

JORDI NIEVA FENOLL
RENZO CAVANI
(Dirs.)

**LA CASACIÓN HOY,
CIEN AÑOS DESPUÉS
DE CALAMANDREI**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PALABRAS PREVIAS , <i>por Jordi Nieva Fenoll y Renzo Cavani</i>	11
I. EL DIÁLOGO DE DOS MAESTROS	
SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO , <i>por Michele Taruffo</i>	15
1. PREMISA	15
2. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN	16
3. LA FUNCIÓN <i>PROACTIVA</i>	17
4. EL TRIBUNAL DE CASACIÓN COMO TRIBUNAL DE PRECEDENTES	18
5. CASACIÓN Y <i>CERTIORARI</i>	21
NOMOFILAXIS Y REFORMA DEL JUICIO DE CASACIÓN , <i>por Sergio Chiarloni</i>	25
1. LA CRISIS DE LA NOMOFILAXIS	25
2. LA CRISIS DE LOS VALORES SUBYACENTES A LA NOMOFILAXIS.	28
3. NOMOFILAXIS Y REFORMA DEL JUICIO DE CASACIÓN: ¿FILTROS DE RECURSOS?	32
4. NOMOFILAXIS Y REFORMA DEL JUICIO DE CASACIÓN: LAS RELACIONES ENTRE LAS SALAS REUNIDAS Y LAS SALAS INDIVIDUALES	34

II. EL PRESENTE Y EL FUTURO

EL TRIBUNAL SUPREMO ITALIANO A CIEN AÑOS DE LA «CASSAZIONE CIVILE» DE CALAMANDREI, por Luca Passanante.....	39
1. INTRODUCCIÓN.....	39
2. LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE HECHO VS. DERECHO EN «LA CASACIÓN CIVIL» DE CALAMANDREI.....	40
3. REFLEXIONES ULTERIORES DE ESTE POSTULADO EN LA EVOLUCIÓN DE LA CASACIÓN.....	42
4. GENERALIDADES Y ABSTRACCIÓN EN LA LABOR DE LA CASACIÓN Y LA MAXIMIZACIÓN DE SENTENCIAS.....	45
5. SUPERACIÓN DE LA DICOTOMÍA <i>QUAESTIO IURIS/QUAESTIO FACTI</i>	48
6. LA CASACIÓN EN BUSCA DEL HECHO.....	50
7. UN «PASO EN FALSO»: LA COMPRESIÓN DEL CONTROL SOBRE LA MOTIVACIÓN.....	55
8. LA SOBRECARGA DE LA CASACIÓN Y EL «HUEVO DE COLÓN» DEL TRIBUNAL MULTINIVEL.....	60
9. LA OBSOLESCENCIA DEL CONCEPTO DE NOMOFILAXIS.....	65
10. ...Y EL DESTINO DE LA CASACIÓN CIVIL.....	67
EL FUTURO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN FRANCÉS, por Frédérique Ferrand.....	69
1. INTRODUCCIÓN.....	69
A) Estadísticas de 2019.....	71
a) En materia civil.....	71
b) En materia penal.....	71
2. DESARROLLOS REALIZADOS: EL TRIBUNAL DE CASACIÓN EN BUSCA DE UN ROL Y FUNCIONAMIENTO ADAPTADOS AL MUNDO POSMODERNO.....	72
A) Los magistrados del Tribunal de Casación: efectivos en aumento... ..	73
B) La eficacia de las nuevas herramientas en manos del Alto Tribunal.....	74
C) La consagración de un control de convencionalidad <i>in concreto</i>	79
D) La búsqueda de la inteligibilidad: la reforma del estilo de las sentencias del Tribunal de Casación.....	80
E) La extensión de la casación sin reenvío.....	82
3. EL FUTURO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.....	83
A) La cuestión del filtro: ¿hacia una selección de los recursos?.....	84
B) El lugar del Tribunal de Casación en el orden interno e internacional.....	86
4. CONCLUSIÓN.....	88

III. EL PASADO INGLÉS Y EL PRESENTE BRITÁNICO

EL ORIGEN INGLÉS DE LA CASACIÓN FRANCESA, por Jordi Nieva Fenoll	91
1. INTRODUCCIÓN.....	91
2. ALGUNOS ERRORES DEL ESTUDIO HISTÓRICO DE CALAMANDREI.....	93
3. LA DESPRECIADA OPCIÓN DEL <i>COMMON LAW</i>	98
4. HISTORIA Y REALIDAD DE LA <i>HOUSE OF LORDS</i> EN EL SIGLO XVIII.....	101
5. LA INFLUENCIA INGLESA EN LA MEMORIA DE PIERRE GILBERT DE VOISINS.....	104
6. EPÍLOGO.....	105
EL TRIBUNAL SUPREMO DE REINO UNIDO: PROCEDIMIENTOS, PRECEDENTES Y REFORMA, por John Sorabji	107
1. INTRODUCCIÓN.....	107
2. ESTRUCTURA Y FUNCIONARIOS.....	109
3. EL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO (<i>APPEAL</i>).....	110
4. LOS PODERES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE REINO UNIDO: SU COMPETENCIA CONSTITUCIONAL (<i>CONSTITUTIONAL JURISDICTION</i>).....	112
5. <i>SIGUE</i> : SU COMPETENCIA GENERAL (<i>GENERAL JURISDICTION</i>) Y LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE.....	115
6. CONTROVERSIAS RECIENTES.....	120

IV. LOS TEMAS CLÁSICOS

CUESTIÓN DE HECHO Y CUESTIÓN DE DERECHO EN LOS RECURSOS ANTE LOS TRIBUNALES SUPERIORES, por Teresa Arruda Alvim	127
1. CALAMANDREI Y LA HISTORIA DE LA CASACIÓN.....	127
2. LA DISTINCIÓN ENTRE CUESTIÓN DE HECHO Y CUESTIÓN DE DERECHO.....	135
3. REEXAMEN Y REVALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	145
4. EL CONTROL DE LA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS A LA NORMA CUANDO SE TRATE DE UNA DISPOSICIÓN QUE CONTENGA UN CONCEPTO VAGO EN SU FORMULACIÓN O CUANDO SE TRATA DE UNA CLÁUSULA GENERAL.....	147
5. VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS: ¿ES UNA CUESTIÓN DE DERECHO?.....	152
LOS FILTROS DE ACCESO ANTE LAS CORTES SUPREMAS, por Leandro J. Giannini	155
1. LA CRISIS DE LOS SUPERIORES TRIBUNALES.....	155
A) La crisis «cuantitativa».....	155

ÍNDICE

	Pág.
B) La crisis «cualitativa».....	157
C) Los mecanismos para afrontar la crisis	159
2. VENTAJAS E INCONVENIENTES GENERALES DE CADA SISTEMA.....	162
3. FILTROS DE SELECCIÓN: DOS ASPECTOS RELEVANTES DE LOS MODELOS COMPARADOS	165
A) La dimensión del interés comprometido	165
B) Los criterios de selección	168
a) Sistemas exclusivamente cualitativos y sistemas mixtos (cuan- titativo-cualitativos).....	168
b) Filtros «propios» e «impropios»: selección o mera agilización.....	169
c) Grado de flexibilidad o discrecionalidad de los filtros cualita- tivos.....	171
1. El grado de indeterminación de los criterios de selección.....	172
2. Casos de discrecionalidad explícita (<i>full discretion</i>).....	175
3. La carga de motivación exigida para decidir la aplicación del filtro	175
4. Transparencia y acceso a la información pública.....	177
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	180
BIBLIOGRAFÍA.....	182
CASACIÓN Y PRECEDENTE. REFLEXIONES A PARTIR DE CALAMAN- DREI, por Renzo Cavani	187
1. INTRODUCCIÓN	187
2. CALAMANDREI, LA CASSAZIONE CIVILE Y LOS PRECEDENTES ...	189
3. LA CASACIÓN COMO MODELO DE TRIBUNAL SUPREMO: UN EJERCICIO DE DERECHO COMPARADO.....	193
4. EL «SISTEMA DE PRECEDENTES».....	197
A) El concepto de <i>precedente</i>	197
B) <i>Ratio decidendi</i>	199
C) <i>Stare decisis</i>	206
5. SISTEMA DE PRECEDENTES Y TRIBUNAL DE PRECEDENTES	212
6. ¿ES COMPATIBLE UN MODELO DE CASACIÓN CON UN SISTEMA DE PRECEDENTES?	214
7. CONCLUSIONES.....	218
BIBLIOGRAFÍA.....	218

PALABRAS PREVIAS

Este libro cumple una misión de homenaje y actualización de la monumental *Cassazione civile* (1920) de Piero Calamandrei. El autor escribió esta monografía con poco más de treinta años. La juventud del profesor se deja sentir en el ingente trabajo de la parte histórica, en lo categórico y audaz de no pocas de sus afirmaciones, así como en el sesgo evidente de algunas partes de su obra que intentan dirigir al lector hacia su conclusión final, que es la que, por cierto, ha acabado prevaleciendo en el mundo latinoamericano. El resto de países han seguido un camino aparte.

En el presente libro se parte de un examen de Michele Taruffo y Sergio Chiarloni sobre la más difundida de las ideas de Calamandrei: la función nomofiláctica de la casación. A ambos maestros les preocupa sobremanera el principal problema de los tribunales supremos de medio mundo: la sobrecarga de asuntos. Pero también quieren que el tribunal de casación emita pronunciamientos de autoridad. No es sencilla esa cuadratura del círculo que ambos autores someten a un riguroso test de estrés, analizando las novedades legislativas al respecto.

A continuación se reproducen dos estudios de presente y futuro. Luca Passanante descubre que el tribunal de casación está desnudo. La restricción a las cuestiones de derecho es imposible y el concepto de nomofilaxis es obsoleto. ¿Qué nos queda entonces? A Calamandrei le hubiera dado un vuelco el corazón leyendo este trabajo, pero no menos que el estudio de Frédérique Ferrand, que nos enseña adónde ha llegado hoy la vieja casación francesa: reformas estructurales para que el órgano sea más eficiente sin recurrir a un filtro de recursos, e importantes modificaciones en el sistema de redacción de las sentencias, a fin de hacerlas más breves y sencillas para llegar a la sociedad. Estamos en el siglo XXI, y si queremos preservar la democracia, ni los tribunales supremos ni las instituciones en general pueden permitirse el lujo de seguir paseándose por las alturas, alejados de los ciudadanos.

Seguidamente se echa una mirada al mundo británico, increíblemente despreciado por Calamandrei, y prácticamente por todos los que vinieron tras él. Uno de los autores de estas líneas (Jordi Nieva) descubre en su *House*

of Lords el origen ignorado de la casación francesa, lo que desmiente que sea un producto original, al contrario de lo que decía Calamandrei. John Sorabji explica qué han hecho los británicos con aquel *appeal* del siglo XVIII en el que tanto se fijaron los juristas franceses de la época. La descripción de la actualidad británica es, por cierto, sumamente esclarecedora, no solamente en términos de casación, sino también de nuestros actuales sistemas políticos, división de poderes inclusive.

Concluye el libro con tres estudios de los tres temas clásicos de la casación, a cargo de tres expertos: Teresa Arruda Alvim (las cuestiones de hecho y de derecho), Leandro Giannini (los filtros de acceso), y el papel del precedente —si existe— en nuestros tribunales supremos, escrito por el otro de los autores de estas palabras iniciales (Renzo Cavani). Son estudios de nostalgia cargados de futuro, como la poesía de Gabriel Celaya.

Puede sorprenderle a alguien que en un homenaje se le hagan tantas impugnaciones al autor. Pero es que Calamandrei era un científico, probablemente el procesalista italiano más brillante de su generación, y aún después. Cualquier persona de ciencia debe agradecer ser rebatida para no dejar de aprender jamás. Si algún éxito tendrán nuestros escritos actuales es haber servido de base para que otros nos desmientan en el futuro y perfeccionen la disciplina.

Casi acabando estas líneas nos sorprendió el fallecimiento de Michele Taruffo, que fue, por cierto, el primer autor que mandó su trabajo, lleno de ilusión, para ser incluido en esta obra. Él hubiera disfrutado realmente la lectura de estos ensayos por lo mucho que tienen de disruptivo. Queda su inspiradora figura en nuestra memoria.

Barcelona y Lima, 28 de enero de 2021.

Jordi NIEVA FENOLL / Renzo CAVANI

SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO*

Michele TARUFFO

Catedrático emérito de la Universidad de Pavía

1. PREMISA

Hace casi treinta años, al publicar una serie de artículos sobre la Casación civil, elegí un título insólito: *El vértice ambiguo*. Este título pretendía expresar sintéticamente una de las líneas de análisis que adopté en aquellos ensayos, es decir, el carácter al menos doble, con diferencias no siempre claras, de las funciones efectivamente cumplidas por el Tribunal Supremo en el «modelo de casación»¹.

Al respecto, se hace necesario una premisa con el fin de evitar confusiones y generalizaciones indebidas. El punto esencial es que, por una parte, mientras se podría decir que todo Tribunal Supremo de todo ordenamiento cumple la función fundamental del *control de legalidad* —es decir, de la *nomofilaxis*— sobre las decisiones que son impugnadas ante ella, sería erróneo considerar que todos los tribunales supremos siguen un modelo homogéneo. No es el caso de ensayar aquí un análisis comparativo de los diferentes modelos de tribunales supremos que existen en los diferentes sistemas, de *common law* y de *civil law*: baste con recordar, por ejemplo, que el Tribunal Supremo de Estados Unidos de ningún modo es asimilable a un Tribunal de Casación, a pesar de que ambas desarrollan un control de legalidad de las decisiones impugnadas. Por la otra, dentro de los sistemas de *civil law* existen varias diferencias entre los tribunales supremos, por ejemplo, según estos sean solo tribunales de legalidad o tribunales de «tercera instancia»².

* Traducción de César E. Moreno More.

¹ Cfr. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.

² Al respecto, *vid.* más ampliamente TARUFFO, «Le funzioni delle Corti supreme. Cenni generali», *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, pp. 11 y ss.; *id.*, «Le corti supreme eu-

2. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Volviendo específicamente al modelo de la Casación civil, vale la pena aclarar en qué consiste su fundamental ambigüedad. La misma estriba esencialmente en la presencia contemporánea, en el mismo Tribunal Supremo, de dos funciones distintas. La primera de estas funciones se refiere al clásico modelo de la Casación, de origen esencialmente francés, y consiste en el control que el tribunal debe realizar sobre la correcta aplicación del Derecho en el caso concreto decidido por la sentencia de instancia, contra la cual se interpone el recurso ante el tribunal. Esta función se entiende de manera rigurosa y exclusiva, de modo que por ejemplo se excluye que esta pueda proceder a una nueva valoración de las pruebas y a una distinta comprobación de los hechos del caso concreto, y se prevé que, si su decisión anula la sentencia de instancia de manera tal que no hace falta una nueva decisión sobre los hechos, el caso es reenviado a un juez de instancia para esta nueva decisión. Bajo este aspecto, emerge que la función del tribunal consiste esencialmente en la tutela del *ius litigatoris*, es decir, en la garantía de que el Derecho sea correctamente interpretado y aplicado en la decisión de la controversia específica surgida entre las partes.

En consecuencia, se trata esencialmente de una decisión relativa a la correcta aplicación del Derecho en el caso concreto y que controla la decisión jurídica tomada sobre aquel caso por el juez inferior. En otras palabras, se trata de una función esencialmente *retrospectiva* y *reactiva*, en la medida en que este control versa sobre lo que se ha decidido *en el pasado* respecto a la misma controversia³. Asimismo, se trata de una función esencialmente «privada», en la medida en que el tribunal tutela intereses de las partes privadas en el momento en que garantiza la legalidad de la decisión que las implica⁴. La función del control de legalidad del caso concreto está presente en varios «modelos de Casación», entre otros el italiano⁵ y el francés⁶.

ropee: accesso, filtri e selezione», *Le corti supreme*, Milano, 2001, pp. 91 y ss.; ANDREWS, *The United Kingdom's Supreme Court: Four Hopes (Individual Modesty; Institutional Neutrality; A Diverse Case Load; Clear and Succinct Judgments)*, *ibid.*, pp. 129 y ss.; BENNETT, *Judicial Review in the United States*, *ibid.*, pp. 155 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, *Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España*, *ibid.*, pp. 249 y ss.; STÜRNER, *The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View*, *ibid.*, pp. 335 y ss.; SILVESTRI, «Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione», *Le corti supreme*, *op. cit.*, pp. 105 y ss. Cfr. los numerosos ensayos publicados en *El vértice de los sistemas judiciales*, en A. GONZÁLES ALONSO (dir.) y S. OUBIÑA BARBOLLA (ed.), Madrid, 2018; *Interpretung Precedents. A Comparative Study*, en N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS (eds.), London-New York, 2016, y en *Precedent and the Law*, en E. HONDIUS (ed.), Bruxelles, 2007. *Vid.*, por último, RIZZO AMARAL, *Judicial Precedent and Arbitration. A Comparative Study of UK, US and Brazilian Law and Practice*, London, 2017.

³ Al respecto *vid.* ampliamente TARUFFO, «Le funzioni...», *op. cit.*, pp. 15 y ss.

⁴ Al respecto *vid.* en especial JOLOWICZ, «The Role of the Supreme Court at the National and International Level», *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level. Reports of the Thessaloniki International Colloquium*, Thessaloniki, 1998, pp. 41 y ss.

⁵ *Vid.* TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 16.

⁶ Al respecto *vid.* CADIET, «El sistema de la casación francesa», en M. ORTELLS RAMOS (coord.), *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Madrid, 2008, pp. 27 y ss.

3. LA FUNCIÓN *PROACTIVA*

El hecho de que el Tribunal de Casación sea el juez supremo de la legalidad de las decisiones judiciales y esté ubicado —precisamente— en el vértice del ordenamiento de los tribunales, de inmediato lleva a identificar una función ulterior que esta debe cumplir al momento en que verifica la corrección jurídica de las decisiones formuladas por los demás jueces del ordenamiento. Esencialmente, se trata de una función *proactiva*, es decir, dirigida hacia el futuro, en tanto parece estar orientada a influir en las decisiones sucesivas, tanto de los jueces de instancia como del propio Tribunal de Casación, indicando cuál debe ser la correcta interpretación de las normas que son aplicadas a los casos siguientes. No es necesario intentar aquí un análisis histórico del surgimiento de esta función junto a la que se ha analizado anteriormente⁷; sin embargo, esta se consolida rápidamente y en distintos niveles. Para permanecer en el ejemplo italiano, podemos recordar que ya en 1920, en su obra fundamental sobre la Casación civil, Calamandrei remarcó que junto a la función consistente en verificar la legitimidad de la decisión tomada en el caso concreto, el tribunal cumple otra función fundamental, que consiste en garantizar la uniformidad de la jurisprudencia relativa a la interpretación de las normas jurídicas que son aplicadas en las decisiones de las controversias⁸. Antes bien, sería esta la función esencial que el Tribunal de Casación debería cumplir al garantizar la *nomofilaxis*, es decir, la correcta interpretación y aplicación del Derecho en el sistema de administración de la justicia en su integridad. Por otra parte, no se trata solo de una opción doctrinal. Baste con recordar, para seguir en el ejemplo italiano, el art. 65 de la Ley de 1941 del *Ordinamento Giudiziario* —que aún está vigente—, en el que se dice que el Tribunal de Casación «garantiza la correcta observancia y la interpretación uniforme de la ley», además de la «unidad del derecho objetivo nacional»⁹.

Por otra parte, no se trata de un fenómeno exclusivamente italiano, si bien es verdad que una evolución similar se está verificando con relación a la *Cassation* francesa¹⁰.

En la atribución de esta segunda función al Tribunal de Casación, se verifica la situación de duplicidad (o, si se quiere, de ambigüedad) del rol que el Tribunal de Casación está destinado a cumplir en el ordenamiento. Antes bien, existen muchas razones, difundidas en la doctrina de los distintos países, para poner en especial evidencia «la interpretación uniforme de la ley». No obstante, sin negar la función del control de legalidad en los casos concretos, es esta función uniformadora la que con el tiempo llegó a ser considerada como especialmente importante. Entre estas razones se encuentra

⁷ Al respecto *vid.* TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

⁸ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, ahora en *id.*, *Opere giuridiche*, VI, pp. 395 y ss., 474 y ss., y II, pp. 33 y ss., 57 y ss., 91 y ss.

⁹ Al respecto *vid.* TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 59 y ss.

¹⁰ Cfr. CADIET, «Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?», *Annuario*, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

la exigencia de igualdad de los ciudadanos ante la ley, la previsibilidad de las decisiones judiciales y también la exigencia de economía de los juicios que se realizaría cuando las tendencias jurisprudenciales establecidas por el Tribunal de Casación fuesen uniformes. En la base de estos argumentos se encuentra una evidente concepción «universalista» del Derecho, según la cual el ordenamiento jurídico estaría constituido por un conjunto coherente, estable y uniforme de normas generales correctamente interpretadas por el órgano de vértice del sistema judicial¹¹.

De este modo, la función fundamental del Tribunal de Casación ya no es vista sobre todo desde la perspectiva del control de legalidad de la decisión del caso concreto, función que —con excepción de lo que diremos más adelante— sigue siendo atribuida al tribunal; sino en especial en la perspectiva de la interpretación «general y uniforme» de las normas que son aplicadas por el propio tribunal. De esta manera, el tribunal llega a cumplir un rol que por lo menos puede ser equiparado al del legislador; si no es incluso de nivel superior: en esencia, el legislador produce *textos* de normas, pero es el Tribunal de Casación la que produce los *significados* que son atribuidos a los enunciados normativos a través de la nomofilaxis.

4. EL TRIBUNAL DE CASACIÓN COMO TRIBUNAL DE PRECEDENTES

En estos últimos años, la concepción de las cortes de vértice como jueces supremos de la interpretación del Derecho se ha ido extendiendo y reforzando en distintos ordenamientos, produciendo una serie de consecuencias muy relevantes incluso por cuanto respecta a la ubicación del Tribunal de Casación en la administración de justicia.

Por una parte, hay casos en los que al Tribunal Supremo se le atribuye el poder de enunciar interpretaciones de normas jurídicas, incluso cuando no se trata de decisiones sobre casos concretos. Quizá el ejemplo más interesante es el de la *súmula vinculante* pronunciada por el *Supremo Tribunal* brasileño, con la que el tribunal —sin decidir un caso concreto— indica cuál debe ser la interpretación, obligatoria para todos los jueces, de normas jurídicas específicas. Estos casos no emanan —al menos hasta ahora— de ningún Tribunal de Casación, pero no obstante son igualmente significativos de la tendencia a considerar al tribunal de vértice como juez supremo de la interpretación del Derecho.

Por otra parte, y probablemente por la influencia del ejemplo representado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, se ha difundido la tendencia a considerar a los tribunales supremos como «tribunales de precedentes», es decir, como jueces que indican cuál debe ser la correcta interpretación de las normas que son aplicadas decidiendo controversias específicas. Como

¹¹ Al respecto cfr., también para ulteriores referencias, TARUFFO, «Aspetti del precedente giuridiziale», *Criminalia*, 2014, pp. 51 y ss.

resultado, estas decisiones deberían ser consideradas como «precedentes», en el sentido de que deberían ser seguidas en los casos sucesivos en los que deberían ser aplicadas las mismas normas. De este modo se realizaría la «uniformidad de la jurisprudencia» de la que ya hemos hablado. Esta tendencia realiza una transformación relevante en la atribución de las funciones a los tribunales supremos y, en especial, a los tribunales de casación¹², pero implica una serie de problemas relevantes a los que es necesario hacer alguna referencia.

Por un lado, a menudo se verifica una notable confusión sobre lo que se entiende como «precedente». Al respecto, la doctrina clásica dice que se tiene un precedente cuando el juez de un caso sucesivo identifica una analogía entre los hechos que debe decidir y los hechos ya decididos por otro juez, con la consecuencia de que él aplica en su caso la misma *ratio decidendi* aplicada por el otro juez¹³. Sin embargo, esta concepción de lo que representa un precedente puede ser difícilmente aplicada a la estructura del precedente de un Tribunal de Casación: si esta, como ocurre por regla general, no se ocupa de los hechos que han dado lugar a la controversia, no le es aplicable una noción del precedente que se funda en la analogía entre los hechos de ambos casos que se consideran.

Como resultado, se trata de hacer referencia a un concepto de «precedente» que no corresponde al concepto clásico, pudiéndose tratar solo de la eventualidad que el segundo juez deba aplicar la misma norma que ha sido interpretada y aplicada por un juez anterior. Sin embargo, ya no se trata de la comparación entre hechos, sino solo de la posible relación entre enunciados normativos, es decir, entre *interpretaciones* de normas posiblemente referibles a las decisiones individuales. Esta situación, que no corresponde a la noción ordinaria del precedente, encuentra una realización especialmente relevante en el ordenamiento italiano. En efecto, en Italia, la jurisprudencia del Tribunal de Casación está constituida —teóricamente— por aproximadamente 30.000 sentencias civiles que son pronunciadas cada año, pero de hecho las cosas son diferentes: la jurisprudencia del Tribunal de Casación, en realidad, consiste en un número muy inferior de *máximas* que son elegidas y formuladas por una oficina específica constituida en el Tribunal de Casación¹⁴. El aspecto relevante es que la *máxima*, por lo general, consiste en un enunciado de pocas líneas en el que se indica la interpretación de una norma. La *máxima* es «extraída» de una sentencia que ha decidido un caso, pero no se refiere al hecho del que ha surgido la controversia, y solo consiste en un «enunciado normativo» usualmente formulado en términos generales

¹² Por cuanto respecta al caso italiano *vid.* en especial CANZIO, «Nomofilachia e diritto giurisprudenziale», *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, al cuidado de A. Carleo, Bologna, 2018, pp. 27 y ss.; RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, *ibid.*, pp. 89 y ss.

¹³ Al respecto *vid.* más ampliamente, y para referencias, TARUFFO, «Aspetti del precedente giudiziale», *op. cit.*, pp. 39 y ss.; SERIO, «La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese», *Casistica e giurisprudenza*, al cuidado de L. Vacca, Milano, 2014, pp. 91 y ss.; DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, pp. 3 y ss.

¹⁴ Cfr. BARBIERI, «Di alcuni aspetti organizzativi della Corte di Cassazione: l'ufficio del massimario dopo la riforma», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 1421 y ss.