

“El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil”, de Michele Taruffo (Biblioteca de Derecho Procesal, Directores: Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Editorial Palestra, Perú, 2006).

La metáfora mítica de la función de la Casación¹ ha sido el esfuerzo de Argos Panoptes, cuyos cien ojos vigilaban intermitentemente, día y noche, a la ninfa Io. Se pretendía que la Casación supervisara, obsesiva y celosamente, la observancia del derecho objetivo y defendiera la vigencia de la ley, y la uniformidad en su interpretación y aplicación. Aciago fue el destino de Argos cuando Hermes, con su flauta, logró que todos los ojos de Argos desfallecieran. Así ha pasado con la Casación y su ambiciosa pretensión. Mucho tiempo después, con mayor sentido de la realidad, se ha comprendido que la función de la Casación se parece más a la figura, también mítica, de Proteo, el dios de la metamorfosis, de la ambigüedad, del cambio, de la incerteza, de la inconstancia.

Michelle Taruffo enrostra en esta obra la muy difundida postura consistente en considerar que la “naturaleza” de la Casación y de sus funciones es unívoca, simple, homogénea, clara y evidente. Esta postura, ontologizante y reduccionista, es –según sostiene Taruffo– infundada: se trata en realidad de concepciones diversas, que demuestran la complejidad, la variabilidad y la ambigüedad del fenómeno.

Taruffo dedica todos los ensayos contenidos en este libro a poner en evidencia dicha ambigüedad, ofreciendo un cuadro compuesto por algunas distinciones o contraposiciones. Aquí sólo habré de detenerme en las más importantes, a saber:

1) La casación se encuentra en un lugar intermedio entre dos *modelos*, trayendo de cada uno elementos contradictorios:

- a) Una corte suprema dotada de una función de control de legitimidad en estado puro, es decir, de interpretación de la ley en general (Calamandrei); y
- b) Una corte suprema que desarrolla dicho control de legitimidad sobre la sentencia pronunciándose sobre el mérito de la controversia.

2) Aquello que importa y discrimina es, en cambio, la *finalidad* o la “*dirección*” del control de legitimidad:

- a) La verificación de la legitimidad se puede realizar desde la decisión del caso concreto, considerándolo –por así decir– un “caso paradigmático”, dirigida predominantemente *al futuro*, es decir, a los futuros casos idénticos o análogos, y su propósito principal consiste en establecer un criterio válido para la decisión de estos casos futuros e influenciar la jurisprudencia sucesiva de los jueces de mérito y de la Casación misma (precedente);

¹ Cita de D’Amelio en CALAMANDREI, Piero, *Casación Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, EJEA, Buenos Aires, p. 17.

b) 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 sólo se representa a sí mismo. El juicio de legitimidad se dirige sólo *al pasado*, dado que interesa sólo el supuesto de hecho (*fattispecie*) 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.

3) En el ámbito de la idea general de nomofilaquia se perfila también una posible distinción:

a) Esta puede ser entendida como orientada en el sentido de indicar *en términos generales* aquello que la corte considera que es el significado propio de la norma. El análisis del caso singular puede ser útil para poner a prueba la interpretación;

b) Es también 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 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 siquiera orientada a la individualización de la “mejor” interpretación: si de una norma son posibles más interpretaciones lícitas, y la sentencia impugnada ha aplicado una de ellas, esto debe bastar para decir que la legalidad ha sido respetada en aquel caso, aunque la interpretación adoptada en él no sea la óptima, o no sea idónea para funcionar como regla general.

En la primera concepción es la casación la que escoge y propone una interpretación, indicándola como regla general e individualizándola entre diversas interpretaciones posibles; en la segunda, 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.

4) Hay también otra variación en el interior de la idea general de nomofilaquia:

a) Por un lado, se puede pensar en la legalidad *formal* que caracteriza todas las concepciones positivistas de la ley y del ordenamiento jurídico que excluyen 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”;

b) De otro lado, 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.

5) También existen variaciones y distinciones en la otra esencial función que tradicionalmente se le asigna a la Casación: la unificación de jurisprudencia, a saber:

a) Esta puede ser vista como una indebida interferencia en la libertad que el juez debe tener en la interpretación y aplicación de la ley o, en la misma línea, como una 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 de la casación, así como de diferencias muy marcadas entre las orientaciones de la corte y de los jueces de mérito, no son en absoluto expresiones de un fenómeno patológico sino consecuencias del todo obvias por el hecho de que 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;

b) Por otro lado, es posible considerar “en positivo” la uniformidad de la jurisprudencia que la Casación debería tendencialmente garantizar: la uniformidad de la jurisprudencia puede aparecer estrechamente conexas a valores de fondo de los ordenamientos actuales, como la igualdad de los ciudadanos frente a la ley o la certeza del derecho, entendidos no de manera abstracta y formal sino como objetivos a realizar en la administración concreta de la justicia.

Dado que la uniformidad total y absoluta no es realizable y no es ni siquiera ausplicable porque reduciría a cero la independencia del juicio, la relación uniformidad-diversidad o estabilidad-variación aparece como una relación esencial e insolublemente ambigua: así como la diversidad y la evolución no pueden significar el abandono de criterios generales en la interpretación de las normas, tampoco la uniformidad y la estabilidad pueden convertirse en jaulas vinculantes para el intérprete.

Se puede reconocer, dice Taruffo, que la estabilidad y la uniformidad de la jurisprudencia de Casación no son valores absolutos y que más bien resulta indispensable un notable grado de elasticidad interpretativa para asegurar la concreta adaptación del derecho a las necesidades y a los valores de una sociedad en rápida transformación. Pero cuando la elasticidad interpretativa se convierte en una desordenada casualidad, en una masa de decisiones que escapan a cualquier criterio racional, se verifica una degeneración que coloca a la Corte fuera de las coordenadas institucionales que definen su naturaleza y función.

6) Incluso, dentro de la uniformidad, se puede distinguir todavía entre una uniformidad *sincrónica* y una uniformidad *diacrónica*:

- a) Por uniformidad *sincrónica* se puede entender la aplicación de la misma interpretación a todos los casos que, en el mismo momento, son juzgados según una misma norma, entendiendo “el mismo momento”, desde luego, como un razonable período de tiempo.
- b) Por uniformidad *diacrónica* se puede entender el mantenimiento de la misma interpretación en el tiempo, o al menos por períodos de tiempo bastante largos.

Ambos conceptos de uniformidad, según Taruffo, poseen alguna connotación positiva, pero si ellos fueran empleados juntos y de manera absoluta, de esto resultaría un sistema imposible e inoportuno: lo primero porque ninguna corte podría garantizar una uniformidad absoluta, y lo segundo porque ello significaría cristalizar una interpretación, bloqueando la evolución del derecho y haciendo de la nomofilaquia una operación formalista, antes que una actividad de creaciones “justas”. El punto de equilibrio puede identificarse en la idea de *variación justificada*: la uniformidad debería ser mantenida por la casación en tanto no surjan razones que justifiquen una interpretación diversa, por ejemplo cuando cambian los juicios de valor que inciden sobre la interpretación de la ley.

7) Las variaciones e incertezas no desaparecen ni siquiera cuando se configura la función de la Casación como garantía de legalidad:

- a) 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 normas: por un lado, se trata de asegurar la reacción de ordenamiento contra las violaciones de las normas; 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. El control de legalidad sobre el caso concreto es, en esta perspectiva, la ocasión que se aprovecha para actuar la garantía de la legalidad del ordenamiento, pero no es más que eso.

- b) Sin embargo, desde hace un tiempo surgió 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, un derecho subjetivo individual al juicio de Casación: los que están garantizados son los derechos subjetivos, mientras que la legalidad del ordenamiento permanece en el fondo y no es tomada en consideración. 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. 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.

En definitiva, sostiene Taruffo, la Casación está destinada a permanecer como un híbrido entre el instituto delineado por Calamandrei en función de intereses generales, y un remedio creado para responder al interés privado de las partes para obtener un reexamen de la sentencia de mérito, es decir entre la relación dialéctica entre el “ius constitutionis” y el “ius litigatoris”.

El autor tampoco descuida, de la mano de la teoría hermenéutica de la interpretación, que la solución del caso no se encuentra en la norma sino que ella deriva, en cambio, de un complejo procedimiento dialéctico en el cual norma, supuesto de hecho concreto y hecho interactúan en diversas fases y niveles: el modo en el cual la norma es interpretada para ser aplicada al caso concreto implica siempre precisiones y transformaciones de su significado, en el cual se combinan razonamiento y opciones valorativas.

8) Tampoco faltan incertezas en la función de la Casación de control de la coherencia y congruencia de la motivación del juicio de hecho, que no implica un reexamen sobre dicho juicio. La duda, puesta en evidencia por Calogero, 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 esta posibilidad, pero la praxis de la Casación exhibe que a menudo dicho control se realiza “poco y mal”, y que también 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.

Hay ambigüedades en lo que la Casación efectivamente hace, 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.

Esa ambigüedad, advertimos, se acentúa con el reconocimiento, efectuado tanto en el ámbito americano como europeo, al acusado condenado por una sentencia penal, de un derecho fundamental a reprobación en forma integral, comprensivo de las cuestiones de derecho y las de hecho y prueba que tolere la intermediación, el fallo condenatorio ante un tribunal superior, reconocimiento del que no es beneficiario el acusador, cuyo recurso sigue limitado por las fronteras tradicionales del recurso de casación. Aquí la contraposición entre legalidad formal y justicia del caso se produce de un modo más patente, dependiendo de cuál sea la parte que provoca, a través de su recurso, la actuación de la Casación (el acusador o el acusado). Aún dentro de los acusadores (público o particular) se pueden encontrar diferencias de amplitud en sus recursos, lo que acentúa aún más las ambigüedades.

Como bien dice el autor, las cuestiones expuestas en sus ensayos no están destinadas a resolver las ambigüedades, sino a ponerlas en evidencia, sin fundarse en la aspiración de suministrar respuestas rápidas o soluciones fáciles. La razón reside en el ángulo opuesto: se encuentra 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, concluye Taruffo, suscitar incertezas que suministrar respuestas: si este libro provocará dudas sobre lo que la Casación es y sobre lo que debería ser, entonces habrá alcanzado su objetivo.

La utilidad de la obra de Taruffo para los estudiosos de la casación, y en general de la impugnación recursiva de las sentencias, es inestimable, pero más por los problemas que plantea que por las soluciones que ofrece. Es que, bien mirado, en el planteo correcto que hace de los problemas está el único camino posible para encontrar las soluciones. Pese a las insuprimibles ambigüedades, Taruffo no deja de formular una propuesta de reforma del sistema de casación que propenda a la recuperación de su rol institucional.