceptuales, que para disiparlas habría sido probablemente necesario escribir otro libro o quizás dos. Sin embargo, no se puede prescindir de estos términos, y, dado que cualquier intento de dar una definición “exacta” sería una empresa desesperada, deberemos contentarnos con atribuirles convencionalmente un cierto significado, sin que, empero, se consideren propuestas definiciones estipulativas, las cuales, teniendo por naturaleza carácter prescriptivo, exhibirían pretensiones “deontológicas”, que este trabajo no pretende promover. Una primera sintética y sumaria indicación sobre el significado de dar a estos dos términos la ofrece Gorla, en su voz en la *Treccani jurídica* sobre el precedente (G. Gorla, voz *Precedente giudiziale*, en *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990, pp. 1-14, esp. p. 2), quien dejaba constancia de que en Italia la palabra «jurisprudencia» se usa para indicar el conjunto de precedentes sobre una cierta cuestión, sin citarlos uno por uno. Gorla, sin embargo, de hecho, no resolvía el problema terminológico, admitiendo él mismo hacer uso sea del término «precedente judicial», sea del término «jurisprudencia»,

según «las ocasiones y los contextos, dejando al lector juzgar si el haber empleado uno o el otro término hubiera sido oportuno en tales ocasiones o tales contextos» (*ibidem*). Aunque parece preferible utilizar en el curso de la investigación (salvo donde se indique diversamente) los dos términos «jurisprudencia» y «precedente» según el significado —más preciso, si bien no destilado en una definición seca— que ha sido bien aclarado por Taruffo en una contribución más reciente (M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, en *Rev. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.), a la cual se debe reenviar necesariamente, dada la inoportunidad —so pena de una simplificación que agravaría, más que resolver, el problema terminológico— de condensar aquí su resultado.

Objetivos. — Es oportuno, finalmente, añadir una advertencia relativa a los objetivos de este trabajo. Dado el desafiante objeto de investigación, tal vez sería necesario, a modo de *disclaimer*, ante todo decir cuáles *no* son los objetivos de esta contribución: no aspira a un tratamiento completo y sistemático del tema del precedente judicial. Tal aspiración requeriría mucho más espacio frente al que ocupa este trabajo monográfico y un bagaje cultural de conocimientos, capacidades energías, del cual quien escribe —a su pesar— no dispone, pero que tal vez sería también excesivo exigir de un solo autor.

Aclarado ello, ahora debe precisarse, en positivo, que el propósito de la investigación es ofrecer una contribución crítica al estudio del precedente judicial, en un intento de demostrar que una “cierta” manera de concebirlo, arraigado sobre todo en la jurisprudencia, pero con defensores también en la doctrina, se apoya desgraciadamente sobre bases muy inestables, a veces incluso erradas desde un punto de vista cultural. La impresión que he formado es que la literatura procesal-civilista, en realidad, es, entre todas, tal vez la más consciente, como lo demuestra una pluralidad cualitativa y cuantitativamente significativa de contribuciones que, sin embargo, nunca se han agrupado en un contexto orgánico. Este último objetivo puede parecer muy ambicioso,

pero, aun asumiendo algún riesgo, la intención es precisamente esa: reunir muchas de las críticas que los estudiosos del proceso civil han planteado desde finales de los años cuarenta —piénsese, a modo de ejemplo, solo en las tres muy autorizadas voces, en sustancia unívocas, de V. Andrioli, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, en *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 249 ss.; E. Redenti, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 120 ss. y F. Canelutti, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, en *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 41 ss.— y que, en el arco de medio siglo, se han opuesto a una manera distorsionada de entender, generar y utilizar los denominados “precedentes”, que ha tenido —y tiene— consecuencias nefastas sobre el enfoque de la función de nomofilaxis de la Corte de vértice. Se ha intentado, por tanto, entrelazar estas críticas en un proyecto unificado, con el auspicio de valorizarlas, tomando —en la medida de lo posible y útil—, por un lado, a las experiencias jurídicas extranjeras más significativas y, por otro lado, a los saberes ofrecidos por las disciplinas “fronterizas”, como la teoría general y el derecho comparado.

Por otro lado, en cambio, quien escribe ha considerado que se debe adoptar un enfoque crítico respecto del mayoritario en la doctrina procesal-civilista: se trata del fenómeno, discutido y controvertido, del denominado *prospective overruling* —el momento más problemático, como se ha dicho, de la nomofilaxis, porque aquí la Corte “se gobierna a sí misma”— sobre el cual se ha optado por recorrer un camino menos recorrido y formular una propuesta, que resulta desalineada respecto a las premisas subyacentes a la mayor parte de las contribuciones de doctrina. Se trata de una propuesta de lectura crítica, que desea ofrecer un instrumento útil para trazar límites más claros (y más estrictos) al papel desempeñado por la Corte Suprema en la interpretación de las normas procesales, sin que ello implique la ambición de ofrecer certezas absolutas, pero, al menos, la —más modesta, pero quizás más proficua— de poner a prueba algunas.