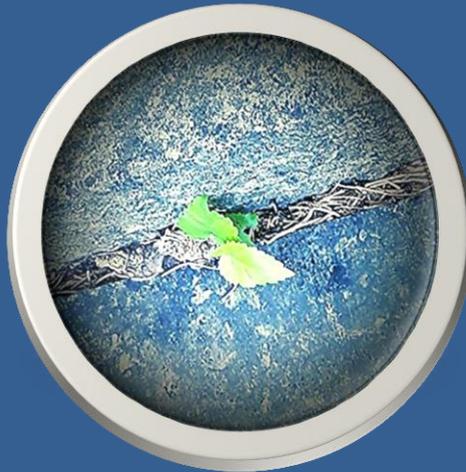


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 7, N° 2
Agosto-diciembre 2017
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Tres notas sobre los “precedentes” en la evolución de la jurisprudencia italiana

[Three notes on the “precedents” in the evolution of Italian jurisprudence]

Andrea Proto Pisani

Profesor emérito de la *Università degli Studi di Firenze* (Italia)
Contacto: andrea.protopisani@unifi.it

Resumen

El trabajo, partiendo de la distinción entre texto y norma, reflexiona sobre la evolución de la jurisprudencia vinculante en la justicia constitucional y ordinaria italiana, propone soluciones para que la Corte de Casación cumpla su misión institucional de garantizar la uniforme interpretación de la ley y como deberían aplicarse los precedentes respecto de normas procesales.

Palabras clave: precedentes; jurisprudencia vinculante; Corte Constitucional italiana; Corte de Casación italiana; uniforme interpretación de la ley

Abstract

The work, on the basis of the distinction between text and norm, reflects on the evolution of binding jurisprudence in the Italian constitutional and ordinary justice, proposes solutions to allow the Court of Cassation to accomplish its mission of ensuring the uniform interpretation of the law and as should be applied the precedents with respect to procedural rules.

Key words: precedents; binding jurisprudence; Italian Constitutional Court; Italian Court of Cassation; uniform interpretation of the law

Recibido: 22 de setiembre de 2017 / Aprobado: 28 de diciembre de 2017



Tres notas sobre los “precedentes” en la evolución de la jurisprudencia italiana*

Andrea Proto Pisani

1. Evolución del “precedente” en la jurisprudencia de la Corte constitucional

1.1. Premisa: texto y norma

Se debe a Tullio Ascarelli¹ –un jurista en demasía olvidado en el actual debate sobre “reglas y principios”– la afirmación de la distancia, de la diferencia entre el “texto” (por lo común escrito) de ley y la “norma” jurídica extraída de aquel texto. Mientras el texto es tendencialmente estable, único, la normas extraíbles de aquel texto, son, pueden ser múltiples y, sobre todo, destinadas a cambiar, a modificarse, según el cambiar de los otros textos, de la realidad social o del intérprete, etc.; y ello no solo en el caso de textos formulados a través de la invocación de principios (buena fe, corrección, justos motivos, etc. etc.) o, es lo mismo, de cláusulas generales o de conceptos extrajurídicos (valores histórico-

* El texto constituye la reelaboración, ampliada y repensada de tres conferencias, entre ellas estrechamente intersecadas, desarrolladas en Florencia en mayo de 2017 y en Roma en junio y julio del mismo año.

El escrito está dedicado a Paolo Grossi no solo por sus infinitos méritos científicos y académicos, y por su sabia presidencia de la Corte Constitucional, sino también por el afecto que sabe conservar hacia todos aquellos que han sido sus válidos discípulos en los cursos florentinos de Historia del derecho italiano [traducción de Eugenia Ariano Deho].

¹ ASCARELLI (1957).

artísticos de un bien, competencia, etc.), por su naturaleza destinados a cambiar con el tiempo.

La teoría, también clásica, de la interpretación (enunciada por los juristas de la primera mitad del siglo pasado) es toda clarísima en tal sentido.

Desde el punto de vista de la ley ordinaria nada ha cambiado en el curso de los últimos setenta años. El cambio, sin embargo, ha existido, y está dado por la irrupción en nuestro ordenamiento (como en aquel de otros Estados) de una Constitución rígida (antes a control difuso, luego al llamado control concentrado) toda impregnada de principios, de valores, de reglas por lo común genéricos, muchos de los cuales por lo común en contraste y por lo tanto necesitadas de delicadas ponderaciones. Y luego por la irrupción de otras cartas cuales la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (la llamada Carta de Niza), la Convención europea de los derechos del hombre, los tratados europeos y sus reglamentos de inmediata aplicación en los diversos Estados, etc., etc.

En este contexto multinivel es por demás evidente como la interpretación y los contrastes han aumentado desproporcionadamente (por cuanto ya existían antes: piénsese en las relaciones entre ley y reglamento), prescindiendo de la siempre peor formulación de las leyes ordinarias (las que por lo común están constituidas por textos queridamente equívocos, en cuanto fruto querido del disenso entre las fuerzas políticas que los aprobaron).

En el curso de esta sección me limitaré al examen de las relaciones entre la ley ordinaria y la Constitución italiana.

1.2. El control de constitucionalidad de las leyes ordinarias entre 1948 y 1956

Como se ha ya mencionado, antes de la entrada en función de la Corte Constitucional, el control de constitucionalidad era “difuso”, esto es, atribuido a todos los jueces del ordenamiento,

con eficacia, sin embargo, limitada a la decisión de la singular controversia.

Ello, a estar al carácter fuertemente innovativo, sobre todo, de los “Principios fundamentales” (arts. 1-12) y de toda la “primera parte” (art. 13-54) de nuestra Constitución, hizo que, en el inmediato del 1 de junio de 1948, surgiera la necesidad de interpretar numerosísimos textos de ley ordinaria en (como se suele decir) la “combinación de disposiciones” [*combinato disposto*] con el texto de la Constitución; y en caso de disconformidad con la Constitución de la norma extraída en vía interpretativa del texto de ley ordinaria, de desaplicar la norma y no aplicarla a la singular controversia.

En verdad, vistas en retrospectiva, las cosas se presentaban de manera más compleja.

Una vez interpretado el texto de ley ordinaria, el juez debía desaplicar todas las normas que estaban en contraste con la Constitución (cuyo texto estaba también él sujeto a interpretación) pero no también aquellas otras normas eventualmente extraíbles de mismo texto de ley ordinaria que no estaban en contraste con la Constitución.

Esta última observación permite desde ahora efectuar una primera reflexión (sobre la cual se regresará también luego). Cada texto de ley permite siempre, prácticamente, extraer varias y distintas normas: piénsese, por dar algunos ejemplos banales, a la norma extraída de la mera exégesis del texto, a aquella extraída de la voluntad “subjética” del legislador del momento en el cual la ley fue emanada o, en cambio, de la voluntad “objetiva” del momento en el cual la ley debe ser aplicada, etc., etc. Aunque no me sienta, en teoría, de excluirlo, cada texto de ley ofrece siempre la posibilidad de extraer varias y distintas normas. Si ello me parece verdadero en el plano cualitativo, me parece debido, sin embargo, precisar de inmediato que el número de las normas extraíbles de mismo texto en concreto varía notablemente según la menor o

mayor “elasticidad” del texto; esto es, según el carácter más o menos específico o más o menos genérico del texto (de las singulares palabras de las que está constituido).

Dicho y tratado de precisar todo esto sobre la distinción entre texto y norma, hay que agregar que, como es conocido, o cuanto menos respecto a lo que emerge de las revistas y de las reseñas de jurisprudencia, los jueces antes de la entrada en funciones de la Corte Constitucional no hicieron nunca o casi nunca uso de este poder-deber de control difuso de constitucionalidad.

1.3. La entrada en funciones de la Corte Constitucional: vicisitudes de las sentencias interpretativas

Con la entrada en funciones, en 1956, de la Corte Constitucional, el discurso cambia, y cambia radicalmente.

Desde las primeras cuestiones sobre las que la Corte fue llamada a pronunciarse (el examen de estas sentencias ofreció a Ascarelli el escribir el ensayo con el cual inicié esta sección²) sobre asuntos de este tipo: el texto remitido por el juez de fondo a la Corte presentaba dos posibilidades interpretativas. La primera de extraer de él la norma evidentemente inconstitucional denunciada por el juez *a quo*; la segunda de excluir esta interpretación y extraer, del propio texto de ley quedado invariado, normas constitucionalmente legítimas. En concreto, el entonces vigente art. 2 del Texto único de Seguridad Pública atribuía al prefecto, por razones de orden público, a emitir ordenanzas en caso de necesidad y urgencia: estas ordenanzas, en los casos concretos sometidos al control (de relevancia y de no manifiesta infundabilidad) del juez ordinario habían lesionado las libertades (*rectius*: algunas libertades) previstas por los arts. 13 y siguientes de la Constitución; aún el viejo texto del Código de procedimiento penal (pese a todas las intervenciones del legislador ordinario) preveía dos formas de

² ASCARELLI (1957).

instrucción, la una llamada sumaria, la otra llamada ordinaria: ahora bien en ambas especies se realizaban actos de instrucción destinados a tener eficacia en la continuación del proceso, pero solo en los actos de instrucción formal estaba prevista la necesidad del respeto de algunas formas dirigidas a garantizar el derecho de defensa del imputado: en el caso contrario sometido al examen de la Corte, en el curso del cumplimiento de los actos de instrucción sumaria, no se había asegurado el derecho de defensa.

En los casos resumidos, la Corte Constitucional (probablemente en base a la premisa de que la Constitución tuviera como destinatarios también a los prefectos y a los magistrados ante los cuales se asumían actos de instrucción), en la motivación de sus sentencias claramente afirmó que el respeto de los arts. 13 ss. y art. 24, segundo párrafo, de la Constitución vinculaban también a los prefectos o a los magistrados de la instrucción sumaria penales; consecuentemente afirmó, por un lado, que las ordenanzas de los prefectos no podían nunca ser emitidas en contraste con las libertades de los arts. 13 y siguientes de la Constitución, y que, por el otro, el artículo 24, segundo párrafo, de la Constitución imponía que la garantía del derecho de defensa del imputado debía asegurarse en el curso de la instrucción sumaria de la misma manera como estaba previsto explícitamente para la instrucción formal.

Al final de estas dos elegantes sentencias la Corte Constitucional, considerando que había absuelto adecuadamente su tarea, emanó dos fallos de “desestimación” (se advierta: los textos de las leyes quedaban tal cual) “conforme a la motivación”, motivación que había acribillado (y, por tanto, a criterio de la Corte eliminado) las dos normas claramente denunciadas como inconstitucionales, dejando así intacto el texto de la ley.

¿Cómo respondió la jurisprudencia, los jueces ordinarios, incluyendo a los de la Corte de Casación? La respuesta es conocida: las sentencias llamadas interpretativas de desestimación fueron consideradas vinculantes *solo* en el juicio *a quo*, pero despro-

vistas de cualquier eficacia de precedente vinculante frente a los otros jueces, incluso respecto al juez de casación.

La respuesta de la Corte Constitucional fue simple. Remitida nuevamente la misma cuestión, la Corte tomó nota de la no adecuación del juez ordinario, reiteró la interpretación precedentemente desarrollada, y ... cambió el fallo, transformándolo en un fallo de “estimación”, declarativo de la ilegitimidad constitucional del texto denunciado en la parte en que fuera interpretado de modo disconforme de lo afirmado en la motivación. Una vez más se acribillaban las normas inconstitucionales pero se dejaba intacto el texto.

Por uno de esos motivos que solo la sociología podría explicar, esta vez todos los jueces ordinarios se adecuaron y consideraron el precedente de la Corte Constitucional como vinculante.

Aunque idénticas en el plano lógico-estructural y en el plano de la teoría del precedente, las sentencias interpretativas de desestimación fueron consideradas no solo no vinculantes sino también desprovistas de fuerza persuasiva, mientras que las sentencias interpretativas de estimación fueron consideradas *tout court* vinculantes.

1.4. La masificación de las sentencias de “inadmisibilidad” y su discutida fuerza vinculante

En el curso de los años sucesivos la cuestión “sentencia interpretativa de desestimación-sentencia interpretativa de estimación” fue sustancialmente archivada y emergieron las sentencias manipulativas, aditivas, etc., argumento sobre el que no pretendo detenerme.

Luego de la radical (y quizá un tanto brutal) eliminación de las causas pendientes, ocurrida sobre todo bajo el impulso del Presidente Saja, comenzaron a llegar a la Corte Constitucional (en audiencia o en Cámara de Consejo) siempre más frecuentemente cuestiones relativas a leyes emanadas solo unos dos años antes,

cuestiones respecto de las cuales no se habían formado precedentes de la Corte de Casación (cuyo precedente siempre o casi siempre había sido considerado por la Corte Constitucional si no vinculante por lo menos altamente autorizado) y no se había siquiera formado un “derecho viviente”, esto es, una interpretación difundida tal como para hacer oportuna, si en el sentido de la inconstitucionalidad, la emanación de sentencias de estimación (en todas sus subespecies).

Fenómeno de gran interés ha sido, luego, la formación, en particular en el último decenio (pero la orientación comienza ya a manifestarse en los años de la eliminación de la carga pendiente) del uso masivo de la llamadas sentencias de “inadmisibilidad” en cuanto el juez en la ordenanza de remisión no había valorado (o valorado suficientemente) la posibilidad de una interpretación constitucionalmente orientada (interpretación específicamente individualizada por la Corte) del texto de ley del cual el juez *a quo* había extraído la constitucionalmente ilegítima sobre cuya base había dispuesto la remisión a la Corte Constitucional.

Es difícil asumir una toma de posición unívoca sobre tal orientación.

Hay una premisa sobre la que estoy relativamente seguro.

No me rasgaría mucho las vestiduras porque la Corte ha adoptado un fallo de desestimación en rito (inadmisibilidad) y no de fondo (interpretativo de desestimación). La diferencia, también luego de la emanación del art. 360-bis CPC en el 2009, me parece solo formal e incapaz de incidir sobre la eficacia de precedente (vinculante o no se será) de la determinación de la practicabilidad de la interpretación Constitucionalmente orientada afectada en la motivación.

Aun en la consciencia de la notable opinabilidad de lo que estoy por decir, al examinar y tentar de resolver el problema de la

vinculabilidad o no de las decisiones (sentencias u ordenanzas) de desestimación en examen, yo distinguiría entre:

- a) textos de los cuales es fácil (sobre la base de una sola combinación) extraer la norma constitucionalmente legítima; y
- b) textos unívocos los cuales permiten la interpretación constitucionalmente orientadas solo luego de complejas combinaciones con otras normas extraíbles de textos altamente equívocos (textos de ley ordinaria o constitucionales).

Lo explico rápidamente con un ejemplo. Se consideren rápidamente dos recientes ordenanzas del 2013 y 2014³, con las que se enunció la interpretación constitucionalmente orientada en el sentido de la reductibilidad, también de su monto, de las arras, en contra de la unívoca lectura del art. 1385 CC (univocidad derivada de la lectura del sucesivo art. 1386 explícitamente en el sentido de la reductibilidad de la cláusula penitencial), sobre la base de una compleja combinación constituida por la nulidad parcial de la cláusula, del principio de buena fe y del principio de solidaridad social.

Mientras respecto de las sentencias referidas antes *sub a)* sería favorable a ver un precedente vinculante (o, en todo caso, autorizado y persuasivo), en las sentencias referidas *sub b)* tendría dudas elevadísimas al atribuirles eficacia de precedente (indico que la Cas. 14776/14⁴, se ha apartado, aunque a mi parecer inconscientemente, de la interpretación constitucionalmente orientada del art. 1385 efectuada poquísimos meses antes por la Corte Constitucional).

Pero hay más.

³ *Il Foro italiano* (2014: I, 382; 2035)

⁴ *Il Foro italiano* (2015: I, 1040).

Las sentencias (u ordenanzas) de los jueces de *Palazzo della Consulta*, fundadas en operaciones interpretativas complejas como las efectuadas para afirmar la reductibilidad de las arras, están destinadas, en cualquier caso, a incidir profundamente en el valor de la certeza en la interpretación de la ley.

2. Evolución del “precedente” en la jurisprudencia de la Corte de Casación necesariamente reestructurada

2.1. El aseguramiento de la uniforme interpretación de la ley como función institucional de la Corte de Casación

La Corte de Casación, como todas las cortes supremas, debería tener la función de asegurar la uniforme interpretación de la ley en Italia; y ello en especial en este período histórico en el que el derecho italiano está destinado a convivir, muchas veces en condición de dependencia, con el derecho europeo o con los enunciados de Cortes internacionales de salvaguardia de los derechos fundamentales.

En esta situación de objetiva incertidumbre, es indispensable, a los fines de la actuación del principio de igualdad (art. 3, primer párrafo, Constitución) que, respecto a las cuestiones de derecho exista una Corte Superior capaz de hacer sí que el derecho aplicado por los jueces sea el mismo en Sesto San Giovanni como en Prato o en Siracusa.

En cuanto a la justicia de la decisión en la determinación del hecho, las Cortes supremas no tienen (o no deberían tener) nada que decir. A los fines de la justicia de la decisión en la determinación del hecho (que es siempre puntual a diferencia de la ley), en el casi total silencio de la Constitución, están previstos dos grados de juicio: en primer lugar, el juez de primer grado y luego, en función de corrección de los errores del juez y de las partes, el juicio de apelación; juicio, este último que, en lugar de imitar el juicio de casación debería revisarse en la perspectiva, aunque moderada,

del *novum iudicium* en cuanto a los hechos con todas las preven-
ciones necesarias.

Dos grados de cognición plena en cuanto a los hechos son
suficientes (salvo la revocación) para asegurar la justicia en la
determinación de hecho, en los límites de las posibilidades huma-
nas.

Ningún sentido tiene, en esta perspectiva un ulterior control
de la determinación del hecho en el curso del juicio de casación;
además de desnaturalizar la función de control en derecho de esta
Corte Suprema, se daría lugar a un inútil tercer grado de juicio,
que tiene a su favor solo a los abogados casacionistas y aquellos
jueces que ambicionan concluir su carrera en la Corte Suprema.

Probablemente justo por esta función de asegurar la uni-
forme interpretación de la ley, nuestra Constitución ha constitu-
cionalizado, único entre todos los medios de impugnación, el re-
curso de casación por violación de ley (art. 111, 7° párrafo).

Evidentemente este valor de la uniformidad de la interpre-
tación del derecho, no debe ser un valor estático sino, como se
suele decir hoy, líquido, dinámico (es de ayer la decisión de las
Secciones Unidas que ha afirmado, aunque con toda una serie de
garantías, la no contrariedad con nuestro orden público, la conde-
na al pago de intereses punitivos).

Nuestra Corte de Casación debería tener –como función
principal, acaso, incluso única– como función la de asegurar la
uniformidad de la jurisprudencia por lo que concierne a la inter-
pretación de la ley.

2.2. Causas de la incapacidad de la Corte de Casación de cumplir su función institucional

Sin embargo, nuestra Corte de Casación no está en la posibi-
lidad de absolver esta función que es la razón misma de su ser, ni

lo será en el futuro hasta que no se intervenga radicalmente sobre su estructura pagando también el precio o los precios necesarios.

Los motivos de esta incapacidad derivan del número de recursos sobrevenidos (número estabilizado en estos últimos diez-quince años alrededor del número de 30.000), de aquellos agotados cada año (cerca de, siempre, 30.000) y de aquellos pendientes a fin de año (cerca de 100.000 o poco más o poco menos); y además del número de jueces adscritos a la función de consejeros de casación civil, alrededor de 130-140, número que implica que cada juez deba emanar más de 230 decisiones (sentencias u ordenanzas) al año, sean éstas relativas a recursos simples o complejos o delicadísimos: esto es más de una decisión por día de trabajo.

En esta situación (número de decisiones y número de jueces) se comprende fácilmente, por un lado, como sea una empresa titánica reducir la carga pendiente (que comporta la duración del proceso superior a los tres años, tres años que se agregan a aquellos ya elevadísimos de los dos grados de fondo), sobre todo, por el otro lado, como el necesario multiplicarse de los colegios juzgadores favorezca la formación de decisiones contradictorias sobre las mismas cuestiones (lo que actúa en el sentido de favorecer en lugar de disuadir el planteamiento de recursos de casación).

Contradictoriedad que las mismas Secciones Unidas no logran superar ya que en la misma jurisprudencia de esta más autorizada formación de nuestra Corte suprema se puede encontrar en sentido diacrónico cambios de orientaciones jurisprudenciales sobre la misma cuestión o sobre cuestiones lógicas y estrechamente conexas: se piense, por todas, a las cuatro decisiones (de los años '90, del 2000, del 2007, del 2017⁵,) sobre la fraccionalidad o no del crédito derivado del mismo (o común) hecho constitutivo y, en el caso de la no fraccionabilidad, sobre sus consecuencias procesales; sobre el significado del requisito de la indispensabilidad

⁵ *Il Foro italiano* (2008: I, 1966), *adde* Cas. 4090 y 4091/2017.

de la prueba en apelación (sentencias del 2015 y 2017); sobre las consecuencias de la ausencia de notificación dentro de los diez días del recurso de apelación en el procedimiento laboral y en el proceso de reparación equitativa (sentencias del 2008 y del 2004⁶), por citar solo las sentencias sobre cuestiones procesales (sobre las cuales, en cuanto atinentes a las llamadas reglas de juego, máxima es la exigencia de certeza: v. *infra* 3).

2.3. Las soluciones a excluir: suprimir el juicio de casación; aumentar el número de jueces

Si las cosas dichas fotografían una realidad efectivamente existente (y no abstractas elucubraciones de un ya envejecido procesal civilista), ¿qué hacer?

Desde el punto de vista de la exigencia de justicia de los ciudadanos y de asegurar, con todo, la exigencia de la razonable duración del proceso, se podría pensar de suprimir *sic et simpliciter* el juicio de casación civil en cuanto aquel, por un lado, no logra absolver su función institucional de asegurar la uniforme interpretación de la jurisprudencia, por el otro agrega otros tres o cuatro años a la duración de los procesos civiles. Una tal solución estaría, sin embargo, en contraste no solo con elecciones bastante remotas en el tiempo de casi todos los ordenamientos extranjeros, sino también con el séptimo párrafo del art. 111 de la Constitución, que constitucionaliza el recurso de casación por violación de la ley.

Otra posibilidad de solución podría ser la de doblar (o triplicar) el número de jueces adscritos a la Casación civil. Pero una solución así (fuera de cualquier otra consideración) sería un típico remedio peor que la enfermedad. Con ella, en efecto, se reducirían las causas pendientes y la duración de los juicios de la Corte de Casación, pero a estar al gran aumento de los jueces y por tanto de

⁶ *Il Foro italiano* (2014: I, 1798).

los colegios, se sancionaría definitivamente el final (cuanto menos como aspiración) de nuestra Corte como Corte suprema, que tenga como finalidad (principal e) institucional, el aseguramiento de la uniformidad de interpretación del derecho con la finalidad de garantizar el fundamentalísimo principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

2.4. Las soluciones propuestas: reestructuración de la casación civil

Retomo lo dicho poco antes; en esta situación, pues, ¿qué hacer?

A mi parecer, como lo vengo sosteniendo desde hace más de veinte años, sin haber obtenido respuesta positiva por parte de mis lectores u oyentes, una solución es practicable sin modificar la Constitución, siempre que se tenga el coraje de pagar el precio necesario y de contrastar los intereses corporativos.

Teniendo en cuenta la necesidad de encontrar consenso expongo sintéticamente una vez más mi posición con toda una serie de precisiones, agregados, explicaciones, reservando para un sucesivo estudio cualquier ulterior profundización.

El problema central, como siempre advertido por los supremos vértices de la Corte de Casación, consiste en el establecer algunos rígidos límites a la admisibilidad de los recursos de casación por violación de la ley, de manera tal como para reducir el número de recursos admisibles (salvo respecto de la regulación de jurisdicción y competencia, sobre los cuales v. *infra* 2.6) a no más de 1000-1500 al año y el número total de jueces (comprendidos los presidentes de sección) a no más de 30-40 (adecuadamente apoyados, cada uno, por una oficina específica constituida a través del destaque de los magistrados del actual *Ufficio del Massimario*).

Indicado el objetivo: reestructurar la casación civil a fin de permitirle desarrollar su función institucional de asegurar la uni-

formidad (líquida, dinámica) de la interpretación de la ley, las cuestiones a examinar y resolver con la máxima claridad exigible son las siguientes:

- a) cómo conciliar tal objetivo con el sétimo párrafo del art. 111 de la Constitución, según el cual contra las sentencias de los jueces ordinarios y especiales “siempre” es planteable recurso de casación por violación de la ley;
- b) cómo individualizar los límites de inadmisibilidad;
- c) a quién atribuir el control de tales límites: si, en efecto, tal control debiera ser efectuado por una de las varias secciones de la Corte, la solución no sería muy distinta de aquella ya prevista y practicada por la actual Sección Sexta, conforme a la reforma de 2016.

a) En cuanto a la cuestión de legitimidad constitucional planteada por el sétimo párrafo del art. 111 de la Constitución, ella se resuelve, a mi parecer, sin cambiar la Constitución, a través de la ponderación (por parte del legislador ordinario) del valor del que es expresión el art. 111 sétimo párrafo con el valor de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Aquí se precisa entendernos: la historia (los trabajos preparatorios de la Constitución) están todos en el sentido de considerar que la previsión del art. 111, sétimo párrafo, se introdujo, cuanto menos sobre todo, para asegurar la uniformidad de la interpretación de la ley; si la disciplina vigente de los arts. 360 y ss. CPC no permite la realización de tal uniformidad, se tiene una evidente violación del fundamentalísimo valor expresado por el art. 3, primer párrafo de la Constitución. Ello conlleva la necesidad de ponderar tales valores a través de rígidos límites de admisibilidad al recurso de casación, modificando los arts. 360 y ss. CPC.

b) Estos límites de admisibilidad pueden (y, a mi parecer, deben) ser individualizados en el sentido de considerar admisibles solo los recursos de casación que denuncien violación de ley,

las que: 1) sean de interés general, comprendiendo explícitamente en tal fórmula la oportunidad de una modificación o de un cambio de precedentes orientaciones de la casación; 2) estén en contraste con precedentes orientaciones de la casación y no se presentan los motivos de oportunidad indicados en el número precedente.

c) En cuanto al sujeto que debería efectuar tal valoración de admisibilidad recientes diálogos me inducen a individualizarlo en los magistrados adscritos al sector civil de la Procuraduría General de la Corte de Casación, llevando su número total de las actuales 35 a 100 unidades. Esta elección sistemáticamente deriva de la circunstancia que los magistrados de la Procuraduría General son titulares del poder de proponer recurso de casación en interés de la ley y como tales son los más idóneos para efectuar esas valoraciones de oportunidad indicadas en el número 1 de la precedente letra b. El carácter unipersonal de los magistrados a atribuirles este delicado control entra dentro de los precios a pagar para permitir a la Corte de Casación absolver su tarea institucional.

2.5. Sigue. *Objeciones a la propuesta. Refutaciones*

Se podría observar, objetar, que las recientes reformas de la Casación previstas en el 2000 y sobre todo en el 2016 se mueven ya en el sentido arriba resumido.

No me parece.

En primer lugar, aquellas (más allá de las formulaciones literales) conservan como regla la recurribilidad en casación por *cualquier* violación de ley.

En segundo lugar, no tienen el coraje de suprimir el actual n. 5 del art. 360 CPC continuando a permitir un control, indirecto si se quiere, sobre la determinación del hecho.

En tercer lugar, aquellas (en particular la del 2016) establecen una generalizada “cameralización” del proceso de casación, con una (normalmente) radical reducción del derecho de defensa

de las partes: es decir, para llamar las cosas con su nombre, actúan una verdadera y propia sumarización del proceso de casación. Y ello sin reducir de manera alguna la carga de trabajo (el número de recursos) de los que cada consejero debe ocuparse, si del caso antes en el ámbito de la Sección Sexta y luego en la Sección simple.

2.6. Otras competencias

Antes de concluir esta sintética exposición enderezada a indicar el camino, a mi parecer, a seguir para devolver a los precedentes de nuestra Corte de Casación la autoridad propia de toda Corte suprema, se precisan dos rapidísimas integraciones y una precisión.

A la Corte de Casación así reestructurada, habría que conservarle la competencia para resolver las regulaciones de jurisdicción y competencia; su decisión debería ser atribuida a un específico colegio del cual deberían formar parte siempre los mismos jueces.

Deberían (en la perspectiva de esa ponderación de valores de la que he dicho varias veces) sustraerse a la recurribilidad en casación las decisiones en materia disciplinaria, atribuyendo (o limitando) su control a las Cortes de Apelación. Y ello porque se refieren a particulares corporaciones y no de carácter objetivamente general.

En fin, en cuanto a la Corte de Casación francesa, que no conoce limitaciones a la recurribilidad como las aquí planteadas, me parece que haya que mencionar (no solo el histórico filtro constituido por el limitadísimo número de abogados habilitados) que las decisiones de la Corte de Casación francesa son en sustancia inmotivadas, limitándose solo a la indicación de los puntos de paso lógico del razonamiento (en modo alguno explicitado) lo que contrasta con la garantía de la motivación prevista por el art. 111, sexto párrafo de nuestra Constitución.

2.7. La carga pendiente

En cuanto, finalmente, a la gestión de la carga actualmente pendiente (y de aquella pendiente a la entrada en vigencia de la reestructuración propuesta) debería serle asegurada a los jueces actualmente asignados a las secciones civiles una vez deducidos esos 30-40 jueces que hayan superado el concurso extraordinario para el reclutamiento de los jueces de la “nueva” Corte de Casación.

3. Evolución del “precedente” en la jurisprudencia de la Corte de Casación en la interpretación de las normas procesales

3.1. Las normas procesales como las “reglas del juego”

Las disposiciones de las leyes procesales (civiles, a las que limito el discurso) constituyen, en particular en materia de controversias sobre derechos disponibles, el equivalente de las reglas del juego (al cual ha sido acercado, no pocas veces y por fuentes autorizadísimas, el proceso civil).

El proceso civil está constituido por una serie de actos difusos en el tiempo, del demandante, del demandado y del juez, según un orden marcado por plazos (preclusiones), etc.

El derecho de acción (del cual el primer párrafo del art. 24 Const.) no es otra cosa que un término que sintetiza el conjunto de poderes procesales atribuidos al demandante y que se manifiestan en actos procesales. De la misma manera, el derecho de defensa (del cual el segundo párrafo del segundo párrafo del art. 24 Const.) es el término que sintetiza los poderes procesales atribuidos al demandado y que, a su vez, se manifiestan en actos procesales. Y, a su vez, la jurisdicción (de la cual el primer párrafo del art. 111 y 102 Const.) es el término que sintetiza los poderes atribuidos al juez que se manifiestan en resoluciones (sentencias, ordenanzas, decretos).

El art. 111, 1º y 2º párrafo de la Constitución, dispone que (además del respeto del principio del contradictorio, de la paridad del tratamiento de las partes, de terceridad e imparcialidad del juez, y además de la razonable duración del proceso) “la jurisdicción se actúa mediante el debido proceso *regulado por la ley*”. De esta última previsión parecería que el proceso deba desarrollarse siempre según las formas y los plazos *predeterminados* por la ley: sin embargo, ello parece estar realmente previsto respecto de los procesos de cognición plena del Libro II del CPC, así como, al menos, para los procesos de expropiación forzada del Libro III.

Si se pasa, sin embargo, a la disciplina de los procesos sumarios del Libro IV, nos tropezamos con una disposición (el art. 669-*sexies*) según el cual “el juez, oídas las partes, omitida cualquier formalidad no esencial al contradictorio, procede en el modo que considera más oportuno a los actos de instrucción [...] y resuelve con ordenanza la estimación o a la desestimación de la demanda”.

Y, además, con respecto también a los procesos a cognición plena o a las varias especies de expropiación forzada, se está en la presencia de textos de los cuales pueden extraerse varias, distintas normas (se piense, por todas, en el art. 2909 CC o 34 y 354 CPC), en la interpretación de las cuales se precisa necesariamente recurrir a la ponderación de valores constitucionales (los cuales, por un lado, se extraen, sobre todo, del carácter normalmente privado disponible del derecho en contienda y, por el otro, del carácter público de la jurisdicción; de un lado, el interés del actor de poder delimitar como le parezca más oportuno el objeto del proceso y de la consecuente cosa juzgada; del otro, el interés de la jurisdicción, a estar a la escasez de los recursos, a la economía de la actividad procesal y a la consecuente ampliación de los de los resultados del proceso, etc. etc.).

De aquí la inevitable posibilidad de extraer del mismo texto también varias normas procesales con las consecuentes, igual-

mente inevitables, consecuencias negativas en términos de certeza, de previsibilidad, se ha dicho con elegancia, de calculabilidad.

3.2. El valor de la certeza en la interpretación de los textos procesales

Al inicio de estas notas se ha partido, casi como vicisitud normal, fisiológica, de la posibilidad al menos diacrónica de extraer normas distintas del mismo texto.

Limitando ahora el discurso solo a las normas procesales, hay que llamar enérgicamente la atención sobre la circunstancia de que, al menos con referencia al núcleo fuerte del debido proceso, a las garantías básicas del derecho de acción y de defensa, desde siempre se ha advertido y se continúa a advertir hoy una particular exigencia de certeza de las reglas del proceso: de las reglas del juego. Esta exigencia ha sido muchas veces afirmada con fuerza por Virgilio Andrioli invocando la autoridad de Antonio Scialoja: en los límites arriba indicados es mejor una regla procesal equivocada que una regla procesal incierta.

Esta exigencia ha sido recientemente reiterada con particular claridad como consecuencia de un repentino cambio de jurisprudencia de las Secciones Unidas (aunque, por suerte, en un llamado *obiter dictum*) sobre el plazo perentorio dentro del cual el oponente a decreto monitorio [*decreto ingiuntivo*] debía constituirse, bajo pena de inmutabilidad del decreto monitorio opuesto (art. 645 CPC, Secciones Unidas, 9 setiembre 2010, n. 19246⁷).

La emanación de esta sentencia determinó una verdadera y propia rebelión de los operadores jurídicos. No tanto por la inexactitud del cambio jurisprudencial, cuanto por las consecuencias gravísimas que tendría sobre los procesos en curso en los que el oponente, constituyéndose, había confiado en los más amplios

⁷ *Il Foro italiano* (2010: I, 3014). Se omite por “honor de Patria” indicar el nombre del Primer Presidente y del redactor.

plazos previstos por la precedente absolutamente consolidada (y como tal indiscutida) orientación jurisprudencial.

No casualmente fue denunciada la inadmisibilidad, la villanía de un cambio de las reglas del juego durante el desarrollo del partido. Sin embargo, a estar al carácter declarativo de la interpretación jurisprudencial, era difícil excluir su carácter retroactivo, su normal aplicabilidad, en tanto, a los procesos en curso.

Se dijo que solo la ley tiene como regla la eficacia no retroactiva. Pero se agregó⁸ que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional el legislador no es libre de atribuir a la ley indiscriminadamente eficacia retroactiva, y se invocaron las sentencias que habían declarado la ilegitimidad constitucional de leyes retroactivas, por contraste con la razonable confianza causada por la ley anterior. De aquí la banal observación según la cual aquello que no es permitido al legislador no puede serle permitido a la jurisprudencia; y la deducción de un “nuevo principio general del proceso”⁹ según el cual “la realización de un acto procesal según las formas y los plazos previstos por el ‘derecho viviente’ en el momento en el cual el acto es realizado, comporta la validez del acto mismo en caso de sucesivo cambio jurisprudencial en tema de esas formas y de esos plazos”.

Esta interpretación tuvo, luego, el autorizadísimo aval (con riqueza de profundizaciones conceptuales) de la sentencia de las Secciones Unidas del 11 de julio de 2011, N° 15144 (Presidente Vittoria, Redactor Morelli)¹⁰.

⁸ V., por todos, COSTANTINO (2011: 1073 ss).

⁹ Así PROTO PISANI (2011: 117 ss).

¹⁰ *Il Foro italiano* (2011: I, 20254).

3.3. Sigue

Quedaba un solo problema. *Quid iuris* cuando la nueva interpretación de la ley no constituya un *obiter dictum*, sino que sea susceptible de ser aplicada en el mismo proceso. Aquí la doctrina ha evocado la experiencia inglesa del llamado “prospective overruling”, según el cual la nueva interpretación anunciada por la Casación *no* se aplica tampoco al proceso en curso sino solo a los procesos futuros (v. en tal sentido, explícitamente, la Cas. 19 junio 2014, n. 13972, redactor F. Roselli¹¹, que me señalara Antonello Cosentino), siempre que la aplicación no contraste con el principio de la confianza.

Referencias

ASCARELLI, Tullio

1957 “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”.
Rivista di diritto processuale, pp. 351-364.

COSTANTINO, Giorgio

2011 “Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto”. *Rivista di diritto processuale*, pp. 1073-1097.

PROTO PISANI, Andrea

2011 “Un nuovo principio generale del processo”. *Il Foro italiano*.
Parte I, pp. 117-121.

¹¹ *Il Foro italiano* (2014: I, 2477).

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**