

- FUNAIOLI, Carlo Alberto. "La Tradizione", CEDAM, Padova, 1942.
- GANGI, Calogero. "Le obbligazioni", Giuffré, Milano, 1951.
- JANUZZI, Angelo. "Del trasporto (art. 1678-1972)", en Comentario del Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.
- MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial", IV, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.
- PACCHIONI, Giovanni. "Delle obbligazioni in generale", CEDAM, Padova, 1935.
- PEREZ, Víctor. "Objetos, Cosas y Bienes en sentido jurídico", en Revista Judicial N° XV, San José, marzo 1980, págs. 107 y 108.
- PUGLIATTI, Salvatore. "Beni e cose in senso giuridico", Giuffré Ed., Milano, 1962.
- REDENTI, Enrico. "Il Giudizio Civile con pluralità di parti", Milano, 1911.
- RUBINO, Domenico. "Delle obbligazioni (art. 1285-1320)", en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.
- RUBINO, Domenico. "Dell' appalto (arts. 1655-1577)", en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.
- SCUTO, C. "Teoria Generale delle obbligazioni", Jovene Ed., Napoli, 1950.
- STOLFI, M. "Appalto-Transporto", en Trattato di Diritto Civile dirigido por Grosso y Santoro-Pasarelli, V, 4, Vallardi, Milano, 1961.
- TRABUCCHI, Alberto. "Instituciones del Derecho Civil", II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
- VON THUR, Andreas. "Tratado de las obligaciones", II, Ed. Reus S.A., Madrid, 1934.

LA CASACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO*

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

* La primera parte (histórica) se publicó en el número anterior de esta revista (N° 41). La tercera y última unidad (sobre Costa Rica) se publicará en el N° 43. Se advierte que en las páginas 87 y 99 de la revista N° 41, líneas 19 y 15 se deben leer respectivamente, 1790 y 1799.

SUMARIO: A.—*Generalidades*: 1. Regulación de la jurisdicción. 2. Regulación de la competencia. 3. Legitimación. 4. Recurso en interés de la ley. 5. Sentencias que gozan del recurso. 6. Motivos generales para recurrir en casación. 7. Juicio de hecho y juicio de derecho. 8. Los motivos concretos para recurrir en casación. a) Por nulidad de la sentencia o del procedimiento; b) Motivos por errores intrínsecos de derecho en la decisión impugnada; c) Motivos por omisa, insuficiente o contradictoria motivación sobre un punto decisivo de la controversia. 9. El reenvío. a) Sentencia de casación con reenvío; b) Sentencia de casación sin reenvío. 10. Enunciación del principio de derecho. 11. Poder rectificador del órgano de casación. 12. Juicio de reenvío. a) Extinción del proceso de reenvío. b) Medios de impugnación en el juicio de reenvío. B.—*Conclusiones*.

A.—*Generalidades*:

La casación en Italia fue establecida durante la donación napoleónica en 1797. El modelo correspondía al del instituto clásico francés, vigente para entonces y con las reformas evolutivas antes señaladas en Francia.

El derecho positivo italiano mantuvo el recurso con tales características hasta la modificación del Código Procesal Civil de 1865 con la emanación de uno nuevo en 1940.

La tendencia del legislador del 40 fue la de introducir una serie de variantes a la institución, manteniendo solo a nivel de principio general, el carácter abstracto del recurso de casación original. En efecto, tal enunciación se encuentra en el artículo 65 del llamado "Ordenamiento Judicial" que establece como funciones de la Corte de Casación las siguientes:

"La Corte Suprema de Casación cual órgano supremo de la justicia, asegura la exacta observación y la uniforme interpretación de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional y, el respeto a los límites de las diferentes jurisdicciones, regula los conflictos de competencia y de atribuciones y cumple los otros fines que a la misma, le confiere la ley."

Enmarcada en estos términos como vemos, la casación italiana es simplemente el resultado de la herencia revolucionaria de 1790. Sin embargo, repetimos, este concepto de estricto control de legitimidad se ve notablemente modificado en la ley como notaremos en el desarrollo de esta investigación.

Volviendo a la citada norma del Ordenamiento Judicial, encontramos que de acuerdo a la misma, el órgano de casación goza de un rango especial dentro la organización jurisdiccional o sea, se distingue del resto de los tribunales ordinarios asumiendo supremacía sobre los mismos en razón de sus atribuciones especiales en materia de jurisdicción y competencia y lógicamente, en relación al control de legitimidad del juicio de derecho mediante el cual se hace posible la exacta observación y la uniforme interpre-

tación de la ley y la consecuente unidad del Derecho objetivo. Analicemos brevemente, las potestades referentes al punto de jurisdicción y competencia.

1.—Regulación de la jurisdicción:

Concretamente, se trata de la aplicación del Reglamento Preventivo de Jurisdicción en cuanto corresponde al órgano de casación indicarla, en forma vinculante, ante el recurso de parte y aún, sin que exista sentencia dictada, es más el término idóneo para efectuar la demanda es aquel anterior a la existencia de una sentencia de mérito en primera instancia. Desde este punto de vista, el recurso viene planteado en condiciones "extra-ordinem" en cuanto se presenta directamente a la Suprema Corte o sea, "per saltum". La finalidad que se persigue ~~es~~ conceder el recurso de esta manera, obedece al interés del legislador de que no se desarrolle la función jurisdiccional viciada que se traduzca luego, en un desperdicio procesal. Por ello se considera un recurso de tipo preventivo y en muchos casos se ha dicho que no conlleva un verdadero medio de impugnación porque no se está atacando una sentencia ya que la misma, al momento de la demanda, no existe.¹

Por otro lado, los poderes contralores sobre la jurisdicción en casación, se extienden a la solución de los conflictos de jurisdicción que surjan entre la jurisdicción ordinaria y aquellas especiales o, entre estas mismas. En un segundo plano, también aquellos conflictos entre jueces ordinarios y administrativos.

Es de primordial importancia señalar que cuando la casación se pronuncia declarando la jurisdicción, como se ha dicho antes, tal pronunciamiento es obligatorio para el caso concreto y por ende, con eficacia de cosa juzgada.

2.—Regulación de la competencia:

La otra función particular es para la aplicación del Reglamento de Competencia. En este caso el mismo, se puede presentar en dos casos distintos: partiendo del dato esencial de que debe existir antes una sentencia de mérito, tenemos que se establece un

¹ Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, Milano, 1973, p. 20.

recurso de reglamento necesario y otro facultativo. Veamos el problema. Cuando la sentencia se pronuncia únicamente sobre el problema de competencia, se dice que la única vía para recurrir del vicio de competencia es ante la Corte Suprema de Casación quien aplica el Reglamento de Competencia, es en este caso que el recurso viene definido como necesario. En cambio, cuando la sentencia contiene cuestiones tanto de competencia como de mérito se presenta la alternativa al interesado ya sea de impugnar normalmente: en instancia ordinaria, el punto de competencia junto con el de mérito; o derecurrir sobre la competencia en casación o sea, con reglamento facultativo. En ambos casos en que decida la Corte de Casación a igual que en materia de jurisdicción, la resolución es vinculante en el caso concreto con carácter de cosa juzgada.

Después del enfoque que hemos dado al recurso en materia de jurisdicción y competencia, no nos cabe duda, de la ya nombrada supremacía del Tribunal de Casación frente a los demás tribunales ordinarios y ya comenzamos a notar que el principio del Ordenamiento Judicial italiano concebido en el artículo 65, no corresponde a los reales poderes de la casación pues, se le permite el pronunciarse en forma autónoma y positiva dictando sentencias vinculantes para el resto de los tribunales.

Para continuar con la figura actual del sistema italiano, pasemos inmediatamente, a estudiar la problemática en que se expresa tanto la ley como la doctrina y la jurisprudencia.

3.—Legitimación:

Iniciamos de la legitimación por cuanto en ella encontramos los presupuestos básicos para hacer posible la impugnación en casación.

En términos generales, se ha establecido que la legitimación por excelencia, le viene conferida a las partes integrantes del proceso impugnado. La regla se concreta en cuanto el vicio que se alega violatorio de la ley debe incidir en forma perjudicial en una de las partes convirtiéndola en parte sucumbente, instaurándose así, un evidente interés por la situación jurídica del privado como sería en el caso de una impugnación normal.

Además de la sucumbencia por violación de ley, es claro, que se exige que tal violación debe encontrar asidero en los mo-

tivos acordados por la legislación para recurrir en casación, que son motivos eminentemente taxativos.²

Otros presupuestos serían también, la renuncia que hayan convenido las partes para no plantear el recurso de apelación concedido por la ley y recurrir mediante recurso "per saltum" ante casación. Dentro de este grupo de presupuestos tenemos el caso de la llamada "reserva parcial" o sea, la aceptación parcial de la sentencia en cuyo caso el interesado queda legitimado para recurrir en casación de la parte que no ha aceptado.³

4.—Recurso en interés de la ley:

Hacemos énfasis en esta figura por cuanto representa un caso de excepción mediante el cual, el recurso no se ajusta al cumplimiento de los requisitos o presupuestos antes enunciados si no que, se nos ofrece en condiciones particulares.

En primer lugar, tenemos que la legitimación aquí se concede al Ministerio Público y en el puro interés de la ley. La figura en discusión es claro, pertenece a uno de los resabios franceses de la institución⁴.

Sin embargo, partiendo del carácter que le otorga la ley italiana, podemos decir que es un recurso de tipo eminentemente subsidiario ya que, la intervención del Ministerio Público, sólo es posible si las partes se han puesto de acuerdo para renunciar al recurso o, si no renunciándolo; no lo interponen dentro del plazo legal. El recurso en interés de la ley se plantea sobre todo, en causas de naturaleza matrimonial en las que normalmente, el Ministerio Público tiene acción propia (excepto en causas de separación personal), pero en principio no se usa con frecuencia⁵.

Otra característica de este recurso, es que una vez planteado por el Ministerio Público, si la sentencia viene casada, las partes no pueden aprovecharse de este resultado.⁶

2 Ver supra en esta investigación el estudio sobre los motivos generales y particulares para recurrir en casación. En este sentido, Fazzalari Elio, *Il Giudizio di Cassazione*, Italia, 1960, p. 42.

3 Liebman, op. cit. nos habla de "aquesencia impropia" p. 23.

4 Satta Salvador, *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1973 p. 406, en el mismo sentido Fazzalari, cit., p. 48.

5 Fazzalari, Idem.

6 Redenti Enrico, *Diritto Processuale Civile*, II, Milano, 1957, p. 446. Lo llama "recurso en vía extraordinaria".

5.—Sentencias que gozan del recurso:

Es nuestra opinión que en materia de legitimación debe incluirse también, el punto referente al tipo de resoluciones que admiten el recurso ya que, no son todas las que se pueden considerar recurribles en casación.

Al respecto la legislación italiana se ha perfilado en torno al principio constitucional contenido en la norma del artículo 111 Constitución Política, que estipula en su pfo 2º la concesión del recurso de casación por violación de ley a todas las sentencias: sean provenientes de jueces ordinarios o de jueces especiales. El Código de Procedimientos Civiles por su parte, en el artículo 360 pfo. 1º establece el recurso para todas las sentencias pronunciadas tanto en grado de apelación como en único grado con exclusión de las provenientes del juez conciliador. Aspecto este último, que queda resuelto con la interpretación de la citada norma 111 C. P. Interpretación hecha por la Corte de Casación en términos ampliativos, considerando que de conformidad al principio constitucional, quedaban admitidas al recurso todas las sentencias que contuvieran vicio por violación de ley aún cuando las mismas fueran declaradas inimpugnables por las leyes ordinarias.⁷

Tal interpretación dio lugar a que en la doctrina se originaran dos tendencias interpretativas: una que sostiene que la máxima contenida en el artículo 111 se refiere a la resolución con carácter decisorio independientemente de si responde a la forma de la sen-

7 Se cita en doctrina la sentencia de la Corte de Casación italiana que data 11 de junio de 1958 en que la misma emitió el siguiente criterio; "Inmediatamente a la entrada en vigor del art. 111 C. P., todas las resoluciones decisorias aunque sean sentencias declaradas inimpugnables o se hayan definido como ordenanzas o decretos por las leyes anteriores, son impugnables en casación por violación de ley". Ver al respecto Bianchi d'Espinoza Luigi, "La Costituzione e il ricorso per cassazione" en *Riv. di Dir. Proc. Civ.* V-XVII, 1962, p. 206. También en este sentido, ver Mandrioli, *L'assorbimento dell'azione civile de nullita e il articolo 111 della Costituzione*, Milano, 1967, p. 35 ss., Liebman, op. cit., p. 69.

Afirma en relación al punto Satta en *Dir. Proc. Pen.*, cit. p. 407, que la situación en líneas generales, se aclara en doctrina al establecer dos principios: uno que indica que la materia decisoria se determina mediante la resolución que dispone de los derechos de las partes y, el segundo, que dice que se admite el recurso cuando la ley no establece otro medio o posibilidad de tutela para la posición jurídica de la parte. En el primer sentido también Liebman, op. cit., y en el segundo, Garbagnati, *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1967, p. 356.

tencia. En este caso la sentencia vendría definida no en razón de su conformidad a las formalidades legales para la sentencia, si no más bien, en cuanto decide de un asunto.⁸

La otra posición, es la de que el principio constitucional se dirige siempre al criterio en sentido formal de sentencia.

6.—Motivos generales para recurrir en casación:

Enfocados algunos de los presupuestos legitimantes para recurrir en casación junto al problema de las resoluciones que lo admiten, pasemos ahora al análisis de los motivos generales para interponer el recurso.

La doctrina nos habla en primer lugar, de aquellos motivos que se pueden considerar como motivos genéricos que responden a la clásica distinción de los "errores in procedendo" y los "errores in iudicando". Dicha separación como es ya sabido de nosotros, corresponde fundamentalmente, al momento procesal en que se cometió el vicio o sea, si el mismo se ha verificado durante la aplicación de las normas puramente procesales y en cuyo caso estamos en presencia del error in procedendo o, si la infracción tiene lugar al aplicarse la norma sustancial. Dándonos una idea bastante gráfica, la doctrina clásica les llamó también, "inejecución de la ley procesal" (errores in procedendo) y "errónea declaración de la ley" (errores in iudicando).⁹

En este sentido se afirmaba que la inejecución de la norma procesal no comportaba una gran trascendencia dentro el orden social mientras que, la errada declaración de la ley, comportaba una negación de la voluntad del legislador con graves repercusiones a nivel social y jurisprudencial. Así, la distinción se fundaba más que todo, en un criterio de serias consecuencias en el orden positivo en relación a cada uno de los errores. A tal distinción no tardó en contraponerse otra teoría que en cambio, unificaba las anteriores categorías. El punto de partida era el criterio de que dentro el ámbito procesal el juez sólo podía producir lesiones a la norma procesal ya que la misma se dirigía a él en forma directa

8 Redenti, op. cit. p. 439, Micheli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, II, Milano, 1962, p. 293.

9 Calamandrei, *Studi sul Processo Civile*, V-I, Italia, 1930, págs. 213-229.

o indirecta. De conformidad a esta teoría, la norma aún sustancial, era considerada procesal por cuanto el juez aplica lo que la norma le indica.¹⁰ En este último caso, si el juez no aplica la norma sustancial correctamente, viola una norma dirigida indirectamente, a delimitar el ámbito dentro del cual él debe pronunciarse.

Más recientemente, otro sector de la doctrina sostiene igualmente que la distinción entre errores in procedendo e in iudicando es casi artificial por cuanto no es posible separar cosas de una misma naturaleza como son los actos procesales los cuales se verifican todos, en una unidad cual es el proceso. No podemos, nos dice dicha corriente doctrinal, hablar de errores in iudicando que no sean errores in procedendo.¹¹

Encontramos también, la teoría que hemos convenido en llamar de la "procesalización de la norma sustancial". La misma viene patrocinada por Fazzalari. Parte el autor para construir su teoría, del concepto de "violación de ley": tal concepto, nos dice, debe interpretarse como "violación de la ley procesal" por cuanto toda norma dirigida a regular el proceso es procesal y por ende, aún la norma sustancial, adquiere la condición de norma procesal en la medida en sólo sirve para dar contenido al pronunciamiento final por lo cual, dentro del proceso, la misma viene instrumentalizada en tal sentido. Así los errores in iudicando vienen absorbidos por los errores in procedendo.¹² *Por su parte.*

Un caso ilustrativo que nos ofrece el autor, es el siguiente: por ejemplo, cuando las partes piden la resolución de un contrato. Existen en el procedimiento para efectuar la sentencia dos momentos diferentes que se suceden en dicha fase decisoria; el primero es una etapa de cognición mediante la cual se establecen los requisitos que legitiman la segunda etapa que sería la parte decisoria en sentido propio o, el dispositivo; interpretados estos dos momentos serían: el primero, la parte considerativa de la sentencia y el segundo, la parte dispositiva. Bien, en este orden, la primera parte remite al juez a la norma sustancial y una vez que el mismo la aplica, se verifica la actuación de la ley siempre

10 Es la posición de Beling. Ver al respecto. Calamandrei, *Studi sul Processo...* cit. p. 214.

11 Satta, op. cit., últ. p. 408.

12 Fazzalari, op. cit., p. 68.

Aplicado únicamente a fines
El verbo es proceso (subst. y procesal)
39
El verbo es lo + sust. y procesal

como un acto procesal sin el cual la norma sustancial, en este caso de la resolución, no se podría llevar a cabo. En otros términos, la norma sustancial sirve para indicarle al juez que en caso de un contrato bilateral incumplido, él debe resolver el contrato.¹³

Es así, como en tal materia, no nos queda más que aceptar que la clasificación se efectúa únicamente a fin de crear un método determinativo en relación a dos momentos de una sola actividad que tiene más que todo una importancia práctica en relación a la función institucional conferida al Tribunal de Casación, el cual básicamente nació para conocer de los errores in iudicando.¹⁴

7.—Juicio de hecho y juicio de derecho:

De indispensable importancia es hablar aquí sobre la distinción entre el juicio de hecho y el juicio de derecho. Tal denominación corresponde a dos esenciales momentos que se operan en la fase decisoria o sea, en la sentencia. Como es sabido la doctrina, tradicionalmente, ha aceptado estructurar tal actividad en términos de silogismo.

Partiendo pues, de tal concepto lógico, encontramos en la sentencia dos premisas: una mayor y una menor que corresponden al juicio de hecho y al juicio de derecho, siendo el primero la premisa menor y el segundo la premisa mayor.

La corriente clásica¹⁵ define el juicio de hecho como aquella búsqueda que efectúa el juez en las circunstancias reales (pruebas) de los elementos necesarios que demuestren la existencia del hecho. El juicio de derecho en cambio, sería la búsqueda de una norma jurídica que acoja el hecho dentro determinadas circunstancias.

Como consecuencia, cuando el juez se equivoque en cada una de estas fases valorativas, se producen los errores ya sean

¹³ Fazzalari, op. cit., p. 48 ss.

¹⁴ Satta afirma que fue el error in procedendo que introducido por exigencias prácticas, rompió la utopía de los creadores del instituto de casación como órgano de puro control de legitimidad, porque al alegarse un error de tipo in procedendo, es necesario entrar a valorar una cuestión de hecho ya que, la norma procesal es norma de actividad. Satta, Cor. di Cass. cit. p. 812.

¹⁵ Chioventa, *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, T.I., Italia, 1935, págs. 161-162.

de hecho, si incide en la premisa menor o, de derecho si el mismo es en relación al juicio de derecho.

Así el juicio de derecho viene a ser una actividad teórica o hipotética, desarrollada por el juez para referir el caso concreto a una ley abstracta y de ahí que el juez pueda engañarse sobre el contenido de la norma: sobre su vigencia, interpretación (sea tanto del texto como del espíritu de la ley), etc. En tratándose del juicio de hecho entra en el mundo real para aplicar la norma al hecho concreto y así, los errores que se puedan verificar pueden ser en cuanto considere que el hecho es adaptado cuando en realidad no lo es, aplicando la ley sin tener presente que el hecho no reunía todos los requisitos legales para ser sancionado con una determinada norma.

"En términos globales, podría considerarse que el error en la premisa mayor se verifica siempre en un plano hipotético comprensivo: que afirma o niega un determinado resultado general para todos los casos en que se verifica una circunstancia de hecho. La premisa menor en cambio, contiene siempre, un juicio singular y positivo que afirma o niega la verificación en concreto, de aquella determinada circunstancia que la premisa mayor prevé hipotéticamente".¹⁶

Satta dice que si se parte de un criterio unitario de proceso, no es posible admitir la distinción, la cual, sólo podría efectuarse en razón de una diferencia en relación a los poderes discrecionales que se le ofrecen al juez en cada una de las premisas: el análisis del hecho se realiza en un arco de mayores posibilidades puesto que el juez debe referirse a varios elementos probatorios. Mientras que, en la calificación jurídica, la discrecionalidad del mismo es mínima ya que se resuelve en dos únicas posibilidades; el valor real del hecho o el valor legal del mismo, o sea, una escogencia entre error o verdad. Encontramos así, que el autor llega a la conclusión de que la separación se puede hacer y existe; tanto es de esta manera que, cierra el argumento diciendo que el análisis de hecho es el producto de una deliberación de tipo his-

¹⁶ Calamandrei, *Studi sul Processo Civ...* cit., p. 98. En una frase bastante sintética nos da el concepto: "Es pues una relación directa entre afirmación hipotética y afirmación positiva de circunstancias y hechos." Idem.

tórico (por eso irrepensible) y el juicio de derecho es un juicio de tipo universal (válido para todos los casos).¹⁷

Nuestro criterio es el de que aún cuando el punto haya sido considerado en forma diferente, aunque sea en términos muy abstractos, la distinción entre el juicio de hecho y el juicio de derecho se ha aceptado y consecuentemente también, se acepta la diferencia entre error de hecho y error de derecho.

8.—Los motivos concretos para recurrir en casación:

Aclarados los motivos generales y los elementos necesarios para su comprensión nos dedicaremos al estudio de los casos particulares para plantear el recurso de casación.

Hemos dicho antes, que los motivos de casación se establecen en forma taxativa por cuanto el recurso de casación es por excelencia un medio de impugnación de motivos limitados.¹⁸

En este sentido encontramos en la ley italiana un esquema compuesto de cinco motivos contenidos en el art. 360.

Los mismos son:

- a) Motivos sobre la jurisdicción
- b) Motivos sobre la competencia
- c) Por violación o falsa aplicación de la norma de derecho
- d) Por errores de procedimiento o en la sentencia
- e) Por omisa insuficiente o contradictoria motivación sobre un punto decisivo de la controversia ya sea alegado por las partes o por impulso de oficio.

En lo referente a los motivos por cuestiones de jurisdicción y competencia, creemos haber dado ya en páginas anteriores, una idea del problema por lo que sería ocioso referirnos de nuevo al

17 Satta, Dir. Proc. Civ. cit. p. 410. En el mismo sentido, Mazzarella, Ferdinando, "Fatto e diritto in Cassazione", Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ., Italia, 1974, págs. 82 ss.

18 La taxatividad de los motivos del recurso de casación es una de las principales características que han permitido distinguir el recurso en comentario, de la apelación. Esta última, tiene fundamento en un motivo genérico de injusticia y que por ello puede ser concretado por quien ejerce la impugnación. Es pues, en términos doctrinarios, "la elasticidad" de los motivos de apelación.

En este sentido, ver Satta, Cor. di Cass. cit. p. 811; Fazzalari, op. cit. p. 42.

mismo y procederemos de inmediato a tratar los restantes tres grupos de motivos.

Para efectos prácticos, iniciemos con aquellos que corresponden al control de legitimidad tanto durante todo el proceso como en relación al acto decisorio.

a.—Por nulidad de la sentencia o del procedimiento:

Consiste pues, este tipo de motivo a un verdadero control de legitimidad o regularidad y validez del proceso y la sentencia.

Se considera que la nulidad en este caso, se produce por derivación en la medida en que los vicios que se verifican en el desarrollo del proceso inciden directa o indirectamente, en la sentencia. Es decir, las nulidades del proceso precedentes y no sanadas lógicamente, afectarán también la parte conclusiva del mismo¹⁹, y son entonces estos los ya conocidos, errores in procedendo.

La ley italiana en este caso no indica con precisión cuáles deben ser los casos de nulidad y así normalmente, se dice que son las establecidas por el art. 156. No obstante, casi se hace depender del caso concreto.²⁰

b.—Motivos por errores intrínsecos de derecho en la decisión impugnada:

Es el original y universal tipo de errores alegables en casación o sea, los errores "in iudicando". Así, mediante el control de casación, se revisa el punto "contra ius", a fin de evitar que los mismos se repitan en el futuro y pongan en peligro la actuación de la ley.

19 Yiebman, op. cit., ps. 77-78. Considera además, el autor, que tales vicios podrían ser: la composición del colegio juzgador, la intervención del Ministerio Público, suscripción de la sentencia, requisitos de forma y contenido del acto escrito. En este mismo sentido, Denti, "Nullità degli atti processuale civili", *Noviss. Dig. it.*, V-XI, p. 467.

20 Redenti considera que la precisión debe hacerse con base al complejo de requisitos para el proceso y las correspondientes sanciones para el caso de que ellos no sean respetados. Redenti, op. cit., ps. 442-443. Ver también, Liebman, *Idem*.

Satta, señala que en este grupo de errores deberían también, incluirse los errores de incongruencia, el pronunciamiento omiso, la contradicción en las disposiciones en relación a la propia sentencia o en relación a otra precedente. Op. cit., Dir. Proc. Civ., p. 414.

En este sentido conviene hacer además, una aclaración en relación al tipo de normas que la doctrina ha considerado entran en este motivo de casación. Se coincide en incluir dentro de esta categoría la violación no sólo de las normas legales en sentido propio y vigentes, si no también, los usos y costumbres cuando valen como fuente subsidiaria de derecho; el derecho extranjero (cuando la ley italiana reenvíe al mismo); el derecho antiguo, los principios generales del derecho, estos últimos aunque si no son expresos en la legislación vigente sino, simplemente, deducibles del sistema.²¹ Algunos autores se refieren también, a la violación de ley que incide en una ley posterior que se emana por ejemplo, durante una de las fases del proceso o aquella que eventualmente, venga declarada inconstitucional; es el caso del llamado "ius superveniens".²²

Es mediante esta norma que se actúa; la unidad jurisprudencial en la interpretación de la ley y la consecuente unidad del Derecho objetivo nacional, que se expresa en el artículo 65 del Ordenamiento Judicial italiano ya que, en relación a estos motivos el juicio de casación, sería un juicio de puro control de derecho y la correspondiente declaración de invalidez de la sentencia por violación a las normas de derecho.

El inciso 3º del citado artículo 360, nos habla de violación o falsa aplicación de las normas de derecho, no utilizando el criterio francés de violación al texto de la ley ("fausse interpretation de la loi o fausse application de la loi").²³ Satta, ha visto en esta denominación, un criterio muy general de referirse al tipo de norma alegable en sede de casación, lo que da lugar a una tendencia en doctrina de ampliar el grupo de normas recurribles. Nos cita al respecto, la interesante discusión doctrinal sobre la juridicidad de las "normas de la experiencia" (de la sana crítica) y su recurribilidad en casación.²⁴

21 Liebman, op. cit., p. 77.

22 Satta, Cor. Cass. Civ., p. 815.

23 Satta, Dir. Proc. Civ., p. 411.

24 Idem. Las llamadas normas de la experiencia parecieran encontrar el recurso en casación por medio del inciso 5º. Ver sobre el punto en esta investigación supra.

Por otro lado, debemos tratar aquí también, cuál es el significado que tiene este concepto general de "violación y falsa aplicación de las normas de derecho". La interpretación genérica del inciso, es claro, se refiere al error verificado en la vía conducente para la emanación de la decisión (en el ya analizado silogismo judicial) que conduce inevitablemente, ya sea violar la norma o a aplicarla falsamente.²⁵ La doctrina más reciente señala que, en este sentido se puede hablar de: a) error en la existencia de la norma; b) error en la interpretación de la norma; c) error en la aplicación de la norma y; d) error en la deducción de las consecuencias en relación a la norma interpretativa y aplicada correctamente. En otras palabras; la violación de ley comprende tanto un error de existencia de la norma como un error de interpretación. La falsa aplicación en cambio, se refiere a un error de no correspondencia entre el hecho y la norma (aplicar a una fatiespecie concreta, una fatiespecie abstracta que no le correspondía) o a un error de atribución de consecuencias aún cuando la norma ha sido aplicada e interpretada correctamente.²⁶

c.—*Motivos por omisa, insuficiente o contradictoria motivación sobre un punto decisivo de la controversia:*

Consiste en el motivo de mayor resonancia en la tarea institucional tradicionalmente, atribuida al tribunal de casación italiano y que deriva su existencia de exigencias prácticas, como veremos más adelante, las cuales han sido acogidas por la legislación.

Sobre el particular, se ha desencadenado una amplia discusión doctrinaria que ya, se ha sostenido por un sector de ésta que, con este motivo, la casación supera las clásicas barreras que la reducían a desarrollar un control de puro derecho. Así se ha dicho que, a través del control de la motivación de la sentencia, la Corte de Casación entra a revisar el aspecto fáctico de la cuestión que se le ha sometido.

25 Es el criterio expresado por Carielutti, Chiovenda y Calamandrei. Ver. Carenelutti, "Potere di rettifica della Corte di Cassazione", *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, Padova, 1934, ps. 124-125. Satta, Dir. Proc. Civ., ps. 415-418.

26 Fazzalari, op. cit., ps. 87-88.

Dicha atribución se ha denominado "el control de la lógica del juicio", pues, efectivamente, se dirige a la cognición o examen de la lógica del razonamiento del juez para emanar la sentencia y concretamente, en relación a la motivación. En este sentido, la casación, se constituye en el órgano guía de la correcta formulación de los motivos de la sentencia; señalando aquellas consideraciones que se han omitido o descuidado por parte del juzgador. Omisiones que, dada su esencialidad, inciden perjudicialmente, en el resultado concretado en la parte dispositiva del pronunciamiento,²⁷ en cuanto con ello se puede alterar o conferir una determinada condición jurídica negatoria de lo que legalmente, debería ser.

La normativa contenida en inciso 5º, es aún más amplia pues, incluye además, no sólo la omisión del hecho sino también, la insuficiencia o contradicción sobre el punto, con lo cual el órgano de casación entra a conocer el contenido de la sentencia y de ahí el peligro de que pase a la cognición del mérito. Es pues, la atribución en sede de casación, para que en ella se determine el "porqué" de la sentencia, análisis que necesariamente, daría cabida a un análisis fáctico del asunto.²⁸

27 En este sentido, la competencia del tribunal de casación, no se concreta al dispositivo de la sentencia sino, que se extiende al aspecto considerativo de la sentencia y así, entraría en contacto directo no sólo con los hechos, sino también, con la prueba. Evidentemente, el punto innova y pareciera también, bastante lógico en relación a las implicaciones que se derivan de una mala motivación de las sentencias y contando con que la motivación es parte de las formalidades esenciales de las sentencias cuya ausencia o cualquier tipo de error en ella contenida debe ser causa de una nulidad absoluta.

28 La consideración del "porque" del resultado plasmado en la sentencia, debe quedar reservado a la cognición del tribunal de reenvío pues, tal actividad no puede ser tarea del tribunal de casación ya que, es actividad de mérito, en este caso, dada la importancia que tiene la motivación de la sentencia la misma debe sancionarse en sede de casación pues, es un grave error in procedendo pero, la función del tribunal de casación, debe reducirse a indicar las deficiencias cometidas y reenviar para que resuelva con amplitud el tribunal de reenvío, pues, corresponde al tribunal de reenvío valorar la cuestión fáctica mientras que la casación sólo puede ser una resolución a nivel hipotético. En este sentido ver. Redenti, op. cit., p. 445.

Satta ve en tal actividad, una función normal puesto que, de acuerdo con su posición, no existe una separación entre hecho y derecho, así, interpreta que si el control de casación es sobre la norma procesal es justo que el punto pueda ser decidido en casación. Ver. Satta, Dir. Proc. Civ. ps. 415-418.

El examen sobre la lógica de la motivación, ha sido el resultado de la evolución práctica de la casación italiana, como se ha señalado antes, evolución que se registra, primero en la jurisprudencia y luego, en la legislación.

Inicialmente, el problema surgió en virtud de casos aislados en que las partes recurrían a la jurisdicción para efectos de interpretación de testamentos y contratos en relación a los cuales, se cometían constantes errores productores de grandes arbitrariedades. El problema interesó a la Corte por lo que se dio a investigar cuál era la causa de estos errores llegándose a la conclusión de que todo obedecía a las equivocaciones cometidas en la motivación de las sentencias, lo que se transmitía al dispositivo dando lugar a las ya citadas arbitrariedades.

En razón de la categoría atribuida a los testamentos y contratos, los vicios contenidos en ellos se alegaban en vía de errores in iudicando, sin embargo, posteriormente, la solución adoptada por la jurisprudencia fue mutando de hecho, pues, la Corte, justificándose en la normativa contenida en el Código procesal de 1865 que censuraba con nulidad la falta de motivación de la sentencia, poco a poco, se introducía en la cognición de la cuestión desde el punto de vista fáctico, ya que su criterio fue que la errada motivación de la sentencia se originaba en violación por parte del juez, de las normas de la experiencia (en cuanto las mismas constituyen elementos de valoración o de juicio utilizados por el juzgador para sopesar los hechos y las pruebas) y no por violación de ley.

La legislación en un principio, acogió el punto en el Código procesal de 1940, incluyendo como motivo de casación, "el omiso examen de un hecho decisivo", expresando claramente, el poder de conocer del hecho en casación. Posteriormente, el concepto se repitió en el Código procesal en 1950, afirmando la censura en casación, cuando el dispositivo fuese erróneo en virtud de un error de lógica.

Alguna parte de la doctrina no ve en tal función una desnaturalización del puro control de legitimidad pues, ha considerado que el control es siempre limitado a la estructura puramente formal de la sentencia de orden lógico. Ello no implicaría un análisis de hecho ya que su poder es sólo el de hacer la observación

sobre el mismo para que luego, el juez de reenvío, corrija la motivación.²⁹

9.—El reenvío:

Sabemos que el ámbito de acción del Tribunal de Casación, se encuentra limitado en relación a la legitimidad y de ahí que en teoría, debe revisar por motivos de errores "contra legem", y anular si es el caso. En este sentido, se habla del carácter "rescindente" y no "rescisorio", del pronunciamiento en ocasión. Es decir, el casar la sentencia persigue únicamente la nulidad del acto viciado y no la actuación de la justicia o reparación de una situación jurídica. Con base a esta distinción es que se crea un tribunal que en cambio, goza de todas aquellas facultades que se le niegan al de casación y al cual, una vez, casada la sentencia se debe enviar la cuestión, así, este traspaso del asunto a un tribunal diferente pero de igual grado al que emanó la sentencia viciada, se denomina "reenvío".

Como puntos de partida fundamentales en esta materia, tenemos las dos categorías de reenvío que existen.

a.—Sentencia de casación con reenvío:

Es el caso típico por excelencia del reenvío. Como hemos indicado antes, en éste la sentencia casada es devuelta a un tribunal

²⁹ Satta, Cor. di Cass. p. 815; Mazzarella F., "Fatto e diritto... cit., ps. 83-84. Para ampliar sobre el tema, ver. Fazzalari, op. cit.; Taruffo Michele, *La motivazione della sentenza civile*, V-XIV, Italia, 1975. Ver ps. 471 ss.

Sostiene Taruffo que la función de conocer la motivación en sede de casación no es un fenómeno único de la legislación italiana ya que, tal actividad se verifica también otras legislaciones europeas citando como ejemplo, la misma Francia en donde la misma, fue introducida a través de la jurisprudencia. Taruffo M. op. cit. p. 488, nota 52; p. 474, nota 5.

En este mismo sentido, Gabrielli Emilio, quien afirma que también en Bélgica la jurisprudencia, ha desarrollado poco a poco dicha función. En Francia, específica, es mediante los llamados "default de base legal", que el órgano de casación conoce de la "quaestio facti" lo cual viene a ser la atribución conferida en Italia al Tribunal de Casación mediante el inc. 5º del 360 del C. p. c. Gabrielli Emilio, "Cassazione e Terza Istanza", Foro It, III, 1953, p. 27.

La sensación reinante en el fondo, es que el Tribunal de Casación mediante la motivación de la sentencia entra a desempeñar un rol casi de tribunal de mérito que, unido al clásico control de legitimidad pura, se acerca a un tribunal de instancia como sería el caso del Sistema de la Tercera Instancia alemana o austriaca, sistema que en páginas posteriores, explicaremos en qué consiste.

para que éste con sus facultades aún sobre la cognición de mérito, se pronuncie correctamente.

En la ley italiana, el reenvío, se establece para aquellos casos en que la casación sobreviene por motivos ajenos a cuestiones de jurisdicción y competencia ya que en estos casos, hemos visto, la casación decide sin reenviar y con carácter vinculante para el resto de los jueces en el caso particular.

Dentro de la casación con reenvío tenemos también, el llamado "reenvío impropio"³⁰ en donde el Tribunal de Casación actúa únicamente a efectos de ubicar el asunto; y dando así, una especie de orden procesal para que el caso se someta al tribunal correspondiente. Se citan al respecto dos casos característicos: a) cuando el asunto en, razón de sus características, debe ser de competencia del juez de primera instancia; b) cuando en caso de recurso "persaltum" u "omiso medio", en el cual el Tribunal de Casación, remite al juez que, de haberse planteado la apelación, debía conocer el mismo.

b.—Sentencia de casación sin reenvío:

Opera la casación sin reenvío con efectos, por un lado, extintivos en la medida en que pronuncia sobre los presupuestos procesales y por otro, positivo en cuanto se pronuncia autónomamente. En otras palabras: hemos ya repetido en diversas oportunidades, cómo en materia de jurisdicción y violación de las reglas de competencia, el Tribunal de Casación decide la cuestión en forma definitiva, por eso aquí se podría decir, que la decisión no es simplemente de tipo anulador, sino más bien, determinativo de la jurisdicción o competencia, según el caso, y por ende, es un pronunciamiento positivo ya que puede influir en los demás jueces. Es extintivo porque cuando la casación sobreviene por falta de presupuestos procesales tales como: a) falta o defecto absoluto de jurisdicción; b) imposibilidad de proponer la cuestión y; c) imposibilidad de prosecución del proceso, es claro; en estos casos,

³⁰ Es esta una distinción elaborada y sostenida especialmente por Satta.

Ver al respecto, obras del autor citadas en esta investigación retro.

También crítica de Liebman sobre el punto en discusión. Considera Liebman que en este caso la clasificación no se justifica pues sería el caso de casación por motivos de jurisdicción y competencia, en cuyo caso la ley no prevé el reenvío. Es también, ésta, nuestra posición.

existe una total ausencia de requisitos para ejercer la acción y en cuyo caso al anular la Casación, no hace otra cosa que extinguir el proceso anterior.³¹

10.—*Enunciación del principio de derecho:*

Constituye la emanación, por parte del Tribunal de Casación, del principio de derecho al cual queda vinculado el tribunal de reenvío. El caso se verifica concretamente, en virtud de casación por motivos de violación o falsa aplicación de la ley (normas de derecho).

En este sentido, se establece una especie de coordinación entre la labor del Tribunal de Casación y la del Tribunal de Reenvío ya que por un lado, vemos que la casación debe emanar el criterio de legalidad que servirá como línea directiva, fundamental y obligatoria en sede de reenvío con lo que se impide que el asunto sea fallado de nuevo, bajo un principio de ley errada que dé lugar a una nueva casación.

El carácter de que participa en este caso, la decisión de casación, ha sido valorado en doctrina en dos sentidos: algunos sostienen que el valor del principio de derecho enunciado por el Tribunal de Casación, tiene carácter de cosa juzgada y que en razón de ello el mismo, debe ser siempre aplicado por el juez de reenvío quien no puede rebelarse ni aun por motivo de "ius superveniens".³² Otros en cambio, dicen que el principio es vinculante mientras la norma de derecho contenida en el principio, no venga derogada ya sea por ley posterior o por motivos de inconstitucionalidad. Considera esta corriente doctrinaria que, el principio de derecho de la Corte de Casación no tiene carácter inmutable y por eso puede perder validez en virtud de "ius superveniens" y así ser desaplicado sin ningún efecto negativo, por el juez de reenvío.³³

31 En este caso, de nuevo Satta, afirma que la casación actúa como tribunal de mérito al pronunciarse independientemente, así niega el carácter rescindente de la casación en este caso. Satta, *Dir. Proc. Civ.; Cor. di Cass.* Así también, Ricci, *Il Giudizio di Rinvio*, Milano, 1967, ps. 75-76.

32 Satta, Redenti, ver obras aquí citadas retro.

33 Liebman, op. cit., p. 95.

11.—*Poder rectificador del órgano de casación:*

El poder rectificador del Tribunal de Casación, se confiere al mismo en relación con el recurso planteado por motivos de omisa, insuficiente o contradictoria motivación.

La ley consiente que cuando la motivación sea defectuosa en derecho pero el dispositivo sea conforme a derecho, la Corte de Casación, en vez de rescindir la sentencia, la corrija. Se habla en este caso, de "un rechazo del recurso en favor del recurrente".³⁴

12.—*Juicio de Reenvío:*

Pensamos que después del desarrollo de la presente investigación llevado a cabo hasta el momento, se habrá ya formado la idea de lo que es el tribunal de reenvío. Para no repetir diremos que es aquel tribunal que una vez que el asunto se ha examinado en sede de casación, debe avocarse al conocimiento de la cuestión y así llegar a la emanación de una nueva sentencia que sustituya la casada.

Es pues, una verdadera etapa continuadora del proceso anterior a la casación y de éste último. Es en virtud de esta condición que el tribunal de reenvío no está dotado de amplias libertades para conocer del asunto como un normal tribunal de mérito. Encontramos en él también, limitaciones. Veamos en qué consisten estas limitaciones.

Siendo una fase intermedia entre el proceso anterior y la casación, el juez de reenvío debe renovar el proceso con base en las partes válidas de la instancia ordinaria anterior y las correcciones efectuadas por el Tribunal de Casación.

Las partes por ejemplo continúan a gozar de la posición anterior que tenían antes de la casación pero, se ven limitadas

34 Liebman, *Idem.* Satta dice que en este caso se da no un rechazo del recurso sino más bien, una verdadera admisión del mismo. Así llama este tipo de pronunciamiento, "casación sustitutiva". Satta, *Dir. Pro. Civ.*, p. 431. Al respecto también, tenemos la posición de Ricci quien ve en este tipo de pronunciamiento, la atribución al Tribunal de Casación de pronunciarse en forma autónoma. En este sentido, nos dice el autor, el recurso francés se mantiene respetuoso. Es pues, una transformación del Tribunal de Casación en una Tercera Instancia semejante al modelo alemán y muy lejano del modelo de casación francés. Ver. Ricci, "Cassazione Civile e il divieto di pronuncia", *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1968, ps. 708 ss.

en relación a las posibilidades de petición ya que no pueden plantear nuevas cosas si estas podían o debían ser planteadas durante la apelación.³⁵

Así vemos que el reenvío efectúa la parte instructoria de manera secreta de tal manera que, las partes se vean imposibilitadas para introducir nuevas pruebas o nuevas alegaciones. No obstante, se admite como excepción la declaración por juramento decisorio³⁶ pero siempre que el mismo no produzca una alteración en el contenido de la demanda original.

Por vía jurisprudencial se han introducido otras excepciones, por ejemplo, el aporte de documentos nuevos presentados por primera vez, y sólo por impedimento de fuerza mayor.³⁷

Por otro lado, se ha admitido en vía jurisprudencial, aún la introducción de nuevas pruebas y nuevas alegaciones, cuando la casación haya cambiado la calificación jurídica lo cual requiere, lógicamente, la emanación de nuevas conclusiones. (Con evidente peligro de alterar la aplicación del principio de derecho).³⁸

a.—Extinción del proceso de reenvío:

La forma lógica y general de extinción del proceso de reenvío, se verifica cuando éste se concluye en razón de haber llenado la finalidad para el cual se ha abierto.

Sin embargo, se habla de una causa de extinción en la doctrina italiana, que es aquella relativa al plazo o término legal para interponerlo. En este caso la extinción sobreviene por no ser ejercitado dentro el plazo de un año que inicia a correr desde la publicación de la sentencia de casación.

35 Opina Ricci que el reenvío no debería topar con tantas limitaciones ya que, el mismo, debe ser una etapa de reconstrucción del estadio de apelación en cuanto éste representa una especie de "retorno ideal" al juicio en el que se emanó la sentencia casada. Ricci, "Cass. Civ... cit. p. 718; Il Giudizio... cit. p. 152.

36 Es aquel juramento que una de las partes conce a la otra y que tiene carácter decisivo del asunto. Art. 2736 C. C. it.

37 Se considera que en este caso se puede poner en peligro la aplicación del principio de derecho de la casación. En este sentido, Liebman, Redenti, op. cit., retro. ps. 101 y 467, respectivamente.

38 Idem.

También se extingue por las normales causas de extinción de un proceso. Como conclusión, conviene señalar aquí que, la extinción del juicio de reenvío, no afecta la aplicabilidad del principio de derecho ya que, éste es aplicable en futuros casos en que se replantease la causa.³⁹

b.—Medios de impugnación en el juicio de reenvío:

Dado que el juicio de reenvío consiste en la continuación de la etapa anterior a la casación el mismo se realiza de acuerdo a las reglas de la instancia correspondiente y así los medios de impugnación se establecen en relación a la instancia que sustituye. En otras palabras: si el grado de jurisdicción que desarrolla es la apelación al ser planteables contra las resoluciones en esta sede tanto el recurso de apelación como el de revocatoria, estos mismos se podrán ejercer en sede de reenvío. Si se tratara de la primera instancia, sólo cabría la apelación.

B.—Conclusiones

Reuniendo tanto el aspecto histórico - jurídico sobre el recurso de casación y los puntos aquí estudiados del recurso en su actual conformación en la legislación italiana, hemos llegado a una primera conclusión y es en relación a la transformación que el mismo ha sufrido frente al instituto clásico francés.

Definitivamente, no podemos hablar de aquel ideal que la asamblea revolucionaria había concebido de un recurso en puro interés de la ley. La evolución del recurso en etapas posteriores, ha sido inevitable porque además, el contacto con las diferentes realidades en la práctica jurídica, implica necesariamente, un ajuste a ellas de todas las instituciones, y eso hemos tratado de demostrar con el análisis del sistema italiano con énfasis en los motivos y poderes.

39 Desde este punto de vista también, el principio de derecho emanado por la Corte Suprema de Casación goza de la condición de cosa juzgada.

Como nota exclusiva de esta sección correspondiente al tribunal de reenvío, se puede citar también, la figura del "juicio de reenvío impropio". Ver al respecto: Satta en ambas obras aquí citadas retro y también, Ricci, "La Cass. Civ...", cit.

Asistimos pues, en Italia a una figura que en líneas fundamentales, consagra los principios del antiguo recurso francés pero, que los realiza mediante una estructura diferente.

Básicamente, la figura queda ubicada en el campo de los medios de impugnación, no sólo porque a la misma se le han atribuido elementos de legitimación comunes a ellos (especialmente, la sucumbencia) sino, porque el recurso al quedar abierto a todo tipo de sentencia que contenga violación de ley, lo convierte en un recurso planteable o accesible tanto como uno de apelación o de revocatoria; no se pretende pues, un recurso extraordinario. La figura así, se ha incluido en el Código Procesal que la considera en el art. 323, medio de impugnación a igual que la apelación, la revocatoria y la oposición del tercero.

En cuanto las finalidades supremas que le asigne el ordenamiento en materia de jurisdicción y competencia, consiste en un nuevo poder que se le concede en la medida en que se permite pronunciarse, en ambos casos, con carácter definitivo y con fuerza obligatoria para todos los tribunales. Este poder de emitir criterios vinculantes para otros tribunales, se repite como hemos visto, en diferentes ocasiones y no es más que signo claro, de transformación del recurso. No encontramos en la figura italiana entonces, ni aún la forma pura del reenvío francés. Prácticamente, el Tribunal de casación decide siempre con carácter vinculante: aparte de los casos por motivos de jurisdicción o competencia, encontramos el punto relativo a casación por violación de ley en que el tribunal de reenvío debe aplicar obligatoriamente, el criterio jurídico emanado en casación; también, en relación al poder de rectificación cuando el tribunal de casación encuentre que existe un error jurídico en la motivación pero que el dispositivo es conforme a derecho, caso en el cual, sin reenviar sustituye el defecto y se pronuncia definitivamente.

Tanto estos nuevos poderes de pronunciamiento concedidos al tribunal de casación, como el punto sobre la casación por defectuosa motivación, han sido para nosotros, puntos muy interesantes en los que hemos encontrado una verdadera interrupción del modelo francés.

La doctrina o más precisamente, un sector de ésta, refiriéndose al cambio contenido en la actual figura italiana, considera

que la tendencia de la misma es la de plasmar el mecanismo alemán de la tercera instancia. A fin de aclarar el punto, haremos aquí una breve exposición sobre la casación alemana o más conocida como tercera instancia o revisión.

La legislación alemana tomó el recurso de casación francés y desarrollándolo en forma diferente, creó una tercera instancia. Mediante ésta se efectúa el control de legitimidad de las sentencias ante el llamado "Supremo Tribunal Alemán" (Reichsgericht) que conoce de los vicios de legitimidad pero, no se limita al simple examen de dichos vicios si no que, puede conocer también del mérito de la cuestión.

Así, en tratándose de errores in iudicando, realiza actividad de cognición, incluso el poder de ir más allá de la demanda, para determinar si el error "in iure", conduce en forma causal, a un error, en la parte dispositiva, de tipo jurídico verificado el cual, se procede a anular la sentencia. La actividad del Supremo Tribunal, no obstante, no se agota aquí, pues, debe emanar la sentencia corregida salvo, que la norma correcta a aplicar sea de competencia exclusiva de un particular tribunal de apelación, en este caso el asunto se reenvía al correspondiente tribunal pero con el criterio de casación al cual se debe ajustar.

En cuanto a los errores in procedendo, el pronunciamiento corresponde al tribunal de reenvío, salvo cuando se trata de absoluta carencia de jurisdicción o competencia en cuyo caso, es el Supremo Tribunal quien se pronuncia sin reenviar.

Existe también, la llamada "revisión por omiso medio" o sea, una figura correspondiente a la italiana del recurso "per saltum", en donde si las partes han acordado renunciar a la apelación, pueden directamente, recurrir al Supremo Tribunal.⁴⁰

Es nuestro criterio que si bien, como se ha podido comprobar, la casación italiana tiene muchos puntos de contacto con la revisión alemana, no es posible asimilarlas entre sí ya que, funcionan muy diferentemente. Además, algunas de las modificaciones introducidas en la figura italiana no tienen como fundamento el esquema alemán sino que más bien son el producto del ajuste

⁴⁰ Al respecto, Fazzalari, op. cit., ps. 1, 2-5. También, Lent Fiedrich, *Diritto Processuale Tedesco* (trad. Edoardo Ricci), 1ª parte, Italia, 1962, ps. 282-290. Gabrielli Emilio, op. cit., Ricci E. "Cass. Civ...", cit.

de la figura a exigencias prácticas propias del ordenamiento italiano, baste citar aquí, la inclusión del motivo en relación a la defectuosa motivación de la sentencia, punto que tiene relación directa con el poder de rectificación de la misma para no citar otros casos. Por otro lado, no encontramos en la casación una abierta posibilidad al tribunal de casación para entrar en el mérito de la causa; las líneas básicas sobre las que se construye el recurso a nivel legal, no conceden tales potestades al citado órgano.

Así, concluimos que como toda institución jurídica, el recurso de casación ha adquirido formas diferentes frente al ámbito de la práctica. Pero, a pesar de ello, somos de la opinión que ello no desvincula, la realización de los fines generales del instituto de casación de hoy, de los fines para los cuales fue establecido en Francia; creemos que la casación italiana estructurada en los términos ya vistos, no es incompatible con dichos fines los que pueden ser perfectamente posibles y con las limitaciones propias aun de un recurso puro (lo que ha precisamente producido la transformación de la institución).

Podemos agregar aún otra conclusión. El estudio efectuado tanto de la figura en la legislación italiana, como en caso de referencias generales a otros sistemas, nos han permitido ponernos en contacto con fuentes doctrinarias tanto clásicas como modernas, aunque no en forma exhaustiva, con lo cual hemos derivado una pequeña base de formación que consideramos de gran utilidad si queremos analizar nuestra propia institución lo cual realizaremos en la próxima parte de este trabajo.

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN COSTA RICA (Aspectos jurídicos y penitenciarios)

Lic. Fernando Cruz Castro

Madrid, Agosto de 1980