

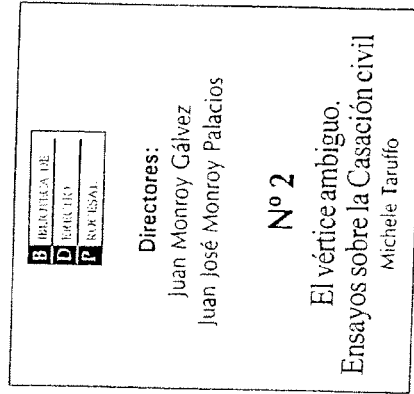
Michele Taruffo
Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil
Universidad de Pavía

El vértice ambiguo

Ensayos sobre la Casación civil

Traducción de
JUAN J. MONROY PALACIOS
JUAN F. MONROY GÁLVEZ

Palestra Editores
Lima — 2005



El presente libro constituye la traducción de la obra italiana
Il vértice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile,
 publicado por la editorial «Il Mulino», Bologna, 1991.

EL VÉRTICE AMBIGUO. Ensayos sobre la Casación civil
 Michele Taruffo
 Primera edición: Agosto, 2005

*Queda prohibida la reproducción total o parcial o
 total de este libro, por medio de cualquier proceso,
 reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia,
 microfilm, offset o mimeógrafo.*

© Copyright : MICHELE TARUFFO
 © Copyright 2005 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
 Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú
 Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
 E-mail: palestra@palestraeditores.com
 Website: www.palestraeditores.com

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
 Cert N.º 2005 - 4101

ISBN: 9972 - 733 - 83 - 1

Impreso en el Perú Printed in Peru

Índice

INTRODUCCIÓN	7
§1. CASACIÓN Y REVISIÓN: UN PROBLEMA EN LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALES	35
1. Introducción	35
2. Las magistraturas supremas en los ordenamientos preunitarios	36
3. La Casación y la unificación legislativa	41
4. Casación y revisión: el problema jurídico	43
5. Casación y revisión: el problema político	49
6. La Corte de Casación y el ordenamiento judicial de 1865	54
7. Proyectos y polémicas después de la unificación	57
8. Casación y revisión: las implicancias políticas	63
9. Notas sobre la reconstrucción histórica de Calamandrei	66
§2. CALAMANDREI Y LA UNIFICACIÓN DE LA CASACIÓN	71
§3. LA CORTE DE CASACIÓN Y LA LEY	83
1. El art. 65 de la ley sobre el ordenamiento judicial	83
2. Las funciones de la Casación	90
3. Interpretación y formalismo	104
4. Nomofilaquia y uniformidad	124
5. Conclusiones	141

§4. LA CORTE DE CASACIÓN ENTRE LEGITIMIDAD Y MÉRITO	145
1. El valor del precedente en la Casación	145
2. La Casación y la «justicia del caso concreto»	151
3. La Casación y el reexamen del hecho	160
4. Conclusiones	164
§5. EL CONTROL DEL DERECHO Y DEL HECHO EN CASACIÓN	167
1. Hecho y derecho	167
2. Juicio de derecho y control del juicio de derecho	169
3. Puntos de vista del proceso y de la institución	174
4. El control del hecho	179
5. La decisión sobre el mérito	185
§6. EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL	191
1. Control de motivación y reexamen del mérito	191
2. Decisión y motivación	195
3. Inadecuación del control de motivación	200
4. El objeto del control	205
5. La reforma del art. 360 n. 5 CPC	212
§7. FUNCIONES Y PROBLEMAS ACTUALES DE LA CORTE DE CASACIÓN	221
1. Introducción	221
2. La crisis de identidad de la Casación	222
3. El problema de la nomofilaquia	225
4. La uniforme interpretación de la ley	230
5. Perfiles de reforma de la Casación	233
6. Conclusiones	236
§8. LÍNEAS PARA UNA REFORMA DE LA CASACIÓN CIVIL	237
BIBLIOGRAFÍA	263
ÍNDICE ONOMÁSTICO	273

INTRODUCCIÓN

1 Los ensayos que aquí son recogidos nacen de ocasio- nes diversas, pero están ligados por una común preocupación. Ella deriva de la constatación que respecto de la Casación civil se ha vuelto a discutir en los últimos años, inclusive en virtud de oportunas reformas, pero que en buena medida esta discusión se va desarrollando sobre la base de premisas inciertas y confusas y, en todo caso, dando por descontadas simplificaciones del todo infundadas en torno a aquello que la Casación civil es o debería ser. La discusión en curso parece más bien aumentar antes que reducir la confusión de ideas al respecto, de manera que se torna muy difícil entrever una base razonable sobre la cual fundar una reforma decorosa.

Entre las muchas cosas discutibles que caracterizan el «estado del problema» relativo a la Casación civil, una amerita, de modo especial, ser puesta en evidencia. Dado

que la fórmula de la «Casación única» se ha convertido en una especie de constricción del pensamiento, está muy difundida la postura consistente en considerar que la «naturalaleza» de la Casación y de sus funciones es simple y homogénea, clara y evidente. Desde este presupuesto la fórmula se mueve en varias direcciones, para proyectar reformas y para censurar adversarios reales o supuestos, para defender o criticar esta o aquella opinión.

El inconveniente que no se tiene en cuenta (y al cual, en cambio, alude el título de este libro) es que esta postura ontologizante y reduccionista, muy difundida pero poco explicitada, resulta manifiestamente infundada. En efecto, por un lado es fácil constatar que muchos de los que se ocupan del problema tienen ideas claras y simples sobre la Casación civil y sobre sus funciones, pero lamentablemente estas ideas son a menudo muy diferentes la una de la otra. Nada de extraño hay en aquello, pero se trata de una circunstancia que genera graves dudas en torno a la idoneidad de cualquier idea clara y simple sobre el problema de la Casación. Las cosas no mejoran si, como también sucede a menudo, la pluralidad de ideas viene simplemente removida o negada, ya que el negarse a ver aquello que perturba las propias concepciones nunca ha sido un buen método científico.

Por otro lado, a menudo no queda absolutamente claro si las diversas concepciones de la Casación se presentan como descripciones de lo que la Corte efectivamente hace, o como teorías prescriptivas de lo que ella debería hacer, o las dos cosas juntas. El ontologismo un poco *naïf* que caracteriza muchas contribuciones para el debate sobre la Casación, a menudo impide ver que puede existir una separación notable entre la teoría y la praxis de la

Casación civil e impide considerar que la constatación de una praxis teóricamente criticable no comporta, en absoluto, el abandono de la teoría de la cual se sirve para criticar (además de conocer) la praxis. En cambio, sucede que se convierte en método el «wishful thinking», es decir, el hábito de pensar que la realidad está hecha precisamente como se quisiera y a intercambiar la realidad por las propias teorías.

No se necesita mucho para comprender qué consecuencias se pueden derivar de dejarse llevar por indebidamente simplificaciones del fenómeno que se está considerando. No conocer la realidad o no distinguirla de la teoría puede, por ejemplo, dar lugar a la proyección de formas inútiles o contraproducentes, puesto que nunca se sabe bien si lo que se quiere es modificar la realidad o la teoría. Además, para proyectar reformas es útil saber qué resultado se quiere obtener, pero ello presupone tener conciencia de la posibilidad de diversos resultados, cada uno de los cuales puede estar teóricamente justificado en base a diversas concepciones sobre la función de la Casación civil.

Puede suceder que pase por adversario de la institución, o de alguno de sus aspectos (o sea de la Casación o de la función de nomofilaquia), quien simplemente no comparte la misma teoría respecto de lo que la institución debería ser, o quien parte de un análisis distinto de lo que la institución es en la praxis. También en esta dirección la tentación de las simplificaciones infundadas provoca perjuicios considerables y suministra una notable contribución a la confusión de las ideas.

2. Quien pone en discusión una postura difundida y consolidada tiene comúnmente una carga de demostra-

ción mucho más fuerte que quien se vale de aquella postura. Lo mismo sucede con el tema de la Casación civil: el lugar común es que sobre ella exista una concepción simple y unívoca, pese a que en realidad se trata de concepciones diversas, muy lejos de ser simples y unívocas. Por tanto, parece difundida la idea de que quien adopta este lugar común no tiene la carga de explicarlo o justificarlo, como si ello fuera *in re ipsa* o como producto de la «evidencia de las cosas». Por el contrario, corresponde a quien cuestiona el lugar común la carga de demostrar que ello está privado de sentido: en otros términos, corresponde a quien sostiene la complejidad, la variabilidad y la ambigüedad del fenómeno, y de las teorías que atañen a éste, demostrar precisamente que aquél no es ni simple ni claro.

En lo que respecta a la naturaleza y a las funciones de la Casación civil, esta carga puede ser absuelta de modo muy banal, es decir, remitiéndose a todo lo que de notorio existe alrededor del modo en el cual la Corte desarrolla (o no desarrolla) sus propias funciones, o bien, de manera muy empeñosa, con análisis articulados y complejos, empíricos y teóricos, sobre el rol institucional de la Corte.

Aquí podría ser oportuna y aceptable una vía de carácter intermedio, aunque necesariamente muy simplificada, que ponga en evidencia la ambigüedad que caracteriza al vértice del sistema judicial civil, sin pretender extraer de ello un cuadro completo y analítico.

Esta vía intermedia puede ser recorrida ofreciendo un cuadro compuesto por algunas distinciones o contraposiciones, con la advertencia de que aquellas no son en absoluto todas las que podrían ser trazadas, sino sólo las que parecen más importantes y además, con la adver-

tencia de que ellas implican la reducción a dos o a pocos los fenómenos que, por lo demás, tienen numerosas manifestaciones y variables.

a) La primera distinción está referida a los modelos que pueden ser empleados para configurar globalmente el rol de la Casación en el sistema global de la administración de justicia. Al respecto es útil tener presente que la Casación es sólo uno de los tipos posibles de corte superior y que el análisis comparativo ofrece, en cambio, un abanico muy diferenciado de modelos. Por ejemplo, uno es el rol institucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que efectúa al mismo tiempo el control de legitimidad y el de constitucionalidad de las leyes, resolviendo pocos centenares de casos cada año, y otro es el modelo de la Revisión alemana, que controla la legitimidad de la aplicación de la ley en el caso concreto resolviendo, también el mérito de la controversia. Luego, cosa diversa es «el modelo de Casación», que implica o admite la existencia de otras cortes supremas dentro del mismo sistema, pero confía a la Casación, al menos tendencialmente, sólo el control de legitimidad separado del pronunciamiento sobre el mérito de la causa.

Por consiguiente, la casación individualiza un tipo, y quizás ni siquiera el más importante, dentro de un panorama de modelos muy amplios y variados; pero esta circunstancia no elimina en absoluto los problemas de definición del rol de la Casación.

En efecto, por un lado se advierte que la función relativa al control de legitimidad sobre la aplicación de la ley efectuada por otros jueces no es, en absoluto, el *primum* de la Corte de Casación, siendo más bien una connotación constante de las cortes supremas en cuanto ta-

les. De lo que deriva que aquello que importa es otro factor, es decir, *el modo* en el cual el control de legitimidad es realizado en las diversas cortes supremas: así, por ejemplo, se debe considerar si tal control está o no separado de la decisión sobre el mérito, y en qué relación se encuentra aquél con el juicio de hecho, etc.

Por otra parte, sin embargo no parece que en este modo el «modelo de Casación» adquiriera connotaciones precisas y distintas. Como es sabido, no faltan hipótesis en las cuales a la Casación se le confía la tarea de pronunciar la sentencia de mérito, al menos cuando ello no implique un nuevo juicio de hecho (v. en efecto el art. 384 CPC, tal como ha sido reformado por la ley del 26 de noviembre de 1990 n. 353 referida a los *Provvedimenti urgenti per il processo civile*).

En realidad la Casación civil se encuentra, incluso históricamente, en un lugar intermedio entre dos modelos muy diferentes entre sí, sin coincidir con ninguno, pero trayendo de cada uno elementos contradictorios. El primer modelo es el de una Corte Suprema dotada de una función de control de legitimidad en estado puro, es decir, de interpretación de la ley en general. Este modelo está presente en algunas teorías de la Casación y especialmente en la, famosa e influyente, de CALAMENDREI. El segundo modelo es el de una Corte de tercera instancia, que es suprema porque se encuentra en el vértice del sistema de impugnaciones, pero desarrolla el control de legitimidad sobre la sentencia impugnada pronunciándose sobre el mérito de la controversia. Es claro que en ambos modelos se tiene una corte que verifica la legitimidad de la aplicación de la ley en un caso concreto, pero además, es evidente que el modo en el cual esta función se desarrolla es profundamente diverso en cada caso.

b) Una segunda distinción se refiere precisamente al modo en el cual viene desarrollada la función de control de legitimidad. Tal función se desarrolla con ocasión del juicio sobre un caso concreto, pero esto no es *a priori* un elemento discriminatorio, dado que es lo que sucede en todos los tipos de Corte Suprema (con la única excepción de las «sentencias sobre las directivas» de las cortes supremas de los países socialistas).

Aquello que importa y discrimina es, en cambio, la finalidad o la «dirección» del control de legitimidad. En efecto, la verificación de la legitimidad se puede realizar desde la decisión del caso concreto, considerándolo –por así decir– un «caso paradigmático». En esta situación la interpretación de la norma efectuada con ocasión de un caso particular está dirigida predominantemente *al futuro*, es decir, a los futuros casos idénticos o análogos, y su propósito principal consiste entonces en establecer un criterio válido para la decisión de estos casos futuros. Entonces, se puede decir que la función de la Casación está orientada hacia la creación de precedentes dirigidos a influenciar la jurisprudencia sucesiva (de los jueces de mérito, pero también de la misma Casación).

Por su parte, puede ocurrir que el control se realice solamente sobre la legalidad de la específica decisión impugnada. En esta situación el caso particular no es paradigma de nada y –por así decir– sólo se representa así mismo. El juicio de legitimidad efectuado por la Casación se dirige entonces sólo *al pasado*, dado que interesa sólo el supuesto de hecho (*fatispecie*) que se ha verificado y que ya ha sido decidido por otros jueces, lo cual tiene por finalidad descubrir y eliminar los errores eventualmente cometidos por aquellos en la aplicación de una

norma al caso concreto. Aquí se trata, exclusivamente, de control en sentido propio, centrado esencialmente sobre la adecuación de la interpretación de la norma a las específicas exigencias decisorias del caso concreto.

Evidentemente no se puede excluir *a priori* que los resultados específicos de estos dos procedimientos interpretativos, es decir, las interpretaciones-producto de una norma determinada, coincidan; pero ni siquiera se puede afirmar *a priori* que ellas coincidan necesariamente. En cambio, parece más razonable admitir que, en función de las diferencias entre las dos aproximaciones a la interpretación de la norma, los resultados interpretativos tiendan a ser en todo o al menos en parte diversos. Pero si es así, se concluye que no es posible reconducir hacia algo simple y homogéneo, o «independiente de los puntos de vista», la función consistente en el control de legitimidad.

c) Precisamente, en el ámbito de la idea general de nomofilaquia se perfila del resto una posible distinción, según cómo se defina el objeto de la «tutela de la legalidad» que se considera confiada a la Corte de Casación. Por un lado, en efecto, es posible entender la nomofilaquia como orientada esencialmente a la individualización del significado propio de la norma en sí considerada. No parece haber duda de que ninguna norma tenga en sí un sólo significado o un sólo significado «exacto» y que, al contrario, la interpretación sea obra esencialmente creativa en la cual el producto (es decir, el significado que viene asignado a la norma) depende de las opciones del intérprete. Pero precisamente ésto lleva a centrar la atención sobre el intérprete y sobre los métodos y procedimientos que éste emplea para realizar la interpretación.

En el caso de la Casación puede suceder que, precisamente, la actividad interpretativa (creativa y no determinada *a priori* por ningún significado presupuesto) esté orientada en el sentido de indicar en términos generales aquello que la Corte considera que es la interpretación propia de la norma. El análisis del caso singular puede ser útil para poner a prueba la interpretación, y eventualmente para hacer emerger la oportunidad de integraziones o modificaciones, pero la obra de nomofilaquia consistiría siempre en la formulación en términos generales del significado de la norma sometida a juicio. La interpretación realizada por la Casación tendría entonces analogías con la interpretación doctrinal, por estar orientada a proponer hipótesis interpretativas generales, salvo la diferencia de que la doctrina puede no elegir, mientras que la Casación debe, de cualquier manera, escoger una interpretación que considere correcta y preferible a otras. En esta perspectiva, la nomofilaquia viene a configurarse como una actividad de tutela del significado propio de la norma, aunque ella implique una continua reformulación ampliamente «creativa» de tal significado.

Sin embargo, la nomofilaquia también puede ser entendida de un modo del todo diverso. Por ejemplo, es posible definirla como tutela de la legalidad de la decisión en el caso concreto, es decir, en la específica sentencia que ha sido impugnada. En esta perspectiva, la interpretación de la norma se vuelve medio más que fin de la actividad de la Casación: en efecto, ella es el medio que sirve para verificar si la decisión impugnada es o no legítima. En tal caso, el núcleo esencial del control realizado por la Casación no es la interpretación de la norma, sino su aplicación al caso concreto. Se podría decir que aquí

la Casación no está ni siquiera orientada a la individualización de la «mejor» interpretación de la norma que califica el caso concreto: si de una norma son posibles más interpretaciones lícitas, y si la sentencia impugnada ha aplicado una de ellas, ésto debe bastar para decir que la legalidad ha sido respetada en aquel caso, aunque la interpretación adoptada en él no sea la más óptima, o no sea idónea para funcionar como regla general. Así, se hace posible la eventualidad de diversas interpretaciones de la misma norma en función de diversos supuestos de hecho (*fattispecie*), pues todas estas interpretaciones respetan el criterio *mínimo* de compatibilidad con el sistema y con los cánones generales de la interpretación de la ley.

En sustancia, en la primera concepción de nomofila-^① quia es la Casación la que escoge y propone una interpretación, indicándola como regla general e individualizándola entre diversas interpretaciones posibles; en la segunda concepción, es en realidad el juez de mérito quien realiza las elecciones decisivas del caso concreto, mientras la Casación se limita a verificar *ex post* que no sean violadas las condiciones mínimas de compatibilidad de la decisión específica con el sistema.

d) Lo que se acaba de señalar no es la única variación hallada al interior de la idea general de nomofilaquia. Puesto que se trata siempre de tutelar la legalidad, es necesario tener en cuenta que de este último concepto pueden darse diferentes versiones. Reduciendo mucho un panorama que podría ser muy complejo, vale la pena señalar dos de ellas.

Por un lado, se puede pensar en la legalidad formal que caracteriza marcadamente todas las concepciones

positivistas de la ley y del ordenamiento jurídico, y re- presenta al mismo tiempo el canon y el objetivo de la orientación que TARELLO eficazmente ha definido como «formalismo de la interpretación». Si ésta es la legalidad que viene tutelada, ella excluye opciones de valor por parte del órgano que efectúa la tutela, o al menos configura estas opciones como innecesarias: la legalidad formal de una interpretación o de una decisión deriva, en efecto, de relaciones de compatibilidad formal con el sistema y de criterios de validez, no de valoraciones «de contenido».

De otro lado, y abandonando las posiciones del positivismo formalista, se puede considerar que la legalidad corresponde a la justicia de la interpretación de las normas, es decir, a la elección de la interpretación que mejor corresponda a criterios «de valor» derivados de cualquier sistema que contemple calificaciones no formales de justo/injusto. Obviamente en esta perspectiva se coloca el problema fundamental de la elección del sistema de valores de justicia del cual se derivan los criterios de valoración destinados a ser empleados en la interpretación de las normas, pero este problema no es especialmente relevante en esta sede. Aquí sólo se observa que no hay nada de extraño, al menos en línea de principio, en concebir a la Casación como órgano supremo de garantía de la justicia en la interpretación de la ley, además de (o en vez de) tutela de la legalidad meramente formal. Naturalmente, ello implica, también, aceptar una consecuencia importante: la elección del sistema de valores, y la formulación de juicios de valor con los cuales se configuran las interpretaciones «justas», van integralmente imputadas a la Corte de Casación, que por tanto debe asumir la responsabilidad moral y *lato sensu* política.

Nótese que la distinción aquí trazada entre legalidad formal y justicia no corresponde a la distinción trazada líneas arriba entre la interpretación de la norma en términos generales y el control sobre su aplicación al caso concreto.

Es en efecto posible que la interpretación de una norma en términos generales venga efectuada con criterios de mera legalidad formal, y más bien este es un riesgo constante cuando se confunde la generalidad de una interpretación (es decir, su capacidad de ser aplicada a más casos) con su abstracción o con el hecho de estar fundada sobre criterios formalistas. Sin embargo, también es posible que la interpretación de una norma en términos generales sea *justa* bajo el perfil valorativo, cuando exprese una regla de juicio fundado sobre opciones axiológicas justas.

Por el contrario, puede suceder que también el control de los errores eventualmente presentes en la específica sentencia impugnada sea conducido según criterios «de contenido», antes que de legalidad formal. Asimismo, está presente y difundido el peligro de excesos en esta dirección, es decir, de un control que tienda a recaer sobre la «justicia del caso concreto» o sobre la equidad de la decisión de mérito, antes que sobre la validez o legitimidad de la interpretación y la aplicación de la norma. Por otra parte es posible que el control sobre la específica decisión ocurra según criterios de legalidad-justicia, si es que ello es cumplido aplicando al caso concreto criterios generales de interpretación de la ley.

e) Además de lo referido a la noción de nomofilia, variaciones y distinciones se imponen también respecto a la otra esencial función que tradicionalmente se

le asigna a la Corte de Casación, es decir, a la unificación de la jurisprudencia.

Por un lado, es posible considerar que una función de este género es irrelevante o incluso perjudicial. Quien piensa que la función de la Casación consiste esencialmente en controlar la legalidad de la decisión en el caso concreto tiende naturalmente a no valorar los efectos que el pronunciamiento específico de la Corte puede tener en el sentido de delinear los pronunciamientos de mérito relativos a otros casos iguales o similares; a igual o a mayor carencia de valor se expone la idea de que, al decidir el caso concreto, la Casación deba tendencialmente uniformizarse a la *propia* jurisprudencia precedente. Desde este punto de vista, la uniformidad de la jurisprudencia es indiferente, es un no-valor que no merece ser perseguido, y, por tanto, no provee criterios de orientación de la actividad de la Casación.

También es posible una versión más fuerte de la posición contraria a la uniformidad tendencial de la jurisprudencia que debería estar asegurada por la Corte.

El control que ésta debería ejercer sobre las decisiones de mérito y la influencia «uniformadora» que iría de algún modo reconocida en sus pronunciamientos pueden, en efecto, ser vistos como una indebida interferencia en la libertad que el juez debe tener en la interpretación y aplicación de la ley. También la idea de que la Corte deba, en alguna medida, uniformizarse a sus propios precedentes puede ser considerada como expresión de una concepción abstracta y formalista, en la cual las exigencias de justicia del caso concreto son sacrificadas. En esta perspectiva, la existencia de numerosos conflictos e incoherencias al interior de la misma jurisprudencia

cía de Casación, así como de diferencias muy marcadas entre las orientaciones de la Corte y las de los jueces de mérito, no son en absoluto expresiones de un fenómeno patológico. Por el contrario, se trata de consecuencias del todo obvias por el hecho de que –por así decir– cada caso concreto hace historia para sí y ninguna uniformidad puede ser encontrada, sino a costa de inútiles y peligrosas operaciones forzadas, en la infinita diversificación de los particulares supuestos de hecho (*fattispecie*).

Por otro lado, es posible considerar «en positivo» la uniformidad de la jurisprudencia que la Casación debería tendencialmente garantizar. Para hacer ello no es para nada necesario ser adeptos al formalismo veteropositivista, dado que la uniformidad de la jurisprudencia puede aparecer estrechamente conexa a valores de fondo de los ordenamientos actuales, como la igualdad de los ciudadanos frente a la ley o la certeza del derecho, entendidos –precisamente– no de manera abstracta y formal, sino como objetivos a realizar en la administración concreta de la justicia.

Desde este punto de vista, las contradicciones que existen al interior de la jurisprudencia de Casación, y entre ésta y la jurisprudencia de mérito, aparecen en alguna medida inevitables, pero son de cualquier modo inconvenientes que serían posiblemente removidos por la propia Corte de Casación. El problema que entonces se pone en evidencia es el relativo a los instrumentos a través de los cuales este objetivo sería perseguido: de un lado, se trata de pensar en mecanismos idóneos para prevenir y resolver conflictos entre la jurisprudencia de la Casación y, por el otro –pero son evidentemente cuestiones interconectadas–, de configurar efectos más intensos de los pronuncia-

mientos de la Corte sobre la decisión de casos iguales o análogos por parte de los jueces de mérito. Nuestro sistema está por muchas razones ligado a la regla de la eficacia sólo persuasiva del precedente y frente a la jurisprudencia, a menudo contradictoria o incoherente de la Casación, se ha intentado decir que por fortuna es así: en efecto, sería inimaginable el caos que se derivaría de una jurisprudencia hecha de diversos pronunciamientos contradictorios, pero todos vinculantes. Por otra parte, se podría observar que la jurisprudencia de la Corte también es contradictoria porque ella misma no se considera vinculada a sus propios precedentes y porque ella sabe que no produce precedentes vinculantes para los jueces de mérito y, por tanto, no siente la responsabilidad de la coherencia. Bajo este perfil, el sistema del precedente «persuasivo» parece favorecer la falta de homogeneidad de la jurisprudencia y se presta a valoraciones críticas por el bajo nivel de eficacia racionalizadora que lo caracteriza.

En todo caso, pese a que se admita que la uniformidad de la jurisprudencia es, en línea general, un valor positivo, diversas opciones son todavía posibles en cuanto a sus modalidades de actuación. Puesto que una uniformidad total y absoluta no es realizable, y no es ni siquiera ausplicable porque reduciría a cero la independencia del juicio y la discrecionalidad de la interpretación de la ley, se presenta el problema de qué uniformidad, en qué grado y en qué modo concretada es la racionalmente posible en un sistema que también debe asegurar la necesaria evolución de la jurisprudencia.

La relación uniformidad-diversidad o estabilidad-variación, aparece por lo tanto como una relación esencialmente ambigua y, se podría decir, insolublemente

ambigua: en efecto, parece imposible una opción radical por uno o por otro término, dado que la diversidad y la evolución no pueden significar el abandono de criterios generales en la interpretación de las normas, mientras que la uniformidad y la estabilidad no pueden convertirse en jaulas vinculantes para el intérprete.

f) Las variaciones y las incertezas no desaparecen ni siquiera cuando se configura la función de la Casación como garantía de la legalidad, bajo la óptica que parece haber inspirado el art. 111, segundo párrafo de la Constitución y que caracteriza a las relecturas más actualizadas sobre el rol institucional de la Corte.

En efecto, existe la posibilidad de configurar la garantía de legalidad en términos *objetivos*, atribuyendo a la Casación la tarea de asegurar la legalidad del ordenamiento. El objeto de la garantía viene a ser, por lo tanto, el sistema de las normas: por un lado, se trata de asegurar la reacción del ordenamiento contra las violaciones de las normas, que precisamente pondrían en crisis la legalidad del sistema; por otro lado, la legalidad debe ser garantizada teniendo como principales puntos de referencia a los valores del ordenamiento, como la igualdad frente a la ley, la certeza de la interpretación, la coherencia de las soluciones interpretativas. En esta perspectiva, el hecho de que la Corte desarrolle su propia función en relación a un caso concreto se explica en cuanto lo hace respecto de ese caso donde debe ser ejercido el control de legitimidad dirigido, precisamente, a la remoción de las violaciones de la ley. Sin embargo, el control de legalidad sobre el caso concreto representa un aspecto específico de una función de carácter más general: es la ocasión que se aprovecha para actuar la garantía de legalidad

del ordenamiento, pero no es más que esto. El sistema se sirve de la iniciativa de los particulares en el caso concreto, para hacer emerger los problemas de legitimidad según un criterio de selección que es, precisamente, el interés de las partes en la específica controversia: pero el objetivo institucional que se persigue es de dimensión diversa y no está vinculado con el interés específico del recurrente, ya que aquél versa sobre la actuación de la ley en cuanto tal, más que sobre la satisfacción del interés particular.

Sin embargo, este orden de ideas sobre la garantía de legalidad no es el único posible. Por el contrario, desde hace un tiempo surgió, precisamente en conexión específica con el art. 111, segundo párrafo de la Constitución, una concepción *subjetiva* de tal garantía, según la cual todo sujeto involucrado en una controversia tendría por esto mismo un derecho individual al control de legalidad sobre su caso, es decir –en sustancia– un derecho subjetivo individual al juicio de Casación. Es decir, se trata de garantizar al ciudadano contra las violaciones de ley, siendo las situaciones jurídicas individuales objeto de la garantía de legalidad: los que están garantizados son los derechos subjetivos, mientras la legalidad del ordenamiento permanece en el fondo y no es tomada en consideración.

Evidentemente, esta concepción tiene implicancias fuertes y complejas, y trae a colación, aún antes que las concepciones de legalidad, problemas generalísimos como el referido a la relación entre ciudadano y Estado. No es casual que el control de legalidad en Casación tienda a ser configurado como objeto de una garantía individual, asistida por el principio constitucional, sobre todo en el

ámbito del proceso penal, donde se trata principalmente de asegurar los derechos del acusado, o –en el ámbito del proceso civil– cuando se hace prevalecer la perspectiva endoprocesal que acuerda la preeminencia de los derechos de las partes a obtener el control final de legalidad sobre la sentencia de la cual sufren sus efectos.

En esta perspectiva, el contenido esencial y primario de la garantía de legalidad consiste precisamente en asegurar que sean integralmente satisfechos los derechos de los sujetos involucrados en el proceso: por consiguiente, es el caso concreto, definido por las específicas situaciones jurídicas subjetivas que en él se ponen en juego, el que individualiza el ámbito en el cual la legalidad va actuada. El hecho de que, como consecuencia de aquello, se realice también un fragmento de legalidad del sistema constituye una mera eventualidad, oportuna y ausplicable, pero en el fondo no dotada de relevancia autónoma.

Frente a esta distinción entre versión objetiva y subjetiva de la garantía de legalidad quizás se podría pensar que se trata de una distinción abstracta y, como tal, irrelevante e inoportuna y que, en cambio, exista una sola garantía de legalidad, donde haya una coincidencia automática entre la dimensión objetiva y subjetiva. En otros términos: la tutela de los derechos subjetivos individuales agotaría las «necesidades de legalidad» del ordenamiento y, a su vez, la garantía objetiva de la legalidad no podría más que resolverse en la tutela de los derechos individuales.

Sin embargo, este modo de pensar es menos obvio de cuanto parece a primera vista, y es más bien un buen ejemplo con el cual se demuestra que una cosa banal no es, por ello mismo, cierta.

Ante todo, parece claro que se trata de una versión de la concepción subjetivista de la garantía de legalidad, no de una demostración de la coincidencia entre dimensión subjetiva y dimensión objetiva de la legalidad. Si frenate a dos concepciones en contraste se afirma que una absorbe a la otra, o que la segunda se reduce a la primera, esto significa tomar posición por el predominio de una de las dos concepciones, pero no significa eliminar el contraste, ni mucho menos demostrar que aquél no existe.

Por otra parte, es lícito pensar que el control de legalidad pueda (no deba necesariamente) ser distinto según que la interpretación de la ley sea efectuada teniendo en cuenta criterios que privilegien la coherencia de la decisión del caso concreto con el sistema (igualdad, estabilidad, uniformidad, previsibilidad, etc.), o bien criterios que privilegien la tutela de los intereses específicos de las partes en el caso concreto (atención al hecho, especificidad del supuesto de hecho –*fattispecie*– jurídico construido en sede interpretativa, cálculo de las consecuencias específicas de la decisión, consideración de las peculiaridades subjetivas, etc.). Pero si estos resultados pueden, en línea de principio, ser diversos, obviamente es imposible decir que ellos *a priori* coinciden.

Además, consecuencias diversas se verifican según se asuma una concepción objetiva o subjetiva de la garantía de legalidad. Para dar un sólo ejemplo: la concepción objetiva puede legitimar un sistema de selección de recursos en Casación, eventualmente fundado sobre criterios de «importancia general» de la cuestión de derecho que el recurso contiene. Al contrario, la concepción subjetiva de la garantía está tendencialmente en contraposición con la idea de que se puedan seleccionar los recursos de Casa-

ción, o si precisamente una selección no es evitable, esto implica que aquella se desarrolle con criterios referidos a los intereses de las partes en la controversia.

Por lo tanto, versión objetiva y versión subjetiva de la garantía de legalidad no son dos modos diversos para indicar la misma cosa, ni fenómenos equivalentes o destinados a fundirse, de alguna manera, el uno con el otro. Representan en cambio los polos de un espacio conceptual diferenciado dentro del cual el problema de definir el contenido de semejante garantía puede recibir respuestas muy diversas.

g) Las distinciones y oscilaciones no se refieren solamente al modo en el cual la Corte de Casación desarrolla su propio rol efectuando el control de legitimidad. En efecto, es cierto que la Corte no puede controlar la verificación del hecho realizada por el juez de mérito, y que sólo puede controlar la coherencia y la congruencia de la motivación sobre el juicio de hecho, pero también, sobre todo esto no faltan problemas e incertezas.

Por un lado, no es del todo cierto que el juicio de Casación no alcanza, en modo alguno, a la verificación de los hechos. En efecto, el art. 384 CPC, modificado por la reforma del '90, prevé que la Corte decida la causa sobre el mérito si no son necesarias «ulteriores verificaciones de hecho». Precisamente, la norma excluye que la Corte pueda proveer estas «posteriores verificaciones», y le permite decidir la causa sólo cuando el hecho haya sido «tomado» tal como fue establecido por el juez de mérito. Pero esto induce, de alguna manera, a que en Casación se valore el hecho, aunque sea solamente con el fin de establecer si las nuevas comprobaciones son o no necesarias: los límites de esta valoración no son claros,

pudiendo la Corte limitarse a considerar si tales verificaciones son necesarias o no, como consecuencia del pronunciamiento *in iure* que la Corte misma considera debe expedir, pero quizás pudiendo, dicha valoración, extenderse al fundamento del juicio de hecho formulado por el juez de mérito. Si esta segunda línea interpretativa, aunque impropia desde el punto de vista de las concepciones tradicionales sobre el rol de la Casación, debiera de algún modo encontrar espacio, no sólo se verificaría un consistente desplazamiento de la Casación hacia el modelo de un juez de tercera instancia, lo que ya ahora sucede como producto de la posibilidad de decisión sobre el mérito previsto por el nuevo art. 384, sino que también se produciría un significativo desplazamiento de la Casación, desde su función de «juez de la legitimidad» a la de «juez del hecho», lo cual obligaría a reexaminar a fondo la colocación y las funciones institucionales de la Corte.

Por otro lado, también el poder de control sobre la motivación se expone a dudas e incertezas.

La duda fundamental, que se puso en evidencia en la conocida obra de CALOGERO, pero que reaparece también en la doctrina más reciente, está en saber si es posible un control que recaiga sólo sobre la logicidad de la motivación o, por el contrario, si el control sobre la motivación implica inevitablemente un reexamen del juicio sobre el hecho. Sobre el plano teórico no parece discutible la posibilidad de configurar un control que recaiga sólo sobre la coherencia y la congruencia de los argumentos con los cuales el juez de mérito ha justificado la verificación del hecho; por tanto, existe una neta distinción entre control sobre la motivación y reexamen del

hecho. Sin embargo, la circunstancia que aquello sea objeto de dudas recurrentes arroja algunas incertezas sobre la teoría del control sobre la motivación.

Un aspecto mucho más relevante de incerteza se refiere no a la teoría, sino a la praxis de la Casación en orden al control sobre la motivación. No parece infundada la impresión de que la Corte ejerce poco y mal este control: poco porque parece orientada en el sentido de tomar en cuenta sólo los vicios más gruesos de las motivaciones de los jueces de mérito, convalidando motivaciones que en realidad no proveen una justificación suficiente de la decisión sobre el hecho; mal porque la Corte cultiva concepciones inatendibles de la motivación—como aquella por la cual ésta realizaría una rendición de cuentas del iter lógico seguido por el juez para llegar a la decisión— y, en consecuencia, ejerce el control según criterios muy discutibles y a menudo no claros. También como consecuencia de aquello a menudo sucede que la Casación, llamada a controlar la logicidad de la motivación, se empeña en realizar —de manera más o menos subrepticia— una verdadera y propia revisión del juicio de hecho y de la valoración de las pruebas. Es claro que, en este sentido, hay inclinaciones de distinta naturaleza, como el hecho de que a menudo las partes recurren en Casación alegando un vicio de motivación, pero en realidad, intentando provocar un reexamen del hecho. Sin embargo, continúa siendo evidente que la Corte cae en una desviación muy grave respecto a los límites institucionales de sus funciones cuando interpreta el control sobre la motivación como si éste implicase una nueva verificación del hecho. La experiencia común dice que, sobre todo, esta desviación aparece a menudo porque la

Casación muestra no poseer una adecuada «cultura del control sobre la motivación»: pero entonces es necesario reconocer que existe un elemento de grave incerteza y de oscilación entre modelos institucionales muy diferentes, en el modo en el cual la Corte interpreta concretamente su propio rol de garante de la adecuación de las razones con las cuales los jueces de mérito justifican la verificación del hecho.

El problema no se resuelve, como a veces ha sido sugerido, definiendo diversamente el objeto del control sobre la motivación o proyectando su eliminación. La idea de que el deber constitucional de motivación (art. 111, primer párrafo) se refiera al juicio de derecho y no al juicio de hecho no parece en sí sostenible y, de cualquier manera, la Casación y la doctrina siempre han considerado que el control sobre la motivación contiene (también, o solamente) la justificación del juicio de hecho.

Inclusive la sugerencia de derogar el n. 5 del art. 360 CPC, que ha devenido en recurrente desde hace algún tiempo, nace de una formulación impropia del problema que concierne al control sobre la motivación por obra de la Casación. En efecto, por un lado no se olvida que aquél fue creado por la Casación bajo el código de 1865, que no lo preveía expresamente, por consiguiente, es lícito considerar que la Corte continuaría ejercitándolo (bien o mal, y más probablemente mal) también cuando se eliminase el n. 5 del art. 360. Por otra parte, es necesario considerar que el verdadero problema no se refiere, en abstracto, al control sobre la logicidad de la motivación, que más bien realiza una importante garantía de racionalidad de la decisión, sino al modo en el cual ello viene concretamente ejercitado por la Casación. Entonces, es

cierto que probablemente sería oportuna una formulación más restrictiva que la actual, pero es necesario darse cuenta del hecho que las formulas normativas tienen escasa importancia sobre el tema que aquí se considera y que, en cambio, el factor más importante está constituido por modelos conceptuales y culturales que la Corte asume como puntos de referencia.

Por lo tanto, derogar el art. 360, n. 5 sería inútil y contraproducente, mientras que su mejor formulación sería útil pero no decisiva en el propósito de inducir a la Casación a redefinir de manera apropiada, y a observar los límites de su propio rol en orden al control sobre la motivación.

Por otra parte, es evidente que el problema fundamental vuelve a ser la no clara definición de tal rol, en la teoría y en la praxis de la Corte, con la consecuente oscilación entre concepciones profundamente diferentes y entre modelos no coincidentes con aquél que la Casación debería ser en el sistema apreciado integralmente.

3. Como se ha señalado anteriormente, las distinciones que se han enunciado no son en absoluto todas aquellas que podrían ser formuladas en torno a lo que la Casación hace y en torno al modo en el cual se teoriza lo que la Casación es o debería ser. Además, cada una de esas distinciones reduce en términos simples variaciones que son mucho más diferenciadas, numerosas e imprecisas. Así, por ejemplo, otras distinciones podrían ser formuladas en torno al rol de la Casación en el ámbito del proceso civil frente a su rol en el proceso penal, o bien, teniendo en cuenta el sistema de las impugnaciones del cual el recurso de Casación constituye una parte que puede asumir funciones diversas, según cómo se confi-

gure la apelación. Así, algunas de las distinciones indicadas podrían ser ulteriormente articuladas ya que, por ejemplo, es posible individualizar otras y más numerosas versiones del concepto de nomofilaquia, respecto a aquellas que se han mencionado líneas atrás.

No obstante estos aspectos que evidencian una falta de plenitud en el análisis, aquella serie de distinciones parecen suficientes para trazar un mapa de los nudos problemáticos más importantes, o de los «pasajes inciertos» a través de los cuales debería realizarse cada análisis no ingenuo ni apurado del rol instrumental y de las funciones de la Casación civil.

Aquella serie de distinciones es suficiente para ejemplificar las muchas ambigüedades que caracterizan al instituto y que emergen bajo varios perfiles.

Hay ambigüedades incorporadas en lo que la Casación concretamente hace, dado que ella se mueve erráticamente entre varios modelos, interpretando uno u otro, comportándose a veces como Corte Suprema y, más a menudo, como juez de tercera instancia, o a veces como custodio de la legitimidad o, más a menudo, como juez del caso concreto, o a veces como garante de la racionalidad o, más a menudo, como juez de hecho.

Luego, hay ambigüedades en los discursos de quien describe o teoriza la Casación civil, ya que también aquí entran en juego modelos conceptuales e institucionales muy diversos pero no siempre racionalizados, premisas culturales e ideológicas a menudo no explicitadas y, a veces, probablemente no conocidas, y reconstrucciones no raramente aproximativas y demasiado simplificadas (cuando no del todo inadmisibles) de lo que la Casación efectivamente hace.

Al final e inevitablemente, hay ambigüedades e incertezas incorporadas en los programas y en las perspectivas de reforma de la Corte de Casación. No siempre es claro desde qué análisis de la realidad se mueven las propuestas de reforma, ni desde qué tipo de Corte de Casación o de Corte Suprema, ellas se pretenden realizar. Hay hipótesis de reforma, como las que postulan sistemas de selección de recursos o una sumaria decisión en función de la manifestada fundabilidad o infundabilidad del recurso, que parecen moverse en el ámbito de algún «modelo de corte suprema». Hay otras en cambio, parcialmente realizadas, que prevén la transformación de la Casación en una Corte de mérito de tercera instancia, previendo precisamente que, en hipótesis más o menos numerosas, la Corte no se limite sólo a pronunciarse sobre la legitimidad de la sentencia impugnada. Más a menudo aparecen propuestas de reforma que no se inspiran de modo coherente en ningún modelo, ni están dirigidas a producir un tipo definido de Corte de Casación, porque juntan propuestas heterogéneas y a menudo extemporáneas, nacidas de una visión fragmentaria y descoordinada, cuando no simplista y reductiva, de la Casación y de sus problemas. En estos casos, la ambigüedad del proyecto reformador alcanza el grado máximo, ya que emergen mosaicos con pedazos distintos, cada uno de los cuales se dirige a un modelo diverso de Corte Suprema.

Los ensayos que aquí son recogidos no están destinados a resolver las ambigüedades, sino a ponerlas en evidencia. A veces ellos indican respuestas a algunos problemas, pero siempre teniendo conciencia de la extrema relatividad de sus términos y de las premisas que condicionan las posibles soluciones de ellos.

En el fondo, la razón por la cual ellos han sido escritos, y por la cual vienen reunidos¹, no se funda en la aspiración de suministrar respuestas rápidas o soluciones fáciles. La razón reside en un ángulo opuesto: se encuentra, como se decía al inicio, en la insatisfacción por las posturas que no tienen en cuenta la complejidad de los problemas, escondiéndolos detrás de respuestas engañosamente simples.

Es más útil suscitar incertezas que suministrar respuestas: si este libro provocará dudas sobre lo que la Casación civil es y sobre lo que debería ser, entonces habrá alcanzando su objetivo.

1. Los ensayos sobre el control del derecho y del hecho en Casación y sobre las funciones y los problemas actuales de la Casación son inéditos.