

**LAS TAREAS FUNDAMENTALES DE LA CORTE SUPREMA DE CASACIÓN,
LA HETEROGENEIDAD DE LOS FINES SURGIDA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL
DEL DERECHO AL RECURSO Y LAS RECIENTES REFORMAS***

SERGIO CHIARLONI

Ordinario de la Universidad de Turín (Italia)

I. PREMISA: LA CORTE DE CASACIÓN ENTRE EXACTA OBSERVANCIA E INTERPRETACIÓN UNIFORME

El estudioso de la casación está habituado a escribir de nomofilaquia y de función nomofiláctica desde que nombre y adjetivo se introdujeron en el ámbito de los estudiosos gracias al fundamental trabajo de Piero CALAMANDREI sobre nuestra corte suprema. Hoy más aún, desde que aquellos pasaron al campo de los enunciados del legislador, con las recientes modificaciones a la casación¹. Aunque su significado, que genera desconfianza en cuanto a la competencia etimológica en quien ha hecho estudios clásicos en su juventud, es desconocido para la gran mayoría de los estudiantes de derecho y, probablemente, también para muchos abogados y magistrados.

¿Qué significa que la corte de casación es el custodio de las normas?

Es necesario partir del art. 65 del ordenamiento judicial.

Al disciplinar las atribuciones de la corte de casación esta disposición que data de 1942 dice en su primera parte, con un poco de énfasis retórico, que “la corte suprema de casación, como órgano supremo de justicia, asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley, (y) la unidad del derecho objetivo nacional”.

No interesa aquí analizar aisladamente la tarea relativa al aseguramiento de la exacta observancia de la ley, que nos llevaría al fondo de las antiguas disputas entre positivismo y realismo jurídico, ya superadas. Hoy es universalmente difundida la percepción de que la actividad interpretativa de la jurisprudencia contiene ineliminables momentos de creación del derecho. El juez ya no es visto como la mítica *bouche de la loi*, fórmula históricamente condicionada, nacida más allá de los Alpes, en un periodo donde la doctrina de la división de poderes constituía la prueba de que el poder estaba concretamente dividido entre la burguesía revolucionaria que había conquistado el poder legislativo y los residuos feudales del estado absoluto aún existentes en el poder judicial.

Las expresiones derecho viviente y derecho jurisprudencial, moneda de cambio del discurso jurídico, nos recuerdan en todo momento una simple y banal verdad: el juez no sólo crea el derecho del caso concreto a través de la actividad de subsunción de los hechos verificados en las particulares *fattispecie* legales (creando junto a éste, en el tiempo, un derecho de los casos idénticos o análogos que no podría ser prerrogativa del legislador, a menos de imaginarlo capaz de abandonarse a un imposible furor analítico); el juez crea también nuevas reglas derivándolas de los principios, aumentando la

*Traducido del italiano al español por el Profesor Juan José Monroy Palacios.

¹ El capítulo I del d.lgs. n. 40 del 2006 se titula “Modificaciones al código de procedimiento civil en materia de proceso de casación en función nomofiláctica”.

extensión de las cláusulas generales, dando valor a la equidad, legitimando reglas emergentes por la praxis, según una taxonomía que tomo prestada de Guido ALPA².

En suma, podemos concluir, sin escándalo, que exacta observancia y uniformidad de la interpretación, especialmente cuando es consolidada, terminan coincidiendo.

II. LA IMPORTANCIA FUNDAMENTAL DE LA FUNCIÓN DESTINADA A ASEGURAR LA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LA LEY Y LOS VALORES QUE LA SUSTENTAN

Es por tanto sobre la “uniforme interpretación de la ley” que es necesario concentrar la atención. Ésta es la tarea fundamental de la corte de casación y, en general, de todas las cortes supremas.

Desde hace algún tiempo han sido puestos a la luz los valores contenidos en la uniformidad de la interpretación asegurada a través de la autoridad, no importa si persuasiva o vinculante³, de los precedentes jurisprudenciales.

En primer lugar, el principio de igualdad, tal como se expresa en el persuasivo enunciado, “trata las situaciones iguales en modo igual”. Resoluciones sucesivas incoherentes contravienen el principio de paridad de tratamiento de los sujetos que recurren a la tutela jurisdiccional. Como justamente observa un autorizado estudioso norteamericano, “igualdad (y respeto) del precedente representan, respectivamente, el perfil espacial y el perfil temporal del más amplio principio normativo de coherencia”⁴.

En segundo lugar, la predecibilidad de las decisiones. Una praxis de precedentes uniformes de la corte suprema reduce la conflictualidad y permite seguridad y programabilidad del tráfico jurídico. Las partes de una relación pueden valorar mejor las futuras consecuencias de sus acciones, precisamente en base a las directrices impartidas por consolidadas orientaciones jurisprudenciales⁵. Es quizá inútil subrayar que la fluidez de este tráfico, fundamental sobre todo, pero no sólo, para el buen funcionamiento del mercado, sufre demasiado cuando los sujetos que allí operan no están en posibilidad de prever las consecuencias de sus acciones sobre el plano de la relativa valoración jurídica, porque estas acciones son objeto de orientaciones divergentes por parte de los órganos jurisdiccionales.

En tercer lugar, la autoridad misma de la corte suprema. La coherencia interna determinada por decisiones estandarizadas en un sistema de precedentes produce un reforzamiento de la institución judicial en el cuadro de los poderes del Estado, que

² Cfr. La creatività della giurisprudenza. La giurisprudenza e le fonti del diritto, en *Diritto giurisprudenziale al cuidado de Bessone*, Torino, 1996, p.105.

³ Sobre la dificultad de construir una diferencia teórica sostenible entre precedente persuasivo y precedente vinculante cfr. CHIARLONI, Un mito rivisitato: note comparative sul precedente giudiziale, en *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614 ss.

⁴ SCHAUER, Precedent, en *Stanford Law Rev.*, 1987, p. 597.

⁵ Cfr., al respecto, WASSERSTROM, *The Judicial Decision*, Stanford, 1961, p. 35 ss.; GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, en *Contr. e impr.*, 1985, p. 38 ss.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 373; BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, en *Contr. e impresa*, 1988, p. 546, p. 548 s.

resulta al contrario debilitada por la disminución de credibilidad conexas a una jurisprudencia signada por contrastes, deserciones y oscilaciones⁶.

Finalmente, la eficiencia. Aunque la observación puede aparecer marcada de cierto cinismo, se resalta que una praxis jurisprudencial uniforme requiere de los jueces que se adecúen a una cantidad de trabajo intelectual incomparablemente menor de la requerida a quien se dedica a resolver cada caso en particular sin apoyarse, sin, por así decir, querer valer⁷ de la *auctoritas rerum similiter iudicatarum*. Menor cantidad de trabajo para cada caso en particular significa mayor eficiencia de la actividad jurisdiccional en su conjunto gracias a la superior velocidad del proceso decisorio, con mayor cantidad de casos definidos por unidad de tiempo⁸.

III. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO REMEDIO CONTRA LAS VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Resulta hasta este punto fácil darse cuenta de la principal razón por la que en 1948 el constituyente republicano decidió prever en el art. 111, norma de exordio de la sección dedicada a la jurisdicción, la garantía del recurso de casación por violación de ley respecto de todas las sentencias.

Se trataba de garantizar el respeto al principio de igualdad de los ciudadanos involucrados en un proceso de cualquier tipo. Con relación al proceso civil, si un juez de mérito decide una controversia distanciándose de los precedentes uniformes de la corte de casación, el derrotado ve violada la paridad de tratamiento en la aplicación de la ley con las partes de otros procesos que han visto a otros jueces de mérito uniformizarse a dichos precedentes. La garantía del recurso de casación en una situación de tal índole tiene la función de reparar la violación del principio de igualdad sufrido por el derrotado.

La preocupación que ha dado origen a la garantía constitucional explica también la ampliación sucesivamente operada en vía interpretativa por la corte de casación, que la ha extendido a cualquier resolución decisoria de derechos subjetivos, aunque adoptada en forma distinta a la de sentencia⁹.

IV. LA HETEROGENEIDAD DE LOS FINES

Lamentablemente las vías del infierno están empedradas de buenas intenciones. Se ha revelado peor que el fruto de una ilusión la idea de asegurar la igualdad de tratamiento (y junto con la previsibilidad de las decisiones, la autoridad y la eficiencia de la jurisdicción) a través del aseguramiento a la parte derrotada de la intervención de

⁶ SAPHIRO M., Toward a Theory of Stare Decisis, en *Journal of Legal Studies*, 1972, p. 125; LAWSON H.F., A Common Lawyer Looks at the Civil Law, 1955, p. 82 ss.

⁷ Cfr., por su parte, las consideraciones muy críticas realizadas hace algún tiempo por CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, p. 489 ss. y, antes aún, por CARNELUTI, *Giurisprudenza consolidata, ovvero della comodità del giudicare*, en *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 41 ss.

⁸ Sobre las relaciones entre eficiencia y respeto de los precedentes v. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale, 1921, p. 149 ss.; LLEWELLYN, *The Brumble Bush*, New York, 1930, p. 64 ss.; ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it., Torino, 1965, p. 81; BIN, *Funzione uniformatrice*, cit., p. 549.

⁹ Cfr., al respecto, la óptima monografía de TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005.

un órgano supremo y centralizado de justicia, puesto de tal modo en grado de remediar los eventuales contrastes interpretativos entre los jueces de mérito repartidos en el territorio.

Nos encontramos aquí frente a uno de los casos más evidentes de heterogeneidad de los fines perseguidos por una norma procesal. Precisamente la garantía del recurso contra todas las sentencias ha determinado la imposibilidad para la corte de casación de asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la ley. La razón es simple y puede estar contenida en un dicho de la sabiduría popular: *tot capita tot sententiae*. Desde hace muchos años los recursos son demasiado numerosos y están en progresiva vía de aumento, ya casi decuplicados respecto de los años cincuenta del siglo pasado, de manera que demasiado numerosos y en progresiva vía de aumento son los jueces llamados a decidirlos.

La consecuencia está a vista de todos. Agregando desorden jurisprudencial al desorden legislativo que caracteriza la actividad de los parlamentos modernos, nuestra corte suprema presenta un panorama de pronunciamientos divergentes entre sección y sección, entre secciones simples y secciones unidas y a menudo, además, también al interior de la sección misma, comprendiendo con esto a las mismas secciones unidas, sobre el hilo de ámbitos de (casi)contemporaneidad, que nada tienen que ver con las exigencias de una maduración consciente y de una evolución natural de la jurisprudencia, y porque a menudo se trata de contrastes referidos a la interpretación y a la aplicación de normas no recientes. Bastará aquí recordar las colecciones de contrastes operada en artículos y también en gruesos volúmenes de un meritorio estudioso¹⁰. En lo que respecta al procedimiento civil hay casos muy recientes de contrastes en materia de admisibilidad del recurso incidental condicionado y de cláusula abusiva regulatoria de la competencia por territorio en los contratos del consumidor¹¹.

¹⁰ MONETA, La cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990, en *Contr. e impresa*, 1992, p. 1245 ss.; ID., Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione Civile. Ottocentosessantasete casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992, Padova 1993; ID., Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994, Padova, 1995.

¹¹ Limitándome al último caso, recuerdo que según una primera resolución, la cual ha acogido una regulación contra una sentencia del tribunal de Bolonia (Cas. 24 julio 2001, n.10086, en *Corr. giur.* 2001, p. 1435), sería necesario dar una lectura sustancialmente derogatoria del número 19 del art. 1469 bis CC: la cláusula general que reserva la competencia al domicilio o a la sede del profesional no sería vejatoria, por ser reproducción de una disposición de ley, precisamente del art. 20 CPC cuando (como a menudo sucede) se verifican los presupuestos. Pero una sentencia inmediatamente sucesiva (Cas. 28 agosto 2001, n. 11282 en *Corr. giur.* 2002, p. 215, con nota de CONTI, La cassazione ripensa al ruolo esclusivo del consumatore y en *Foro it.*, 2001, I, 3588, con nota de PALMIERI, Foro esclusivo del consumatore e abusività della deroga convenzionale alla competenza per territorio: mai più in giudizio lontano da casa) acogiendo una orientación ya realizada por la doctrina (Cfr., por todos, DALMOTO, Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?, en *Giur. it.* 1997, IV, c. 161 ss., que pone oportunamente en consideración las aporías y los círculos viciosos a los que dan lugar las otras interpretaciones) considera que, debiéndose evitar un resultado hermenéutico que haga inútil la disposición de tutela del consumidor, también en adhesión al art. 1469 quater CC en función del cual en caso de duda debe prevalecer la interpretación favorable a aquél, el n. 19 del art. 1469 bis CC va es reconstruido como una disposición de carácter procesal que ha innovado la disciplina de la competencia introduciendo un nuevo foro exclusivo (pero derogable), que hace inaplicable el art. 20 CPC a las causas de los consumidores.

Estamos frente a un círculo vicioso. Cuanto más aumentan los recursos, tanto más aumentan los contrastes tanto por la dificultad para los jueces llamados a decidir de tener conocimiento de los precedentes más recientes a causa de la elefantiasis de la corte y de su interno desorden organizativo, como por las incontenibles divergencias respecto de los valores que sustentan la interpretación jurídica, que se verifican en las valoraciones de los diferentes colegios que rotan entre las secciones. Pero cuanto más la jurisprudencia de la corte se asemeja a un supermercado donde el derrotado en el juicio de mérito también encuentra precedentes favorables, tanto más aumentan los recursos.

Se comprende entonces cómo, dando prueba de sano pragmatismo, no sólo las cortes supremas de los países del *common law*, sino también algunas cortes de los países de Europa continental adoptan mecanismos de diverso tipo para filtrar el contencioso que podría llegarles (el más conocido es el poder de la corte norteamericana, verdaderamente única y suprema, en tanto compuesta sólo por nueve miembros, que seleccionan recursos considerados importantes por su actividad uniformadora, de modo que deciden pocos centenares de casos al año).

V. LA TENTATIVA DE RACIONALIZAR LA INCOHERENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN: LA NOMOFILAQUIA EN SENTIDO TENDENCIAL O DIALÉCTICO

La experiencia enseña que siempre hay que tener en cuenta posiciones culturales destinadas a racionalizar y justificar lo existente. Según algunos estudiosos de la casación, el modo tradicional de describir la nomofilaquia sería excesivamente rígido y los remedios propuestos para recuperarla generarían el peligro de llegar a un autoritarismo institucional en el vértice del poder judicial.

La actuación de la tarea de nomofilaquia, como es tradicionalmente entendida, de un lado, hoy no sería posible y, del otro, ni siquiera sería deseable.

Como justificación de similares conclusiones el acento se pone en la complejidad, alguno dice en el caos normativo característico de un ordenamiento que se va “decodificando”¹², sea para responder, según una perspectiva de desencantado pesimismo, a los impulsos de una sociedad neocorporativa siempre más fragmentada en grupos de intereses ansiosos de obtener del legislador la concesión de “estatutos” sustanciales, y a veces también procesales, privilegiados, necesarios para satisfacer sus particulares exigencias; sea para responder, según una perspectiva más optimista, a los impulsos de “una sociedad en rápida y tumultosa transformación, abierta a la economía internacional y a sus repercusiones, socialmente móvil y fragmentada, caracterizada por comprender una pluralidad de centros de poder y de un sistema institucional policéntrico, insertada en un sistema supranacional y organizada al interior sobre la base de las autonomías y de la descentralización”¹³.

VI. SIGUE: CRÍTICA

Ciertamente, sería el último en negar la presencia de estos fenómenos, que están a la vista de todos, con prescindencia de la lectura que se quiera proponer. Sin embargo, me parece que no es lícito referirse a ellos con el propósito de rediseñar, sobre todo según contornos de no perfecta claridad, la función del juicio de casación. Más

¹²Cfr., al respecto, las consideraciones de IRTI, *L'età della decodificazione*, en *Diritto e società*, 1978, p. 613 ss. y de DENTI, *L'idea de codice e le riforme del processo civile*, en *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 100 ss.

¹³ SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, en *Foro it.*, 1987, V, c. 262.

precisamente, estoy convencido de que no es lícito vincular a los fenómenos en discurso la necesidad de una nomofilaquia en sentido sólo tendencial o dialéctico¹⁴, subrayando la “libertad” de cada juez de casación, sujeto solamente a la ley¹⁵, y quizás así dejando entender que una sociedad pluralista exigiría que también la corte de casación sea capaz de dar prueba de “pluralismo”.

Hay al menos dos buenas razones para rechazar aproximaciones de tal tipo.

En primer lugar, es necesario poner la cuestión de las normas jurídicas predominantemente sometidas al examen de legitimidad. Lamentablemente, faltan datos estadísticos desagregados al respecto, también por responsabilidad de una deplorable “soberbia teórica” de los juristas italianos, poco inclinados a confrontar su investigación con los datos que pueden recabarse de la experiencia. En todo caso, estoy convencido de que, para la gran mayoría de los recursos, el control debe vertir sobre las normas de los códigos y sobre las contenidas en pocas leyes especiales fundamentales. Sinceramente, no alcanzo a ver una Corte de casación predominantemente afanada en poder orden en el caos de leyes especiales secundarias, leyes resolución, leyes fotografía que llenan la gaceta oficial, dado que las controversias entre particulares me parecen por lo demás tipificadas en un contexto normativo suficientemente ordenado y de dimensiones fáciles de dominar.

Aceptando por un momento que las consideraciones precedentes son erradas, no vería perjudicada la tesis que estoy sosteniendo.

En segundo lugar, en efecto, los lineamientos más inquietantes que caracterizan la producción contemporánea del derecho no permiten desnaturalizar la tarea de nomofilaquia que concierne a la Corte suprema, según líneas reconstructivas que parecen tener el único propósito de negar la crisis con otorgar legitimidad cultural a la praxis actual, marcada como hemos visto por continuas deserciones, contrastes, oscilaciones.

Es cierto, hoy nos encontramos frente a una pluralidad y movilidad de las fuentes; a intervenciones legislativas de frecuencia continua; a una mala factura de éstas; a dificultades conexas con la individuación de la *ratio* o *intentio legis* luego de los compromisos que presidieron su emanación; a oscuridades, contradicciones y oblicuidad de los propósitos perseguidos; a incertezas en orden a la reconstrucción del estado de la normativa vigente, debidas a la sucesión aluvional de reglas referidas a una misma materia. Y así sucesivamente¹⁶.

Sin embargo, es precisamente ante una situación de tal género, respecto de la que, por su parte, repito, no creo que la Corte se encuentre en el deber de enfrentar cantidades estadísticamente significativas, a fin de que el rol concerniente a un juez de legitimidad puesto en el vértice del aparato jurisdiccional resalte en toda su importancia.

Continúo valorando la principal función prevista por el art. 65 del ordenamiento judicial.

¹⁴ FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di cassazione*, en *Giust. e Costitut.*, 1986, p. 39 ss.

¹⁵ SENESE, *Op. cit.*, c. 264.

¹⁶ Siguiendo las etapas de un via crucis que no sólo es italiano. Cfr., por ejemplo, con relación a la situación inglesa, las consideraciones de TWINING, MIERS, *How to Do Things with Rules*, 3 ed., Londres, 1991, p. 309 ss.

A este propósito me parece conclusivo el pensamiento de un procesalista ilustre, el cual hace un tiempo observaba que “precisamente el imponente fenómeno de sectorialidad que va bajo el nombre de ‘descodificación’, creando institutos nuevos o sustrayendo institutos viejos a los principios del código civil... crea la necesidad de una intervención autoritativa que elimine las incertezas interpretativas”¹⁷.

Naturalmente, es necesario ulteriormente hacer una precisión, para sustraernos a la acusación de conservadurismo vetero-positivista.

Nadie afirma que la intervención autoritativa apenas señalada deba producirse *uno actu* y una vez per todas. La nomofilaquia se actúa a través de un proceso, que puede también ser tormentoso¹⁸, especialmente cuando se tiene que hacer con materiales legislativos recientes, que a menudo, como agudamente se ha observado, se presentan como “semielaborados”¹⁹, en espera de una obra de refinamiento por parte de la jurisprudencia. Y en este contexto, es razonable observar que una contribución preciosa puede venir de la obra interpretativa de los jueces de mérito, primeros en sufrir el impacto de las novedades, aunque a tal propósito resulta peligrosamente complicado hablar de nomofilaquia desde abajo²⁰.

Se quiere, por el contrario, negar la importancia de la tentativa de restarle valor a la función de la casación tal como ha sido tradicionalmente entendida, aprobando el actual trabajo de los jueces de legitimidad que no alcanza para asegurar la uniformidad sincrónica de su propia jurisprudencia.

El pluralismo interpretativo se defiende en los jueces de mérito. Todos sabemos de la frialdad demostrada en el pasado por la corte de casación en orden a la adecuación de la legislación ordinaria a los preceptos de la Constitución y de los resultados al respecto obtenidos, en cambio, gracias al sistema de la competencia difusa para la remisión a la Corte constitucional de las dudas de legitimidad. Y todos sabemos que los jueces de mérito, a menudo contra orientaciones consolidadas de la casación, han puesto en movimiento o secundado el progreso del derecho en sectores muy delicados utilizando los instrumentos de la interpretación evolutiva, o aplicando correctamente reformas que tocaban de manera incisiva el estado de los intereses estabilizado hasta el momento de su emanación.

Pero una “teoría de las cien flores”, aplicable a los jueces de mérito en función de la incoercible pluralidad de los juicios de valor en la interpretación, no puede ser aplicada a la casación. Los órganos jurisdiccionales de mérito son muchos. La corte de

¹⁷ DENTI, A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia, en Foro it., 1986, V, c. 419. También vale la pena advertir que la uniformidad interpretativa según un contexto de contemporaneidad constituye la condición para la formación del llamado derecho viviente, idóneo para constituir el objeto del juicio de constitucionalidad de las leyes. Cfr., al respecto, las consideraciones de MENGONI, Diritto vivente, en Jus, 1988, p. 21 ss.

¹⁸ V. CHIARLONI, Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza, en Riv. trim. dir. proc. Civ., 1989, p. 124 s.

¹⁹ PERA, Intervenzione al XIV Congresso de la Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, sobre el tema “Il giudice di fronte al diritto sostanziale”, publicado en las actas correspondientes, Rimini, 1985, p. 122.

²⁰ Así, en cambio, FRANCESCHELLI, Op. cit., p. 41.

casación es una. Los jueces de mérito dicen muchas palabras. La corte de casación debería decir una sola palabra. La última.

Hic Rodus, hic salta. Quien desconfía de una corte de casación considerada monolíticamente asentada sobre posiciones superadas se puede legítimamente plantear el problema de una modificación de su composición. Pero es demasiado alto el precio pagado, para exorcizar semejantes temores, glorificando la actual fragmentación de tanta jurisprudencia según líneas interpretativas contrapuestas.

Demasiado alto porque significa permitir el sacrificio de los principios fundamentales recordados al inicio de la indagación: la igualdad de tratamiento de los ciudadanos, la predecibilidad de las decisiones y la credibilidad misma de las instituciones judiciales.

VII. INCOHERENCIA SISTÉMICA DE LA RECIENTE REFORMA DEL JUICIO DE CASACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RECUPERACIÓN DE LA FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA

Dejamos ahora de lado el mundo de las discusiones académicas, para ver cómo ha reaccionado el legislador frente a la crisis de la función nomofiláctica de la casación. Al respecto, hay que recordar que el único remedio seguro constituido por una reforma constitucional que quita del medio la garantía del recurso de casación, de manera que permita una fortísima reducción del número de los recursos, se encuentra sepultado en los trabajos de la comisión bicameral para las reformas constitucionales del 2002, en el texto base sobre el sistema de garantías, con la propuesta de una norma que admite el recurso de casación para las sentencias sólo en los casos previstos por la ley.

Después del fracaso de los trabajos de esta comisión, no se ocupaba del problema de la amplísima reforma de la segunda parte de la constitución, operada en la pasada legislatura, por su parte, desaprobada desde el voto popular en sede de referendum confirmativo.

Quedaba el legislador ordinario. Sin embargo, ¿qué hacer para obtener menos recursos, si la garantía constitucional no había sido tocada?

Se podía introducir sólo algún paliativo. Teniendo en cuenta las declaraciones de intención, éste es uno de los propósitos perseguidos por la recientísima reforma de la disciplina del proceso civil en casación, introducida en el 2006.

En el informe al decreto legislativo que ha reformado el juicio de casación encontramos un reconocimiento de la importancia de la función nomofiláctica, como tradicionalmente era entendida. Esto es bueno. Ahí se escribe que el “correcto y eficaz” ejercicio de la función, objetivo primario del legislador delegante, presupone, como indispensable condición operativa, la reducción del número de los recursos propuestos a la corte de casación.

Ahora bien, como justamente resaltaba el punto 32 del proyecto de delegación aprobado por la comisión Vaccarella para un nuevo código de procedimiento civil, uno de los instrumentos para obtener aunque sea un pequeño resultado sin alterar la Constitución consiste en introducir la apelabilidad de los resoluciones sometidas, en cambio, al recurso inmediato en cuanto inapelables.

El decreto legislativo n. 40 del 2006 acoge sólo en parte la sugerencia. Introduce la apelabilidad de las sentencias del juez de paz pronunciadas según equidad, modificando el art. 339 CPC y las resoluciones pronunciadas en materia de oposición al auto-inyunción, modificando el art. 23 de la ley 689 del 1981. Pero deja de lado toda

una serie de resoluciones que continúan siendo inapelables. Piénsese, a título de ejemplo, en la sentencia en materia de oposición a los actos ejecutivos prevista por el art. 618, segundo párrafo CPC; en la sentencia a la que se refiere el art. 152, décimo tercer párrafo del llamado código sobre la privacy en materia de procedimiento para la tutela de los datos personales; en las resoluciones camerales decisorias en materia de quiebra.

Hay algo peor: asistimos a una manifestación de estupefaciente incoherencia, dado que nos encontramos en el contexto de intervenciones sobre el mismo código en un ámbito de casi contemporaneidad. El legislador introduce la inapelabilidad de sentencias hasta ayer apelables. Se trata de las sentencias en materia de oposición a la ejecución, según el nuevo texto del art. 616 CPC y de las sentencias en materia de controversias sobre la distribución de lo recabado, según la disposición combinada del art. 512, primer párrafo, 617, segundo párrafo y art. 618, segundo párrafo.

Carecemos de los datos estadísticos desagregados para hacer un balance de la cantidad de recursos de casación entre inapelabilidad y apelabilidad introducidos ex novo. Probablemente se trata de un balance cercano a la suma de cero.

Vemos entonces que son otras las disposiciones destinadas a deflacionar el número de los recursos. Va ciertamente en esta dirección el nuevo tercer párrafo del art. 360 que excluye la impugnabilidad inmediata de las sentencias no definitivas, desde ahora más bien impugnables solamente junto con la sentencia definitiva según el art. 361. Aunque el impacto no será muy relevante, en tanto es poco frecuente la expedición de sentencias no definitivas por obra de los jueces de apelación.

De otro lado, nos encontramos luego frente a otras cuatro nuevas disposiciones, que determinarán acumulativamente un aumento de los recursos en gran medida superior al ahorro inducido desde la prohibición de impugnación inmediata de las sentencias no definitivas.

Aludo al art. 360, n 3, modificado introduciendo la recurribilidad por violación o falsa aplicación de los contratos y acuerdos colectivos nacionales de trabajo (lo que, a su vez, llevará a la corte suprema a invadir el terreno del juicio de hecho); al art. 420 bis, que obliga al juez de trabajo de primer grado a decidir con sentencia inmediata e impugnabile sólo con recurso de casación las cuestiones prejudiciales sobre la eficacia, validez e interpretación de los contratos y acuerdos colectivos; al art. 360, ultimo párrafo, que extiende todos los motivos del recurso a la impugnación con recurso extraordinario de casación según el art. 111, séptimo párrafo de la Constitución; al art. 363, que extiende la recurribilidad en interés de la ley por obra del procurador general también a los casos en los que la resolución por él impugnada no sea recurrible en casación por obra de las partes y no sea por otro lado impugnabile y permite a la corte enunciar el relativo principio de derecho también cuando ha sido erróneamente impugnado por las partes y declarado consecuentemente inadmisibile.

El efecto deflativo de estas novedades se puede colocar en función de una escala. Se parte de un mínimo, referido al principio de derecho en interés de la ley. Los recursos del procurador general se pueden contar hasta ahora con los dedos de una mano y es difícil pensar en una parte (en su abogado) dispuesta a someterse a la sádica burla de verse declarar inadmisibile un recurso sobre el mérito respecto del cual tiene razón en sede de abstracta enunciación del principio de derecho. Salvo quizás pocos casos en los que quiera llevar adelante un recurso piloto, esperando de tal modo obtener un efecto persuasivo sobre el juez de mérito para las futuras controversias. En medio pondría la extensión de todos los motivos del recurso extraordinario, novedad por lo demás

oportuna, en cuanto no era razonable, a mi juicio, y quizás ni siquiera obligada en sede de interpretación de la norma constitucional, la limitación precedente que restringía la recurribilidad por los errores in procedendo a los casos llamados errores in iudicando de jure procedendi y los relativos a la motivación al caso de su falta gráfica²¹. Llegamos así al máximo efecto deflativo, representado por la modificación del n. 3 del art. 360 y por el art. 420 bis CPC. Es de esperarse un notable aumento de los recursos asignados a la sección laboral. Sobre todo luego de la introducción de la última norma. Aquí tenemos el deber del juez de primer grado de decidir inmediatamente la cuestión prejudicial, la sola recurribilidad en casación del pronunciamiento y, nótese, la suspensión automática del proceso de mérito una vez depositado el recurso. La experiencia de la suspensión automática por reglamento de jurisdicción, felizmente quitada del medio con las resoluciones urgentes de 1990, no ha representado un límite suficiente para un legislador realmente apurado. ¡Aquí se tiene un potente instrumento dilatorio puesto incautamente en las manos de la parte (sólo del demandado) que quiere retardar por unos años la decisión!

VII.- NOMOFILAQUIA Y RELACIONES ENTRE SECCIONES UNIDAS Y SECCIONES SIMPLES

Con el nuevo tercer párrafo del art. 374 CPC el legislador se propone obtener la uniformación sincrónica de la jurisprudencia de la corte suprema, independientemente de la aposición de filtros al flujo de los recursos.

Se trata de una norma que encontrará ciertamente el consenso de los abogados. Una orden profesional que, a causa de la dimensión cuantitativa que ha asumido (sólo los patrocinantes en casación son decenas de miles), quizás no ve con buen ojo la hipótesis de disminución del contencioso, pero debería favorecer la racionalización.

Se instituye una suerte de vínculo de las secciones simples a los precedentes de las secciones unidas. Cuando la sección simple no se adhiera al precedente de las secciones unidas, debe remitir el recurso con resolución motivada. Autorizados estudiosos de la casación civil han realizado, desde hace algún tiempo, sugerencias en tal sentido. Desde Andrea PROTO PISANI, el cual además ha sostenido que el vínculo era ya identificable antes de la interpretación del derecho positivo²², hasta un respetable y gran juez de la corte suprema, como Giuseppe BORRE²³. Sugerencias que, de otra parte, por estar a favor de la nomofilaquia en sentido tradicional, he compartido²⁴.

Debo confesar que reflexiones ulteriores hoy me hacen dudar. Tengo el temor de un contraste de la nueva norma con el art. 102 de la Constitución que, estableciendo el principio por el cual el juez está sujeto solamente a la ley, ha constitucionalizado, según las interpretaciones más acreditadas, la independencia interna de la que se podría llamar la mínima unidad jurisdiccional.

²¹ Cfr., al respecto el análisis de TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., p. 376 ss.

²² Cfr. *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, en *Foro it.* 1988, V, c. 28-29

²³ Cfr. *La Corte di cassazione oggi*, en *Diritto giurisprudenziale*, al cuidado de Bessone, Torino, 1996, p. 180

²⁴ *En Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 16.

Cierto, es necesario reconocer que no estamos en presencia de un verdadero y propio vínculo con el precedente, porque no estamos en el tema de las relaciones entre órganos jurisdiccionales diversos. Aquí estamos en el tema de la organización del trabajo al interior de un mismo despacho.

Sin embargo, me parece que la cuestión de la independencia se mantiene en pie con total seriedad. El problema de asegurar la uniformidad de la jurisprudencia existe también al interior de los tribunales divididos en secciones, y el legislador lo ha afrontado recientemente, pero sin introducir vínculos. Ha insertado en la disciplina del ordenamiento judicial un artículo, el 47 *quater*, que prevé entre las tareas de los presidentes de sección la de “cuidar el intercambio de informaciones sobre las experiencias jurisprudenciales”. Y bien, creo que sería percibida como lesiva de la independencia una norma que estableciera, en cambio, el deber de cada juez de uniformizarse a los precedentes de un órgano formado por los presidentes o por los componentes de las específicas secciones o de remitirles la decisión si quisieran separarse de aquellos.

Me doy cuenta que el parangón es por muchas razones algo forzado.

De cualquier modo, podrían abrirse discusiones en orden a las relaciones entre cumplimiento de la tarea nomofiláctica y aseguramiento de la independencia interna de los específicos colegios en casación. No son suficientes los argumentos adoptados por Francesco LUISO para tranquilizar las dudas²⁵. El apunte del vínculo del juez a la cosa juzgada no prueba nada, es más bien poco más que una batuta, en cuanto la cosa juzgada está en línea de principio vinculada también al legislador. Ni resulta contrario del principio de que el juez está sujeto solamente a la ley el vínculo del juez de reenvío al principio de derecho. Aquí estamos en presencia de un fenómeno de formación progresiva de la cosa juzgada de la disciplina de las impugnaciones y que se verifica también en otras hipótesis (basta pensar en el vínculo para el juez de apelación para confinar el área de la propia cognición dentro del ámbito diseñado por los motivos *ex art. 342 CPC* y por la reproposición de las demandas y de las excepciones no acogidas *ex art. 346*). Un fenómeno que no tiene nada que ver con el muy diverso fenómeno del sometimiento del juez a un vínculo derivado de cuanto ha sido decidido por otros jueces no ya en el mismo, sino en otros procesos.

No se olvida que la propuesta de ligar las secciones simples al precedente de las secciones unidas para la casación penal estaba ya contenida en el proyecto definitivo del CPP de 1988 en el art. 610 *bis*, pero no superó el control de la comisión parlamentaria, tanto que el actual art. 618 que lo sustituyó prevé ahora la facultad y no el deber de la sección simple de remitir el recurso a las secciones unidas, cuando considere que “la cuestión de derecho sometida a su examen ha dado lugar, o puede dar lugar, a un contraste jurisprudencial”.

Preguntémonos luego si la intervención propuesta sería realmente eficaz para asegurar la cumplimiento de la tarea de nomofilaquia. Diría sólo parcialmente. En tanto, recuérdese que los contrastes entre secciones simples pueden permanecer en pie también por largo tiempo, antes de que intervengan las secciones unidas. Y ni siquiera se silencia el hecho de que no se desconocen los contrastes de jurisprudencia entre las mismas secciones unidas, debido, creo, al variar de los miembros del colegio que las componen.

²⁵ Cfr, El vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite, en Giur.it., 2003, p. 820 s.

Incluso, tengamos en cuenta que el haber intentado transformar las secciones simples en órganos de baja relevancia, sometidos a la incómoda alternativa entre autoexcluirse o rendir obsequio al precedente de las secciones unidas las puede fácilmente inducir a la rebelión. Podrían simplemente desobedecer la indicación del legislador, dado que el referido mandato está privado de sanción²⁶. O bien, más razonablemente, podrían intentar especializarse en el arte del *distinguishing*, es decir, de aquellas inauditas acrobacias de las que son maestros los jueces anglosajones para eludir el vínculo, buscando en el caso bajo examen diferencias respecto de lo ya decidido, contrabandeadas como capaces de influir sobre la *ratio decidendi*. Sin contar el peligro de que al construirse dos cuerpos de magistrados de casación investidos de funciones diversas, se llegue a la mortificación profesional de muchos y a un poder excesivamente concentrado de pocos.

Finalmente, la propuesta no satisface al principio de economía procesal. Pierde de una parte lo que se propone ganar por otra en términos de duración razonable²⁷. La sección simple, para establecer si acata el precedente o no, deberá obviamente estudiar y discutir profundamente el caso sometido a su examen. Si luego la decisión va en el sentido del auto motivado de remisión a las secciones unidas, análogo empleo de tiempo y de energías intelectuales deberá ser realizado por la instancia más alta para elegir si ajustarse al propio precedente o separarse de éste, acogiendo los argumentos desarrollados en el auto de remisión.

De la experiencia podrán extraerse enseñanzas útiles sobre el impacto de la norma apenas aprobada, tanto sobre el plano de la simplificación del trabajo y, por tanto, de la aceleración del procedimiento, como sobre el plano de la coherencia con el precedente. Aquí me limito a señalar que, quizás, el legislador habría podido orientarse hacia una intervención menos ambiciosa, que no hubiera encontrado los inconvenientes señalados. Habría bastado, para no inducir a los jueces de las secciones simples a la rebelión abierta o a verse tentados por los formalismos del *distinguishing*, enunciar una regla vinculante (no remitida a la discrecionalidad del presidente) de distribución del trabajo entre secciones unidas y secciones simples, atribuyendo a las primeras todos los recursos que presentan cuestiones sobre las cuales se han verificado contrastes.

²⁶ Cfr., en este sentido, TARUFFO, Una riforma della casazione civile?, en Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, p. 773, el cual considera, por consecuencia, que las secciones simples están legitimadas a no seguir el precedente de las secciones unidas, que estaría dotado solamente, como antes de la intervención legislativa, de eficacia persuasiva.

²⁷ Este aspecto es puesto en relieve por TOMMASEO, La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilaquia?, en Giur. it. 2003, p. 827, aunque con menor drasticidad.