

sis. El respectivo grado de autoridad se coloca, en efecto, a niveles tan diversos que cualquier analogía produciría enredos.

2) Es oportuno pensar que el pronunciamiento específico de la Casación no tiene por sí mismo, salvo prueba en contrario, valor de precedente.

De un lado, como dije antes, la *ratio decidendi* real es, a menudo, tan específica que hace improbable su extensión a otros casos. De otro lado, dado que el pronunciamiento específico se coloca, a menudo, dentro de una serie de pronunciamientos sobre la misma cuestión, y que esta serie es comúnmente desordenada y contradictoria, sería impropio tomar en cuenta sólo un elemento de la serie. En especial, es la jurisprudencia de la Corte la que puede tener algún valor, admitiéndose que previamente se establezca cuál es la orientación prevaleciente respecto de la cuestión en concreto, y cuál es la línea evolutiva que da lugar a soluciones probablemente irreversibles²².

²². Cfr. VELA, *op. loc. cit.*

§5

El control del derecho y del hecho en Casación

1. HECHO Y DERECHO

El análisis del control del derecho y del hecho en Casación debe ser afrontado desde una consideración metodológica de orden general.

Ésta concierne al clásico y multiforme problema de la distinción entre hecho y derecho que se ha presentado y se presenta en los contextos más diversos, desde la teoría general de la interpretación hasta el análisis del juicio de Casación. Aquí no deseo afrontar directamente este problema y, además, ello no es necesario para nuestros propósitos.

Sin embargo, vale la pena hacer una sintética consideración, con el objeto de limpiar el campo de posibles equívocos y de aclarar las premisas generales de cuanto diré a continuación.

Una primera consideración al respecto es que la relación hecho/derecho, en general y en el ámbito del juicio de Casación, no puede ser leída en clave de relación entre premisa mayor y premisa menor del silogismo judicial. Desde hace algún tiempo es claro que el esquema silogístico es reductivo e inatendible y, por tanto, resulta obvio que se descarte (diría, sobre todo) como instrumento de análisis del juicio de Casación.

Una segunda consideración es que la distinción en examen va formulada en términos diversos en los diversos contextos: así, por ejemplo, una cuestión de valoración de pruebas es «de derecho» si se refiere a la aplicación de reglas de la prueba legal, y una cuestión procesal es «de hecho» bajo el perfil de los poderes de revisión de la Corte de Casación.

Se puede entonces formular la distinción hecho/derecho en función de lo que aquí interesa, es decir, bajo el perfil del control que la Casación ejercita sobre la sentencia impugnada, sin involucrar en ello problemas de orden más general y variantes que no vienen al caso en este contexto.

La distinción puede ser formulada en estos términos:

a) es «hecho» todo y solamente aquello que se refiere a la verificación de la verdad o falsedad de los hechos empíricos relevantes, salvo lo concerniente a la aplicación de normas relativas a la admisibilidad y a la asunción de las pruebas, o de normas de prueba legal;

b) es «derecho» todo aquello que concierne a la aplicación de normas, es decir, particularmente: *b1)* la selección de la norma aplicable al caso; *b2)* la interpretación de tal norma; *b3)* la calificación jurídica de los hechos y la sub-

sunción de ellos en el «supuesto de hecho (*fattispecie*) abstracto»; *b4)* la determinación de las consecuencias jurídicas que están previstas por la norma y que están referidas al caso concreto. Se trata evidentemente de un esquema hipersimplificado que, sin embargo, puede ser suficiente como base para continuar con el discurso.

2. JUICIO DE DERECHO Y CONTROL DEL JUICIO DE DERECHO

Hemos visto que, a través de una consideración sintética y superficial, el juicio de derecho resulta bastante complejo porque está compuesto de una serie de, por lo menos, cuatro actividades diversas (sería mucho más complejo si se profundizará un poco más el análisis).

Pese a ello, existe un ulterior elemento de complicación que se debe tener en cuenta si se quiere entender en qué consiste el control que la Casación ejercita sobre el juicio de derecho. A este propósito es oportuno distinguir cuatro puntos de vista:

a) el primero es la teoría de la interpretación/aplicación de la ley. Ésta configura la formulación del juicio de derecho según el orden que he empleado, es decir, *a1)* elección de la norma aplicable, *a2)* interpretación de ella como adscripción de significado (o de varios significados, con su respectiva elección) al enunciado normativo; *a3)* calificación jurídica de los hechos concretos según el supuesto de hecho abstracto previsto en la norma; *a4)* determinación de las consecuencias jurídicas. Las últimas dos actividades, es decir, la calificación jurídica del hecho y la determinación de las consecuencias, constituyen aquello que usualmente se denomina aplicación de la norma al caso concreto.

b) El panorama cambia completamente si se mira el juicio de derecho desde el punto de vista de su formulación por parte del juez (de mérito).

Al respecto, creo que los análisis más profundos y más atendibles son aquellos que provienen en parte de ENGLISH y en parte de la «escuela de la hermenéutica» alemana (especialmente LARENZ, HRUSCHKA, HASSEMER, KAUFMANN y también ESSER) y, por tanto, me remito a estas fuentes en lo referido a la «teoría hermenéutica del juicio de derecho». Sin embargo, observo sintéticamente que en base a esta teoría el esquema del juicio delineado en la teoría de la interpretación resulta afectado. Así, por ejemplo, se pone en evidencia el aspecto dialéctico y, de cierta manera, circular o «en espiral» de la relación norma-hecho; la calificación jurídica del hecho viene apreciada como el fruto del isomorfismo entre construcciones conceptuales que «se aproximan» entre sí, antes que constituir operaciones deductivas o subsuntivas; resulta claro que la elección de la norma aplicable es una consecuencia del modo cómo se «construye el caso», y que también las opciones interpretativas son a menudo la consecuencia, más que la premisa, del supuesto de hecho concreto que debe ser calificado jurídicamente. Por tanto, no sólo es posible tener noción del orden de los factores del juicio de derecho, sino que queda claro que su dinámica interna resulta variable y compleja, dialéctica y circular, con elementos que desarrollan el rol ya sea de premisas o de consecuencias. Tomada como análisis *de cómo el juicio es formulado* esta teoría es, con toda probabilidad, atendible. De otro lado, fuera de la doctrina hermenéutica también se hacen discursos análogos como, por ejemplo, aquél

que concierne a la influencia de las consecuencias previsibles respecto de las opciones interpretativas.

c) El tercer punto de vista es el concerniente a la justificación de la decisión de derecho. Es sabido que la motivación no es, en absoluto, la fiel rendición de cuentas de cómo la decisión ha sido alcanzada, sino que se trata de una racionalización *ex post* en forma justificativa. Es precisamente la exigencia de justificación la que, en realidad, determina el esquema con el cual la decisión de derecho viene «presentada» en la sentencia: reaparecen aquí los esquemas ordinarios para los cuales la secuencia es: elección de la norma/interpretación/calificación del hecho/determinación de las consecuencias jurídicas, y la etapa «aplicativa» asume forma deductiva. Esta secuencia contiene en sí una estructura justificativa porque asume la forma de una concatenación lógica cuyo fin tendencial es mostrar que la decisión final es la única (o, al menos, la mejor) fundada lógicamente sobre premisas dadas. Además, ella viene integrada con el uso de argumentos justificativos traídos del repertorio de los *tópoi* y de los argumentos jurídicos, hasta asumir (obviamente en los casos más elaborados, que mejor interpreten el modelo dominante de la motivación en derecho) el esquema de la cadena lineal de etapas, cada una de las cuales está justificada por uno o por más argumentos *ad hoc*.

d) El cuarto punto de vista es – finalmente – el del control del juicio formulado por otro juez y, por tanto, el control ejercitado por la Corte de Casación.

Aquí el punto fundamental es que no se trata de formular un juicio de derecho partiendo «desde cero», es decir, para decidir «originariamente» el caso, sino en cambio –

por lo dicho— se trata de controlar una decisión ya formulada, expresada y justificada por otro juez. Precisamente esto marca la diferencia de punto de vista del control respecto de los otros a los que se ha hecho alusión.

Por un lado, es claro que la Casación no sigue el orden de la teoría general de la interpretación; por otro lado, el control estrictamente considerado no se realiza sobre la «fase hermenéutica» de la decisión, porque ésta no emerge de la sentencia y no resulta directamente controlable; finalmente, es obvio que el punto de vista de la Casación no es el del juez que motiva la decisión en derecho.

El control busca verificar la corrección de la decisión de derecho enunciada por el juez de mérito y, por tanto, versa ante todo sobre la sentencia impugnada y es ante todo una verificación *ex post* de las razones que están como fundamento de ésta. Se puede decir, probablemente, que la Casación hace el camino inverso seguido por el juez de mérito, según un esquema del tipo: puesto el hecho como verdadero, se controla si éste ha sido correctamente calificado bajo el perfil jurídico, lo que lleva a controlar la interpretación de la norma aplicada y, eventualmente, también a verificar si ha sido justa la elección de la norma aplicable; si todo ello ha resultado positivo, el control puede implicar las consecuencias jurídicas provenientes de la aplicación de la norma al hecho.

Bajo este perfil, el control se realiza, ante todo, sobre la motivación respecto a si la Casación, recorriendo el inverso razonamiento justificativo, concuerda con las razones adoptadas en la sentencia, comparte las opciones y confirma los resultados. Si, en cambio, la Corte no comparte una justificación adoptada en motivación, se trata de ver si esa parte del juicio está o no viciado «en el

mérito»: si la consecuencia es la casación, entonces no sólo se trata de corregir la motivación.

En todo caso, se subraya que el control implica, ante todo, recorrer el juicio de derecho formulado por el juez de mérito, verificando la corrección de los distintos pasajes en los cuales se articula. Si esta verificación tiene un resultado integralmente positivo, la Casación no tiene ninguna necesidad de ir más allá. Sólo si esta verificación tiene un resultado negativo aparece la necesidad de reformular en todo o en parte el juicio de derecho con el propósito de establecer la correcta *ratio decidendi* del caso. En esta segunda fase, eventual y también, a veces, sólo parcial, la Corte va más allá del puro y simple control de la sentencia impugnada y reformula el juicio de derecho partiendo «desde cero». En esta fase, pero sólo en ésta y en los límites en los cuales tiene lugar, vale también para el razonamiento de la Casación el esquema «hermenéutico» al que ya hicimos alusión.

Vale también, en sede de formulación de la decisión de la Corte, el esquema de la justificación, sin embargo esto es obvio y no crea particulares problemas en esta sede, toda vez que se trata de un asunto que entra en juego luego que el control y la eventual reformulación del juicio de derecho se han agotado.

Por tanto, en la actividad de la Casación se pueden distinguir tres esquemas de razonamiento atinentes al juicio de derecho: 1) el verdadero y propio control, que tiene lugar siempre y se realiza sobre la sentencia impugnada; 2) la reformulación, eventual, del juicio de derecho; 3) la justificación de las decisiones conseguidas en sede de control y, eventualmente, también en sede de reformulación del juicio de derecho.

3. PUNTOS DE VISTA DEL PROCESO Y DE LA INSTITUCIÓN

Hay otra perspectiva de análisis que permite poner en evidencia aspectos relevantes de la actividad que la Casación desarrolla en sede de control del juicio de derecho. Intentaré ilustrarla introduciendo también aquí la distinción entre dos puntos de vista, para luego examinar brevemente cómo ellos se conectan en sede de definición del rol institucional de la Corte de Casación.

a) El primer punto de vista es el *del proceso* y caracteriza la función que se asigna al recurso de Casación dentro del contexto representado por el sistema de las impugnaciones civiles. Éste se caracteriza por la adscripción a la Casación de la tarea de identificar (y eliminar) los errores de derecho que emergen en la sentencia impugnada y que invalidan la solución jurídica del caso concreto. El propósito fundamental es el de asegurar la legitimidad de la decisión en el caso particular decidido por la sentencia impugnada, poniendo énfasis en los motivos del recurso alegados por la parte que provoca la intervención de la Corte de Casación.

Es claro que, desde este punto de vista, la función principal es la —ya ilustrada— de *control* de la sentencia impugnada, que tiene como propósito verificar si ésta contiene errores relevantes de derecho. El control se realiza principalmente sobre la *aplicación* de la norma al caso concreto. Esto implica también una referencia a la interpretación de la norma, pero ya no entendida como actividad «científica» acabada.

Se trata, en cambio, de la llamada interpretación *operativa*, es decir, de aquella que está específicamente destinada a la aplicación de la norma a un caso particular. En

otros términos, la interpretación de la norma no es el propósito; es, en cambio, el instrumento del cual servirse para alcanzar a formular la decisión «justa» del caso concreto. En sustancia, se interpreta la norma con el propósito de controlar si ésta ha sido correctamente aplicada en el caso específico por la sentencia que ha sido impugnada. El propósito, repito, es el de asegurar que *determinada* controversia sea decidida en modo conforme al derecho.

b) El segundo punto de vista es aquél que definiría *de la institución*, y se refiere esencialmente a las funciones de la Corte de Casación tal como son definidas en el art. 65 de la ley del ordenamiento judicial. Sobre el significado de esta norma no repito aquí las consideraciones que he desarrollado más ampliamente en otra parte, sino que me limitaré a subrayar algunos puntos.

El propósito institucional que la Casación debería perseguir en el desarrollo de la función que le es propia, consiste esencialmente en la correcta interpretación («exacta» o «justa», según la teoría que se prefiera) de la norma, inclusive, teniéndose en cuenta un propósito ulterior representado por la uniformidad en la interpretación de la ley. No insisto respecto de estas nociones, que por un lado son obvias y por otro requerirían un análisis mucho más amplio; observo sólo que en este contexto aquello que mayormente interesa es la atribución de significado a la norma como enunciación de orden general, tendencialmente desvinculada de las peculiaridades específicas del caso concreto y orientada, en cambio, a influenciar en modo uniforme la decisión de los casos futuros. No por casualidad es que, precisamente en estos sustanciales términos, CALAMANDREI definió la función institucional de la Casación.

Por tanto, aquí la interpretación «exacta» de la norma es el propósito que se persigue, mientras el medio, o el pretexto, para conseguir este propósito es el caso concreto, con la relativa iniciativa de parte que se realiza en el recurso y con la configuración de los motivos de impugnación. El aspecto del control sobre la específica decisión impugnada aparece decididamente menos relevante de cuanto se aprecia más allá de la perspectiva del proceso: aquél debe ser realizado, mas constituye la ocasión para que se desarrolle la función esencial de la Corte consistente en la interpretación de las normas.

Obviamente, en las corrientes de análisis superficiales dedicadas al rol institucional y a las funciones de la Corte de Casación, se da por descontado que estos dos puntos de vista no son distinguibles y que existe una sustancial coincidencia entre las actividades típicas de uno y de otro. Se tiende comúnmente a pensar, en otros términos, que controlar los errores de la sentencia impugnada en base a los motivos del recurso es la misma cosa que formular la exacta interpretación de la ley y viceversa. En cambio, a mi me parece que las cosas no son en absoluto así. Con toda probabilidad la distinción que he propuesto no es total ni radical, dado que se trata de puntos de vista que representan dos caras de una misma moneda, antes que dos monedas distintas. En otros términos, se trata de dos extremos de un *continuum* que conoce combinaciones intermedias y oscilaciones en la praxis, antes que la contraposición irreductible de concepciones o fenómenos incompatibles.

A su vez, la pertenencia a la misma moneda no implica que las dos caras sean iguales, así como sólo tiene sentido hablar de polos de un *continuum* si aquellos son

diversos. Aunque entrecruzados y conexos, los dos puntos de vista en examen son en realidad distintos.

Por un lado, una cosa es que la interpretación de la norma sea el instrumento para la decisión justa del caso concreto y otra que el control del caso concreto sea la ocasión para establecer, en términos generales, cuál es la interpretación correcta de la norma. No sólo la interpretación/actividad es diversa de la interpretación/producto, según la ya clásica enseñanza de TARELLO; diría también que la interpretación/medio es diversa de la interpretación/propósito en cuanto se invierten las relaciones entre la norma como regla general y el caso concreto como hipótesis específica para su aplicación.

Por otro lado, una cosa es que el fin principal sea la verificación *ex post* de los errores de derecho realizados por el juez de mérito, y otra que el fin sea la formulación *ab origine* de la correcta elección interpretativa respecto de cierta norma. En los dos casos, en efecto, cambian los criterios y los puntos de referencia del juicio de derecho formulado por la Casación. El control se realiza también, y principalmente, sobre el tema de la calificación jurídica del hecho que, en cambio, no viene tomado en consideración en sede de interpretación «general» de la norma: en realidad, ésta opera teniendo en cuenta supuestos de hecho abstractos, no de hechos individuales y concretos.

A su vez, la interpretación tiene en cuenta principalmente factores de orden general, como los cánones de coherencia sistemática o de universalidad, mientras que factores de este género vienen tendencialmente descuidados cuando se trata de establecer si un cierto caso concreto ha o no recibido una solución correcta. Aquí los cánones principales están constituidos por el cálculo de

las consecuencias concretas y por el grado de adecuación de la norma al hecho específico, antes que, por ejemplo, la capacidad de una cierta interpretación de servir de criterio para la decisión de otros casos.

La divergencia entre el punto de vista del proceso y el punto de vista de la institución introduce un relevante factor de ambigüedad no sólo en la definición del tipo de control que la Casación desarrolla en el juicio de derecho, sino también en el modo en el cual la Corte desarrolla en concreto su propio rol. Por ejemplo, cuando se dice que ella se orienta demasiado hacia la tutela del *jus litigatoris* y muy poco hacia el *jus constitutionis* se alude, precisamente, a la presencia de posiciones diversas en la tutela de la legalidad, y a la prevalencia del análisis centrado sobre la peculiaridad del caso particular, por sobre la búsqueda de interpretaciones destinadas a valer en términos generales.

La misma divergencia caracteriza también orientaciones diversas en orden a aquello que debería ser la función de la Corte de Casación en nuestro sistema en general. Si en efecto se exalta la función de garantía de legalidad de la decisión del caso concreto, a esto le sigue la tendencia a configurar el recurso en Casación como un derecho individual que debe ser asegurado siempre, y eventualmente también sobre la base de una previsión constitucional. Sobre la misma base se coloca la tendencia a extender la garantía del recurso en Casación contra toda resolución que se refiera o incida sobre derechos. Se trata de fenómenos conocidos que caracterizan la historia de la Casación civil al menos a partir del art. 111, segundo párrafo, de la Constitución y de la jurisprudencia de los años cincuenta. No intento discutirlos a fondo

en este momento, sino sólo subrayar que ellos son la manifestación, y marcan el predominio *de facto*, de una entre las diversas versiones posibles acerca del rol de la Casación, sin embargo, no necesariamente constituye la versión más racional.

Si en cambio se pone en primer plano la función de la Corte como intérprete del derecho y como guía uniformadora de la jurisprudencia, según el modelo que hoy tiende a ser el más difundido en las Cortes Supremas de los distintos ordenamientos, de ello se podría derivar que, por ejemplo, el enorme número de sentencias pronunciadas cada año se convierten en una grave disfunción por eliminar, antes que en una ineluctable consecuencia del aumento de la litigiosidad en Casación. En esta diversa perspectiva, la exigencia no es que teóricamente toda decisión sobre derechos sea controlada en Casación, sino que la Corte esté en condiciones óptimas de desarrollar su rol de intérprete-guía con coherencia, rapidez y eficacia. Entonces, se hace razonable la idea de filtros o criterios de selección que reduzcan de manera radical el número de recursos, donde se consiga que las funciones de nomofilaquia y de uniformidad de la jurisprudencia se desarrollen sólo cuando valga la pena, en perspectiva general.

4. EL CONTROL DEL HECHO

Es notorio que en Casación, y hasta que no se pase en todo o en parte del modelo de casación al de tercera instancia, control del hecho significa exclusivamente control sobre la motivación relativa al juicio de hecho. En esta dimensión, y teniendo en cuenta la definición propuesta al inicio según la cual el juicio de hecho se refiere solamente a la verificación de los hechos empíricos en

base a las pruebas, vale la pena desarrollar un doble orden de consideraciones.

El primer orden de consideraciones se refiere a la posibilidad y a los límites de un control que se realice sobre la motivación, sin traducirse en un reexamen del hecho o en una repetición del juicio correspondiente.

La posibilidad de un control que se realice sólo sobre la motivación del hecho necesita ser aquí ratificada, no porque aquella sea conceptualmente dudosa, sino únicamente porque a menudo resulta negada. No es necesario extenderse demasiado sobre el tema, sin embargo, vale la pena subrayar que también en este caso se aplica la distinción entre formulación de un juicio y control *ex post* sobre el modo en el cual aquél ha sido justificado. La primera se basa en los elementos de prueba disponibles para establecer si ellos otorgan un grado suficiente de confirmación a las hipótesis referidas a la existencia del hecho. En cambio, el segundo se desarrolla de manera inversa, en cuanto parte de la premisa de que el hecho es cierto (dado que aquella ha sido acogida como válida en la sentencia impugnada) para verificar si esta asunción está razonablemente justificada por los argumentos que el juez de mérito ha adoptado y por las pruebas sobre las cuales se fundan aquellos argumentos. El control no tiene como objeto las pruebas, su valoración ni su eficacia eurística, sino únicamente el razonamiento justificativo, fundado sobre las pruebas, que la sentencia de mérito aduce como fundamento de la decisión sobre el hecho. En efecto, el control no recorre el *iter* del razonamiento decisorio que el juez de mérito desarrolló para decidir (cosa que, de otra manera, sería *de facto* imposible, dado que este razonamiento permanece en la mente del juez y es, por tanto, incognosci-

ble); sino que se realiza de manera inversa a la argumentación justificativa (que es todo aquello que se conoce del juicio de hecho) contenida en la motivación. Dado que entre razonamiento decisorio y justificación expresa hay una irreducible diferencia, en cuanto el primero no es el objeto de la segunda, y la segunda no es la rendición de cuentas del primero, resulta que el control sobre la motivación no equivale al reexamen del juicio de hecho. Para, intuitivamente, darse cuenta de esto, basta considerar que siendo posible que el juez valore correctamente las pruebas, extrayendo de éstas las justas conclusiones acerca de la existencia del hecho, ello no impide que la motivación pueda encontrarse igualmente viciada, si es que no se indican las razones y los argumentos por los cuales estas conclusiones deben considerarse justas.

El control sobre la motivación puede ser muy penetrante y versar, por ejemplo, sobre las inferencias probatorias formuladas por el juez de mérito y sobre el uso que éste ha hecho de las máximas de experiencia, sin embargo, aquello no quita que estemos siempre ante una verificación *ex post*, conducida respecto de la racionalidad de los argumentos que justifican el juicio de hecho, y no en función de una reformulación de este juicio.

El segundo orden de consideraciones es que, mientras el deber de motivación desarrolla una pluralidad de funciones diversas, endoprocesales y extraprocesales, el control sobre la motivación de los hechos por parte de la Corte de Casación parece corresponder, ante todo, a la exigencia de verificar que se haya realizado una premisa indispensable para la correcta aplicación de la norma.

La premisa a la cual es necesario hacer referencia está dada por la regla, según la cual, ninguna decisión

puede considerarse justa si, independientemente de cómo el juez ha razonado en derecho, es errado el juicio sobre los hechos. Por tanto, la corrección del juicio de hecho es una condición (obviamente no suficiente, pero necesaria) para la legalidad de la decisión, dado que precisamente la norma es correctamente aplicada sólo si existen hechos que implican y justifican la aplicación. En el ámbito del «sistema de Casación» aquello equivale a decir que el control sobre la motivación del hecho es conexo, pese a ser intrínsecamente diverso por las modalidades con las cuales se desarrolla, al control sobre la aplicación de la ley: controlar que sea lógicamente justificado, en base a las pruebas, el juicio de hecho, significa verificar que exista la premisa para la aplicación de la norma. Por otro lado, es intuitivo que no tendría mucho sentido afrontar el complejo problema del control de legalidad de la decisión impugnada de otra manera que no sea hipotizando y verificando, si es necesario por medio del control de motivación, la corrección del juicio de hecho al cual el juicio de derecho se refiere.

Desde este punto de vista tiene sentido configurar la posibilidad de control sobre la motivación haciendo coincidir su ámbito con el control sobre la legalidad de la decisión. En sustancia, cuando se admite el control del juicio de derecho es razonable admitir también el control sobre la motivación del juicio de hecho.

Esta afirmación produce algunas consecuencias no privadas de relevancia sobre el plano de la configuración de reformas que se refieren al control en Casación sobre la motivación de la sentencia.

Una consecuencia es que el control sobre la motivación no debería ser eliminado, ni reducido dentro de lí-

mites más restringidos que los correspondientes al control sobre la aplicación de normas.

Contra la abolición del art. 360 n. 5 valen también otros argumentos, como aquél por el cual el vicio de motivación se volvería aún más incontrolado si se utilizara el control referido a las nulidades de sentencia previsto por el n. 4 del art. 360, o aquél por el cual dicha abolición sería inútil al propósito de reducir los recursos dado que raramente el vicio de motivación constituye un motivo autónomo de impugnación. A tales argumentos, que aparecen sustancialmente fundados, se puede agregar que no es razonable eliminar la posibilidad de control sobre la existencia de una condición necesaria de legalidad de la decisión sujeta al control de Casación. Esto no implica que la actual fórmula del art. 360 n. 5 sea intocable pues, por ejemplo, parece preferible la más sintética y quizá reductiva fórmula de la «motivación omitida» que, a pesar de todo, permite el control sobre la existencia de la justificación del juicio de hecho.

Por otro lado, es necesario tener presente que el verdadero problema no es la existencia del control sobre la motivación ni la formulación textual del art. 360 n. 5: el verdadero problema es que la Corte de Casación a menudo avala, e implícitamente refuerza, la tendencia de los recurrentes a usar el vicio de motivación como medio para provocar un reexamen del hecho, transformando subrepticamente la Casación en una tercera instancia sobre los hechos. Estas tendencias deben ser eliminadas, pero para ello no es necesario en absoluto, y quizá no bastaría siquiera, eliminar el art. 360 n. 5: es necesario, en cambio, y sería suficiente, que la Corte de Casación tenga una más rigurosa conciencia del contenido y de los

límites del control de logicidad de la motivación. En el fondo, muchos defensores abusan del art. 360 n. 5 al utilizarlo indebidamente como medio para provocar el reexamen del hecho, y lo hacen porque tienen buenas posibilidades de que esto último realmente suceda.

Otra consecuencia de cuanto se ha dicho acerca de la función del control sobre la motivación es que su existencia (y, con mayor razón, la del deber general de motivación) no es en ningún modo obstáculo para reformas que busquen seleccionar o, de cualquier modo, reducir el número de recursos de Casación. La eliminación del control de motivación no es un buen método para reducir los recursos de Casación, pero es razonable pensar que ello debe tener lugar sólo cuando se trate de verificar las condiciones de legalidad de la decisión y, por tanto, sólo en las hipótesis —eventualmente reducidas o sujetas a selección— en las cuales la Casación ejercita el control sobre la aplicación de la ley.

Por tanto, el control sobre la motivación debe mantenerse, pero en los justos límites que derivan de su función. Un problema relevante, en clave de racionalización y reducción de la carga de trabajo de la Casación, es sin duda el de evitar que recursos sólo ficticiamente fundados en el art. 360 n. 5, pero en realidad dirigidos a reabrir en Casación el juicio de hecho, alcancen su propósito. Al respecto, puede ser útil la previsión de una declaración de inadmisibilidad del recurso por manifiesta infundabilidad, sobre la base de un examen sumario, eventualmente realizado por la cámara del consejo. Evidentemente, esta previsión debería valer también para los recursos donde se alegan vicios de motivación; sin embargo, dado que estos vicios son raramente motivo exclusivo de recurso, y

a menudo acompañan otros motivos con la tentativa de reabrir el examen del hecho junto con el reexamen del derecho, debería ser prevista la posibilidad de eliminar del recurso el motivo fundado en el art. 360 n. 5, siempre que sea evidente (como a menudo ocurre) que se está alegando un inexistente vicio de motivación con el objeto de provocar un reexamen del hecho.

5. LA DECISIÓN SOBRE EL MÉRITO

Un problema ulterior respecto del discutido hasta ahora es traído por la reforma del art. 384 CPC, el cual prevé que la Corte de Casación decida la causa, sin reenvío y sobre el mérito, «siempre que no sean necesarios ulteriores juicios de hecho».

Al respecto debe precisarse que, ante todo, se prevé una hipótesis del todo diversa y autónoma a la referida al control de la motivación del juicio de hecho. Por un lado, permanece intacto el supuesto de hecho (*fattispecie*) de la Casación por vicio de motivación: no por casualidad el nuevo art. 384 se refiere solamente al caso del acogimiento del recurso *ex* art. 360 n. 3. Es obvio, por lo demás, que si la motivación sobre el hecho resulta viciada, se extingue la posibilidad de valorar si el juicio de hecho fue o no fundado.

Por otro lado, la eventualidad de que la Casación considere innecesarios nuevos juicios de hecho implica, sin embargo, que el hecho se encuentra adecuadamente justificado, puesto que aquél está destinado a constituir la base para una nueva e inmediata decisión en derecho.

La cuestión más relevante se refiere a la exacta individualización de las hipótesis previstas por el nuevo art.

384, especialmente bajo el perfil de los poderes que la Casación estaría llamada a ejercitar en orden a la determinación del hecho.

Al respecto, se podría decir que, en rigor, ulteriores juicios de hecho solamente son necesarios en limitados casos, es decir, cuando la Casación anula la sentencia por violación de normas atinentes a la admisión, asunción o valoración de las pruebas. Se trata, en sustancia, de dos tipos de hipótesis: *a*) cuando el juez de mérito ha errado utilizando pruebas que no debía utilizar; *b*) cuando el juez de mérito ha errado no utilizando pruebas que debía utilizar.

En ambos casos, el juicio de hecho se encuentra en todo o en parte viciado en derecho, y, por tanto, resulta claro que son necesarios «ulteriores juicios de hecho». Sin embargo, se podría considerar que también *en todos los otros casos* (salvo la eventualidad del vicio de motivación que, sin embargo, comporta consecuencias diversas) no hay ninguna necesidad de ulteriores juicios de hecho y, por tanto, se configura para la Casación la posibilidad de decidir directamente el mérito.

Sin embargo, se podría pensar en una diversa y más confusa situación en la cual el juicio sobre un hecho vuelve a ser discutido, que se verifica cuando la Corte acoge el recurso por violación o falsa aplicación de norma de derecho, de manera tal que la decisión de la causa según la nueva *ratio decidendi* sólo será posible si se verifican nuevas circunstancias de hecho. Precisamente ésta, más bien, parece ser la situación configurada por el nuevo art. 384.

Entonces, la cuestión que se presenta es establecer si aquí la Corte de Casación, además de juez de mérito, se vuelve también *juez del hecho*.

Teniendo en cuenta el modo en el cual se configura la cognición de la controversia en la Corte de Casación, parece más atendible, al menos en una primera aproximación, una respuesta negativa: en sustancia el nuevo art. 384 tendería a configurar una Corte de Casación que a veces decide directamente el mérito, pero que no puede realizar un reexamen del hecho, ni siquiera indirectamente con el propósito de «decidir si es posible decidir» directamente la causa o si, en cambio, son necesarios «ulteriores juicios».

En realidad, se trata de una valoración que, en ambos casos, tienen en consideración los hechos tal como han sido asumidos (y justificados) por el juez de mérito, con el propósito de confrontarlos con la nueva *abstrakte Tatbestand* individualizada por la Corte de Casación, luego del control del juicio de derecho y de la individualización de aquella que debería ser la nueva *ratio decidendi* del caso. La cuestión entre el juicio sobre los hechos y un nuevo supuesto de hecho (*fattispecie*) normativo puede dar lugar a dos resultados diversos: *a*) puede suceder que los hechos objeto de juicio (o algunos de ellos) integren el «nuevo» supuesto de hecho (*fattispecie*) abstracto y que, por consecuencia, sobre ellos sería aplicable, en modo inmediato, la nueva regla jurídica; *b*) o bien, puede suceder que la nueva *ratio decidendi* se funde sobre un supuesto de hecho (*fattispecie*) abstracto que no encuentra integral correspondencia con los hechos calificados por el juez de mérito, porque estos comprenden circunstancias distintas o «nuevas» respecto de aquellas que integraban el supuesto de hecho (*fattispecie*) abstracto empleado por el juez de mérito.

En este caso es claro que una nueva decisión no puede ser tomada sin integrar el juicio sobre los hechos; si-

tuación que sí es posible en el primer caso. Sin embargo, *en ambos casos* se trata de confrontar los hechos ya calificados con un nuevo esquema de calificación jurídica, no de reexaminar o repetir el juicio sobre tales hechos. La valoración acerca de la necesidad de nuevos juicios de hecho no supone, en rigor, el juicio sobre los hechos ya realizado por el juez de mérito, toda vez que se centra, básicamente, en el margen existente entre los hechos que ya fueron objeto de juicio y aquellos que lo requerirían para decidir la causa según la *ratio decidendi* que la Casación considere adecuada.

Por otro lado, si bien es cierto que de esta manera la Corte de Casación no se convierte en juez del hecho, también lo es que ella se convierte siempre en el juez de mérito del caso concreto. Retomando una distinción delineada al inicio, se puede decir que su función se presenta siempre más centrada en la aplicación de la norma al caso específico, antes que sobre la interpretación de la norma en sí considerada.

Que un impulso en esta dirección pueda explicarse como producto de exigencias de simplificación del proceso es, sin duda, probable. Así, entonces, se puede considerar que también las cortes que deciden el mérito en tercera instancia, como el *Revisionsgericht* alemán, ejercitan alguna función de nomofilaquia y producen precedentes idóneos para influir en la jurisprudencia sucesiva. De otro lado, muchas argumentaciones y elecciones de valor podrían ser invocadas a favor y en contra de la transformación de la Corte de Casación en juez de tercera instancia, antes que en Corte Suprema orientada a resolver sólo las grandes cuestiones relevantes para la evolución general de la jurisprudencia.

La exigencia de fondo que, de cualquier modo, se advierte es que los análisis en torno al rol y a las funciones de la Corte de Casación no se agotan en el breve haz de glosas fragmentarias y de reformas parciales impuestas por la urgencia de una situación cada vez más intolerable. Aquello que se impone, en función de reformas de más amplio respiro y de una adecuada incidencia institucional, es una remeditación general que elimine ambigüedades y malos entendidos, y permita dar claridad en torno al modelo de Corte Suprema que se considere válido en línea general. Con toda seguridad, es necesario darse cuenta que no existe una sola Casación y que nuestra Corte de Casación interpreta (y ha interpretado en el pasado) roles muy diversos dentro de un esquema institucional que se quisiera simple y unitario. Sobre esta base, y no sobre aquella de las improvisaciones, debería delinearse una reforma de la Corte de Casación capaz de devolverle claridad y funcionalidad al vértice del sistema jurisdiccional.