

INVESTIGACIONES

La jurisprudencia entre casuística y uniformidad

*Michele Taruffo**

RESUMEN

La realización de la uniformidad de la jurisprudencia –un objeto del deseo en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos– suele confiarse a las cortes supremas, que recurren para ello a diversas técnicas que el artículo examina. En la medida que esas técnicas implican la fijación del significado que de modo general debe atribuirse a una disposición, ellas parecen comprometerlas con una concepción universalista de la justificación de las decisiones judiciales. El artículo explora la tensión entre ese paradigma y el del particularismo jurídico, que sostiene en cambio que deben ser las particularidades del caso concreto las que determinan la interpretación de la norma aplicable.

Jurisprudencia – universalismo – particularismo

Precedent in civil law systems: between casuistry and uniformity

ABSTRACT

Uniformity of judicial decisions is a desired value that supreme courts are meant to achieve by different procedures, in almost all legal systems. Some of them favour the issuing of general rulings about the meaning of legal norms and can be so connected with legal universalism. The paper explores the contrast between that paradigm and the particularistic one, which assumes instead that the concrete circumstances of the case on trial should be considered in the interpretation of legal norms.

Precedent – universalism – particularism

* Profesor de la Università degli Studi di Pavia y de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. C/ Universitat de Girona, 12. Correo electrónico: michelino.taruffo@unipv.it. Traducción de Daniela Accatino, con la colaboración de Maximiliano Mannett.

Artículo recibido el 30 de junio de 2014 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 29 de octubre de 2014.

I. EL VALOR DE LA UNIFORMIDAD

La uniformidad de la jurisprudencia representa desde hace mucho tiempo un valor fundamental (se podría decir, incluso: un objeto del deseo) para prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, que intentan, de diferentes maneras –como se verá–, realizarlo en la mayor medida posible.

Las justificaciones en las que esta aspiración general se basa son variadas¹. Limitándonos a aquellas a las que con mayor frecuencia se hace referencia, es posible recordar: la exigencia de asegurar la certeza del derecho, debido a que una jurisprudencia uniforme evita la incertidumbre y la disparidad de las decisiones; la garantía de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, mediante el principio del *stare decisis*, típico de los ordenamientos angloamericanos, según esto los casos iguales deben ser decididos de igual modo; la necesaria previsibilidad de las decisiones futuras, en virtud de ello las partes deben poder confiar en el hecho que los jueces futuros se comportarán de la misma manera que aquellos pasados. La previsibilidad puede tener también una dimensión económica, porque si la decisión resulta previsible, se puede evitar recurrir al juez. Por último, una jurisprudencia constante se puede conocer más fácilmente, y por consiguiente orienta de manera más eficaz los comportamientos de los ciudadanos.

Es fácil observar que estas justificaciones no se encuentran en contradicción entre ellas, sino que más bien convergen en la necesidad de que la jurisprudencia sea uniforme en el mayor grado posible. A ellas parece subyacer una imagen ideal del ordenamiento jurídico, según la cual este debiera ser completo y sincrónicamente coherente, estático y uniforme, y debería asegurar también que todas las controversias que en él surjan sean resueltas en forma estable y unitaria.

Queda, en cambio, en un segundo plano, o en los márgenes del horizonte conceptual en el que esa imagen se instala, la dimensión del ordenamiento que se podría denominar dinámica o diacrónica, ya que ella presupone que en el sistema existen incertidumbres y variaciones, diferencias y modificaciones. La existencia de esta dimensión es indudable e inevitable, pero ella tiende a ser vista negativamente, como una excepción que, en tanto tal, debiera ser, en lo posible, reducida y circunscrita. Se admite la posibilidad de que la jurisprudencia varíe, pero solo cuando existen razones particularmente relevantes, que suelen caracterizarse en términos más bien vagos por referencia a transformaciones morales, sociales o económicas. No por casualidad se intenta conciliar a veces las exigencias opuestas de previsibilidad y de variabilidad de la jurisprudencia, como ocurre, por ejemplo, en el caso del *prospective overruling* de la Corte Suprema de los Estados Unidos².

¹ Al respecto cfr., para referencias adicionales, Taruffo, M., "Giurisprudenza", en *Enciclopedia Treccani Scienze Sociali*, vol. IV, Roma, 1994, p. 357. Vid., además, Bankowski, Z. et al., "Rationales for precedent", en MacCormick, N. y Summers, R. S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997, pp. 481 ss.

² Cfr., también para referencias adicionales, Taruffo, M., "Giurisprudenza", cit., p. 561.

II. LAS FUNCIONES DE LAS CORTES SUPREMAS

El logro del fin de la uniformidad jurisprudencial se suele confiar, sobre todo, a las cortes supremas³. Este es, de hecho, un aspecto importante –tal vez el más importante– de lo que llamo el “mito de las cortes supremas”: ellas se ubican en el centro del sistema jurídico y en el punto culminante de la estructura judicial, y se tiende a pensar que en ellas se concentra la administración de la justicia. De eso se sigue la consecuencia de que le corresponde a estas cortes la función fundamental de asegurar el valor de la uniformidad de la jurisprudencia.

Se trata, en verdad, de cosas bien sabidas: por lo que respecta al caso italiano, basta hacer referencia a la *Casación Civil* de Calamandrei⁴, a la unificación de la casación realizada en 1923⁵, y al artículo 65 de la ley de 1941 sobre el Ordenamiento Judicial, todavía en vigencia, donde se lee que la Corte “asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley”, además de garantizar “la unidad del derecho objetivo nacional”⁶.

Con todo, es interesante observar que los diversos ordenamientos utilizan varias técnicas para regular las modalidades bajo las cuales debiera realizarse la función “uniformadora” de las respectivas cortes supremas. La más difusa de estas técnicas la constituye, sin duda, el *stare decisis*; es decir, la atribución a una decisión anterior, y esencialmente a la *ratio decidendi* que justifica jurídicamente su resultado, la capacidad de influir⁷ en la decisión de un caso sucesivo, idéntico o análogo. Nacida principalmente en las cortes inglesas y norteamericanas, la práctica del precedente se ha difundido en muchísimos ordenamientos también de *civil law*⁸. Es más, en algunos casos la referencia al precedente se ha vuelto una especie de *mantra*, recitado repetidamente, hasta convertirse en una suerte de obsesión que afecta también al legislador procesal. Significativo resulta,

³ Acerca de las principales funciones que se atribuyen a estas cortes vid. Taruffo, M., “Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali”, en *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, pp. 11 ss. A la función *jurisprudentielle et normative* de la *Cour de Cassation* francesa se refiere por ejemplo Cadiet, M.L., “Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?”, en *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, pp. 191 ss. Cfr., además, los ensayos reunidos en Yessiou-Faltsi, P. (ed.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998.

⁴ Cfr. Calamandrei, P., *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto* (1920), en Id., *Opere Giuridiche*, vol. VII, Napoli, 1976, pp. 57 ss.

⁵ Cfr. Taruffo, M., “Calamandrei e l'unificazione della Cassazione”, en Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, pp. 51 ss., y, recientemente, Ricci, G.F., *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2013, pp. 23 ss.

⁶ Al respecto me permito reenviar a Taruffo, M., “La Corte di Cassazione e la legge”, en Id., *Il vertice ambiguo*, cit., pp. 59 ss. Vid. además Ricci, G.F., *Il giudizio civile*, cit., pp. 32 ss.

⁷ Uso aquí deliberadamente un término no técnico y genérico, con el fin de evitar tomar posición sobre la *vexata quaestio* relativa a la eficacia vinculante o solo persuasiva de los precedentes, que admite diversas soluciones en consideración también a los diferentes contextos normativos. No es necesario, ni sería por otra parte posible, abordar aquí este tema. Sigue siendo relevante el trabajo de Peczenik, A., “The Binding Force of Precedent”, en MacCormick, N. y Summers, R. (eds.), *Interpreting Precedents*, cit., pp. 461 ss.

⁸ La literatura acerca del precedente es a estas alturas inmensa, al extremo que cualquier indicación bibliográfica resultaría seguramente incompleta y no confiable. Puede verse, en todo caso, un útil análisis comparativo en MacCormick, N. y Summers, R. (eds.), *Interpreting Precedents*, cit.

en este sentido, el ejemplo italiano, en el que el legislador reciente intenta de todas las formas, sin lograrlo (debido a la escasa calidad técnica de las normas de las que se sirve), hacer que en Italia se instaure una práctica seria del precedente, naturalmente bajo la guía iluminada de la Corte de Casación. Basta recordar aquí el tristemente célebre “filtro” previsto para los recursos de casación por el artículo 360 bis Nº 1 del *Codice di Procedura Civile*, introducido en 2009, que declara inadmisibile el recurso si la sentencia impugnada resulta conforme con la jurisprudencia de la Corte (y el recurso no ofrece elementos que induzcan a confirmar o a modificar esa jurisprudencia)⁹.

Una técnica diferente consiste en configurar la posibilidad de que la corte suprema emita pronunciamientos dotados de eficacia *ultra partes*, es decir, de efectos vinculantes capaces de determinar directamente la decisión de casos sucesivos. El caso más conocido fue en el pasado el de las directivas de la Corte Suprema de la URSS, pero no se debe olvidar que esta técnica se encuentra todavía presente en la casación cubana, que sigue el modelo soviético, y también en los decretos que aún emanan del *plenum* de la Corte Suprema rusa con eficacia vinculante para todos los jueces que tengan que aplicar las mismas normas o juzgar casos análogos, y también para todos los órganos administrativos.

Una técnica análoga muy interesante, y en cierto sentido extrema, es la del sistema brasileño que se sirve de las *súmulas vinculantes*. La formulación de las *súmulas* es el resultado de una práctica consolidada en ese ordenamiento: en el pasado, ellas no tenían eficacia vinculante, a diferencia de lo que ocurre actualmente, en que, tras una reforma constitucional de 2004, sí la tienen¹⁰. Se trata de declaraciones que son formuladas por el Supremo Tribunal Federal, tras una reunión de sus miembros y una votación (con una regla de mayoría de dos tercios). Ellas tienen la función de resolver una contradicción que se haya verificado en la jurisprudencia de las cortes inferiores. Vale la pena observar que la *súmula* no deriva de la decisión de un caso concreto, y por consiguiente no puede ser asimilada a las *massime* del derecho italiano, si bien se trata de una enunciación interpretativa formulada en términos generales. En consecuencia, ella no hace referencia alguna a los hechos que dieron lugar a la cuestión jurídica abordada, y no puede, por tanto, ser considerada como un precedente en sentido estricto, sino solo como una decisión que expresa la elección entre dos opciones interpretativas referidas a normas generales y abstractas¹¹. Su función evidente consiste en la eliminación de incertidumbres y de conflictos en el ámbito de la jurisprudencia, asegurando su uniformidad¹². Para este fin

⁹ Sobre esta discutible norma existe ya una abundante literatura y una no menos amplia jurisprudencia. *Su questa discutibile*. Al respecto, vid., por todos, también para referencias adicionales, Ricci, G.F., *Il giudizio civile*, cit., pp. 209 ss.

¹⁰ Cfr. Higashiyama, E., “Teoria do Direito Sumular”, en *Revista de processo*, 2011, pp. 74 ss.; Bahia, A., “As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese”, en *Revista de processo*, 2012, pp. 362 ss.

¹¹ Cfr. Higashiyama, E., “Teoria”, cit., pp. 87 y 99.

¹² Cfr. nuevamente Higashiyama, *Teoria*, cit., p. 109 ss., 118. En sentido crítico Bahia, A., “As Súmulas”, cit., pp. 360 ss., habla de uniformidad a toda costa, conseguida mediante enunciados generales y abstractos que no deciden un caso y se prestan a operaciones exegéticas que en el fondo no son diferentes de aquellas que tienen por objeto las disposiciones legales.

se prevé que ella tenga eficacia vinculante para todos los jueces y también para todos los órganos públicos del Estado Federal.

Una situación análoga, si bien no comparable por importancia y dimensiones a la experiencia brasileña, ha tenido lugar recientemente en España: con un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 30 de diciembre de 2011, por medio de un acto que no consiste en la decisión de un recurso sino en una declaración extrajudicial, el Tribunal Supremo indicó sus orientaciones respecto de la interpretación de una norma de gran importancia para efectos de la admisibilidad de los recursos ante el mismo tribunal. Se trata del artículo 477 N° 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que condiciona la admisibilidad del recurso a la presencia de un interés casacional, y es precisamente con el fin de clarificar cómo debe ser interpretada esta cláusula, cuyo significado no resulta claro, que el tribunal emitió esa declaración¹³.

Como se puede ver, más allá de la variedad de técnicas que se adoptan, y de las diferencias respecto de los efectos que ellas pueden producir, se comprueba la existencia de una tendencia constante a identificar a las cortes supremas como los órganos a los que se confía la tarea de asegurar la uniformidad de la jurisprudencia. Nada de sorprendente hay en ello, tratándose de cortes típicamente situadas en el vértice de las pirámides judiciales. Se exalta así, precisamente, esa posición, en tanto se prevé que ellas puedan imponer —de una u otra manera— sus elecciones interpretativas y aplicativas a todos los jueces ubicados en las gradas inferiores de la pirámide. Esto corresponde al modelo clásico de la burocracia centralizada, en el que el poder aumenta y se concentra a medida que desde abajo se sube hacia arriba, y se vuelve máximo cuando se llega al vértice. Naturalmente este modelo implica que el poder resulta inferior y difuso a medida que desde el vértice se desciende hacia la base, es decir, a los jueces de primera instancia. Desde otra perspectiva, se advierte que en este modelo de ordenamiento la corte suprema termina siendo más importante que el legislador: a este le corresponde la función de producir normas generales y abstractas, pero es la Corte Suprema la que establece el significado que debe atribuirse a esas normas y que debe, por consiguiente, ser tendencialmente aplicado por todos los jueces inferiores, y por consiguiente, a todos los sujetos del ordenamiento.

III. UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO

La concepción que se ha expuesto sumariamente constituye una versión específica, pero bastante difundida, de aquello que los filósofos llaman “universalismo jurídico”¹⁴,

¹³ Al respecto cfr. De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo, I. y Giménez-Vegas Torres, J., *Curso de derecho procesal civil. II. Parte especial*, Madrid, 2012, pp. 282 ss.

¹⁴ Sobre el tema cfr., recientemente, Bouvier, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 19 ss., 21 ss. y 38 ss. Cfr. también Grossi, P., *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli 2011; Sacco, R., *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011; Palazzo, F., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011.

fundada esencialmente en la idea de que existen reglas generales que deben ser aplicadas por los jueces y de que la decisión respectiva se justifica solo si el caso particular puede ser “subsumido” en una norma general que debe aplicarse a todos los casos iguales o semejantes. En esta versión del universalismo, el elemento diferenciador está representado por el hecho de que –como se ha visto– se atribuye a la Corte Suprema la función de establecer cuáles son las reglas generales que deben ser aplicadas en cada caso singular.

El universalismo jurídico ha sido objeto de varias críticas, basadas sobre todo en la consideración –que constituye a estas alturas un lugar común en el ámbito de la teoría general– de que la decisión no es nunca el fruto de la aplicación mecánica de normas generales, y de que, en cambio, la aplicación de la norma supone la atención a la complejidad del caso particular sobre el que recae la decisión. Las aproximaciones que de distintos modos siguen esta perspectiva, son designadas comúnmente como “particularismo jurídico”¹⁵, y se refieren, en especial, al razonamiento con el que se formulan decisiones judiciales¹⁶.

El particularismo se presenta en diversas versiones, algunas de ellas son bastante radicales y llegan a sostener que la decisión debería fundarse solamente en las circunstancias particulares del caso concreto, sin ninguna referencia a normas. No es del caso analizar aquí estas tesis¹⁷. Sin embargo, cabe observar que aun si se siguen versiones moderadas del particularismo, como la que considera necesaria siempre la referencia también a reglas generales, incluso cuando la decisión se concentra sobre los *particulars* del caso específico¹⁸, la configuración de la regla que constituye el criterio de decisión depende en todo caso de la relevancia que se atribuye a los *particulars*. De esto se derivan algunas consideraciones, tal vez no carentes de relevancia para el discurso que aquí se está desarrollando.

Ante todo, debe precisarse que la decisión judicial no consiste en la mera enunciación de reglas (o de máximas) presentadas como la única interpretación abstractamente correcta, uniforme y vinculante, de disposiciones normativas, porque –como en la actualidad se reconoce uniformemente– es el intérprete quien elige y determina su significado¹⁹. Por otra parte, es necesario reconocer también que pueden existir buenas razones para decidir casos similares de modos diversos: ya que no existen dos hechos iguales²⁰, es más bien sobre las diferencias, es decir, sobre los *particulars*, que debe

¹⁵ Para un extenso análisis de estas aproximaciones cfr. Bouvier, H., *Particularismo*, cit., pp. 58 ss., 175 ss., 309 ss. y 349 ss., y los demás textos citados en la n.14. Cfr. además Taruffo, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, pp. 200 ss., también para adicionales referencias bibliográficas.

¹⁶ Cfr. los ensayos recogidos en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, 2006.

¹⁷ Al respecto, cfr. Pavlakos, G., “Two Conceptions of Universalism”, en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal*, cit., pp. 163 ss.; Taruffo, M., *La semplice verità*, cit., p. 200.

¹⁸ Se trata, por ejemplo, de la posición sostenida por MacCormick, N., “Particulars and Universals”, en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal*, cit., pp. 3 ss., y compartida por Walker, N., “The Burden of Universalism”, en *Ibid.*, pp. 53 ss.

¹⁹ Sobre el tema, vid., recientemente, Gentili, A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, pp. 8 ss. y 15 ss.

²⁰ Al respecto, cfr. MacCormick, N., “Particulars”, cit., p. 5.

fundarse la interpretación de la norma que debe ser aplicada al caso específico. Parece evidente que cuando una norma es interpretada para derivar de ella la regla de juicio aplicable a un caso concreto, como ocurre en el proceso, es la referencia a los hechos de ese caso la que guía la interpretación de la norma. Si no fuera así, es decir, si la norma no fuera interpretada por referencia a esos hechos, la consecuencia sería que esa norma no resultaría aplicable en ese caso²¹.

En síntesis, es el hecho el que determina la interpretación de la norma que a él debe ser aplicada. No es casualidad que precisamente la relación de la norma con el hecho constituya uno de los problemas fundamentales de la teoría del derecho²² y del derecho procesal²³. En consecuencia, son las particularidades de los hechos de los diversos casos las que pueden llevar a distintas interpretaciones de la misma norma, pues inducen al juez a utilizar diferentes argumentos jurídicos, por ejemplo haciendo referencia a los distintos principios generales o constitucionales, y también a invocar diferentes razones metajurídicas, inspiradas en diferentes valores sociales o morales que orientan la heterointegración de la norma. Parece, por consiguiente, evidente que carecen de fundamento tesis como aquella de la *one right answer*, enunciada en su tiempo por Dworkin, según quien un juez “hercúleo” podría siempre encontrar la verdadera y única interpretación correcta de cada norma²⁴. Por otra parte, los así llamados *hard cases* resultan a menudo *hard* en consideración a los hechos, de modo que es precisamente la complejidad de los hechos la que hace difícil la interpretación de las normas que a ellos se refieren.

Es necesario, por consiguiente, reconocer que la interpretación de la norma dirigida a su aplicación como regla de juicio en el caso concreto tiene un inevitable y relevantísimo aspecto particularista, debiendo fundarse en una completa y analítica consideración de los *particulars* del caso²⁵: es a partir de los *particulars*, por así decirlo, que se moldea la interpretación de la norma.

Naturalmente, esto suscita un relevante problema ulterior: ya que las circunstancias que constituyen los hechos del caso son infinitas, y son infinitas también sus posibles descripciones, se trata de determinar cuáles son los *particulars* que se consideran significativos y relevantes para la interpretación de la norma de la que se trata²⁶. Al respecto, no existen soluciones simples que puedan valer automáticamente para cualquier decisión. Incluso la referencia al supuesto de hecho definido en términos generales por la norma, solo sirve –por así decirlo– como punto de partida para el análisis de los hechos,

²¹ Para un análisis más extenso vid. Taruffo, M., *La semplice verità*, cit., p. 199.

²² Entre la vasta literatura sobre el tema resulta todavía fundamental, Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl., Heidelberg, 1960.

²³ Resulta especialmente interesante la forma en que este problema fue abordado por la doctrina de la primera mitad del siglo veinte. Cfr. sobre ella Nitsch, C., *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012.

²⁴ Sobre esto, más extensamente, y para referencias bibliográficas, vid. Taruffo, M., “La Corte di Cassazione”, cit., pp. 78 ss. Sobre el “titanismo del otro lado del Atlántico que... se imagina un Hércules de la interpretación”, vid. Gentili, A., *Il diritto*, cit., p. 130.

²⁵ Cfr. en especial McCormick, N., “Particulars”, cit., p. 10.

²⁶ Sobre este problema vid. más extensamente Taruffo, M., *La semplice verità*, cit., p. 197 ss.

proporcionando un paradigma inicial, que en realidad no es más que una hipótesis provisoria de relevancia jurídica²⁷. Es a partir de esta hipótesis, y eventualmente de la formulación de otras que resulten progresivamente más adecuadas a las circunstancias del caso concreto, que el juez llega, por la así llamada espiral hermenéutica, a establecer cuáles son las circunstancias relevantes del caso. A causa de que, por otra parte, en este procedimiento de *trial and error* o –si se prefiere– de abducción interpretativa, no existe nada de mecánico o predeterminado, se trata de una actividad eminentemente creativa que lleva al juez a atribuir relevancia a determinados *particulars* del caso, y a modelar a partir de ellos la interpretación de la norma que pretende aplicar²⁸.

Si se tienen en cuenta estas consideraciones, y otras que se podrían invocar a favor del particularismo, como sobre todo su mayor apego a lo que ocurre realmente en la administración de justicia, la versión del universalismo jurídico de la que se ha hablado precedentemente, resulta caracterizada, según se había anticipado, como una concepción marcadamente burocrática y sustancialmente autoritaria. Esto parece evidente en la medida en que se consagra un modelo piramidal en el que solo al vértice le corresponde “decir el derecho”, de manera vinculante para todos y *once and forever*. Además, de esta forma el derecho resulta “dicho” por medio de fórmulas dotadas de un alto grado de abstracción, sin considerar una cosa obvia, es decir, que mientras más se sube hacia arriba en la escala de abstracciones, más se pierde de vista lo concreto, es decir, la realidad. Resulta de esto una imagen parcial, unilateral y deformada de la administración de justicia, como si ella solo se desarrollara en las cortes supremas, mientras que las decisiones de las cortes inferiores, y sobre todo de los jueces de primera instancia, es decir, justamente aquellos que se ocupan de la determinación de los hechos y de la aplicación de las normas a los casos particulares, resultarían irrelevantes.

Se debe notar, de hecho, que las consideraciones particularistas, aun en sus versiones más moderadas y razonables, no valen para el caso de cortes que, como la Corte de Casación italiana y las otras a las que se ha hecho referencia precedentemente, se expresan casi exclusivamente mediante enunciaciones generales que no hacen ninguna referencia a los hechos que, sin embargo, han sido objeto de decisión. El particularismo parece, en cambio, relevante cuando se trata de las cortes que interpretan normas con el propósito de aplicarlas a los casos particulares, es decir, principalmente cuando se analizan las modalidades de decisión que se pueden considerar típicas de los jueces de mérito. El particularismo puede ser referido también a las cortes supremas angloamericanas, porque ellas aplican la *ratio decidendi* que constituye el precedente fundándose en la analogía entre los hechos del caso sucesivo y los hechos del caso anterior.

²⁷ Al respecto, con mayor detenimiento, vid. Taruffo, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 74 ss.

²⁸ Cfr. Taruffo, M., *La semplice verità*, cit., p. 203.

IV. CONCLUSIONES

Si las consideraciones precedentes tienen sentido, nos encontramos entonces frente a una tensión –si es que no propiamente frente a una contradicción– entre dos valores o paradigmas divergentes²⁹: por un lado se encuentra la versión rigurosa de la tesis universalista, según esta el juez estaría vinculado a decidir de manera uniforme, aplicando deductivamente una regla general, sin tener en cuenta los hechos del caso sino para hacerlos corresponder con el supuesto de hecho definido por la norma; por el otro lado se encuentra la perspectiva particularista, según ella, en sus versiones extremas, el juez debería decidir teniendo en cuenta solamente los hechos particulares del caso específico, sin tomar en consideración regla general alguna. Desde el punto de vista teórico, las versiones moderadas del particularismo no excluyen, sin embargo, como se vio precedentemente, que puedan y deban haber situaciones intermedias, en la que la atención necesaria a todos los *particulars* relevantes se conjuga con la identificación de reglas tendencialmente universales, capaces de ser aplicadas también a otros casos³⁰.

Desde el punto de vista que aquí interesa mayormente, se puede decir que la decisión judicial, y en general la jurisprudencia, se ubican en un espacio intermedio entre esos dos extremos, ya que ambos parecen inaceptables. Teniendo en cuenta el hecho de que no existe ninguna “regla áurea” que determine el punto ideal de equilibrio entre los dos paradigmas, solo es posible observar que cada decisión podría situarse en cualquier punto del *continuum* así determinado, y podría, por consiguiente, acercarse más al paradigma universalista o al paradigma particularista, o bien realizar una oportuna combinación entre los dos paradigmas. Cabe, sin embargo, al respecto, trazar una distinción no carente de relevancia: si se considera la jurisprudencia que actúa produciendo máximas o *símulas*, como ocurre entre las cortes supremas a las que se hizo alusión más arriba, entonces parece evidente que ella se ubica en un punto bastante cercano al extremo universalista, y tal vez –en los ejemplos de peor formalismo– coincide incluso con este. Si se considera, en cambio, la jurisprudencia producida por las cortes inferiores, y en particular por los jueces de primera instancia, entonces nos encontramos en un punto más cercano al paradigma particularista, al menos en la medida que estos jueces identifican y verifican todas las circunstancias relevantes de los casos concretos individuales.

Naturalmente, estas dos versiones de la jurisprudencia pueden convivir en un mismo ordenamiento jurídico. Lo que queda por determinar, pero no es este un problema que pueda ser abordado en esta sede, es si ambas constituyen una “administración de justicia” en sentido propio. Se puede, sin embargo, admitir que constituye justicia formal aquella en la que todos son tratados de igual manera, bajo un sistema de reglas generales, y que es, en cambio, justicia sustancial aquella que se hace teniendo en cuenta los valores y los fines del derecho, y vinculándolos con las circunstancias de los

²⁹ De una tensión análoga habla por ejemplo Bell, J., “The Institutional Constraints on Particularism”, en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal*, cit., p. 41. Vid. también Palazzo, F., *Il diritto penale*, cit., p. 8 ss.

³⁰ Vid., en sentido, los textos de MacCormick y de Walker citados en la n. 18.

casos particulares³¹. Dependerá entonces de las elecciones políticas formuladas en cada sistema jurídico si la prevalencia se atribuye a la justicia formal universalista, más que a la justicia sustancial particularista.

BIBLIOGRAFÍA

- BAHIA, A., “As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese”, en *Revista de processo*, 2012.
- BANKOWSKI, Z. *et al.*, “Rationales for precedent”, en MacCormick, N. y Summers, R.S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997.
- BANKOWSKI, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, 2006.
- BELL, J., “The Institutional Constraints on Particularism”, en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, 2006.
- BOUVIER, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- CADIET, M.L., “Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?”, en *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011.
- CALAMANDREI, P., *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto* (1920), en Id., *Opere Giuridiche*, vol. VII, Napoli, 1976.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-Picazo, I. y Giménez-Vegas Torres, J., *Curso de derecho procesal civil. II. Parte especial*, Madrid, 2012.
- ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2 Aufl., Heidelberg, 1960.
- GENTILI, A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.
- GROSSI, P., *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli 2011.
- HIGASHIYAMA, E., “Teoria do Direito Sumular”, en *Revista de processo*, 2011.
- MACCORMICK, N. y Summers, R. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997.
- MACCORMICK, N., “Particulars and Universals”, en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, 2006.
- NITSCH, C., *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012.
- PALAZZO, F., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011.
- PAVLAKOS, G., “Two Conceptions of Universalism”, en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, 2006.
- PECZENIK, A., “The Binding Force of Precedent”, en MacCormick, N. y Summers, R. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997.
- RICCI, G.F., *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2013.
- SACCO, R., *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011.
- TARUFFO, M., “Calamandrei e l'unificazione della Cassazione”, en Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.
- TARUFFO, M., “La Corte di Cassazione e la legge”, en Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.

³¹ Para una distinción análoga cfr. Bankowski, Z., y MacLean, J., “Introduction”, en *The Universal*, cit., p. xii.

- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992.
- TARUFFO, M., "Giurisprudenza", en *Enciclopedia Treccani Scienze Sociali*, vol. IV, Roma, 1994.
- TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.
- TARUFFO, M., "Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali", en *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011.
- WALKER, N., "The Burden of Universalism", en Bankowski, Z., y MacLean, J. (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, 2006.
- YESSIOU-FALTSI, P. (ed.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998.

