

CAPÍTULO IV

Las cortes supremas en la posmodernidad

"Los derechos de las partes acaban con la primera impugnación. Todo aquello que viene después es creación del derecho, por lo menos en cuanto justicia para las partes" (Guido CALABRESI, en BARZOTTI, Vittoria, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Presentazione*, p. XII).

SUMARIO: 1. DERECHO Y POSMODERNIDAD. - 2. EL PROCESO CIVIL MODERNO EN EL OCCIDENTE EUROPEO Y SUS SECUELAS. - 3. LA RELACIÓN ENTRE LAS CORTES SUPREMAS Y LOS OTROS PODERES. 4. LAS TÉCNICAS PROCEDIMENTALES, FUNCIONES Y FINES DE LAS CORTES SUPREMAS EN LA ACTUALIDAD. 5. LOS MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE CORTES SUPREMAS; 5.1. EL MODELO FRANCO-ITALIANO, 5.1.1. LOS ABOGADOS EN EL MODELO FRANCO-ITALIANO, 5.1.2. EL SUBMODELO ESPAÑOL; 5.2. EL MODELO ANGLOAMERICANO; 5.3. EL MODELO ALEMÁN. - 6. LOS FINES DEL RECURSO DE CASACIÓN; 6.1. MANIFESTACIONES DE LOS FINES. - 7. ALGUNOS MITOS NACIONALES ALREDEDOR DEL TEMA. - 8. CONCLUSIONES PROVISIONALES. - 9. EL CASO PERUANO.

1. DERECHO Y POSMODERNIDAD

Cuando se desarrollan temas de singular importancia social -las funciones y fines que realizan y concretan;

o deberían realizar y concretar las cortes supremas lo son-, la historia funciona como un argumento de autoridad para aquello que se quiere sustentar. Así, el encuadramiento histórico pasa a convertirse en una valoración autónoma adicional a la tesis propuesta, por lo que es natural que coincida con la versión de quien la emite.

Sin embargo, lo expresado no es óbice para que el tema se complique cuando queremos precisar a qué historia nos referimos, si es la comúnmente aceptable o alguna otra. En cualquier caso, tratándose de la versión del investigador, ello no garantiza, siquiera, que este crea que es la verdad. A lo mucho será su verdad. Si estamos atentos a sus matices, con eso tendremos bastante.

El uso de referencias históricas para justificar aventuras intelectuales es, entonces, un acto intencional del investigador. Esta es la razón por la que existen distintas versiones históricas sobre una misma experiencia social concreta. Todo lo cual nos lleva a concluir que aquello que llamamos historia suelen ser versiones tergiversadas del acontecimiento descrito, unas veces de manera grosera y, en otras, con una estrategia tan sutil que la técnica se reduce a un uso selectivo de los datos. Lo importante es que justifique la propuesta teórica. Un antiguo proverbio africano condensa lo expresado: "Hasta que los leones tengan sus propios historiadores, las historias de cacerías seguirán glorificando al cazador".

Lo dicho basta para afirmar que la breve historia que se narra a continuación solo pretende sustentar las conclusiones del presente trabajo. Así, por ejemplo, el autor no cree en la idea simplista de que cada día que pasa el hombre progresa. La flecha lanzada en línea recta para

describir el progreso humano, si alguna vez estuvo en vuelo, ha sido rota impunemente. Se pueden descubrir nuevas y sofisticadas tecnologías sobre cualquier área, pero nada, en absoluto, asegura que aquellas sean condición necesaria para producir el desarrollo espiritual del único animal que es capaz de creerse sus mentiras.

Empezamos este recuento con el acontecimiento influyente más cercano en el tiempo, la Revolución Gloriosa (1688). Si bien la caída de Jacobo II sirvió para que empezara a concretarse la separación de la Iglesia católica del poder político, es decir, que el poder de gobernar no se justificara en la línea de sangre, tesis sostenida como dogma por la doctrina católica¹⁹⁹, las trascendentes con-

199 "Lo que sí emergió a lo largo de la Edad Media dominada por la Iglesia fue la doctrina, casi teológica, de que existían 'leyes naturales': normas dictadas por Dios, que habían de ser observadas por todas las criaturas humanas so pena de incurrir en la ira divina. Esta teoría resultaba muy atractiva para las cabezas coronadas de Europa -príncipes y papas con ambiciones regias-, ya que la primera de las leyes naturales imponía, invariablemente, una obediencia ciega al soberano como delegado de Dios en su particular enclave en la Tierra. El 'derecho divino de los reyes' formaba parte del orden natural de las cosas, y de él derivaba una serie de consecuencias legales (como la inmunidad ante la ley de los jefes de Estado) que la reglamentación internacional sobre derechos humanos aun intenta extirpar" (ROBERTSON, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, Madrid: Siglo XXI, 2008, p. 2).

...

"La monarquía constitucional llegaría con una ley posterior a la revolución inglesa de 1688-1689, la llamada 'revolución gloriosa'. No resultó precisamente gloriosa, ya que fue alimentada a nivel popular por el anticatolicismo y tuvo como resultado que se aplicaran otras muchas limitaciones a los seguidores de esa religión. No obstante, al imponer al rey cierto grado de responsabilidad ante el Parlamento, en Inglaterra marcó el fin de toda aspiración

secuencias políticas y económicas de tal acontecimiento no fueron significativas en el plano jurídico. Si se citan ahora, es porque fueron el espíritu del que se contagiaron los enciclopedistas franceses y los revolucionarios americanos²⁰⁰.

absolutista por parte del rey y la invocación del 'derecho divino'. Los 'derechos' que instauró fueron, en su mayor parte, los de los parlamentarios, que podían vetar las decisiones reales de introducir nuevos impuestos y disfrutar de libertad de debate sin peligro de comparecer ante los jueces del rey. Al declararse 'una plena y libre representación de esta nación', reunida 'para reivindicar y reafirmar sus antiguos derechos y libertades', los lores y la Cámara de los Comunes se referían a derechos del Estado que habían sido adquiridos por precepto –por costumbre y por tradición–, y que podrían ser refrendados por los tribunales. Los principales eran: el derecho de los súbditos a vivir al amparo de la ley, tal y como fue aprobada por el Parlamento, sin interferencia arbitraria de la Corona; el derecho al procedimiento debido en la selección de jurados; el derecho a no perder la libertad por la fijación de una fianza en exceso elevada; y el derecho a no sufrir un 'castigo cruel o inusual'. El *habeas corpus* seguía siendo el derecho más valioso y perdurable de todos: los tribunales debían dictaminar con prontitud sobre la legalidad de la detención" (ibidem, pp. 7-8).

- 200 "Muchos de los revolucionarios querían rehacer radicalmente el Estado y la sociedad ingleses, y lo consiguieron: la revolución de 1688-1689 transformó de manera drástica, de acuerdo con lo que se pretendía, la política exterior e imperial inglesa, la economía política y la Iglesia de Inglaterra" (PINCUS, Steve, 1688. *La primera revolución moderna*, Barcelona: Acantilado, 2013, pp. 834-835).

...

"La revolución inglesa de 1688-1689 fue la primera revolución moderna. Transformó la Iglesia, el Estado y, a la larga, la sociedad de Inglaterra. Se trató de un acontecimiento que involucró a grandes sectores de la nación inglesa en la violencia política y en la disputa partidista. En muchos sentidos, la revolución de 1688-1689 constituyó una inspiración para los revolucionarios de fines del siglo XVIII en Francia, en Norteamérica y en todas partes" (PINCUS, Steve, Ob. cit., p. 840).

La Revolución francesa (1789) marca una notable diferencia con la experiencia inglesa antes citada. Los cambios que aquella produjo se dirigieron directamente a desmontar un tejido social que, además de sostenerse en "razones" de sangre, expresaba la existencia de múltiples mundos jurídicos, tantos como exigía la necesidad de identificar los rígidos límites de las distintas clases sociales. Se nacía, vivía y moría perteneciendo a una clase y también para el ejercicio de un oficio. Por eso el príncipe solo existía para, en su oportunidad, convertirse en rey salvo que alguien oportunamente lo matara, un recurrente tema shakesperiano. Por su lado, el noble, el ciudadano, el artesano o el campesino lo iban a seguir siendo durante todo su discurrir por el mundo. Lo significativo es que todos estaban persuadidos de que así lo quería Dios. A comienzos del siglo XVIII el concepto "ascenso social" hubiera tenido el mismo significado que podría tener hoy una frase expresada por un ser de Plutón, pura ciencia ficción.

Mientras a ningún individuo o grupo se le ocurriera cambiar de andarivel social, el derecho seguía siendo absolutamente funcional, casi un protocolo de convivencia social. El artesano debía respetar las reglas jurídicas de su gremio; el comerciante, las reglas del derecho mercantil medieval; el campesino debía pagar a la autoridad foral el canon por el uso de la tierra. Había, entonces, tantos derechos aislados y autónomos como clases sociales existieran.

Sin embargo, la "armonía" entre los círculos sociales que jamás se tocaban se empezó a enturbiar cuando la desigualdad, bendecida por el dios del Vaticano, perdió progresivamente convicción. Este proceso empieza a

concretarse cuando la burguesía intelectual pone en cuestión los fundamentos –divinos y hereditarios– que sustentan los privilegios de la nobleza. A este efecto y como una extensión de la función liberadora iniciada por los enciclopedistas, en el campo jurídico fue importante el aporte del Derecho Natural –no me refiero a la corriente iusnaturalista en su versión religiosa– en tanto empezó a considerar como iguales a todos los que tuvieran rostro humano, algo insólito para la época. Expresado de otra manera, cuando los pensadores de la Ilustración empezaron a exigir fundamentos obtenidos por la razón para sostener la desigualdad, toda la estructura de clase y con ella los privilegios se volvieron discutibles. El derecho no fue ajeno a esa conmoción.

Cuando se desmoronan los imperios y empieza a propagarse –para luego consolidarse– la idea de Nación, se convierte en inherente a esta la promesa de que todos los seres humanos son iguales y libres. Detrás de esta doctrina de filosofía política, se pergeña la idea complementaria de que solo es necesario un ordenamiento jurídico para un Estado soberano conformado por ciudadanos libres, iguales y con las mismas capacidades para lograr su bienestar. Sin embargo, nada de lo dicho nos debe llevar a error, el pensamiento de avanzada de los filósofos de la Ilustración no estaba diseñado, realmente, para concretar una sociedad igualitaria, sino para trasladar el poder de la monarquía a la burguesía²⁰¹. Tal vez ello explique por-

201 “Cargaba sobre las clases populares, campesinas sobre todo, el peso del Antiguo Régimen y todo cuanto quedaba del feudalismo. Estas clases eran todavía incapaces de concebir cuáles eran sus derechos y el poder que estos tenían; la burguesía se les presentaba de una manera natural, con su fuerte armadura eco-

qué este modelo de los Estados nacionales se difundirá por todo Occidente, aunque en ninguno dio frutos en los términos en que fue expresado.

En perspectiva, lo descrito es lo más cercano a una idea sublime sobre lo que puede ser una sociedad organizada, solidaria y libre. El terrible siglo XX demostró que se trataba de una utopía, por tanto inviable, tal vez porque las ideas políticas nacen dulces y envejecen feroces.

Los cambios que produjeron las ideas matrices de la Revolución francesa fueron esenciales para el desarrollo contemporáneo del derecho. Este se desplazó desde la trama social hacia el Estado, al cual le dio estructura y coherencia. Apareció la división entre derecho público y privado. El primero para regular la relación del Estado con sus súbditos y el otro, librado a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, pero con los límites impuestos por el poder soberano.

Empezaron a aparecer instituciones que, con el tiempo, se convertirán en el núcleo duro del derecho moderno. Por ejemplo, se reconoce la existencia de una pirámide normativa que tiene a la Constitución en su cúspide hasta llegar a los acuerdos de los sujetos privados que, en circunstancias concretas, pueden también producir derecho para su consumo interno. Y en el ámbito judicial, nuestra

nómica y su brillo intelectual, como la única guía. La burguesía francesa del siglo XVIII elaboró una filosofía que correspondía a su pasado, a su papel y a sus intereses; pero con una amplitud de miras y apoyándose de una manera tan sólida en la razón, que esta filosofía que criticaba al Antiguo Régimen y que contribuía a arruinarle, revestida de un valor universal, se refería a todos los franceses y a todos los hombres”. (SOBOUL, Albert, *La Revolución Francesa*, Madrid: Tecnos, 2003, p. 21).

materia, empezó a repetirse la idea –hasta convertirse en dogma– de que la función de los jueces solo consiste en ratificar lo que la ley establece para el caso concreto.

El doloroso parto producido por la Revolución francesa cambió el destino de Occidente. Después de ella nada fue igual. Sin embargo, la sociedad de iguales que proclamaba mostró prontamente sus contradicciones de clase, por ello fue ahogada en sangre y destrucción casi de inmediato. Las promesas de igualdad, libertad y fraternidad para todos los seres humanos fueron envenenadas por el ansia de poder, la codicia y la ambición de la burguesía propietaria e industrial. Buena parte de la dramática historia de Occidente en los dos últimos siglos ha consistido en concretar su derrota todas las veces que se pretendió instaurarla. El derecho de cada Estado fue absolutamente inútil para evitar la orgía asesina en que se convirtió el siglo XX: millones de sacrificios humanos en nombre de ideas en las que, en alguna medida, muchos pueden creer aunque pocos están dispuestos a practicarlas. El Estado fue diseñado para realizar el sueño de todos y acabó siendo el infierno de la mayoría²⁰².

202 "Sin duda el enfoque más opuesto –y tal vez el más interesante– al de las teorías convencionales del Estado es el que se hace a partir de la idea, por lo demás muy fundada, según la cual el nuevo Estado, inventado e implantado en diferentes países después de la Revolución francesa y apoyado en la doctrina prusiana, se crea para servir a los grupos privilegiados que dominan la sociedad a fin de conjurar el peligro de que el pueblo, como conjunto de la sociedad entera, tenga efectivamente el poder.

Según este enfoque, el Estado, como un ente diferente a la sociedad, que intencionalmente se presenta como algo que está por encima de esta, es un medio al servicio de los grupos que tienen el poder real para controlar las sociedades y someter a las mayorías. El Estado, en esta concepción, es algo necesariamente

opuesto a la idea de que la soberanía reside en el pueblo y todos los poderes públicos dimanen de él. Al inventar el nuevo Estado y colocarlo por encima de la sociedad, esto es, por encima de la población, esta queda sujeta a la voluntad de quienes manejan ese Estado ficticio, es decir, los altos empleados públicos, los jefes militares, los latifundistas, los grandes comerciantes, los líderes obreros y los líderes campesinos, los financieros y los industriales; es decir, los individuos y los grupos que teniendo el poder real utilizan ese Estado imaginario para proteger sus intereses, imponiendo, a través de ese ente invisible, un control sobre el resto de la población.

Según esta tesis, más allá de todas las ficciones fabricadas para engañar al grueso de la población, esos individuos y esos grupos son los verdaderos dueños del Estado.

[...].

El fondo de esta crítica es que el nuevo Estado se inventa para impedir la supremacía del pueblo y anular la voluntad de la mayoría en la sociedad, especialmente en aquellos sistemas en que ninguna de las decisiones importantes para la sociedad se someten a la aprobación directa de esa sociedad y el conjunto de los ciudadanos no tienen participación alguna ni siquiera en las modificaciones que se hacen al texto de la Constitución. La participación de los seres humanos, que son precisamente el objeto y el fin de las organizaciones políticas, en muchos países, se reduce a votar en la elección de los empleados principales sin tener siquiera el poder directo de destituirlos, ya que ellos, los empleados designados, utilizan precisamente la Constitución, hecha por ellos mismos, para otorgarse inmunidad, la protección necesaria para conservar los cargos y los privilegios adheridos a ellos.

[...].

La crítica vale para todos los sistemas y es contundente: el Estado sirve para impedir la supremacía del pueblo y para colocarse por encima de la voluntad de la mayoría de la sociedad. Así, en los países en donde prevalece el libre mercado en materia económica, el Estado es el gran protector de los intereses de los grupos que concentran la riqueza y en los países en los cuales los empleados del gobierno manejan los medios de producción, el Estado es un instrumento al servicio de los intereses de estos em-

¿Y qué es ahora el derecho? Tal vez más importante que definirlo sea describir lo que ahora significa. Un primer rasgo identificador se advierte en el hecho que el Leviatán hobbesiano (el Estado) que tan bien utilizó el derecho para volverse imponente, se ha convertido en un monstruo domesticado y obediente. Otro es que el Parlamento, no hace mucho la primera expresión de poder en un gobierno representativo –decir una democracia representativa es una contradicción–, ya no tutela al ciudadano frente a las infracciones de sus derechos, ni siquiera dentro de su territorio, entre otras razones porque intrínsecamente dejó de representarlo. Le es tan ajeno el Parlamento al ciudadano que, en ocasiones, su actuación suele producirle vergüenza. Actualmente el derecho internacional reconoce que hay instituciones extranacionales productoras de derecho vinculante para los Estados y para sus ciudadanos; igual ocurre con las cortes o los tribunales arbitrales internacionales. La situación real es que se ha quebrado el monopolio legislativo y jurisdiccional de los Estados.

Los países y los ciudadanos que los conforman pertenecen ahora, lo deseen o no, a sistemas jurídicos globales que les marcan la pauta de actuación. Respondemos a códigos de conducta de alcance mundial. Siendo así, aun cuando todavía se enseña la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, esta se ha desvanecido, padece de “vigencia formal”. Es curioso: otra vez –como hace unos siglos– los modelos jurídicos responden a distintos niveles y, entonces, cuando reglas de distintos niveles se

contradicen, surge la colisión. Dependiendo del tipo de conflicto, el ciudadano requiere desde el conocimiento de otros idiomas –en tanto están involucrados dispositivos no estatales– hasta tener que aceptar y cumplir las decisiones de tribunales trasnacionales, incluso de sus precedentes.

Cuando en 1952 TOYNBEE se refería a la “aniquilación de la distancia” como consecuencia del desarrollo tecnológico, no imaginó la contundencia y acierto de su predicción. Hasta internet ha terminado por disolver la pretensión de conocer y respetar un único derecho estatal. Hoy existen derechos locales, regionales, federales, estatales, todos unidos por el delgado hilo del derecho constitucional, aunque sometidos a un versátil derecho internacional que, como Jano, tiene dos cabezas, una donde legitima su actuación configurándose como producto del consenso de los Estados, y otra en la que también legitima, desde el poder económico, la desigualdad más brutal. En cualquier caso, el ciudadano del siglo XXI vive, simultáneamente, en distintas dimensiones jurídicas. Hemos vuelto a la Edad Media.

Atendiendo a lo inevitable de la colisión entre mundos jurídicos distintos, la función formativa del derecho contemporáneo consiste en diseñar técnicas de enseñanza destinadas a conocer y aplicar reglas de solución de conflictos intersistémicos. Aun cuando teóricamente nadie discute la necesidad de universalizar ciertos patrones de conducta, como la tutela material y procesal de los derechos humanos por ejemplo, en la práctica ni siquiera concretarlo es un objetivo confiable. Esto se debe a que la actividad económica ha producido una fractura social que, además de dinámica y creciente, torna imposible

pleados” (VALDÉS S. Clemente, *La invención del Estado. Un estudio sobre su utilidad para controlar a los pueblos*, México D. F.: Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 101-103).

que ideas elementales de convivencia humanitaria, como la expresada, puedan ser practicadas.

Sirva de ejemplo lo que en los hechos significa la Organización de Estados Americanos (OEA) para Estados Unidos: la subvenciona a condición de no estar sujeto a su Tribunal de Justicia. Por eso, las decisiones de la Corte de San José no lo vinculan. Es tanto su poder que le paga al árbitro, pero no participa del juego, esto es, ni siquiera le interesa participar. Es imposible concebir una igualdad global dentro de un capitalismo global, atendiendo a que lo único que interesa es la constante acumulación de poder económico. Por lo demás, solo así es posible explicar históricamente las masacres en la Guatemala de Jacobo Arbenz, en el Chile de Salvador Allende o en el Brasil de João Goulart, para citar solo ejemplos de cómo el derecho y la justicia internacional a veces solo son instrumentos para determinar quiénes pueden asesinar impunemente.

La desgracia es que inmersos en la sociedad de los placeres infinitos, esto es, atrapados por el consumo –el más eficaz psicotrópico social de la posmodernidad– no advertimos que mientras menos vigente sea el derecho estatal, más cercana está la posibilidad de perder el sentido de pertenencia, afecto y compromiso con una comunidad solidaria. Lo grave es que si algún día perdemos la ilusión de ser nosotros, una conquista de la modernidad, habrá llegado el auge del “derecho” del más fuerte en lo político y económico. Y entonces, con un Estado sometido y debilitado, el retorno de la violencia y la desigualdad estructurales será (o ya es) un hecho natural.

Como es evidente, no se puede fragmentar el derecho debilitando al Estado y creer que no se va a soportar su

costo. El Estado ha sido forzado a renunciar a aspectos muy sensibles a su soberanía –categoría jurídica esencial a él, pero hoy a un tris de convertirse en una categoría vacía y legendaria²⁰³–, quedando desarmado para hacerle frente a poderes intermedios no estatales y fuerzas económicas también privadas, pero transnacionales. En tal nivel de postración es evidente que un Estado mínimo jamás podrá garantizar la promesa de una sociedad libre, justa, igualitaria y solidaria.

La existencia de planos jurídicos distintos, dentro de los cuales el del Estado es uno más, nos lleva a ser parte de un escenario de permanente conflicto. Al estar los niveles jurídicos enfrentados, necesitamos adecuar nuestra conducta a un instrumento supremo que nos ayude a salir bien librados de la colisión, sea como individuos o como grupo. Para que este rol lo cumpla el derecho, será imprescindible convertirlo en un complejo regulativo que sea expresión de nuestros valores y aspiraciones como organización social comprometida en un proyecto histórico que nos integre más allá de nuestras diferencias

203 “Por otra parte, la ilusión de que la soberanía pudiese ser el alma de una *civitas maxima*, de una comunidad de ciudadanos y que pudiera representar el viejo sueño cosmopolita de la *fraternité* de la Revolución francesa, parece estar en su crepúsculo según se verifica desde muchos puntos de vista. A la comunidad internacional se le oponen problemas urgentes de autorregulación que dentro de las jaulas de las viejas soberanías no pueden ser resueltos. Condiciones nuevas todas para explorar que la política, el derecho, la reflexión ética con variados instrumentos, con diversos énfasis y con tantas incertezas sobre los resultados intentan descubrir. Aun cuando, por ahora, se trate de una exploración melancólica” (BERGALLI, Roberto y RESTA, Eligio, *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Barcelona: Paidós, 1996, p. 10).

y vicisitudes. Un derecho que, esencialmente, se sostenga en fundamentos de ética social.

Así y todo, será un gran logro poder vivir en paz; en otros casos bastará con sobrevivir. Cuando los valores se disuelven en disvalores –para usar un neologismo nietzscheano– la degradación dependerá del lugar que ocupemos en la colisión y cómo estemos preparados. Ya ni siquiera es posible distinguir lo positivo de lo que no es. Por ejemplo, siempre ha sido una virtud estar bien informado, con la globalización, sin embargo, tenemos a nuestra disposición más información pero a cambio de más mediocridad.

Hoy son más determinantes los poderes privados y el imperio que los sustenta. Nuestra felicidad puede depender de la decisión de un país de someter a otro a través de una “guerra preventiva”. Al requerir más cobre aquel, por ejemplo, tendremos más ingresos a costa de medio millón de muertos, sin más culpa que la de ser un papel flotando en las turbulentas aguas agitadas por los señores de la guerra. Adiós al Estado y a sus reglas que, alguna vez, pretendieron garantizar la paz interior y la vigencia del ordenamiento jurídico estatal. En el actual escenario, cuando el poder económico decide que ejecutemos un acto (comprar, vender, ceder, dejar pasar, dejar hacer), no existen argumentos para la desobediencia.

Desde otra perspectiva, advirtiendo que la fragmentación de la sociedad mundial y de su derecho es un estado de la situación, es probable que ni siquiera sea deseable seguir persiguiendo un derecho universal como lo

postularon KANT²⁰⁴ y Kelsen²⁰⁵, entre otros. Las organizaciones mundiales que ellos pergeñaron y que se concretaron al final de la Segunda Guerra Mundial con el fin

204 De 1795 es un trabajo de KANT llamado *Zum ewigen Frieden (La paz perpetua)*, en el cual propone una república mundial (*Weltrepublik*) fundada en una ciudadanía mundial (*Weltbürgerrecht*). Este es un antecedente directo de lo que ahora llamamos cosmopolitismo, dado que la ciudadanía se sustenta en una suerte de “hospitalidad general”, en tanto KANT considera que todos los seres humanos tienen derecho a estar en ella y a visitar sus lugares y pueblos sin barreras. La tierra es comunitariamente de todos.

Para que esta ciudadanía funcione, no deben haber ejércitos a fin de que el fuerte no amenace al débil y se eliminen las tensiones entre los Estados. La paz y la hospitalidad generarán una cultura de los derechos que creará, a su vez, una “comunidad de los pueblos”. Este sentimiento debe ser tan intenso que si se violara algún derecho en algún lugar del mundo, debe ser sentido como propio por todos los demás. Leonardo Boff recuerda que esta idea fue desarrollada y, a su manera, llevada a la práctica por Ernesto Che Guevara.

Es probable que a cualquier pragmático le resulte una utopía la propuesta de KANT. Sin embargo, él se adelantó a esa crítica: “La ciudadanía mundial no es una visión fantasmagórica, sino una necesidad exigida por la paz duradera”.

Reiteramos que en KANT están los fundamentos filosóficos del cosmopolitismo. Sus ideas sustentan la globalización de la paz, que es consecuencia de la vigencia del derecho y de la cooperación comunitaria entre Estados y pueblos. No se puede olvidar que para KANT los derechos son “la niña de los ojos de Dios” o “lo más sagrado que Dios puso en la tierra”. Liberado de su carga de fe, el pensamiento de KANT se mantiene intacto y su concreción se convierte en uno de los retos del siglo XXI.

205 “[...] la idea de la igualdad de todos los Estados únicamente puede ser mantenida si basamos nuestra interpretación de los fenómenos jurídicos en la primacía del derecho internacional. Los Estados solo pueden ser considerados como iguales si no se les presupone como soberanos” (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México D. F.: Porrúa, 1993, p. 460).

de que jamás tengamos otra, también han fracasado. Tal vez haya llegado el momento de darle vuelta a la utopía y, dado que vivimos un nuevo Medievo, persigamos una salida reivindicando un ordenamiento jurídico que aliena nuestra identidad a partir, precisamente, de reconocer nuestra diversidad cultural.

Fue emocionante y hasta romántico creer tanto tiempo en MONTESQUIEU: los tres poderes controlados entre sí para que no abusen, asegurándose el monopolio legítimo de la violencia a fin de conducir al grupo hacia el bienestar general. Sin embargo, esa teoría carece hoy de contenido práctico, sin perjuicio de que el contexto histórico-político que lo sustentaba haya fracasado de la peor manera. Aunque la Constitución siga regulando la doctrina de la separación de poderes, su práctica es una tragedia que, en algunos países, la ironía la convierte en comedia.

La sociedad mundial es hoy un concepto vacío, como decía LICHTENBERG, "un cuchillo sin mango al que le falta la hoja". El último recurso de los juristas viene consistiendo en dirigir sus esfuerzos hacia formas de tutela trasnacional que siquiera conserven la aldea global –o retrasen su destrucción–, poniéndola a salvo de la violencia demolidora del poder económico y, a su vez, que se respeten los derechos esenciales del ciudadano, aquellos ligados a su dignidad humana. Tengo la impresión que es una lucha perdida, esencialmente porque no es auténtica. Le ha sido "vendida" a la intelectualidad "progresista" como una invitación del poder para que se desgaste tocando la puerta de una pared que no tiene puerta, en la dolida frase de Pessoa. Lo lamentable no es eso, sino que aquella participe con un entusiasmo que solo está a la altura de

su ingenuidad o, mejor aún, del abandono de su más caro compromiso²⁰⁶.

Mientras la feroz, egoísta y cínica razón del mercado siga marcando el ritmo de los acontecimientos, generando ganancia para pocos, pobreza para casi todos y destrucción irrecuperable de la naturaleza, el deber del jurista no puede agotarse en la lucha por abstracciones (los "derechos humanos" simbolizan el mejor ejemplo de una ideología de los derechos del hombre muy impactante, pero falsificada), en la línea de BADIOU²⁰⁷.

En este contexto, será mejor que imaginemos acciones en las que reivindicuemos nuestra identidad cultural y gestemos –desde la especialidad u oficio que tengamos– instituciones que, algún día, permitan a las nuevas

206 "Desprovistos de todas las referencias colectivas, desposeídos de la idea de un 'sentido de la Historia', sin poder esperar más de una revolución social, numerosos intelectuales, y con ellos amplios sectores de opinión, se han afiliado en política a la economía de tipo capitalista y a la democracia parlamentaria. En 'filosofía' han redescubierto las virtudes de la ideología constante de sus adversarios de la víspera: el individualismo humanitario y la defensa liberal de los derechos contra todas las coacciones del compromiso organizado. Antes que buscar los términos de una nueva política de emancipación colectiva, adoptaron, en suma, las máximas del orden 'occidental' establecido.

Al hacerlo, desplegaron un violento movimiento reactivo, respecto de todo lo que los años sesenta habían pensado y propuesto" (BADIOU, Alain, *La ética. Ensayo sobre la conciencia del mal*, México D. F.: Herder, 2004, p. 28).

207 "El Tribunal Internacional Penal se apresta claramente a convocar y a juzgar, en nombre de los 'derechos del hombre', a quien se atreva, en donde quiera que fuese, a poner en duda el orden mundial cuyo guardián armado es la OTAN; es decir, los estadounidenses. El totalitarismo 'democrático' no hace más que instalarse cada vez más" (BADIOU, Alain, *ibidem*, p. 17).

generaciones recuperar el derecho de labrar su propio destino.

De esto trata el enfoque del presente trabajo. Intentará no agotarse en la descripción de la función de las cortes supremas en el derecho comparado, sino preferirá proponer qué puede ser lo más conveniente para los países emergentes dentro del escenario descrito. Antes será pertinente ubicar al proceso como objeto de una disciplina jurídica en el entramado de una historia del derecho que sirva de antecedente a aquello que se va a proponer.

2. EL PROCESO CIVIL MODERNO EN EL OCCIDENTE EUROPEO Y SUS SECUELAS

El mundo europeo de los primeros años del siglo XIX fue un escenario en eclosión. La feroz reacción que las noblezas europeas desataron contra los postulados y la práctica revolucionaria francesa iniciada pocos años antes aún no había concluido. Lo que parecía ser una solución definitiva para las familias de la nobleza europea pasó a convertirse en una pesadilla. En efecto, Napoleón decidió no contentarse con ser emperador de Francia sino que pretendía serlo de toda Europa y del mundo conocido.

- Es en este contexto donde ubicamos el punto de partida del proceso civil moderno. Este inicio tiene una referencia puntual: el Código de Procedimiento Civil francés de 1806, en vigencia desde el año siguiente. En el plano ideológico el código expresaba el patrón liberal que va a marcar el siglo XIX. Partiendo de la idea de una sociedad conformada por hombres libres y responsables, se concebía, ingenuamente, que los ciudadanos litigarían en una posición de igualdad.

Una advertencia: hay que tener cuidado con las críticas sobre las virtudes o defectos de un ordenamiento procesal que descuiden el estudio de su práctica o ejercicio cotidiano, es decir, detrás de lo que quiso el legislador con su producto hay una cultura procedimental (hábitos, costumbres, formalidades no escritas, mitos, etc.) que define las cualidades de un modelo procesal particular. Sería un grave error que el estudio de un ordenamiento procesal descuide su experiencia histórica. En cualquier caso, está fuera de toda duda que el modelo francés dominó la escena procesal europea durante casi todo el siglo XIX, produciendo más o menos influencia en unos países que en otros²⁰⁸.

- Al modelo francés le sucedió en importancia la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) austriaca de 1895. Atendiendo a la fecha de su entrada en vigencia (1898) y a la ideología que la sustenta, puede afirmarse que se trata del ordenamiento modelo del siglo XX, tal como lo fue el francés para el siglo anterior.

En la ZPO de 1895 el procedimiento se dividía en una etapa preparatoria escrita y una audiencia, preferentemente única. La primera dirigida por un juez (*vorbereitende Richter*) y la segunda por un tribunal que era quien decidía.

208 "No es una declaración demasiado atrevida el decir que la historia del procedimiento civil moderno en Europa continental comienza con el Código de Procedimiento Civil francés de 1806, el cual entró en vigencia en 1807" (VAN RHEE, C. H. Remco, *European Traditions in Civil Procedure: an Introduction*, Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005, pp. 3-23. Este capítulo del libro citado se encuentra traducido en: *Revista de Estudios de la Justicia*, nro. 15, año 2011, p. 19. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Traducción de Graciela Hermosilla Riobó y Carolina Sandoval Flores, de la Universidad Católica de Temuco).

En estos tiempos de moral social distraída debe resultar extraño apreciar que la ZPO exigía a las partes que cumplieran con el deber de presentar hechos verdaderos al tribunal (*Wahrheitspflicht*) y también la potestad del juez de recolectar evidencia de oficio, la cual era evaluada después libremente por el tribunal.

- El último cambio significativo en el proceso europeo se presentó con la promulgación de las reglas del procedimiento civil inglés de 1998. Tratándose de un código, es la manifestación de una conexión directa del *Civil Law* con el *Common Law*, lo cual viene a confirmar la tesis de que las influencias entre estas familias cada vez son más recíprocas. Se confirma, además, que la diferencia basada en el hecho de que en el *Civil Law* se privilegian los “conceptos jurídicos”, mientras que en el otro la “decisión judicial” es más una creencia que un dato indiscutido. De hecho, la ley de 1998 no es ninguna novedad en sede del *Common Law*, el Código de Procedimiento Civil de Nueva York, redactado por David Dudley Field en 1865, recibió la influencia del Código de Procedimiento Civil de Louisiana, tributario del modelo francés. No olvidemos que Louisiana fue comprada irregularmente por Estados Unidos en 1803.

El nuevo proceso inglés vino a reemplazar un sistema de audiencias preliminares que había fracasado porque no se sancionaba a las partes por no concurrir o respetar la programación fijada. De hecho, el juez mostraba una actitud relajada en cuanto a los plazos. Con la reforma, el juez y los auxiliares de justicia participaron activamente en la estructuración de los procedimientos atendiendo a la complejidad del caso concreto, individualizando las técnicas procesales a ser usadas y los costos involucra-

dos en ellas. A tal efecto, el Código inglés cuenta con tres procedimientos distintos, atendiendo a la complejidad del conflicto y a su contenido patrimonial (*small claims*, *middling cases* y *multi-track cases*).

El legislador inglés partió de considerar que su sistema procesal, el adversarial, era caro, lento y promovía la complejidad de los procedimientos. Por eso un punto clave de la reforma es que la “gestión procesal” (*case management*) es atribuida al juez en la medida que es retirada a las partes. Con ese poder el juez regula la forma y tiempos del procedimiento, atendiendo al caso particular por resolver. Así, puede utilizar el procedimiento estándar y, en su momento, modificarlo creando reglas especiales (*tailor made*) para conducir cada procedimiento²⁰⁹.

Con el cambio, las partes ya no tienen el control del tiempo de los actos procesales (*time-tabling*). Sin perjuicio de que pueden proponer reglas para conducir el procedimiento, el juez decide si las aprueba. Asimismo, en cualquier momento del proceso el juez puede pedir que una de las partes esclarezca alguna materia discutida o

209 “La primera gran revolución introducida por el *Civil Procedure Rules* (CPR) se aprecia con la gestión procesal (*case management*) atribuida al tribunal y retirada de la disponibilidad de las partes. En palabras de Lord WOOLF: ‘Debe haber una transferencia fundamental en la responsabilidad de la gestión de los litigios civiles de los litigantes y sus asesores jurídicos a los tribunales’.

El plano esencial del *case management* entronca en la idea de que cabe a los tribunales regular la forma y la evolución del proceso sea imponiendo procedimientos estandarizados sea, en los casos más complejos, los llamados *multi-tracks*, definiendo casuísticamente reglas *tailor made* sobre el modo como la acción debe proseguir” (IGREJA MATOS, José, *Um modelo de juiz para o processo civil atual*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 45-46).

dé información adicional al respecto. Inclusive, interrumpiendo la tramitación de un incidente, puede decidir sumariamente que el argumento propuesto por una de las partes no tiene base objetiva de éxito, con lo que se reduce la litigiosidad.

Un dato relevante para este trabajo referido a las cortes supremas es que en el *Common Law* se da tanta importancia a lo actuado en primer grado que las apelaciones solo pueden ser interpuestas con autorización del tribunal, lo que, como se desarrollará más adelante, en el *Civil Law* solo ocurre en Alemania (*Zulassungsrevision*) en lo que respecta al acceso al Tribunal Federal Supremo.

Otra característica del proceso inglés y también del proceso francés actual consiste en otorgarle al juez una potestad de actuación que lo diferencia del esquema clásico del mero espectador, sin que ello signifique convertirlo en gran inquisidor, sino permitiendo que actúe en base a una *neutralité active* en la búsqueda de la verdad genuina.

Siendo las descritas las fuentes del proceso civil europeo, esta sumaria revisión nos lleva a advertir que, más allá de la relación colonial que mantuvimos con España, nuestro primer ordenamiento procesal civil²¹⁰ -la Ley de

210 Con rigor no propiamente histórico sino cronológico, el primer ordenamiento procesal vigente en el Perú republicano fue el Código de Procederes de Santa Cruz, ello como consecuencia de la formación de la Confederación Perú-Boliviana. Sin embargo, la corta vigencia de esta (1836-1839) y la escasa práctica procedimental que tuvo aquél (casi no fue empleado en los juzgados peruanos) lo convierten en una nota anecdótica. No obstante, cabe precisar que se trataba de un Código absolutamente adscrito al modelo francés de 1806. En Bolivia, en cambio, estuvo en vigencia de 1823 a 1878.

Enjuiciamiento Civil de 1852- recibió la influencia solapada y no reconocida del Código francés de 1806, el cual también orientó los postulados de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de España que, a su vez, sirvió de modelo para nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Poderosas razones históricas de naturaleza reivindicativa (España debió luchar heroicamente para liberarse del yugo napoleónico en la primera década del siglo XIX) hicieron que esta influencia fuera sistemáticamente silenciada y en algunos casos hasta negada. Por eso, es más común referirse a la LEC de 1881 como nuestro antecedente y citar a los procedimentalistas españoles que la comentaron. Una prueba de ello es el recurso de casación. Aparece en España en la LEC de 1855, como consecuencia de la innegable influencia francesa, aunque en vez de este origen suelen destacarse los aspectos en los que se distanció de ella, sobre todo la eliminación del reenvío en los casos en que el recurso era fundado por el mérito.

Hasta no hace más de un cuarto de siglo, el Perú tuvo un proceso civil modelado para una sociedad liberal, en la cual los litigantes eran dueños del proceso porque eran dueños del derecho material y actuaban en él desde una posición de presunta igualdad. A fines del siglo pasado -como ya se describió-, junto con las ideas renovadoras ligadas a la reivindicación de los derechos de las mayorías marginadas del ejercicio del poder político y económico, surgió un modelo procesal que pretendió darle importancia a la función social de la actividad judicial. Podría decirse que si alguna influencia recibió fue de la ZPO austriaca, directa o indirectamente, por lo menos en la concepción del juez "director del proceso".

En el último tercio del siglo pasado, ha surgido una tendencia renovadora sobre las técnicas de actuación del proceso. El modelo inglés es una elevada expresión de esa tendencia, en tanto presenta un rasgo esencial: concede al juez y a sus auxiliares la potestad de individualizar las reglas de procedimiento para el caso que lo requiera y así crea una auténtica tutela diferenciada. Un poco de eso, mucho de percepción de nuestros particulares problemas y un tanto de imaginación pueden producir el cambio que nuestra sociedad está esperando.

Finalmente, y esto será de singular importancia para el tema de las cortes supremas, con un profundo desconocimiento de la evolución, contenido e influencia que producen las doctrinas políticas en el derecho, se ha pretendido simplificar su inserción en sede procesal, creándose una falsa polémica entre los que consideran que el juez debe mantener un rol pasivo en la actividad procesal, quienes serían liberales o políticamente de derecha, y aquellos que consideran que el juez debe tener un protagonismo determinante en el *íter* procesal, quienes serían de izquierda. Demasiadas páginas y tiempo ha consumido una discusión estéril y vacua. No creo que haya procesalista liberal que pretenda tener al juez amarrado a la silla y con anteojeras; como tampoco creo que haya procesalista de izquierda que conciba un juez interponiendo una demanda en su propio juzgado.

Lo que esta literatura –simultáneamenteseudopolítica yseudoprocesal– ha hecho es enturbiar el diseño de un juez que tenga una considerable incidencia en el ámbito procesal de su actuación, un juez que dirija el procedimiento, tanto, que pueda injerir en él cuando sea indispensable abreviar el trámite o para conducirlo a un re-

sultado eficaz con el menor desperdicio de tiempo, gasto y esfuerzo. Sería difícil atribuirle a la reforma inglesa de 1998 estar sustentada en una ideología de izquierda, sin embargo, ha colocado al juez en la función de gerente (director) del proceso como principal rasgo de su propuesta.

Digámoslo sin cortapisas: los principios de dirección y de cooperación procesales no tienen nada que ver con la experiencia de los países del oriente europeo ni con los conformantes de la antigua Unión Soviética. Afirmarlo es solo demagogia.

Con estos antecedentes, lo que este trabajo describa y después proponga sobre las cortes supremas asume como valor entendido que el juez, para expresarlo orgánicamente, es (o debería ser) una manifestación genuina de poder contramayoritario para las sociedades del siglo XXI. En tal calidad, al no ser parte de una concepción política ni expresión de un sector de poder, el sistema judicial se convierte (o debería convertirse) en la última defensa que tiene el ciudadano para no ser devorado por la arbitrariedad larvada en una sociedad cada vez más desigual y violenta.

Por ello, el deber que contrae el procesalista contemporáneo con su sociedad es proveer a los jueces de instrumentos técnicos afinados y confiables que le permitan dirigir el proceso con solvencia, autoridad y sin perturbaciones externas, dilaciones ni otras injerencias.

3. LA RELACIÓN ENTRE LAS CORTES SUPREMAS Y LOS OTROS PODERES

Se supone que el Poder Judicial y los otros poderes clásicos (Ejecutivo y Legislativo) mantienen, a tenor de

la doctrina de separación de poderes tantas veces repetida, una relación de control recíproco o, en algunos casos, interdependencia. Aunque la dogmática nos recuerde cotidianamente sus "virtudes", resulta patético confirmar el hecho indiscutible de que la venerable doctrina antes citada, pertenece a un derecho legendario²¹¹.

Sea por una redacción insuficiente o porque realmente esa era la concepción de MONTESQUIEU, importa recordar ahora que en *El espíritu de las leyes* el Poder Judicial es, según la página que se lea y se decida asumir como correcta, o uno de los tres poderes o un poder nulo²¹². Con

211 "Los tres poderes que componen el aparato gubernamental de los Estados contemporáneos, sean o no definidos como poderes, son inadecuados para la realidad social y política de nuestro tiempo. Ello puede ser fácilmente explicado por el hecho de que fueron concebidos en el siglo XVIII, para realidades diferentes, cuando, entre otras cosas, se imaginaba el 'Estado mínimo', poco solicitado, incluso porque solo una pequeña parte de las poblaciones tenía la garantía de sus derechos y la posibilidad de exigir que ellos fuesen respetados" (DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Poder dos Juizes*, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 1).

212 EL JUDICIAL ES UN PODER: "Hay en cada Estado tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

Por el Poder Legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado" (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barón de la Brede y de, *El espíritu de las leyes*, Madrid: Editorial Tecnos S. A., 2000, p. 107).

EL JUDICIAL NO ES UN PODER: "El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer perso-

orígenes tan polémicos, no debe extrañar que en muchos países –es el caso de casi todos los sudamericanos– los gobiernos del siglo pasado y los que van de este hayan optado por considerar al Judicial un poder menor, imputándole la "desgracia" de su origen contramayoritario. Por cierto, en "homenaje" a la confusión que se incurre cuando se identifica lo mayoritario como núcleo de lo que es democrático. Se trata, como es evidente, de un pretexto surgido de una exageración etimológica y de una contradicción en el análisis histórico: la exigencia de que los jueces se sometan a la ley se sustenta en que mientras el Legislativo estaba en manos de los revolucionarios, el Judicial se mantenía en poder de una nobleza de origen feudal que había comprado el cargo, razón por la que debía ser controlada²¹³. En considerable medida este es el

nas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad lo requiera.

De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados.

Es preciso incluso que, en las acusaciones graves, el reo, conjuntamente con la ley, pueda elegir sus jueces, o al menos que pueda recusar tantos que, los que queden, puedan considerarse como de su elección" (MONTESQUIEU, Charles..., *Ibidem*, p. 108).

213 "Nos interesa aquí analizar aisladamente la tarea relativa al aseguramiento de la exacta observancia de la ley, que nos llevaría al fondo de las antiguas disputas entre positivismo y realismo jurídico, ya superadas. Hoy está universalmente difundida la percepción de que la actividad interpretativa de la jurisprudencia contiene ineliminables momentos de creación del derecho. El juez ya no es visto como la mítica *bouche de la loi*, fórmula históricamente condicionada, nacida más allá de los Alpes, en un periodo donde la doctrina de la división de poderes constituía la prueba de que el poder estaba concretamente dividido entre la burguesía revolucionaria que había conquistado el poder legisla-

origen político de la casación.

La ausencia de investigaciones serias desde las teorías políticas o desde la sociología de la justicia, entorno a la importancia de contar con un ejercicio judicial del poder, ha determinado la carencia de trabajos jurídicos sobre el rol de las cortes supremas. Por lo demás, no siempre es el pueblo quien elige a sus representantes en las democracias formales, muchas veces es la opinión publicada la que sustituye groseramente a la opinión pública como producto del control que tiene el poder (político o económico; nacional o transnacional) sobre el contenido de los medios de comunicación. Un ejemplo grafica la situación: una de las funciones más trascendentes del Judicial es realizar un control jurídico de los otros poderes, con técnicas e instrumentos propios que deberían hacer de esa función una garantía ciudadana. La teoría hace referencia a un control recíproco -la tesis del balance de poderes-, considerándose un dato constante que el auténtico contralor, por especialidad y solvencia, debería ser el Judicial. Sin embargo, en países como el nuestro ello no ha ocurrido.

No sería exagerado estimar que la estrategia conservadora de escamotearle semejante encargo sea la causa que le haya costado, y le cueste todavía al Judicial, no ser reconocido por los otros como un poder igual. Con ello le vienen impidiendo, históricamente, que cumpla su fun-

tivo y los residuos feudales del estado absoluto aun existentes en el Poder Judicial" (CHIARLONI, Sergio, *Las tareas fundamentales de la corte suprema de casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas*, en *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, Coordinador: Manuel Ortells Ramos, Madrid: Difusión Jurídica, 2008, p. 55).

ción plenamente, es decir, que los investigue y los juzgue cuando sea el caso, es decir, regularmente.

El resultado de esa marginación ha significado convertir al Judicial en un simple instrumento de control de la seguridad y pacificación sociales, es decir, en un gen-darme del statu quo, cuando no en un instrumento al servicio de los fines envilecidos del poder político o de una banda dedicada a fines criminales desde el ejercicio autoritario del poder, como ocurrió en Argentina²¹⁴.

214 "En el marco de la discusión relativa a los actores no militares de la dictadura, el rol que tuvieron los jueces y procuradores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ('la Corte') ha sido relegado a un segundo plano comparado con la atención convocada por la actuación de los funcionarios judiciales de instancias inferiores. Este fenómeno tiene relación con la participación directa y criminal de numerosos funcionarios judiciales de instancias inferiores en la comisión de violaciones de derechos humanos. Dada la especial gravedad de estos comportamientos, capitalizaron la atención acerca del papel desempeñado por el Poder Judicial en el terrorismo de Estado.

Sin embargo, el rol que jugó la Corte Suprema durante ese periodo también tuvo un efecto devastador en términos de garantías individuales. Y no solo para quienes recurrían directamente a la Corte buscando amparo frente a la violencia del Estado, sino también, por un lado, para aquellos a quienes los tribunales inferiores cerraban las puertas siguiendo los criterios fijados por la Corte y, por el otro, para las futuras víctimas de la represión de un gobierno que se sentía protegido y respaldado por los jueces" (BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y GARGARELLA, Roberto, *El rol de la Corte Suprema. Aportes repetidos y novedosos*, en *¿Usted también, doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015, p. 77).

...

"Por eso no sorprende que, después del golpe de 1976, el veredicto de la Corte no se hiciera esperar:

"[considerando q]ue un verdadero estado de necesidad reinante

Una actuación así importa una traición, como es fácil advertir.

4. LAS TÉCNICAS PROCEDIMENTALES, FUNCIONES Y FINES DE LAS CORTES SUPREMAS EN LA ACTUALIDAD

Siendo una situación que es imprescindible revertir, las funciones que deben cumplir las cortes supremas en sociedades como las nuestras se convierten en un tema que debe ser esclarecido previamente.

La categoría "corte suprema" abarca órganos jurisdiccionales con actividades disímiles según sea el sistema judicial. Así, algunas cortes tienen fuera de su competencia el tema constitucional, otras el de los derechos humanos, convirtiéndose los órganos que los asumen en sistemas jurisdiccionales paralelos. Este trabajo solo hace referencia a las cortes supremas que se ubican en el vértice del sistema judicial clásico y solo en lo que respecta a su función jurisdiccional. En consecuencia, queda fuera de la investigación otras actividades como, en el caso peruano, el enjuiciamiento a altos funcionarios públicos²¹⁵.

en el país obligó a las Fuerzas Armadas a tomar a su cargo el Gobierno de la Nación, no olvidando, por cierto, el deber de proteger los derechos individuales. En tal sentido fijó el propósito y los objetivos básicos para el 'proceso de reorganización nacional' lo que se asentó en acta que lleva fecha 24 de marzo próximo pasado, jurando cumplir y hacer cumplir dichos objetivos, el 'Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional y la Constitución de la Nación Argentina' (Sentencia Suprema 'Ercoli, María Cristina' del 16 de noviembre de 1976)" (ibídem, p. 81).

215 Constitución Política del Perú

"Artículo 100.-Corresponde al Congreso, sin participación de la

Si bien debido a nuestro origen republicano carecimos, en la oportunidad debida, de la opción de elegir qué modelo de corte suprema nos convenía (como ya se acreditó), ahora, aunque con muchas dificultades, el objetivo de contar con lo que necesitamos se torna difícil, pero posible.

Aunque sobre la materia se ha escrito mucho, sigue siendo necesario distinguir las funciones de los fines, sin perjuicio de que sobre estos últimos se realiza posteriormente una descripción más detallada.

Las cortes supremas son los únicos órganos que, siendo jurisdiccionales, pueden desempeñar una actividad no referida estrictamente al caso que están resolviendo, aunque valiéndose de él. Esta trascendencia sobre el caso concreto es lo que se conoce con el nombre de fin público; a diferencia de la otra opción consistente en exigirle a las cortes supremas solo determinen la elección de la

Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula la denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso".

interpretación correcta al resolver el caso concreto, lo que sería el fin privado.

Ahora bien, el panorama en torno a los fines se puede complicar si no atendemos algunas pautas preliminares. La primera es que los fines, a pesar del nombre que reciben, no son categóricamente excluyentes entre ellos, ni en teoría ni en la práctica. De hecho es casi imposible concebir un sistema cuya corte suprema tenga un exclusivo fin público o privado²¹⁶. Por otro lado, las funciones, a las que nos referiremos a continuación, son los instrumentos para la obtención de cualquiera de los fines. Sin perjuicio de lo cual, muchas veces la distinción entre función y fin no aparece esclarecida.

Es posible advertir, sin embargo, que la tendencia a considerar a una función como refuerzo para el cumplimiento eficaz de la otra, va a determinar, en la práctica, la preferencia por un fin. Y ya en un plano más puntual,

216 En un trabajo reciente el profesor TARUFFO, aunque no hace referencia a fines, considera que intentando establecer un rasgo común a la diversidad de cortes, este sería que sus decisiones no admiten impugnación en sede nacional. Y por otro lado, opina que la actividad común a las distintas cortes supremas puede sintetizarse en lo que denomina "tutela y promoción de la legalidad". Lo que gruesamente sería equiparable a la búsqueda de la legitimidad de la decisión en cada caso concreto en el caso de la "tutela" de la legalidad, actividad que también la denomina "reactiva" y, por otro lado, a la tendencia a privilegiar la evolución del derecho, es decir, una función lanzada hacia el futuro, la que denomina "proactiva". Sin embargo, precisa que estas actividades no se encuentra en estado puro en ninguna corte. Puede predominar alguna de ellas pero las cortes supremas suelen realizar ambas actividades. (TARUFFO, Michele, *Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales*, en *La misión de los tribunales supremos*, Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 233-234).

la regulación (o la falta de ellas) de algunas técnicas procedimentales determina no solo la tendencia a privilegiar una función, sino también, como resulta obvio, a concretar con preferencia un fin.

CALAMANDREI advirtió que, en el panorama comparado, más allá del nombre que se dé a las cortes supremas o al recurso que se interpone para acceder a su competencia, la actividad de todas ellas se reduce a dos funciones. La primera es el control de la calidad legal (del así llamado derecho objetivo) de las decisiones de los órganos inferiores, función que suele llamarse nomofilaquia y, la segunda, es la uniformidad del derecho (a través, por cierto, de la uniformidad de la jurisprudencia).

Esta identificación en las funciones que desempeñan la diversidad de las cortes no significa, ni por asomo, que todas hagan lo mismo. El tema se complica por el hecho de que las cortes suelen emplear distintas modalidades, producir distintos efectos y conducir su actuación a objetivos diferentes al tiempo de cumplir las mismas funciones. Precisamente el riesgo al tratar el tema sin realizar estas precisiones, puede conducir a confundir las funciones con los fines²¹⁷.

217 "Si una corte de casación debe controlar la simple aplicación del derecho objetivo, o si debe atribuir un sentido y extraer un significado del ordenamiento jurídico y ser una verdadera corte suprema, son funciones –o inquietudes– que intentaremos retratar en este breve trabajo." (DELGADO SUÁREZ, Christian, *Modelos de cortes supremas y precedentes vinculantes*, en *VII Pleno Casatorio. Propiedad vs Crédito*, Coordinador: Carlos Alberto Calderón Puer-tas, Lima: Motivensa, 2016, p. 17).

La frase del joven profesor peruano es singular en varios matices. Así, confunde función (aplicación del derecho objetivo) con fin (atribuir un sentido al ordenamiento jurídico). Aún más, des-

Es importante destacar, desde ahora, que las dos funciones antes descritas trascienden la decisión sobre el caso concreto, es decir, son extraprocesales. Aun cuando ya se adelantó, reiteramos que las diferencias entre las técnicas para concretar las funciones están influidas por dos variables: la relación de subordinación que se otorga a una función respecto de la otra, y la consecuente relevancia que termina otorgándose a uno de los dos fines antes citados²¹⁸.

cribir la función de las cortes supremas como de aplicar el derecho objetivo no es acertado, lo que se supone hacen es cuidar su aplicación a partir de lo que han hecho los órganos jurisdiccionales inferiores. Y aun en esa versión se trata de un error histórico. Por otro lado, tampoco atribuyen un sentido al ordenamiento jurídico sino apenas a un enunciado normativo conforme del sistema legal que, a su vez, es parte de aquél, estableciendo provisionalmente la interpretación más idónea.

No deja de ser preocupante que el profesor califique al fin que concibe idóneo como verdadero. En un escenario tan complejo como es determinar la importancia jurídica y política de una corte suprema, calificar una de las opciones como verdadera, deja la impresión de una aproximación dogmática a una cuestión que el mismo autor reconoce que es complicada.

218 "Finalidades que, como afirma el propio JOLOWICZ, son en sustancia comprendidas en dos grandes tipologías:

- *Finalidades públicas*, consistentes en la interpretación uniforme, armonización y desarrollo del derecho a través de la correcta aplicación del juez.

- *Finalidades privadas*, que son evidenciadas por el hecho de que -salvo casos excepcionadísimos, como en Italia, el recurso de casación del procurador general en el interés de la ley, o en Francia la denominada *saisine pour avis* (remisión para opinión)- el proceso ante la Corte Suprema se desenvuelve sobre un recurso del individuo y la Corte no emite una opinión, sino que resuelve la controversia singular con una sentencia destinada a pasar en cosa juzgada" (CARPI, Federico, *Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado*,

Y aquí resulta significativo insistir en la diferencia entre técnicas, funciones y fines de la casación o de cómo se llame el recurso con el cual se accede a las cortes supremas. Merece insistirse en esta diferencia porque los trabajos recientes sobre la materia vienen incidiendo, sustancialmente, en encontrar una solución a un problema de técnica procedimental que ha devenido en muy grave: cómo reducir el número de casos que ingresan a las cortes. Sin embargo, enfrentar este problema es atacar un síntoma, no la enfermedad. La ingente cantidad de recursos que hace colapsar el funcionamiento de las cortes supremas es una consecuencia de dos indeterminaciones en el diseño del sistema que se haya asumido. La primera consiste en no definir cuál de las funciones debe ser privilegiada. Dicho de otra manera, qué función debe estar al servicio de la otra. Detrás de la deficiencia descrita, que no es poca, se oculta la más importante: no haber definido como presupuesto del trabajo legislativo cuál es el fin que la corte suprema debe cumplir preferentemente en el contexto del ordenamiento jurídico y de la sociedad a la que sirve. Y este solo es el inicio de un panorama confuso, como se advierte del desarrollo que se hace a continuación.

- Si se privilegiara la función de establecer uniformidad en las decisiones a fin de propender a la uniformidad del derecho, es evidente que solo deberían acceder a la corte aquellos casos que, consistiendo en interpretaciones divergentes de los jueces inferiores, necesitan de la uniformidad en la materia jurídica discutida. Si, en cambio,

lo que se considera determinante es obtener la "correcta" aplicación de la ley, no habría fundamento para excluir algunos casos, solo bastará que el recurrente alegue una aplicación errónea de la ley. Una reforma legislativa tendría, entonces, que privilegiar una de las funciones y regular a continuación la técnica procesal para concretar tal relevancia.

- Si un sistema judicial regulara la titularidad del derecho a recurrir de uno o más funcionarios públicos –el Defensor del Pueblo o el Fiscal de la Nación, por ejemplo-, resulta evidente que el legislador ha optado por favorecer la función uniformadora. Y este recurso, que suele llamarse "en interés de la ley", le permitiría a su titular recurrir incluso (o de preferencia) cuando el plazo para las partes e interesados esté vencido. Sin duda, estamos ante una preferencia por el fin público.

En cualquiera de los casos citados, establecida la función que el reformador decide privilegiar, resulta claro que ello determinará, también, un favorecimiento al fin (interés) público o privado, según sea el caso. Sin embargo, hay que tener cuidado, las opciones legislativas pueden responder de manera favorable a una u otra función e, incluso, a uno u otro fin.

- La reducción de las causales para acceder a la corte, por ejemplo, puede considerarse que se incorpora en beneficio del interés público, en tanto produce una disminución considerable de la carga procesal de la corte, dándole una oportunidad de cumplir con mayor eficiencia su función paradigmática. Sin embargo, la misma previsión normativa puede entenderse a favor del interés o fin privado, dado que puede considerarse como la prin-

cipal consecuencia de su regulación el hecho de que las partes van a tener un mayor número de casos en los que la decisión es obtenida en menos tiempo, además con la autoridad de la cosa juzgada. En tal situación, entonces, lo significativo será tener identificados los fundamentos de cada una de estas restricciones, dado que ellos sí permitirán determinar cuál es el fin privilegiado.

- Algo parecido ocurre con la restricción de la competencia solo a cuestiones de derecho, uno de los rasgos más repetidos dentro de la diversidad de conductas asumidas por las cortes. Para empezar, no se trata de una regla absoluta sino de una pauta generalizada que suele ser de considerable utilidad para consolidar el fin público. La razón es evidente, en el otro extremo resulta excepcional que la regla jurídica que se extraiga de un hecho pueda ser utilizada en otros casos. Esta situación es, sin duda, distinta tratándose de una cuestión de derecho, aquí es natural que su empleo pueda ser extendido a casos posteriores²¹⁹.

219 "Como las restricciones sirven tanto al interés privado como al público –lo que no puede sorprender a la luz de lo que se ha dicho antes en relación a la clásica pregunta-, es indispensable para examinar el tipo de restricción, determinar si hay un predominio de motivos públicos o privados. La generalizada, aunque no en todas partes, restricción a solo las cuestiones de derecho parece ser una limitación que sirve principalmente al interés público, ya que los errores en la determinación de los hechos solo pueden ser excepcionalmente relevantes en otros casos.

Mientras que los errores en la aplicación del derecho pueden ser repetidos por el mismo tribunal o por otros tribunales en casos posteriores. No es sorprendente que esto haya creado un debate sobre la manera de distinguir el 'Derecho' y los 'hechos', incluso algunos autores buscan una definición conceptual.

Otros proponen considerar cuestión de derecho a cualquier di-

Más allá de la incertidumbre descrita, es un valor entendido que la reducción del número de casos que ingresan a las cortes supremas está conectada al objetivo de fortalecer el fin público, en tanto se privilegia la función de uniformar el derecho o permitir su desarrollo a través de la jurisprudencia.

- Otro tema aparentemente menor tiene que ver con los requisitos para conceder el recurso. Estos, en tanto tales, pueden ser neutros, es decir, no estar dispuestos para privilegiar ningún fin. Sin embargo, esta vuelve a ser una afirmación discutible. Así, no es lo mismo que una corte tenga la facultad de conceder discrecionalmente el recurso, esto es, que lo haga a pesar de que falte un requisito. En este supuesto no hay duda que dicha disposición normativa pretende asegurar que la corte cumpla con el fin público²²⁰.

rectiva de naturaleza general para casos futuros y una cuestión de hecho a cualquier cuestión de carácter único o individual, que solo se refiere al caso concreto. Fuere como fuere, hay también un aspecto importante de 'interés privado' en donde la restricción a cuestiones de derecho convergen para reducir la duración y el costo del proceso. Por cierto, no resulta una carga tan pesada, ya que las partes tuvieron oportunidad de corregir errores de hecho en segunda instancia". (KERN, Christoph, *El rol de la suprema corte, en La misión de los tribunales supremos*, Op. Cit., 2016, pp. 65-66).

220 "Si el recurso no es sobre una cuestión de derecho, pero el tribunal tiene discreción, como es el caso del *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y en la mayoría de las Cortes Supremas de los Estados en los Estados Unidos, sino también en la ahora Corte Suprema del Reino Unido, el peso último del interés público depende de cómo el tribunal ejerce esta facultad discrecional. Parece obvio, sin embargo, que los tribunales tienen la tendencia de otorgar la admisión o licencia del recurso solo en casos de interés público, y no en todos ellos". (KERN, Christoph, *El rol de la suprema corte*, *Ibidem*, p. 67).

Ahora bien, qué se entienda por interés público es otro asunto discutible. Todas las veces que se ha pretendido precisar normativamente el ámbito de lo que comprende la categoría 'interés público' como requisito para acceder al dejar que sea la propia corte la que interprete el alcance del enunciado normativo o lo determine en ausencia de este ha producido resultados relativos. Sin perjuicio de ello, donde ha funcionado se ha debido a la autoridad moral e intelectual de los miembros de la corte. En otras palabras, con esta opción siempre está latente el peligro de depender de un grupo de personas que podrían no estar a la altura de la exigencia histórica del encargo.

- Otro aspecto a tener en cuenta es el referido al desistimiento del recurso. Puede parecer una incidencia poco significativa pero, conceder a la parte la facultad de desistirse una vez concedido el recurso no es un asunto baladí. Resulta evidente que desde un definido interés público se debería regular el rechazo del desistimiento, con el suficiente sustento jurídico-político de que los efectos del recurso desbordan el interés para impugnar del recurrente. Sin embargo, en el plano real se trata de un tema que o no es regulado o, cuando así ocurre, la facultad concedida al recurrente no concuerda con el privilegio del interés público que podría ser el fundamento de toda la regulación del recurso²²¹.

221 "Cuando, por el contrario, el poder de las partes para poner fin al recurso se restringe, se refuerza el papel del 'interés público' de la Corte Suprema. Sin embargo, el peso de esta restricción depende, en gran medida, de los detalles de la restricción: por un lado, una restricción que prohíbe totalmente cualquier terminación y permite a un funcionario del Estado continuar con el recurso, obviamente, hace hincapié en el interés público. Por otro

- Otro aspecto técnico en donde la opción elegida puede producir resultados contradictorios respecto de los fines al interior de un sistema judicial, tiene que ver con el tipo de pronunciamiento de las cortes supremas. Históricamente, por lo menos, cuando una corte suprema, fiel a su origen en la Asamblea Nacional francesa en 1790, solo confirma o rechaza la actuación de un órgano inferior, se considera que está afianzando el interés público. Lo que significaría, por oposición, que si la corte realiza adicionalmente una actividad creativa, es decir anula y resuelve el mérito, estaría privilegiando el interés privado, específicamente el del impugnante.

No es necesario sustentar que tal argumento puede ser desarrollado en sentido inverso. La última opción puede ser la mejor manera de uniformar el derecho a través del desarrollo jurisprudencial de una posición jurídica y, privilegiando tal función, aportar al interés público. Y ya es más fácil argumentar al contrario: el cuidado en la aplicación del derecho objetivo no puede ir más allá de ratificar lo hecho por el tribunal inferior o anular su decisión dándole pautas para que vuelva a resolver, asegurando así el interés (privado) del impugnante.

Lo hasta aquí desarrollado va dejando entrever que, desde la perspectiva de una reforma legislativa, la metodología idónea debería consistir en identificar, en primer lugar, el fin que se pretende privilegiar en la actuación

parte, una restricción que consiste en el requisito del consentimiento de la otra parte –una restricción que se ha introducido muy recientemente en Alemania– es más difícil de interpretar si el acceso a la Corte Suprema es de ‘interés público’ y si ella busca promoverlo”. (KERN, Christoph, *El rol de la corte suprema*, Ibidem, p. 68).

de una corte suprema. Este fin o interés –público o privado– va a determinar, también, la función que debe ser privilegiada. Establecidas estas líneas vectoriales, deben regularse, entre otros aspectos complementarios, los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, las regulaciones sobre la actuación del recurrente, las causales o motivos, la incorporación o no del recurso en interés de la ley, la admisión de *amici curiae*, los alcances de la decisión de la corte, entre otros aspectos técnicos.

Sin embargo, el entramado que conduce desde los fines hacia las regulaciones normativas de las cortes supremas no tiene que ser, necesariamente, coherente ni sólido. No solo porque el siglo XXI de los derechos no soporta más razonamientos cartesianos –el derecho no puede ser apreciado como si fuera un saber formal cuyas reglas tienen pretensiones de exactitud– sino porque las cortes supremas están condicionadas tanto por la clase política en ejercicio del gobierno como por los grupos de poder económico.

En consecuencia, son los factores de presión surgidos del ejercicio del poder político y las pulsiones de los grupos de poder económico, las que determinan el grado de involucramiento de una corte suprema en el cumplimiento eficaz de sus funciones y, por esa vía, en el afianzamiento de uno de sus fines.

Entonces, o tenemos una corte suprema recatada y obediente, fiel cancerbera del sistema legal que, a su vez, no es otra cosa que el estatuto de las reglas de juegos de los grupos de poder; o tenemos una corte suprema dispuesta a convertir la interpretación del ordenamiento legal en un instrumento dinámico de transformación de los

valores del mercado en los valores constantes –a la vez que cambiantes– de su comunidad.

En nuestra opinión, si las cortes supremas no son las instituciones encargadas de proponer las directrices que orienten la evolución del pensamiento jurídico nacional, y tampoco las que refuercen los valores democráticos y sociales que permitan postular una sociedad igualitaria y solidaria²²², no tendría sentido concebirlas como instituciones esenciales para la transformación de una sociedad.

5. LOS MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE CORTES SUPREMAS

Por las razones antes desarrolladas, aquello que describiremos como modelos contemporáneos de cortes supremas, no representan puntualmente aquello que está ocurriendo en la escena actual. Fijarse en los detalles podría hacer estallar un intento de darle consistencia a una clasificación con variables tan disímiles.

Así y todo el esfuerzo es útil. Se trata de identificar coordenadas sobre esfuerzos dispares para lograr contar con una corte suprema comprometida con sociedades que también, no lo olvidemos, son dispares en los

²²² “El maestro MORELLO escribió que las Cortes Supremas, más que testigos privilegiados de las transformaciones sociales, son coprotagonistas de ellas.

Y esto es sin duda verdadero si se piensa que también la jurisprudencia de las Cortes –el derecho viviente como surge de las interpretaciones y aplicaciones de los jueces– es un importante factor de caracterización de la estructura social de un país” (CARPI, Federico, *Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado*, en *Reforma Procesal Civil*, Op. Cit., p. 630).

niveles de satisfacción de sus necesidades primarias y secundarias.

Como toda taxonomía, los modelos contemporáneos de cortes supremas que asumimos podrían considerarse arbitrarios, pero es el riesgo de tener que elegir. Usaremos como referencia dos trabajos sobre la materia²²³, aunque nos separaremos de ellos no solo en los datos estadísticos sino también en algunas visiones comprometidas respecto de lo que debería esperar una sociedad emergente – como la nuestra– de su corte suprema.

Entonces, superando las diferencias menores que podrían propiciar una división más escrupulosa, pero no necesariamente más útil, estimamos que hay actualmente tres modelos de cortes supremas: I) el franco-italiano, II) el angloamericano y III) el alemán. Describamos cada uno por separado.

5.1. El modelo franco-italiano

Entre los rasgos generales que podemos identificar en este modelo, citamos el hecho de que en algunos países a él adscritos, las cortes supremas no suelen tener competencia para temas constitucionales, los cuales son concedidos a órganos especializados, llámense cortes o tribunales constitucionales sobre los cuales, como se advirtió anteriormente, este trabajo no se refiere.

²²³ TARUFFO, Michele, *Las funciones de las cortes supremas*, en *Reforma Procesal Civil*, Ob. cit., pp. 649-667 y *Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales*, en *La misión de los tribunales supremos*, Ob. Cit., pp. 231-251.

A pesar del nombre parecido, hay 6 años de diferencia entre una y otra publicación y por cierto más en su contenido.

También es común a este modelo el hecho de que las sentencias no resuelvan el mérito, es decir, cumplen con su nombre original, casan (anulan) la resolución venida en grado y la devuelven. En el caso francés, por ejemplo, se usa la fórmula “casa, anula y remite...” para dejar definida la declaración de ineficacia y el consecuente reenvío.

Otro rasgo de este modelo es que suele mostrar un privilegio por el derecho subjetivo a impugnar del recurrente. De allí que se priorice la situación jurídica de este en lugar de la trascendencia jurídica y social que se obtendría si se expidiera una decisión con vocación uniformadora que, por tanto, supere el interés jurídico por el caso concreto. Por cierto, un rasgo como el citado significa que, en la práctica, se concedan una inmensa cantidad de recursos –rasgo con el que se manifiesta el interés por el derecho de los impugnantes antes que por la trascendencia pública del recurso–, los cuales generan, como es más o menos obvio, dos consecuencias procedimentales significativas: un trámite moroso y una jurisprudencia abundante y caótica.

Sin embargo, tal vez el rasgo más prominente a destacar es que ni en Francia ni en Italia el instituto de la casación se concibe como un recurso. En el caso francés se trata de un poder autónomo de actuar sobre la sentencia, un *pouvoir*. En el caso italiano, se trata del ejercicio autónomo de una pretensión impugnatoria. Con estos antecedentes, describamos algunos aspectos del funcionamiento del instituto en uno y en otro país.

- En Francia, no olvidemos, la cuna de la casación, la corte funciona de manera fraccionada a partir de criterios de especialización jurídica. Esta división en cámaras

de aquello que, teóricamente, debería ser unitario tiene, en mi opinión, una importancia considerable, en tanto a partir de ella empieza a perfilarse el mayor interés que se otorgará a una función respecto de otra y, también, consciente o inconscientemente, definirá el fin que será preferido²²⁴.

En principio y tal vez como un homenaje a su origen –los miembros del Tribunal de Casación creado por la Asamblea Nacional revolucionaria en 1790 no eran necesariamente abogados–, las cortes que siguen este modelo no expiden un pronunciamiento de mérito, lo que significa que cuando acogen el recurso solo anulan el fallo y devuelven los actuados (al mismo órgano inferior o a otro). Esto es, deciden con reenvío a fin de que se expida una nueva decisión. Aunque debe precisarse que a la fecha el patrón descrito se encuentra relajado.

La Corte de Casación francesa está conformada por seis cámaras permanentes y tres ocasionales. Para referirnos solo a la materia civil, están integradas por cinco de las permanentes y 115 jueces. Cada cámara está compuesta en promedio por 15 jueces, aunque se divide en

224 Esta división alcanza un nivel más profundo en algunos países donde, además del criterio de especialidad, se incorpora una división geográfica de la Corte, esto es, el funcionamiento esparcido de estas a lo largo del territorio. Se llamen *chartres*, *sezioni*, cámaras, *senate* o salas, lo importante es que, con una organización así diseñada, será excepcional identificar una expresión unitaria de la corte sobre una determinada cuestión jurídica. Atendiendo a las múltiples opciones que esta tiene de manifestarse, es hasta natural que se declaren posiciones distintas sobre la misma cuestión. En principio este es un defecto que asumen todas las cortes que se fraccionan por especialidad jurídica o por regiones, salvo el caso singular de Alemania que, precisamente por ello, constituye para nuestro trabajo un modelo particular.

secciones. Cinco conforman una cámara ordinaria y tres una limitada²²⁵.

Al margen de las cámaras descritas, existen las Cámaras Mixtas, la Asamblea Plenaria y la Cámara de los Dictámenes. Considero importante describir la función y competencia de cada una.

Un caso va a una Cámara Mixta cuando el recurrente considera que su tema puede ser conocido por distintas cámaras o porque la cuestión jurídica ha recibido o puede recibir pronunciamientos distintos de las cámaras. La idea es, entonces, que la Cámara Mixta resuelva un conflicto de jurisprudencia al interior de la Corte de Casación, por eso su decisión tiene una fuerza vinculante particular.

Las sentencias de las Asambleas Plenarias tienen una calidad especial: están dirigidas a los tribunales de mérito (nivel inferior). Solo se accede a la Asamblea Plenaria cuando después de una sentencia de una cámara, el tribunal superior a quien se reenvió el caso decide mantener su posición inicial. Ante esta situación, la intervención de la Asamblea es obligatoria. Por otro lado, desde 1979, la Asamblea Plenaria interviene de manera facultativa cuando un asunto plantea una cuestión de

225 Esta división de ordinarias y limitadas fue creación de una ley reciente destinada a reducir la morosidad de la Corte. La idea fue que las secciones de tres jueces se encargaran de los casos sencillos, resolviéndolos prontamente y dejando los complejos a la sección de cinco. Muy pronto la discusión sobre si un caso es sencillo o complejo produjo una nueva razón de mora a la actividad de la Corte, obteniéndose lo contrario de lo que se quería. En todo caso, hay que reconocer que el legislador intentó enfrentar el problema que acucia a la Corte.

principio en donde existen decisiones divergentes de los jueces de mérito o entre los jueces de mérito y la Corte de Casación. La sentencia de la Asamblea se impone sobre el tribunal de mérito respecto de los temas de derecho que juzgó. Curiosamente, la vinculación sobre ese tema derecho solo alcanza a ese tribunal y solo sobre ese caso. Esto significa que ese o cualquier tribunal puede apartarse de la posición de la Asamblea sobre el mismo tema jurídico, respecto de cualquier otro caso. Esto deja la impresión – dada la solemnidad y tiempo que consume un caso visto por la Asamblea– de que estamos ante un “parto de los montes”.

La Cámara de los dictámenes (*Chambre des avis*) fue creada en 1991 y, aunque recuerda a algunas instituciones muy antiguas, puede afirmarse que para el momento actual reviste una notoria originalidad. Esta cámara, como lo anuncia su nombre, solo tiene una función consultiva (ergo, no jurisdiccional, aunque la conforman jueces de casación) que es activada por los tribunales de mérito sobre una cuestión de derecho que les viene presentando una gran dificultad, la cual se expresa en numerosos litigios. Y ya, para completar la singularidad, debe precisarse que la absolución de la consulta no vincula al tribunal que la hizo, aunque desde la fecha en que se realizó la consulta, el procedimiento se suspende por tres meses. La referencia histórica sobre esta institución nos conduce a los llamados recursos de interpretación y, más atrás, a los rescriptos imperiales (derecho romano), aunque estos, recordemos, sí vinculaban.

Es de suponer que, como un intento de reducir el uso malicioso del recurso de casación, se eliminó de este tanto el efecto suspensivo como el devolutivo. Inclusive el

cumplimiento de la sentencia impugnada se convirtió en un requisito de procedencia del recurso, salvo casos excepcionales.

En 2007 la Corte de Casación expidió 20.234 sentencias civiles. En ese mismo año las cámaras de dicha especialidad recibieron 18.232. Estos datos nos dan un promedio de 178 sentencias al año por cada juez y de 15 al mes, lo cual sin duda resulta un verdadero avance en el intento de reducir la morosidad.

A pesar de lo dicho y de las reformas emprendidas, una comparación estadística acredita que el problema de la mora sigue intacto: en 1997 el trámite en la Corte demoraba 611 días; en 2007 tardaba 400.

- En Italia, a diferencia de Francia, la Corte expide decisión sobre el mérito, pero privilegiando la nomofilaquia, aunque, más allá de ello, la situación no difiere sustancialmente de lo descrito para el caso francés. El privilegio de la función nomofiláctica implica una renuncia a conectar sus efectos con la función uniformadora, tendencia cuyas consecuencias serán determinantes para explicar, a continuación, la crisis de la casación italiana.

Insistimos en que el control se realiza sobre el caso concreto y solo sobre las cuestiones que surgieron del caso. Esto significa que se prefiere el derecho subjetivo a impugnar sobre el cumplimiento de los deberes jurídico-políticos de la Corte de Casación²²⁶.

²²⁶ "Como se verá, en efecto, el legislador parece considerar que la Corte de Casación debe desplegar la función de nomofilaquia decidiendo toda particular y específica cuestión de derecho que surge en el ámbito de cualquier controversia. Se trata, por así decirlo, de una nomofilaquia particularista y analítica: toda cuestión

Confirmando la tesis aristotélica de que los extremos son defectuosos, el artículo 111.7 de la Constitución italiana²²⁷ suele ser interpretado con una amplitud insólita para un tema tan delicado como el acceso a la Corte. Esto ha conducido a que, en la práctica, se considere inconstitucional cualquier filtro para limitar los recursos. De hecho, se considera al recurso de casación como la concreción de un derecho subjetivo individual a impugnar²²⁸. Dado que las consecuencias de una opción como

de derecho debe poder ser llevada directamente a la atención de la Corte, y esta deberá verificar, pronunciándose explícitamente al respecto, si el juez inferior ha o no aplicado correctamente la ley resolviendo cada una de estas cuestiones" (TARUFFO, Michele, *¿Una reforma de la casación civil?*, en *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, Coordinadores: Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 524-525).

²²⁷ "Artículo 111,7

[...].

Siempre se podrá interponer recurso de casación por infracción de la ley ante el Tribunal Supremo frente a las sentencias y los autos en materia de libertad personal pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra".

²²⁸ "Nos encontramos aquí frente a uno de los casos más evidentes de heterogeneidad de los fines perseguidos por una norma procesal. Precisamente la garantía del recurso contra todas las sentencias ha determinado la imposibilidad para la corte de casación de asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la ley. La razón es simple y puede estar contenida en un dicho de la sabiduría popular: *tot capita tot sententiae*. Desde hace muchos años los recursos son demasiados numerosos y están en progresiva vía de aumento, ya casi decuplicados respecto de los cincuenta del siglo pasado, de manera que demasiados numerosos y en progresiva vía de aumento son los jueces llamados a decidirlos" (CHIARLONI, Sergio, *Las tareas fundamentales de la corte suprema*

la descrita no parecen ser preocupación del legislador, la tendencia se ha agravado en varios frentes. Por un lado, se ha aumentado el número de causales o motivos para interponer el recurso y, como consecuencia de ello, se producen excesivos precedentes carentes de autoridad.

En un escenario como el descrito, el intento de buscar la uniformidad de la jurisprudencia por medio de los precedentes ha fracasado debido a que la utilidad de estos aumenta siempre que haya una relación inversamente proporcional con su cantidad. El resultado es previsible: una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, contradictoria y por ello inconfiable, no produce ninguna autoridad²²⁹, rasgo esencial para desarrollar una adecuada doctrina del precedente y, por esa vía, el cumplimiento eficaz del fin público de una corte suprema.

Una demostración del trámite moroso es que en 1996 se resolvieron 14.193 casos y en 2006 estos ascendieron a 29.641. A la duplicidad de casos resueltos en el lapso de una década, se debe tener en cuenta que en 1996 la Corte cerró con 37.080 casos pendientes. Sin embargo, diez años después, los pendientes ascendieron a 100.609, cantidad que expresa una profunda crisis aún para el espíritu más optimista.

En el año 2005 ingresaron a la Corte 31.730 casos y

de casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas, en *Los recursos ante Tribunales Supremos de Europa*, Ob. cit., p. 60).

229 El profesor TARUFFO hace referencia a una obra que con solo su nombre describe el estado de la jurisprudencia italiana: MONETA, *Mutamenti nella giurisprudenza della cassazione civile. Ottocentesantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, en *ibidem*, Padua, 1993, p. 518.

esta resolvió, en el mismo año, 31.221. Estas cifras expresarían una situación controlada y bastante aceptable, si no se considerara el hecho de que quedaron pendientes de resolver para el próximo año (2006) 94.235.

Otro dato a confrontar es que en 1996 los trámites en la Corte duraban 31 meses y para el año 2006 duraban 30 meses. Como se advierte, la doctrina procesal poco o nada ha ayudado a hacer efectivo, precisamente, otro párrafo del artículo 111 de la Constitución, cuando refiriéndose al proceso judicial prescribe: "La ley asegurará la duración razonable del mismo".

La Corte italiana se divide en secciones simples y unidas, siendo las últimas una especie de grado mayor en cada especialidad. Aun así, tampoco cumplen su función, en tanto también se cuentan por miles sus decisiones²³⁰.

Una reforma en vigencia desde 2006 no ha enfrentado, desgraciadamente, el tema de la proliferación de recursos. Lo que resulta insólito es que, al contrario, ha multiplicado el número de pronunciamientos. En efecto, no solo ha aumentado los motivos (causales) para interponer el recurso, sino que ha impuesto reglas en consi-

230 "Agregando desorden jurisprudencial al desorden legislativo que caracteriza la actividad de los parlamentos modernos, nuestra corte suprema presenta un panorama de pronunciamientos divergentes entre sección y sección, entre secciones simples y secciones unidas y a menudo, además, también al interior de la sección misma, comprendiendo con esto a las mismas secciones unidas, sobre el hilo de ámbitos de (casi) contemporaneidad, que nada tienen que ver con las exigencias de una maduración consciente y de una evolución natural de la jurisprudencia, y porque a menudo se trata de contrastes referidos a la interpretación y a la aplicación de normas no recientes" (CHIARLONI, Sergio, *Las tareas fundamentales...*, Ob. cit., p. 60).

derable medida incomprensibles como, por ejemplo, que cada motivo ("cuestión de derecho") del recurso debe ser respondido por la Corte ("principios de derecho" lo llama), aun cuando el recurso sea rechazado o si fuese un tema no impugnado por las partes, es decir, a pesar de que no tendrá ningún efecto. Desde otra perspectiva, si por cada "cuestión de derecho" se expide un "principio de derecho", queda la sensación de que el sistema jurídico se duplicará, en tanto habrá una regla judicial para cada "cuestión de derecho", sin perjuicio de que la proliferación de recursos y salas producirá innumerables decisiones contradictorias. Con estas reformas, queda claro que la concepción de la Corte como una tendiente a provocar la evolución del derecho es una asignatura pendiente en Italia²³¹.

Finalmente, y aun cuando parezca insólito, la reforma ha incorporado la posibilidad de que el perdedor pueda interponer revocación por error de hecho contra la sentencia casatoria, es decir, algo así como un terremoto después de una inundación. Prueba de ello son los resultados más recientes sobre el trámite de los recursos

231 "No es necesario insistir sobre las características de este modelo, y ni siquiera es necesario subrayar sus degeneraciones que han llevado a la situación anómala que en los últimos decenios ha caracterizado a la Casación italiana. Baste subrayar que la modalidad del ejercicio del control de legitimidad sobre cada caso concreto, y sobre cada cuestión de Derecho que surge en cada caso individual, puede tal vez corresponder a una concepción formalista, extrema y omnipresente de nomofilaquia, mas tiende a provocar una involución del sistema que se traduce en una radical crisis de funcionalidad de la misma corte suprema". (TARUFFO, Michele, *Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales*, en *La misión de los tribunales supremos*, Op. Cit., p. 243).

en la Corte²³².

Taruffo cree que inclusive la Ley núm. 69 de 2009, que enfrentó el tema de la selección de los recursos a ser concedidos, tiene, además de alguna controversia de inconstitucionalidad en su contenido, un intento de convertir a la casación italiana en una corte de precedente pero con una redacción poco feliz²³³.

5.1.1. Los abogados en el modelo franco-italiano

El recurso de casación, como resulta evidente, exige para su elaboración una técnica mucho más sofisticada que la que suele ser empleada para cualquier otro tipo de recursos. Ahora, tal situación implica (o debería implicar) una exigencia especial para los abogados que patrocinan su interposición o su cuestionamiento. Al fin y al cabo eso es lo que ocurre con los jueces, no todos son supremos.

En Francia solo pueden patrocinar el recurso de casa-

232 "La Corte sigue, aún hoy, abrumada por un número excepcionalmente elevado de recursos pendientes –más de 99,000– y recibe cada año cerca de 30,000 nuevos recursos de los cuales logra 'dar salida' solo (si puede decirse así) a 25,000". (CAMPODÓNICO, Francesco, *La génesis de la ambigüedad. Apuntes para una investigación histórica sobre la commixtion entre Jus constitutionis y Jus litigatoris*, en *Debatiendo con TARUFFO*, (Coeditores Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez), Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 110).

233 "Es dudoso que en tal modo la Casación italiana pueda desarrollar efectivamente una función activa en la evolución del derecho, como la que desarrollan otras cortes supremas: incluso cuando se llegase a una efectiva reducción de la carga de trabajo de la Corte, de hecho, la finalidad de reconfirmar la jurisprudencia que ya existe parece destinada a prevalecer sobre toda otra función dirigida hacia el futuro". (TARUFFO, Michele, *Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales*, en *La misión de los tribunales supremos*, Op. Cit., p. 248).

ción 91 abogados, los cuales han sido elegidos al superar una evaluación calificada, además de haber acreditado una conducta intachable. Inclusive hay abogados que aprueban el ingreso, pero deben mantenerse en lista de espera. En Bélgica los abogados acreditados para patrocinar el recurso son 16 y en Alemania 29. Sin embargo, en Italia el número de abogados aptos para la Corte es de 37.242.

Como se advierte, no es posible confirmar la tesis de que la selección de abogados casacionistas sea una propuesta que mejore la calidad en el trámite y decisión del recurso en tanto los datos conocidos no son homogéneos. En cualquier caso, las razones por las que la casación italiana es disfuncional son lo suficientemente abundantes como para identificar el número de abogados como una causa más de la crisis. Así y todo, lo expresado no obsta para que la selección de abogados especializados en el recurso sea un aspecto a tener en cuenta.

5.1.2. *El submodelo español*

El caso español requiere un tratamiento específico por lo menos por dos razones. La primera es que en la descripción de su evolución se destacan algunas particularidades que lo hacen original y, la segunda, es que se trata del antecedente directo de los ordenamientos procesales de este lado de América con la excepción de Brasil.

La primera particularidad de la casación española es que, a diferencia de la matriz francesa surgida de exigencias políticas (la revolución de 1789), su diseño respondió

a criterios de técnica judicial²³⁴. Lo dicho no significa, sin embargo, que no haya sufrido la influencia francesa. El problema que se convertirá en central para todas las cortes supremas –la excesiva carga de casos– fue enfrentado tempranamente por el real decreto de 1838, el cual incorporó el recurso de nulidad en el ámbito civil no solo para los errores *in procedendo* sino también para los errores *in iudicando*, aunque en ambos casos el Tribunal Supremo no resolvía el mérito sino devolvía los actuados a fin de que resolviera el grado inferior.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855 reguló el recurso de casación (por primera vez en España pasó a llamarse así) en calidad de supremo y extraordinario, y como cierre de las dos instancias tradicionales. En esta ley aparecen las peculiaridades a las que se hacía referencia anteriormente. Si el recurso de casación se sustentaba en motivos *in procedendo* era vista por una sala distinta a la que resolvía los motivos *in iudicando*, pero si el recurso contenía ambos motivos, primero se resolvían los motivos procesales. El cambio más significativo es que suprimía el reenvío.

234 “La primera nota definitoria de la tradicional casación civil española es su ‘jurisdiccionalidad’. La Constitución de Cádiz de 1812 estableció un proceso civil en el que como máximo habría ‘tres instancias y tres sentencias definitivas’ (artículo 285). A pesar de ello, y después de las previsiones incorporadas en los reales decretos de 1838, 1852 y 1853, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (al igual que se podía apreciar en la Real Cédula del 30 de enero de 1855 sobre Justicia en Ultramar), optó por completar el sistema de las dos instancias en los juicios civiles con la previsión de la casación, como recurso jurisdiccional supremo y extraordinario” (VALLESPÍN PÉREZ, David, *El papel de los Tribunales Superiores de Justicia ante la casación civil*, en *Justicia*, Barcelona: Editorial Bosch, 2005, pp. 37-38).

Tiempo después empezó a regir la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuya vigencia superó la centuria, aunque en el tema de la casación sufrió sucesivas modificaciones destinadas a racionalizar la inmensa cantidad de recursos que llegaban al Tribunal Supremo (TS), desvirtuando su esencia y afectando su función. Lo curioso es que la reforma de 1984 hizo exactamente lo contrario, esto es, amplió los motivos casatorios, con lo cual incrementó el número de recursos. La reforma de 1992, en cambio, redujo los motivos, pero no de una manera eficiente.

En cuanto a los fines del recurso nos parece que, en los hechos, hay un predominio del interés para impugnar de los litigantes (fin privatista), el cual no solo se demuestra en la supresión del reenvío sino también en cuanto se abre el recurso para aspectos que tienen que ver con la justicia de la decisión (el control de los hechos).

A pesar de lo dicho, el perfil propio del recurso se destaca, como ya se adelantó, cuando separa las consecuencias de la fundabilidad del recurso: ordena reponer el proceso cuando se trata de casación por quebrantamiento de forma; o reforma la decisión cuando resuelve una casación por infracción de ley (mérito).

Las discusiones que provocaron las sucesivas modificaciones a la centenaria LEC de 1881 no tienen comparación con las que produjo la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000, desde poco antes de ser promulgada. Su originalidad es destacadísima, pero así y todo son más relevantes sus aspectos procedimentales y las dificultades que desencadenaron.

Aun cuando no parece estar en discusión que la concordancia de los artículos 24, 14 y 9 de la Constitución de

1978 concede al TS, órgano de cierre del Poder Judicial, la función nomofiláctica y de creación de doctrina legal, la LEC del año 2000 propuso un fraccionamiento de la competencia material del recurso. Este consistió en conceder a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal, aquello que la LEC de 1881 llamaba casación por quebrantamiento de forma.

Según la regulación de la LEC de 2000 (artículos 466-476) que, reiteramos, no llegó a entrar en vigencia cuando empezó a regir el resto de ella, la impugnación por presunto error *in procedendo* se interpone ante los Tribunales Superiores de Justicia por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. El error *in iudicando*, en cambio, se impugna con recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Sin embargo, si el impugnante deduce ambos, se declara improcedente (el artículo 466.2 dice "inadmitido") el segundo. Entonces, el impugnante que tuviera razones de derecho procesal y material para impugnar deberá elegir y proponer su posición más sólida, es decir, debe renunciar a una parte de su derecho a impugnar²³⁵.

235 "La razón de esta absurda prohibición, que, bajo la forma de ejercicio de un supuesto derecho de opción, expresamente establece el artículo 466 LEC, es clara: al no poderse convertir el Tribunal Supremo en una 'cuarta instancia', encargada de revisar las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en la resolución de los recursos por infracción procesal, sino que, como se ha reiterado, la competencia objetiva de la casación se distribuiría entre el Tribunal Supremo (material) y los Tribunales Superiores de Justicia (procesal) -los cuales vendrían a adquirir el mismo rango procesal que el Tribunal Supremo- el legislador se vio obligado a constreñir al recurrente a elegir entre una de las dos vías: bien la de acudir a los Tribunales Superiores de Justicia mediante la denuncia de los vicios *in procedendo*, bien a la del

A la complejidad descrita se añade otra. Si cada parte interpone recurso extraordinario, se sustancia primero el referido a la infracción procesal y aunque el otro también se tramita, su decisión queda en suspenso. Si se declara infundado el recurso por infracción procesal, se informa al otro órgano para que resuelva el recurso sobre el mérito. Por cierto, si el recurso por infracción procesal es fundado, el referido al mérito (llamado recurso de casación como si el de infracción procesal no lo fuera) queda "sin efecto" (artículo 488).

Si lo descrito no pareciera complejo y enrevesado, la LEC de 2000 establece un sistema de competencia material dándole a la Sala Primera del TS competencia para la materia civil, salvo que se trate de derecho civil foral, que será competencia de los Tribunales Superiores de Justicia de cada comunidad autónoma. Con ello se configura un panorama disperso y poco propicio no solo para el justi-

Tribunal Supremo para que limite su función a los *in iudicando*.

Así, pues, de consolidarse la reforma, esta prohibición, en el supuesto no infrecuente de que una sentencia incurra en ambos vicios, procesales y materiales, al tener legalmente que renunciar la parte gravada a uno de los dos grandes motivos, en la práctica, ocasionaría la conculcación de su derecho a la tutela del artículo 24 de la Constitución, en su manifestación de derecho a los recursos, ya que, si se ha producido una infracción procesal causante de indefensión material, lo normal será que se haya infringido también en la sentencia el derecho material, que no podrá reinstaurarse si se utiliza el recurso por infracción procesal, ni podrá evidenciarse si se utilizara la casación material.

Por todas estas razones pensamos que la mejor suerte que debe correr este proyectado régimen del recurso de casación es que, al menos, permanezca como está: sin entrar nunca en vigor" (GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso español de casación civil: perspectiva de reforma*, en *Los recursos ante los Tribunales Supremos de Europa*, Ob. cit., pp. 123-124).

ciable, sino también para intentar una uniformidad jurisprudencial. Habrá que recordar que una de las bases del sistema casatorio propuesto es la distinción entre errores *in procedendo* e *in iudicando*, la cual, como bien se sabe, jamás constituyó una diferencia que pueda ser reconocida en doctrina como clara y definitiva.

Si se quisiera sumar complicaciones a las que ya sobran, adviértase el viejo y casi surrealista intento de querer compendiar la esencia del motivo casatorio en una frase. Como se ha expresado anteriormente, son muchas las legislaciones que han fracasado en el intento de plasmar en una frase la opción de conceder o no el recurso. El intento de otorgarle simplicidad a lo que es naturalmente complejo no suele dar resultado, por lo menos normativamente. Pero el caso español es excepcional: la frase "interés casacional" contiene un surrealismo invertido. No se comete el clásico error de dejar que sea la interpretación del TS la que determine el contenido de la frase, sino que se elige la opción invertida: se detalla normativamente en qué casos hay "interés casacional", con lo cual este se convierte en un requisito como cualquiera, sin absolutamente ningún margen para que el Tribunal le encuentre un uso especial para una situación en la que considere lo requiere²³⁶.

236 "Más la predeterminación legal, establecida a continuación, del concepto 'interés casacional' priva de su contenido genuino al mismo en cuanto elimina cualquier elección del Tribunal, transformándolo en un presupuesto o requisito procesal de recurribilidad, de manera que si su mención se suprime de la norma, esta no padece modificación, lo que acredita la inutilidad del concepto 'interés casacional' formulado en tales términos" (ALMAGRO NOSETTE, José, *Situación de la casación civil en España*, en *Ibidem*, p. 252).

También está regulado el llamado “recurso en interés de la ley” (artículos 490-493 de la LEC de 2000). Su objetivo es concretar la función de unificar la jurisprudencia. Sin embargo, su práctica padece de algunas limitaciones, como el hecho de no ser técnicamente un recurso en tanto la decisión no afecta la sentencia impugnada. La legitimidad del Ministerio Fiscal, la Defensoría del Pueblo y de algunas personas jurídicas de derecho público está destinada a fijar doctrina jurisprudencial, para lo cual tienen un plazo de un año desde que se expidió la sentencia que consideran debe servir para promover la función unificadora.

Lo descrito es la regulación casatoria definitiva de la LEC de 2000, la cual quedó suspendida mientras se expi-

El mismo autor, con quien compartimos la crítica a la inutilidad de la categoría “interés casacional”, propone una reforma que concrete el retorno al uso tradicional del concepto. En cualquier caso, será mejor en tanto los errores que se cometan con él serán los conocidos.

“Un sector de juristas entre los que me hallo, preconiza, desde hace tiempo, que la admisión a trámite del recurso, solo se produzca si el asunto tiene ‘interés casacional’, esto es, un interés reconocido, por determinación de la Sala de casación, como trascendente en su proyección jurisprudencial, por encima del caso mismo, evitando así sentencias que, dada la naturaleza del caso y su solución, no aportan nada por ser reiterativas o anodinas al acervo jurisprudencial, e impiden, por la densidad del trabajo ocuparse prioritariamente y dentro de un tiempo de resolución razonable de aquellos otros asuntos que lo merecieran como enriquecedores del *ius constitutionis*.

Desaparecería, con ello, un concepto de ‘interés casacional’ falso, como es el actual, de carácter meramente mecánico y reducido a la condición de obligado presupuesto de recurribilidad al margen de su valoración discrecional que es la esencia o razón del concepto” (ALMAGRO NOSETE, José, *Ibidem*, p. 257).

diera un dispositivo que reformara la Ley Orgánica del Poder Judicial definiendo la competencia material del TS y de los Tribunales Superiores de Justicia respecto del recurso extraordinario por infracción procesal.

En la espera de esa reforma, entró en vigencia un sistema casatorio provisional. Este consistió en adosar el recurso extraordinario por infracción procesal al recurso de casación y darle competencia sobre ambos al Tribunal Supremo. Este régimen, llamado transitorio, está regulado en la Décimo Sexta Disposición Final de la LEC de 2000, el cual ha sufrido también modificaciones, algunas de las cuales parecen discutibles en tanto surgen de una actuación legislativa de órganos que son jurisdiccionales. Así, un Acuerdo de la Sala de lo Civil (Primera) del Tribunal Supremo del 30 de diciembre de 2011 ha terminado de afinar el trámite y la competencia material, lo cual lleva a considerar la existencia de tres procedimientos según sea el contenido del recurso: a) un procedimiento para el recurso extraordinario por infracción procesal, b) otro para el recurso de casación y c) uno tercero para el recurso de casación por infracción procesal. Si una misma parte interpone los recursos a) y b), deberá acumularlos y presentarlos en un mismo escrito. Si es una y otra parte, los autos serán acumulados de oficio. En los dos casos se tramitan como un procedimiento único.

La Sala de lo Civil del TS es competente para el recurso de casación contra sentencia dictada por una Audiencia Provincial (b), salvo que se trate de infracción de normas de derecho civil foral o especial de una comunidad autónoma cuyo estatuto haya previsto la competencia para la Sala Civil o Penal del Tribunal Superior de Justicia de su sede (artículo 478.1.II). Si no la ha previsto,

es competente el TS (artículo 478.1-I).

Sin embargo, las reglas no son tan sencillas de aplicar. Así, si la infracción es de derecho civil foral y también de derecho civil general (mal llamado común), la competencia radica en los Tribunales Superiores de Justicia. Y aquí hay un problema: al concederse dicha competencia, los Tribunales Superiores resolverán empleando normas de derecho civil general, con lo que se presenta una eventual inconstitucionalidad, en tanto estarían realizando una función exclusiva del TS calificado como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes” por el artículo 123 de la Constitución, esto al margen de que el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial no contempla esa situación. Prueba de ello es que la calidad de máximo órgano jurisdiccional sirve para sustentar la competencia objetiva del TS cuando en el recurso se alega, conjuntamente, infracción de un precepto constitucional y de una norma autonómica, siempre que el mismo TS decida que la invocación de la infracción constitucional es relevante.

Entre los rasgos más saltantes del sistema provisional está la concesión del recurso solo contra las sentencias de segundo grado de las Audiencias Provinciales que, además, cumplan con algunas características especiales (477.2. de la LEC de 2000). Lo que significa que no tienen derecho al recurso los autos expedidos por estas aunque pongan fin al proceso, ni las sentencias que las mismas expiden como órgano de primer grado (las sentencias en los procesos sobre responsabilidad civil de los jueces, por ejemplo).

Parece también destacable que una disposición permita al Tribunal Supremo declarar la improcedencia del

recurso por infracción procesal, si quien lo interpuso también presentó recurso por infracción material y este fue declarado improcedente. Esto significa que el Tribunal Supremo aprecia ambos recursos conjuntamente y estima carente de lógica tramitar un recurso por infracción procesal cuando la decisión de mérito fue, según su criterio, jurídicamente correcta. Por otro lado, al margen de lo que se pretenda, parece pernicioso que un dispositivo de la LEC de 2000 (artículo 475.2) permita que se actúe prueba ante el Tribunal Supremo. Semejante distorsión del recurso de casación confirma, en nuestra opinión, la orientación privatista respecto de la finalidad del recurso.

5.2. El modelo angloamericano

El modelo exportado por Inglaterra a sus colonias ha recibido muchas modificaciones en el último medio siglo, tanto en ellas como en su matriz. Hasta el 1 de octubre de 2009, el órgano judicial de cierre en Inglaterra se llamaba la *House of Lords*, aunque en estricto quien se encargaba de impartir justicia no era toda la *House* sino un órgano de ella, el *Appellate Comitee*. La actuación de la *House of Lords* –para usar el nombre genérico y común– como órgano jurisdiccional de impugnación data de la Edad Media. Solo lo era de primer grado cuando se trataba de procesos de sus pares. Posteriormente, en el siglo XIX, adquirió el perfil final de corte especializada de última instancia.

En 1934, para limitar la excesiva carga judicial, se reguló que el acceso a la *House* fuese controlada por un *leave to appeal* que, años después, pasó a llamarse *permission*. Otro dato importante es el Practice Statement de 1966 por

el cual la *House* adquirió la potestad de reformar sus propias decisiones. Es preciso destacar que entre el año 1966 y el 2009 la Cámara de los Lores se apartó o se desvió de sus pronunciamientos en apenas 21 decisiones²³⁷.

El hecho de que la *House of Lords* fuese un órgano legislativo dentro del cual hubiera formalmente un órgano que se encargaba de la actividad jurisdiccional, constituía de por sí una anomalía a la cual se puso fin por medio de la *Constitutional Reform Act*. Esta creó el Tribunal Supremo, como órgano de último grado del Reino Unido, reemplazando al Comité de Apelación de la Cámara de los Lores (*Appellate Committee of the House of Lords*). Con ella se estableció la separación de la actividad judicial de la Cámara alta del Parlamento.

El Tribunal Supremo es, entonces, el órgano de última instancia del Reino Unido para los casos civiles y también para los casos penales en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Está formada por doce jueces, uno de los cuales es el presidente (con la reforma del 2005 el *Lord Chancellor* dejó de ser la máxima autoridad en asuntos judiciales).

El acceso al Tribunal es contra una decisión de una Corte de Apelación, actuando como un órgano de tercer o cuarto nivel (esto debido a que la Corte de Apelación puede conceder, excepcionalmente, una segunda apelación). También se puede dar un salto desde el Tribunal Superior (primer grado) hasta el Tribunal Supremo si sobre el tema hay un precedente vinculante en la Corte de Apelación. Para este caso, ambas partes deben estar de

237 L. BLOM-COOPER, B. DICKSON y G. DREWRY (eds.), *The Judicial House of Lords: 1876-2009*, Londres: Oxford University Press, 2009, pp. 143-144.

acuerdo y, además, el tema debe ser de interés público.

El camino regular al Tribunal Supremo es a través del *Permission*, el cual no es más que una solicitud de intervención. El nombre guarda mucho lo que contiene porque no es otra cosa que un "permiso de apelación", por ello el Tribunal Supremo sustenta la denegatoria de manera genérica ("*In the opinion of the Committee the petition did not disclose a point of law which merited an appeal to the House*"). Esta técnica determina que el Tribunal decida qué casos admite a trámite y por ello no resuelve más de ochenta casos por año²³⁸.

La materia del reexamen del Tribunal es exclusivamente jurídica, pero se encuentra limitado por lo que las partes le proponen como cuestión de derecho. El *Iura Novit Curia* no forma parte del sistema judicial inglés. Aunque no tiene control directo o difuso sobre las leyes, el Tribunal Supremo sí puede declarar incompatible una norma respecto del Acta de Derechos Humanos de 1998²³⁹.

238 "Normalmente, es la misma Corte Suprema quien decide cuales casos resuelve (a menos que la corte de grado inferior no hubiera concedido el permiso respectivo). Todos los pedidos de 'permiso' son recibidos y resueltos por escrito. Pero para discutir tales pedidos puede ser dispuesta una audiencia oral. El permiso puede ser limitado a cuestiones específicas. En caso de rechazo, son ofrecidas motivaciones meramente formales" (ANDREWS, Neil, *La Corte suprema del Regno Unito: riflessioni sul ruolo della più elevata corte britannica*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Año LXIV, nro. 3, setiembre de 2010, Milán: Giuffrè Editore, 2010, p. 891).

239 "La Corte Suprema no tiene el poder de invalidar un acto del Parlamento. En opinión de quien escribe eso está bien, porque protege a los jueces británicos de la corruptible vanidad y orgullo de sentirse 'los protectores del pueblo', superiores incluso a

Con este antecedente, analicemos el funcionamiento de la manifestación más destacada y representativa del *Common Law*, la Corte Suprema de Estados Unidos. Un primer rasgo, fiel a su origen, es que realiza un control de legalidad solo sobre cuestiones de derecho y regularmente resolviendo el mérito. Siendo una república federal, cada Estado que conforma la Unión tiene su Corte suprema, sin embargo, para efectos del tema investigado, en adelante haremos referencia a la Corte Suprema Federal. Esta agrega a su competencia las cuestiones de constitucionalidad, lo que no ocurre en los países del *Civil Law* que, mayoritariamente, cuentan con tribunales constitucionales, órganos especializados para esta última función.

Tal vez el rasgo prominente de este modelo es la búsqueda constante de que las decisiones establezcan criterios interpretativos que, convertidos en precedentes, actúen como “normas” que puedan ser usadas en adelante por los demás jueces para casos iguales o análogos. Atendiendo a sus efectos, a este objetivo suele llamársele de “legalidad futura”. Nótese que en este caso la función de control de legalidad se conecta –en nuestra opinión se coloca a su servicio– con la otra función, la de uniformidad del derecho a través de la jurisprudencia. Así, cuando la legalidad futura es exitosa (aplicación relativamente constante de los mismos criterios de decisión), se produce una jurisprudencia uniforme. Una prueba es el

un Parlamento elegido. Pero la Corte puede declarar una norma incompatible con el *Human Rights Act* de 1998 (y en este punto es tarea del Gobierno tomar la iniciativa apropiada para modificar la disposición en cuestión)” (ibídem, p. 898).

*prospective overruling*²⁴⁰.

Para hacer efectiva esta concepción paradigmática de las decisiones, resulta imprescindible contar con un factor que expanda el conocimiento de aquello que debe convertirse en un patrón de actuación. A este efecto, resulta esencial el empleo de la doctrina y técnica del precedente judicial, al cual debe agregarse el *Stare decisis*²⁴¹, esto es, una doctrina complementaria encargada de dotar de autoridad al precedente en línea vertical²⁴². Con ambas se busca la

240 La Corte Suprema norteamericana puede decidir variar un precedente, atendiendo al reconocimiento que este ha tenido y hasta el momento tiene en el derecho vigente. Sin embargo, la variación en un caso concreto no significa que el nuevo precedente será utilizado en dicho caso, atendiendo al hecho de que la parte actuó en pleno reconocimiento de la autoridad del precedente expedido. El nuevo precedente, entonces, tiene vigencia para los casos posteriores a su publicación, pero no para aquel en que se expidió.

241 “El principio del *stare decisis*, simplemente expuesto, consiste en que la decisión en un caso debiera gobernar la decisión en todos los casos como ese, pero solo en esos casos” (JONES, Harry W., KERNOCHAN, John M. y MURPHY, Arthur W., *Legal Method. Cases and Text Materials*, The Foundation Press, 1980, p. 122).

242 “La doctrina del precedente, típica de los países que se encuentran dentro de la órbita del *Common Law*, parte de la obligación en que se halla un tribunal de resolver un caso del mismo modo que lo hizo al decidir con anterioridad otro caso cuyos hechos relevantes eran similares. Los autores suelen acudir a una simple fórmula para justificar esta doctrina: ‘Los casos iguales deben ser tratados del mismo modo’. Por su parte, el *stare decisis et quia non movere*, tal su formulación original, estrictamente considerada, según SCHAUER, implica la obligación en que se hallan los tribunales inferiores de seguir la jurisprudencia establecida por el tribunal más alto de la jurisdicción a la que pertenecen (SCHAUER, Frederick, *Precedent*, en *Stanford Law Review*, Vol. 39, pp. 571, 576, nota de pie de página n. 11). Es decir que esta visión destaca la obligatoriedad en sentido vertical de la doctrina del precedente y

uniformidad en las decisiones y, al mismo tiempo, disuadir a los justiciables de enfrentar lo establecido.

Nótese que empleamos el concepto "autoridad" para no distorsionar el grado de influencia que tiene el precedente judicial sobre los jueces inferiores. La autoridad del precedente judicial se sustenta en el reconocimiento de la solvencia jurídica y ética de la Corte que lo expide. Por eso se afirma, con precisión, que se trata de una "fuerza persuasiva". Reiteramos lo expresado a fin de descartar la tesis afincada en sede nacional –a partir de una interpretación literal de un enunciado normativo aún vigente– según la cual el precedente vincula al juez inferior al punto de que genera en él una responsabilidad ante su eventual inaplicación. Nada más inexacto. La versión correcta es que el precedente se impone por la autoridad de la razón (*Autorictate ratione*) y no por las razones de la autoridad (*Rationis autorictates*).

Lo expresado a propósito del precedente nos lleva a compartir una afirmación de aceptación pacífica: las cortes del *Common Law* son cortes del precedente, en tanto su función es "gobernarlo". Esto es, deben estar atentos a su práctica, insistir en su empleo idóneo, establecer los límites de su contenido y, por cierto, también los límites temporales de su vigencia. Por lo demás, este autocontrol de la Corte Suprema significa que no todas las sentencias (*opinions*) que esta expide tienen la calidad de precedente²⁴³.

la anterior pone el énfasis en su obligatoriedad horizontal" (GARAY, Alberto F., Nota (e) de su traducción al artículo *Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio* de Henry P. MONAGHAN, en *Lexis*, nro. 0003/010404. 2004, s/p).

243 "Cuando la Corte Suprema 'hace' pero dice 'no', como en los casos de confirmación sumaria [*summary affirmance*] de la sentencia

Dado que la eficacia del precedente es inversamente proporcional a su número, la actuación procedimental de la corte está dirigida al logro de dos objetivos. Por un lado, que ella pueda elegir qué casos decide y, por otro, una consecuencia lógica del anterior, asegurar que los precedentes sean de una cantidad limitada.

El poder de la Corte Suprema americana de elegir qué casos decide pasa por eliminar la regla según la cual aquella está obligada a pronunciarse fundamentadamente respecto de la procedencia de cada impugnación. Para tal efecto, el acceso a la Corte se obtiene –casi exclusivamente– por el *writ of certiorari*, el cual, más que un instituto al servicio del impugnante, es una prerrogativa por la que la Corte está autorizada a elegir los casos que decidirá, en consecuencia, también aquellos que no. Se trataría del equivalente al recurso de casación de las cortes del *Civil Law*, pero con el rasgo particular de que no necesita expresar motivación para rechazarlo, siendo entonces un acto discrecional.

dictada por un tribunal inferior, se presenta otro tipo de problemas. Si bien estas sentencias desestimatorias del recurso ante la Corte, en tanto rechazan ataques específicos y dejan vigente la sentencia apelada, deciden el fondo de la cuestión, ellas carecen de la autoridad que como precedente judicial tendría una sentencia formal –al menos para la propia Corte Suprema–. Ellas solo significan que la sentencia apelada había decidido correctamente las cuestiones federales alegadas; pero no representan el acuerdo de la Corte Suprema con lo dicho en la sentencia inferior. Existen problemas similares cuando no hay una opinión mayoritaria" (MONAGHAN, Henry P., *Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio*, en *Lexis*, nro. 0003/010404. 2004. Nota de pie de página n. 3, s/p).

Nota del autor: No deben confundirse las sentencias sumarias confirmatorias (*summary affirmances*), de las denegatorias del *certiorari*. En estas últimas, como ya se describió, la Corte Suprema no emite opinión y reciben el nombre de *orders*.

El *writ of certiorari* –de origen inglés, y que conformaba uno de los *prerogative writs* junto con el *mandamus*, la *prohibition* y el *hábeas corpus*– se concede con el voto de cuatro de los nueve jueces, los que deliberan con mucha reserva²⁴⁴. Los criterios que se tienen en cuenta para decidir no son conocidos. A pesar de que la Regla 10 del estatuto de la Corte establece algunos criterios (que el caso contenga una cuestión de derecho novedosa, que el caso permita eliminar incertidumbres jurídicas; que el tema esté generando conflictos de jurisprudencia en los tribunales de apelación; o que el caso permita dejar sin efecto –*overruled*– un viejo precedente). Sin embargo, estos supuestos no vinculan a la Corte, solo cumplen una función referencial²⁴⁵.

244 “Es en la ‘Conferencia de los viernes’, la cual se desarrolla con las puertas rigurosamente cerradas, donde los jueces eligen los casos a los cuales le concederán el *certiorari*; todo el procedimiento de selección es circundado por un velo de secreto, el cual naturalmente favorece el ejercicio de un poder discrecional no controlable” (BARSOTTI, Vittoria, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Turín: G. Giapichelli, 1999, p. 99).

245 “El *certiorari* se presenta en la Corte Suprema, dentro de los noventa días de notificada la sentencia del tribunal inferior, y el apelante está obligado a notificar a todas las partes del juicio el contenido de su presentación (reglas de la Corte Suprema 13.1 y 29.3). Dentro de los treinta días de notificada, la contra parte debe presentar la contestación de ese traslado (llamado *brief in opposition*), y la regla de la Corte Suprema 15.1 encarece que en dicha presentación se destaquen los errores de hecho o de derecho que contenga el recurso. Si el recurso es formalmente concedido el secretario ordena la presentación de memoriales (*brief on the merits*) (reglas de la Corte Suprema 25.1 y 25.2), y luego se fija la fecha para los alegatos orales (*oral arguments*, reglas de la Corte Suprema 27 y 28). Luego de ello la Corte Suprema emitirá su sentencia sobre el fondo del asunto” (GARAY, Alberto F. Tercer

A pesar de la confidencialidad antes descrita, ocasionalmente algún juez (o jueces) que no está de acuerdo con la denegación hace público su voto (*dissent from certiorari denial*) favorable a conocer el caso descartado²⁴⁶. Y aunque es más excepcional aún, hay casos en los que la Corte usa la prerrogativa que le otorga el *certiorari* de manera invertida, esto es, asume competencia sobre el caso, aunque por razones de grado todavía no le corresponda (*Certiorari before judgement*).

La concesión del *certiorari* no tiene efecto suspensivo respecto de la resolución recurrida. Sin embargo, se puede solicitar a la corte que lo expidió la suspensión de la ejecución. Si no fuera concedida, se puede renovar el pedido ante un juez de la Corte Suprema.

La ventaja del *certiorari* es que permite a la Corte descargarse de todo aquello que, en su criterio, considera irrelevante para realizar su función. La desventaja es que su rechazo no genera precedente, en tanto la decisión ca-

párrafo de su Nota (b) de su traducción al artículo *Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio* de Henry P. Monaghan, en *Lexis*, nro. 0003/010404, 2004, s/p).

246 “En ‘Singleton v. Commissioner’, 439 US. 940 (1978), el juez supremo Stevens expresó su disgusto con la práctica creciente de redactar votos en disidencia en los casos de denegatorias del *certiorari*. Al caracterizar dichos votos como ejemplos ‘de las formas más puras de dicta’, id., p. 945, el juez supremo consideraba que eran ‘potencialmente engañosos’. ‘Como la Corte no da explicación alguna acerca de las razones por las cuales se denegó el *certiorari*, los argumentos del disidente en favor de la concesión del recurso no son respondidos, y por ello aparecen como más convincentes que la mayoría de los votos restantes’” (MONAGHAN, Henry P., *Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio*, en *Lexis*, nro. 0003/010404, 2004. Nota de pie de página n. 81, s/p).

rece de fundamentación. Por esa razón, junto con el *writ of certiorari*, la Corte, ocasionalmente, emplea lo que se denomina Doctrinas de Justiciabilidad a fin de enseñar las razones por las que, aun habiendo concedido el *certiorari*, la decisión que expida no tendrá relevancia jurídica.

Las Doctrinas de Justiciabilidad permiten a la Corte dar a conocer que la materia (cuestión jurídica) del caso no tendrá trascendencia por razones que es necesario explicitarlas. Son casos en los que la Corte ha concedido el *certiorari*, pero luego, en un debate posterior, considera que su decisión no es la correcta. Para que el cambio no se considere arbitrario, prefiere sustentar sus razones para, finalmente, no resolver la materia contenida en el caso.

Las doctrinas son cuatro: el *standing*, el *mootness*, el *ripeness* y la *political question*. Todas comparten una técnica común de empleo: la Corte las usa distendidamente. Precisamente tal empleo elástico le permite acomodarlo al interés que desea privilegiar. En *Flast v. Cohen* (392 U.S. 83, 129 1968), el juez Harlan, refiriéndose a una de las doctrinas dijo: "*Standing law is a word game played by secret rules*" ("El derecho a standing es un juego de palabras jugado con reglas secretas").

Por la primera, el *standing*, la Corte cuestiona la calidad de "quién" interpuso el *certiorari*. Para encontrarle un equivalente en nuestra doctrina procesal, sería un cuestionamiento a la legitimidad para obrar activa. El *standing* está dirigido, entonces, a cuestionar el título de quien propone el *certiorari*.

Tanto el *ripeness* (falta de madurez del caso) como el *mootness* (irrelevancia práctica) están referidos al "cuándo" de la actividad judicial intentada. En nuestro sistema

tendría como equivalente, en el caso del *ripeness*, a una falta de interés para obrar, aunque referida específicamente a la temporalidad, esto es, a la oportunidad en que se propone el tema contenido en el *certiorari* concedido. Se emplea cuando la Corte considera que los hechos no son todavía actuales sino hipotéticos o, en cualquier caso, es necesario que la cuestión propuesta tenga un mayor arraigo en la realidad, se asiente en ella. La doctrina del *mootness*, en cambio, podría emparentarse con una manifestación particular de Caso justiciable en nuestra doctrina, aunque con una notoria diferencia: la irrelevancia práctica del tema es apreciada a partir de los deberes que la Corte considera tener con su sociedad.

La cuarta doctrina, la *political question*, se diferencia de las anteriores porque no está referida a aspectos procesales sino de mérito del caso concreto (sujetos, cuestión jurídica o tiempo de actuación). Tiene que ver con el peligro, que muchos juristas perciben, de que la Corte trascienda en exceso su función jurisdiccional y pase a ejercer una función puramente política o legislativa. Empleando la *political question*, la Corte decide no resolver el caso considerando que es un tema que le compete a los órganos elegidos por voto mayoritario, es decir, es un reconocimiento de la Corte respecto a que el asunto no es jurídico sino político o legislativo.

En todas las ocasiones en que la Corte declare *ripeness* (inmadurez del caso), *mootness* (irrelevancia práctica), ausencia de *standing* (ilegitimidad de quien propone el *certiorari*) o que el caso es una *political question* (una cuestión política), estas decisiones pueden ser usadas después por ella con valor de precedente, ampliando su capacidad de discrecionalidad. Por otro lado, algunas doctrinas, como el *ripeness*, permiten a la Corte ense-

ñar a la comunidad que el tema ahora descartado puede eventualmente ser repropuesto, dependiendo de su evolución en el medio social o jurídico.

Por cierto, es natural que una Corte preocupada por uniformar la jurisprudencia por medio de un control de legalidad lanzado al futuro requiera tomarse su tiempo para resolver, atendiendo a la importancia de sus decisiones. Precisamente la fuerza persuasiva del precedente judicial persigue que, al obtenerse uniformidad jurisprudencial, se disuada a los justiciables de enfrentar lo establecido, salvo que se argumente que es necesario sustituirlo. Y ello solo puede producirse, como ya se destacó, si el número de causas que ingresan se reduce radicalmente.

Ha quedado claro para este modelo que es imprescindible que sea el sistema y no el justiciable quien decida cuándo actúa la Corte Suprema. Por otro lado, un sistema dinámico de *overruling* permite establecer una relación permanente entre la actualidad de las exigencias valorativas sociales (justicia, paz, seguridad, eficacia, etc.) y las decisiones judiciales.

En el año 2012, la Corte Suprema Federal recibió 7.509 *certioraris* para decidir su procedencia, cantidad equivalente a un 2,5% menos de los que se propusieron en 2011. De ellos, solo se admitieron 77, lo que significa que solo se concedieron el 1,02% de los *certioraris* que se propusieron. Dentro del mismo 2012 se resolvieron 76, es decir, la Corte dejó como carga procesal para el siguiente año, un caso.

5.3. El modelo alemán

Tal vez lo más significativo de este modelo es que constituye un tránsito histórico desde el *Civil Law* al *Common Law*, lo que para la materia específica implica decir

que, formando parte del modelo franco-italiano, el alemán se orienta hacia el modelo angloamericano. Esta reforma, si bien se manifiesta en el aspecto procedimental en forma de una tendencia a reducir considerablemente el número de casos conocidos por el Tribunal Supremo Federal (TSF), tiene una relevancia mayor en el aspecto funcional. En efecto, constituye un desplazamiento de la importancia de una función a otra.

Siendo tradicional el privilegio del control de legalidad debido a la influencia del modelo franco-italiano, la reforma se orienta a la prioridad de la unificación de la jurisprudencia. De hecho, toda la reforma tiene por objeto privilegiar esta última, por extensión natural, el fin público del recurso²⁴⁷. Alineándose entonces en la ruta diseñada por la Corte Suprema norteamericana, el TFS alemán sigue realizando un control de legalidad, pero orientado a la creación de precedentes, a fin de hacer uniforme la jurisprudencia sucesiva: la nomofilaquia por precedente que comentamos a propósito del modelo anterior.

El cambio se originó en una reforma legislativa que entró en vigencia en julio de 2001. En ella se estableció que solo se concede recurso: a) en los casos de fundamental importancia (*grundsätzliche Bedeutung*), b) cuando el TFS considere que su decisión es necesaria para generar

247 "Tras esta reforma, solo es posible interponer un recurso de última instancia en interés de la ley. El propósito del recurso en esta instancia ya no es, principalmente, obtener una decisión correcta para la causa particular, sino decidir las cuestiones jurídicas de relevancia fundamental con el propósito de desarrollar la doctrina jurisprudencial y asegurar su unidad" (GOTWALD, Peter, *El recurso ante el Tribunal Supremo Federal alemán tras la reforma de 2001*, en *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, Ob. cit., p. 109).

jurisprudencia uniforme o c) para concretar una evolución del derecho²⁴⁸.

Nótese la diferencia con el modelo angloamericano. Si bien existe un margen de discrecionalidad, está presente un criterio legal que, al determinar los casos en que el TSF debe conocer, permite que por esa vía, la legal, se decida la función que esta institución debe cumplir en el contexto del ordenamiento jurídico y de la sociedad. Al consolidar una normativa que regula los motivos (causales) del recurso, el modelo alemán parece alejarse del modelo angloamericano, puramente discrecional. Sin embargo, ello no es necesariamente así, el TSF no admite a trámite recurso por cualquier error de juicio, solo lo hace cuando confirma que este se ha convertido en repetitivo²⁴⁹.

248 Código Procesal Civil alemán (ZPO)

"543. Casación por admisión

1) La casación tiene lugar solo cuando ella es admitida por:

1. El tribunal de alzada en la sentencia o

2. El tribunal de casación en virtud de la queja contra el rechazo del recurso.

2) La casación debe admitirse cuando:

1. La cuestión de derecho tiene un significado fundamental o

2. Sea necesaria una resolución del tribunal de casación para el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada.

El tribunal de casación se encuentra vinculado a la admisión pronunciada por el tribunal de alzada".

249 "No obstante, el extremo más relevante fue y sigue siendo si un error de juicio obvio en una sola causa debe someterse a la corrección del Tribunal Supremo Federal y justifica la admisión del recurso de última instancia. Pese a vehementes ataques, todas las salas de lo civil del Tribunal Supremo Federal confirmaron que un error de juicio sobre cuestiones de derecho en una única

Alguna originalidad muestra el modelo alemán en materia de error procesal, por lo menos en dos temas. El primero es que solo declara fundado el recurso si el error ha sido relevante para la decisión y el segundo es que lo declara fundado cuando aprecia la posibilidad de que el error empiece a presentarse continuamente, esto es, cuando se vuelva sintomático. Por otro lado, siguiendo con el error procesal, el TSF no resuelve el mérito sino hace reenvío, sin embargo, puede pronunciarse sobre aquel²⁵⁰ si la corrección lo permite.

Si lo descrito se compara con lo que ocurre en el modelo franco-italiano, es evidente que la alternativa germana constituye una severa reducción de los recursos que se deciden, lo que no se limita a las causales sino, por efecto reflejo, al número de ingresos, con todas las ventajas que ello supone.

El procedimiento de calificación del recurso es bastante singular, tanto que merece una descripción aunque fuese breve. El tribunal de segunda instancia puede admitir el recurso en su misma sentencia, me refiero al mismo órgano superior (*Revisionsgericht*) que expidió la

causa no justificaba la admisión del recurso de última instancia, pero suavizaron su postura al decidir que las resoluciones arbitrarias violarían los principios constitucionales y que un peligro abstracto de repetición y emulación podría ser suficiente para calificar un error de 'sintomático' (GOTWALD, Peter, *El recurso ante el Tribunal Supremo Federal alemán tras la reforma de 2001*, Ob. cit., pp. 110 y 111).

250 "Si el tribunal federal estima la existencia de un error de juicio, revocará la sentencia y devolverá las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que vuelva a juzgar la causa y adecúe la sentencia al fallo. Si el fallo tras la corrección lo permite, el Tribunal Supremo Federal pronunciará la sentencia definitiva" (ibídem, p. 113).

resolución impugnada. Si esta lo declara procedente, tal decisión vincula al TFS. Sin embargo, si es negativa, las partes pueden interponer recurso de queja ante el mismo TFS a fin de insistir en que se le conceda el recurso. Regularmente, cuando el TFS concede el recurso revocando la decisión de segundo grado es porque se trata de temas que “legalmente” no deberían llegar, pero el TFS considera indispensable sentar una posición sobre ellos²⁵¹.

Finalmente, las partes pueden convenir prescindir del tribunal de segundo grado e ir directamente al TFS en casación contra la sentencia de primer grado. Estamos ante una hipótesis de casación *per saltum*²⁵².

El procedimiento descrito y el elenco puntual de motivos ya anotados, determinan que las partes carezcan de un derecho incondicionado a recurrir. La concepción detrás del procedimiento es muy definida: más importante que el interés del justiciable es el interés público de asegurar que el Tribunal reduzca su actuación a temas de trascendencia.

251 “Este nuevo recurso heterogéneo debe permitir que el Tribunal Federal Supremo unifique la doctrina jurisprudencial en áreas del derecho de las que no se conociese antes de la reforma más allá de los tribunales de apelación regionales. Esta circunstancia afectaba especialmente a cuestiones sobre costas, ejecución de sentencias y concursos” (ibídem, pp. 113-114).

252 “c) En último término, las partes pueden presentar un recurso *per saltum* directamente al Tribunal Supremo Federal, desde la sentencia dictada en primera instancia. Estos recursos debe admitirlos el Tribunal Supremo Federal. Se trata de recursos que se presentan rara vez, cuando las dos partes litigantes están interesadas en una decisión rápida en la que el Tribunal Supremo Federal se pronuncie respecto de una base jurídica controvertida” (ibídem, p. 112).

Otro rasgo es que si bien los criterios de selección permiten controlar que sean algunos miles al año, parecería seguir siendo excesivo, pero ello no sería una conclusión correcta²⁵³. Aun cuando por el fraccionamiento en salas sigue pareciéndose a las cortes del modelo franco-italiano, el modelo alemán ha conseguido reducir los defectos surgidos del fraccionamiento, en base a una división imaginativa de las salas (senate) que también merece una descripción.

Si analizamos el anexo A –que se adjunta al final del presente trabajo– y se toman como referencia los casos ingresados de 2004 a 2013 –diez años– obtendremos un promedio anual de 3.513 recursos admitidos. Asimismo, se advierte que en la década tomada como referencia, el año de menos ingresos fue 2010 (3.179) y el de más el año

253 Empero, es también significativo el ejemplo del *Bundesgerichtshof* alemán. La autorización al recurso que a continuación de la reforma ocurrida en 2001 es concedida según el criterio de la *grundsätzliche Bedeutung* de la cuestión de Derecho invocada con el recurso, y la condición de que la decisión de la corte realice la *Fortbildung des Rechts* y sea necesaria para la unificación de la jurisprudencia, opera de modo que limita significativamente el número de las decisiones tomadas cada año por la corte suprema alemana, que en los últimos años ha pronunciado un número de sentencias por poco superior al 10 por 100 de las sentencias pronunciadas por la Corte de casación italiana. No se trata de cantidades tan reducidas como las de la corte inglesa la estadounidense, sino que parece evidente que el precedente alemán está destinado a tener una fuerza que en línea de principio no podría ser comparada a un precedente italiano. Además, los criterios en función de los cuales se admite el recurso a la corte alemana hacen evidente que su función principal es la de contribuir a la evolución del derecho resolviendo cuestiones de ‘fundamental importancia’”. (TARUFFO, Michele, *Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales*, en *La misión de los tribunales supremos*, Op. Cit., p. 247).

2013 (4.348). Por otro lado, el Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshof* o BGB) tiene una conformación muy particular. Se trata de 12 salas para los casos de derecho civil (en estricto sería derecho privado), cada una conformada por siete u ocho jueces, entre los cuales hay uno que la preside. Las decisiones se toman con cinco votos conformes, igual que las salas penales, aunque estas son solo cinco. El rasgo peculiar es que cada sala civil tiene una especialidad, tal como se advierte del anexo B.

Como es evidente, con esta conformación los jueces no tienen necesidad de reunirse en sala plena. Además, esta se convertiría casi en un Parlamento (un promedio de 150 jueces), por lo que sería un desperdicio para deliberar, tal como nos demuestra la experiencia regular de casi todas las elefantiásicas cámaras legislativas sudamericanas.

Por otro lado, como el derecho no tiene compartimentos herméticos, bien puede ocurrir que una sala civil quisiera variar el precedente de otra. A tal propósito y a fin de evitar que una cuestión jurídica sea vista por más de una sala, desnaturalizándose la finalidad de concretar una jurisprudencia uniforme, se conforma una Sala Grande que está compuesta por el Presidente del BGB y un miembro de cada sala civil, es decir, 13 jueces. Si la necesidad de variar ocurre en sede penal, la Sala Grande la conforma el Presidente del BGB y dos miembros de cada sala, 11 en total.

Aun cuando no es común, hay cuestiones jurídicas que viven en una zona gris, lo que determina, por ejemplo, que una sala civil pueda querer cambiar un precedente fijado por una sala penal o viceversa. En este caso

se conforma una Sala Unida, la cual está integrada por el Presidente del BGB y los miembros de las Salas Grandes civil y penal.

Como lo adelantábamos, la especialidad forjada para la competencia material de cada sala (*senat*) elimina la posibilidad de que coexistan sentencias contradictorias, regulándose puntualmente aquellos casos en los que la realidad devora la estructura formal del derecho, es decir, cuando se descubre que las clasificaciones por especialidad jurídica solo son recursos técnicos para ordenar un saber regularmente desbordado por la vida misma. Por otro lado, los miles de casos descritos al inicio dejan de ser preocupantes con una división como la referida.

6. LOS FINES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Detrás de las diferencias existentes entre los modelos descritos, sea en sus técnicas, instituciones o grado de intensidad para concretar una u otra de las funciones ya enunciadas, existe un trasfondo de filosofía política de la mayor importancia, como ya se anotó. Las dos funciones de la Corte son extraprocesales, en el sentido de que no están conectadas al contenido concreto y específico del tema impugnado. Esta situación, sin embargo, se vuelve más evidente en el caso de los fines, los cuales no solo son extraprocesales, sino que manifiestan la opción de la Corte por una determinada política pública.

Entonces, la predominancia que el legislador o la Corte decida concederle a una función u otra, es solo un apoyo metodológico para definir una elección más importante, tan significativa que trasciende lo jurídico. Se trata de la identificación del fin que se pretende lograr

con la actividad de los órganos de cierre del sistema judicial. Ahora bien, teóricamente puede apreciarse despejada y clara la línea que separa un fin de otro, pero esa es una impresión engañosa. Esto se debe a que las aproximaciones abstractas en torno a la obtención del fin deseado son más brillantes que sólidas²⁵⁴.

A ello debe agregarse otra distorsión, está referida a los orígenes de la clasificación que es necesario precisar. Suele recordarse como punto de partida de la clasificación, las formas cómo podía atacarse una sentencia en el derecho romano arcaico. Así, cuando la sentencia contenía una violación que solo afectaba al litigante perdedor, se decía que era un vicio *jus litigatoris*. Sin embargo, cuando la sentencia contenía un vicio que no solo afectaba la justicia del caso concreto como el anterior, sino que afectaba la justicia que el sistema otorgaba a todos, se decía que era un vicio *jus constitutionis*.

En cuanto a sus efectos, cuando la sentencia contenía una violación *jus constitutionis* –lo que significaba que había violado una ley– la consecuencia era su ineficacia. Con lo cual, aquella no recibiría jamás la autoridad de la cosa juzgada. Era *tamquam non esset* (como si no existiese). CALAMANDREI lo afirmaba así: “La *Constitutio*, o sea, para expresarla en palabras modernas, el poder legislativo, tiene derecho a la obediencia por parte del juez; y cuando el juez en su sentencia niega este derecho, o sea,

254 “En particular, ‘interés público’ e ‘interés privado’ no son alternativas distintas; una mirada más cercana demuestra que ni siquiera son los puntos extremos de algo continuo sino que hay una relación compleja entre los diversos fines a los que sirven las Cortes Supremas”. (KERN, Christopher A., *El rol de la Corte Suprema*, en *La misión de los tribunales supremos*, Op. Cit., p. 76).

niega que un precepto de ley tenga fuerza obligatoria, la *Constitutio* interviene y se alza ante el juez para impedirle, anulando su decisión, invadir el campo reservado a ella”²⁵⁵.

Si el vicio, en cambio, era *jus litigatoris*, la sentencia seguía siendo eficaz pero le concedía al perdedor un motivo de agravio. Por cierto, si este no la atacaba en el plazo previsto, la sentencia pasaba a tener la autoridad de la cosa juzgada. Posteriormente, la aparición de la *appellatio* durante la *cognitio extra ordinem* generó una situación compleja. Para esta época se especulaba en torno a que la injusticia del caso se ataca con apelación pero la injusticia de la ley requería algo más definitivo. Por esa razón, junto con la *appellatio* seguía empleándose la *infinitatio* y la *revocatio in duplum* del periodo arcaico. Sin embargo, había una diferencia clara: la *appellatio* estaba limitada por un tema de plazo; la *infinitatio* y la *revocatio in duplum*, en cambio, podían emplearse en cualquier momento.

Durante la *cognitio extra ordinem* se permitió atacar con la *appellatio* un vicio *jus constitutionis*, es decir, se permitió que la *appellatio* contuviera una nulidad como pedido. Si bien cuando se declaraba la nulidad el órgano no resolvía el mérito, esto ocurría porque como el vicio era *jus constitutionis*, la declaración de nulidad solo era una constatación o ratificación de una inexistencia implícita. Hoy se aducen otras razones para que una declaración de nulidad de un grado superior no acabe en un pronunciamiento de mérito, aunque la razón original fue la descrita.

Lo expresado permite advertir que las categorías jurí-

255 CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, Tomo I, Volumen I, p. 72).

dicas romanas antes descritas si bien vislumbran el tema del fin privado o público de las cortes supremas, no necesariamente constituyen su auténtica explicación histórica. Esta se encuentra en una etapa más cercana, hace un poco más de dos siglos.

La tesis chiovendiana de que la función de un juez cuando sentencia es expresar en ella la concreta voluntad de la ley, fue asumida tal cual por CALAMANDREI cuando describió la función nomofiláctica de las cortes supremas. Esta lo condujo a la conclusión de que las funciones de las cortes supremas son dos. Por un lado, descubrir la interpretación correcta de la ley, de manera tal que el juez se convierte por esta vía en un complemento o guardián del legislador, en tanto su función es encontrar la única interpretación posible de la ley. Se trata, como es evidente, de la aplicación de una teoría cognitivista de la interpretación jurídica, en tanto se concibe a la jurisdicción como el instrumento para obtener aquello que quiso y quiere el legislador respecto de un caso concreto. Fue precisamente este formalismo interpretativo el que condujo a CALAMANDREI a afirmar que el recurso de casación busca obtener "la unidad del derecho objetivo", es decir, las cortes supremas constituyen órganos encargados de declarar, oficialmente, la única interpretación correcta de la ley.

Atendiendo a la importancia que ha adquirido el constitucionalismo en el derecho contemporáneo, esta versión cognitivista de la interpretación ha visto reducida su importancia. Intentando compendiar una teoría interpretativista contemporánea, puede afirmarse que el centro del proceso de interpretación es la justificación. Esto es, cuando un juez extrae un significado de un enunciado normativo (ley) lo que hace al resolver el caso

concreto es proponer una interpretación aplicable a él. Como esta propuesta debe ser expresada o comunicada -el juez es un funcionario público que debe fundamentar públicamente sus decisiones- a las partes, interesados y a quien quiera enterarse, el juez debe sustentar su decisión en un razonamiento lógico y coherente. Además, su decisión debe fundamentarse en valorizaciones e individualizaciones referidas al caso concreto. Esto es, la decisión debe ser racional y, además, razonable. A lo primero se le denomina justificación interna (lógica) y a la segunda justificación externa (práctica y axiológica).

Esta segunda técnica interpretativa, denominada lógico-argumentativa, es idónea para el proceso actual de constitucionalización del derecho, en tanto permite al juez descartar la interpretación que afecte la constitución sin afectar el texto (enunciado normativo) y, asimismo, propiciar las interpretaciones que aseguren la vigencia de un Estado constitucional de derecho. En este plano técnico de la interpretación es mucho más clara la diferencia entre uno y otro fin.

Ahora, por cuál fin debe optar una corte suprema es una opción que escapa a lo jurídico. Tampoco lo es, a tenor de lo ya descrito, cuál de las dos debe ser la privilegiada. Sin embargo, la experiencia comparada del último medio siglo nos muestra una situación impactante: la inmensa demanda de justicia, impulsada por la conquista de derechos fundamentales de primera generación por parte de amplios sectores de la población durante el primer tercio del siglo pasado, han producido un cambio al cual los servicios judiciales no han sabido cómo responder. En el caso de las cortes supremas los efectos han sido espectaculares. Si hace siglos era el monarca quien

impartía justicia en última instancia, con el tiempo la evolución condujo a que los órganos de cierre del sistema solo conocieran los casos de importancia (patrimonial o por razón de la persona). Sin embargo, el siglo pasado ha producido un acercamiento entre las cortes supremas y las extensas franjas de ciudadanía que reclaman justicia como jamás ocurrió.

En este contexto, las cortes supremas vienen produciendo respuestas lo suficientemente contradictorias como para concluir que, a la fecha, lo que existe es una entrevero en la obtención de los fines. Las cortes, sin reconocerlo como problema, vienen cumpliendo, simultáneamente, uno y otro fin, aunque sin mayor conciencia de tal tarea. Esta confusión debe ser entendida en su sentido jurídico aunque no obligacional. En la misma línea, CAMPODONICO considera que se ha producido una conmixtión²⁵⁶.

Entonces, la práctica en los sistemas casatorios de diversos países confirma que tanto en el cumplimiento de las funciones como en el uso de técnicas procedimentales para concretarlas, la capacidad para identificar con alguna claridad, cuál es el fin que se está queriendo obtener, se pierde con extrema facilidad. Como anteriormente se anotó, una técnica puede ser comprendida de manera

256 "La conmixtión entre los dos jura, recibida y desarrollada (o degenerada: depende del punto de vista) en el sistema de la 'Corte de casación como tribunal de legitimidad' (o de aquel híbrido que CALAMANDREI ha considerado más apropiado para nuestro sistema) nunca ha sido precisa materia de discusión entre los procesalistas, que siempre se han limitado a referirse a ellas como a un brocardo común". (CAMPODONICO, Francesco, *La génesis de la ambigüedad. Apuntes para una investigación histórica sobre la conmixtión entre Jus Constitutionis y Jus Litigatoris*, en *Debatiendo con Taruffo*, Op. Cit., pp. 112-113).

contradictoria. Cuesta admitirlo pero, por décadas, los resultados obtenidos no han ni vienen acompañando al postulado teórico, el cual empieza a adquirir los rasgos de un mito.

Alrededor de ese gran mito, pululan otros de los que es imprescindible desprenderse si queremos producir un cambio que devenga en sustancial para un servicio judicial sumido en una profunda crisis de desconfianza e ineficiencia. Describamos algunos.

- *La búsqueda del modelo a seguir*. Ningún antecedente histórico o desarrollo del instituto de la casación es lo suficientemente completo o idóneo como para asumir que el objetivo del jurista es "encontrar" el modelo ideal. Ni en lo legislativo ni en lo doctrinal. Prueba de ello es CALAMANDREI. El considerable mérito de su monumental monografía sobre el tema no inhibe afirmar que buena parte de ella es una búsqueda frustrada de antecedentes del instituto más atrás de la Revolución francesa y, por otro, un esfuerzo por afirmar la consistencia teórica de la casación que todos admiten y comparten, aunque la práctica sobre dicha base teórica sea, hasta el momento, desleznable²⁵⁷.

257 "Tal como hace veinte años, en efecto, a muchos les gusta pensar en la Corte como si -en realidad- correspondiese a su concepción formalista de supremo garante de la aplicación del *derecho objetivo nacional*. No se discutiría aquí la falacia de la ideología formalista, dado que casi dos siglos de antiformalismo deben habernos convencido (¡menos mal!) de lo absurdo de definir cualquier derecho como 'objetivo'. Con todo, tan evidente contraste entre la realidad y el papel ideal sigue sin desatar muchas preocupaciones. Como anota TARUFFO: 'aquello que es no contradice aquello que debería ser', siempre que el modo de operar de la Corte no entre en conflicto con la 'concepción de su relación con la ley

Por lo demás, la ausencia de antecedentes sobre el recurso tiene una base histórica, si el monarca –que impartía justicia– solo tenía poder para reenviar y no para decidir el mérito, que admitiera el recurso hubiera sido una renuncia o declinación de su poder. Como es evidente se trata de un exceso que el rey no podía permitirse.

- Así y todo, la enseñanza está intacta: ningún antecedente histórico sobre las cortes supremas es lo suficientemente idóneo y compatible con nuestras necesidades como para optar por la sencilla ruta de copiar un modelo. Calamandrei diseñó una teoría sobre el recurso de casación y las cortes supremas que, por décadas, ha sido reconocida como impecable y deseable para cada sistema judicial. La realidad, lamentablemente, viene demostrando que la actividad desarrollada para concretar la propuesta teórica no da resultado, sin embargo, ello no ha significado que se considere siquiera la posibilidad de alterar el marco teórico. Piero Calamandrei, entonces, sigue siendo el punto de partida de los estudios sobre la materia, aunque el presente de las cortes supremas nos enseña que sería traicionar su mensaje si pretendemos convertirlo en punto de llegada.

- *Los sistemas judiciales son ajenos a los asuntos sociopolíticos.* Ningún sistema judicial puede ser tal si renuncia a

que se ha propuesto como la más óptima bajo el perfil teórico funcional'. En otras palabras, dado que la construcción teórica se mantiene en vigor y, en concreto, el funcionamiento de la Corte no la invalida, el contraste –que en realidad existe– no hace 'chillar' el sistema". (CAMPODÓNICO, Francesco, *La génesis de la ambigüedad. Apuntes para una investigación histórica sobre la commixtio entre Jus constitutionis y Jus litigatoris*, en *Debatiendo con Taruffo*, Ibídem, p. 111).

propiciar las condiciones para hacer efectivos los valores sociales constantes de una sociedad que aspira a ser democrática, igualitaria, libertaria y solidaria. Lo dicho no obsta para constatar que algunos órganos jurisdiccionales están diseñados para trascender la solución del caso concreto a fin de privilegiar la justicia, la eficacia, la oportunidad o la seguridad. De hecho es el caso de las cortes supremas.

La doctrina de la separación de poderes es, a la fecha, una teoría destartalada que solo la necesidad de los grupos de poder de emplearla para mantener el *statu quo* impide su extinción. En tal escenario, el rol de las cortes supremas frente a poderes legislativos discretos o poderes ejecutivos comprometidos con intereses distintos a los de la sociedad en su conjunto, resulta de una singular transcendencia histórica.

- *Los órganos de cierre, como los otros órganos jurisdiccionales, solo sirven para proveer justicia al caso concreto.* En el caso de los órganos de cierre del sistema (cortes supremas, tribunales supremos, etc.) ocurre algo especial: regularmente se llega a ellos cuando el proceso ya discurrió por dos grados, recibió dos decisiones expedidas atendiendo al hecho y derecho discutidos, previa actuación y valoración de las pruebas, es decir, todo el proceso lógico-volitivo indispensable para expedir una sentencia.

Siendo así, queda por decidir si el órgano supremo debe insistir (tercera sentencia) en declarar su concepción de lo justo para el caso concreto o trascender el escenario particular y preocuparse por orientar a los jueces de otros niveles hacia una interpretación que asegure decisiones justas hacia el futuro. Queda claro que si todos los órga-

nos hicieran esto último, el sistema sucumbiría a un abstraccionismo estéril e irreal. Sin embargo, si se encarga la función paradigmática y universalista solo al órgano de cierre es porque, previamente, se ha ratificado el encargo de buscar la decisión justa para el caso concreto a los dos órganos de grado²⁵⁸.

La exigencia a los órganos de cierre de que impartan justicia al caso concreto puede parecer lógica²⁵⁹. Un

258 "Desde el punto de vista teórico las versiones moderadas del particularismo no excluyen, como se ha visto precedentemente, que puedan y deban haber situaciones intermedias, en las cuales la atención necesaria para todas las *particulars* relevantes se conjuga con la individualización de reglas tendencialmente universales, capaces de ser aplicadas en otros casos. No se excluye, por ello, incluso admitiendo que se razone teniendo en cuenta las características irrepetibles de cada caso concreto, que le corresponda a las cortes, y en particular a la Corte Suprema, la tarea de hacer relativamente predecible y controlable la interpretación de los normas" (TARUFFO, Michele, *Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia*, en *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*, Coordinador: Giovanni Priori, Lima: Palestra, 2015, p. 143).

259 "Para proteger la ley basta un sistema que permita corregir las decisiones, con miras al pasado. La uniformidad de la jurisprudencia, al revelar el 'sentido exacto de la ley', constituye un parámetro para la corrección de las decisiones. De esta forma, el recurso se ve como un derecho de la parte. Está a disposición del litigante, aunque constituya un 'medio' para que el tribunal pueda tutelar el derecho objetivo. La decisión, dado que nada añade al orden jurídico, solamente afecta a los litigantes. No presenta ninguna utilidad para los demás usuarios de la justicia: simplemente revela o reitera lo que ya está en el orden jurídico y se limita a resolver el caso en conflicto. Es obvio que no tiene por qué recaer sobre los ciudadanos o ser motivo para obligar a los tribunales ordinarios. Así, cumple insistir en que lo que recae sobre los ciudadanos y obliga a los jueces es la ley.

La decisión, como solo aplica la ley al caso concreto, es revelada

fundamento político muy fuerte para mantener tal situación es la doctrina de la separación de poderes. Aunque, apreciada con cuidado, no es complicado advertir que enfatizar tal encargo implica olvidar que en las organizaciones sociales modernas el máximo representante de estas no suele realizar, necesariamente, la misma función que cumple la mayoría de sus representados y que es el objeto de la organización. El ejemplo puede ser exagerado pero el Papa no celebra misa todos los días y tampoco el presidente de un país realiza personalmente los cientos de actos de gobierno que concreta su Poder Ejecutivo²⁶⁰.

en su parte dispositiva y es esta la que produce efectos entre las partes. Como la decisión no añade nada al orden jurídico, no cabe razonar en términos de efectos prospectivos. En otras palabras: i) como la decisión se limita a aplicar la ley, sus efectos no tienen por qué proyectarse más allá de las partes; ii) como la decisión no añade nada al orden jurídico, no hay motivo para considerar sus fundamentos; y iii) como la decisión simplemente reafirma el orden jurídico, no hay por qué temer una 'sorpresa injusta' o efectos retroactivos". (MARINONI, Luiz Guilherme, *Del tribunal que declara 'el sentido exacto de la ley' al tribunal que sienta precedentes*, en *La misión de los tribunales supremos*, Coordinadores: Michele Taruffo, Liz Guilherme Marinoni y Daniel Mitidiero, Op. Cit., p. 209).

260 "Llegados a este punto, ¿habrá que concluir que el más alto juez del Estado es precisamente el que menos justicia realiza? El objeto del presente trabajo es justamente intentar que la noción de justicia sea tanto más elevada y más digna cuanto más superioridad y dignidad se le atribuya a un tribunal. Si hablamos del tribunal de casación, estando ese tribunal en la cúspide del sistema, esa justicia debería ser lo más perfecta posible. Veamos a continuación si es factible conseguir ese objetivo, defendiendo al mismo tiempo el *ius litigatoris*, que es justamente lo que han negado muchísimos autores" (NIEVA FENOLL, Jordi, *La relevancia social de la casación: la importancia del ius litigatoris*, en *Revista de Processo*, RePro 147, Año 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 98-99).

Ambos cumplen un rol estelar que trasciende el día a día de las organizaciones que dirigen.

- *El modelo óptimo de órgano supremo es aquel que resuelve menos casos.* La función paradigmática (la nomofilaquia orientada a conseguir la uniformidad de la jurisprudencia) se puede concretar si el órgano supremo realiza su actividad con una cantidad idónea de casos, esto es, adecuada a sus posibilidades y a las necesidades de orientación jurisprudencial del sistema judicial. Si en el modelo del *Common Law* la cantidad es cercana a los cien al año, es un dato a tener en cuenta, nada más. La cantidad dependerá de lo que cada sistema requiera para darle funcionalidad e importancia a su jurisprudencia. Se trata de una cantidad que siempre será variable. Actualmente en el Perú las salas supremas expiden unas 25.000 sentencias al año, con ellas la jurisprudencia viene siendo una fuente de derecho desechable. Entonces, ninguna cantidad es exagerada o diminuta, la aventura consiste en identificar lo que se necesita²⁶¹.

261 "Y es que si se ponen las cartas sobre el tapete con un poco de seriedad, habría que decir que resulta imposible concebir como un tribunal puede mantener honestamente la protección de un ordenamiento jurídico dictando simplemente 100 sentencias aproximadamente cada año. Puede decirse que podría ser así si la base del derecho del Estado es jurisprudencial, aunque ello sea absolutamente falso. Pero si dicha base es de derecho positivo, la suposición realizada se rompe estrepitosamente. ¿Acaso puede concebirse que sean 100 los problemas de interpretación que genera todo un ordenamiento jurídico al cabo de un año? Cuando un tribunal mantiene esa actitud, el valor de su existencia es puramente político o, mejor aún, simbólico si se quiere, de cara a que el ciudadano perciba que hay un alto tribunal que le va a amparar en último término, aunque no lo haga en realidad" (ibídem, p. 106).

- *El dato histórico impone un modelo a seguir.* En casa éramos una familia muy numerosa. Para mitigar las carencias papá estableció que la ropa no era de su dueño sino de quien más la necesitara. No resolvió la carencia, era un problema que lo superaba, pero redujo las disputas considerablemente. Con los datos históricos ocurre lo mismo que con la ropa, una vez conocidos se pueden usar como mejor corresponda, el límite reside en no alterarlos. El Tribunal de Casación francés de 1790 no estaba formado por jueces y ni siquiera por abogados, necesariamente. Ello motivó que no resolvieran el mérito (solo anulaban) y que no apreciaran los hechos (lo que hubiera importado actuar material probatorio)²⁶².

Un uso lineal del dato histórico descrito podría llevarnos a afirmar que, como ahora los conformantes del órgano supremo son jueces profesionales, este debería actuar medios probatorios y, valorándolos, resolver el mérito. Sin embargo, ello sería inexacto, la apertura inicial de la casación española facultando al Supremo Tribunal a resolver el mérito no se concretó porque para esa fecha (1855) ya se contaba con jueces profesionales. La razón fue que se trató de paliar una necesidad de

262 "Es decir, lo que ocurrió, como observó acertadamente CALAMANDREI y como ya dije anteriormente, es que el legislador francés no concibió al tribunal de casación como un órgano del poder judicial, sino más bien cercano al poder legislativo. Siendo ello así, hubiera supuesto un quebrantamiento inadmisibles de la división de poderes que el citado 'tribunal' -que de tribunal no tenía más que el nombre- hubiera conocido de la solución del caso concreto. Pero dejando claro lo anterior, debe afirmarse a renglón seguido que a nadie pudo ocurrírsele pensar en la época -y de hecho hay sobradas pruebas de que fue así- que el tribunal de casación no podía analizar los hechos para investigar las violaciones flagrantes de una ley" (ibídem, p. 109).

tornar oportuno el servicio, siendo una enseñanza que se difundió.

Y aunque ahora el órgano supremo podría actuar sobre los hechos, es obvio que una labor como esa lo llevaría a vincularse al material probatorio –su actuación y valoración–, con lo cual sería inimaginable el tiempo que tomaría resolver cada caso y la cantidad de incidentes que se generarían, pasando a convertirse el órgano supremo en un tribunal de tercera instancia. Un impecable retorno al pasado donde se acumularían causas pendientes debido a la convocatoria a una o más audiencias *sine die*.

Es evidente que sin analizar los hechos no hay manera de evaluar la consistencia del recurso. Ello significa que el juez supremo aprecia lo ocurrido en materia de hechos para resolver el recurso. Sin embargo, ese análisis es un presupuesto para resolverlo, pero no su función esencial, por lo que no puede considerarse una exigencia que se describa tal análisis en la sentencia o, lo que es más, que se actúe prueba complementaria.

6.1. Manifestaciones de los fines

- Si se privilegia el derecho subjetivo a impugnar, es decir, si se convierte en última *ratio* la satisfacción del litigante que quiere mejorar su posición en el conflicto de intereses, se habrá optado por una finalidad privatista. Por medio de este fin, las Cortes buscan proteger el derecho del recurrente a mejorar su posición sobre el mérito o sobre la validez del procedimiento. Se trata de encontrar la legitimidad de la decisión del caso singular, aquello que también suele denominarse, equivocadamente, la tutela del *jus litigatoris*.

- En cambio, cuando las Cortes persiguen una finalidad o interés público, su actividad tiene como principal objetivo resolver las cuestiones de derecho contenidas en el caso concreto, pero buscando conseguir que algún fundamento de su decisión tenga un alcance general y prospectivo, dejando en un nivel de inferior importancia al interés de la parte por el caso concreto. Esto determina, además, que la corte impone con la autoridad de su conocimiento rutas de actuación de los jueces inferiores, propiciando de esa manera una evolución del derecho.

En otras palabras, las Cortes privilegian el fin público cuando colocan la obtención de la nomofilaquia como un medio al servicio de la uniformidad de la jurisprudencia, es decir, cuando pretenden el desarrollo armónico del derecho a través de la decisión judicial²⁶³. Esto ocu-

263 "El tribunal fija o define la norma extraíble de la legislación, es decir, añade algo al orden jurídico. Aquí, al contrario de lo que hace el tribunal preocupado por tutelar la ley, se define el sentido atribuible al texto legal. Se otorga contenido al orden jurídico, al añadirse sustancia al texto legislativo. El tribunal parte de la premisa de que la ley es insuficiente para materializar el orden jurídico y que la sociedad necesita un derecho que depende de la conjugación de las actividades del poder legislativo y el judicial.

El Poder Judicial, en el contexto de la disociación entre texto y norma y de elaboración de la norma a partir del caso concreto y la Constitución, tiene en el tribunal supremo al órgano cuya función es definir el sentido que debe extraerse al texto legislativo. Definir el sentido extraíble del texto no significa expresar el sentido exacto de la ley. El tribunal supremo es el órgano que, dentro del Poder Judicial, se sitúa junto al Poder Legislativo para que el derecho estatal infraconstitucional madure ajustado a las necesidades sociales. Valga decir, el tribunal supremo tiene la misión de otorgar sentido al derecho y propiciar así su desarrollo. Es un tribunal de atribución de sentido o de interpretación, de forma que esta función se entiende como algo que está más

re cuando se impone el interés público de concretar un desarrollo ordenado y coherente del derecho nacional, aquello que también suele describirse, en nuestra opinión alterando el antecedente histórico, como la tutela del *ius constitutionis*²⁶⁴.

- No se descubre nada cuando se afirma que detrás de la opción por privilegiar un fin u otro, está presente una carga de ideología política que define la elección. Un dato es que no sirve desgastarse en establecer una relación directa entre la actividad casatoria y lo que la mayoría de los ciudadanos exige de su sistema judicial. Sea por razones de cuantía o por la materia discutida, la actividad casatoria no incide directamente en las franjas donde la mayoría resuelve sus controversias. Lo que no

allá de la que el modelo tradicional concibe para el tribunal de casación". (MARINONI, Luiz Guilherme, *Del tribunal que declara 'el sentido exacto de la ley' al tribunal que sienta precedentes*, en *La misión de los tribunales supremos*, Coordinadores: Michele Taruffo, Liz Guilherme Marinoni y Daniel Mitidiero, Op. Cit., p. 210).

- 264 "La Corte Suprema es un modelo de corte cuya función reside en dar unidad al Derecho mediante su adecuada interpretación. Es una corte que debe su existencia al fin de nomofilaquia interpretativa. En esa línea, es natural que el precedente en el que se consustancia esta interpretación tenga una eficacia que vaya más allá de las partes del caso concreto del cual es derivado y esté dotado de eficacia vinculante, siendo considerado como una fuente primaria del Derecho. Esa eficacia que es atribuida al precedente de la Corte Suprema se debe, primero, desde el punto de vista de sus presupuestos teóricos, al hecho de que la interpretación judicial consista en una reconstrucción semántica de texto y de elementos no textuales del orden jurídico y, segundo, del punto de vista de su función, al hecho de que ese modelo de corte se encuentre orientado al otorgamiento de la unidad del Derecho mediante su adecuada interpretación". (MITIDIERO, Daniel, *Dos modelos de cortes de vértice - cortes superiores y cortes supremas*, en *La misión de los tribunales supremos*, Op. Cit., p. 111).

significa, en modo alguno, que la función que realiza la Corte no afecte indirectamente a la mayoría. Las líneas vectoriales que establezca pueden hacer los procedimientos más expeditivos y las decisiones más previsibles. Por lo tanto, mal se hace cuando se afirma que optar por el litigante es una decisión humanista. La relación órgano supremo/justiciable, respecto de la discusión y decisión de casos concretos tiene, lamento decirlo, una elevada dosis de demagogia²⁶⁵.

Lo expresado no desconoce, lo reiteramos, que un sistema judicial -no solo el subsistema de acceso y función del órgano supremo- debe estar comprometido con acen-
tuar, por medio de sus decisiones, los valores que deben practicarse para convertir a la sociedad en democrática, igualitaria, libertaria y solidaria en los hechos y no en la teoría. En esa perspectiva, al cumplir con uniformar la jurisprudencia por medio de la función nomofiláctica, los órganos supremos hacen efectivos por lo menos dos objetivos jurídico-políticos: aseguran la certeza del derecho y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Será el sistema judicial en su conjunto el que preste su aporte para hacer efectiva la vigencia real del ordenamiento jurídico y el

-
- 265 "Los gobernantes de un país no pueden sobrevivir por mucho tiempo si su población está descontenta, y lo estará si sus tribunales de instancia no funcionan bien y su tribunal supremo no hace nada para corregir la situación. Podrán adoptar decisiones populistas y hacer uso del *panem et circensis* cuando convenga, pero el engaño no durará para siempre. El pueblo acabará levantándose periódicamente (como suele ocurrir en los Estados más desfavorecidos), y hasta que no se resuelva el problema de la Justicia, se seguirá rebelando cada cierto tiempo porque una vez que el pueblo ha votado su parlamento y ha recurrido a sus tribunales en búsqueda de justicia, ya no tiene donde acudir más que a sus gobernantes" (ibídem, p. 118).

afianzamiento de los valores sociales que la Constitución postula.

Lamentablemente los sistemas judiciales en esta parte de América son instrumentos al servicio del poder económico que, a su vez, controla las políticas públicas de los gobiernos de turno. Por esa vía, ha fracturado la soberanía de nuestros países penetrando sus instituciones a fin de condicionarlas a su interés. Inclusive las reformas que algunas veces se proponen, tienen regularmente como objeto asegurar la vigencia de las reglas del libre mercado, el cual debe ser absolutamente libre para asegurar la circulación del capital y las mercancías, pero no lo suficiente como para garantizar la retribución justa de la fuerza de trabajo²⁶⁶.

Para que lo expresado no se aprecie como una abstracción, describamos un ejemplo: la imprescindible necesidad de “lavarnos la cara” a fin de conseguir que Estados Unidos acepte que entre en vigencia el Tratado de Libre Comercio (TLC), llevó al Gobierno peruano a una serie de reformas legislativas realizadas en el año 2008.

266 “Desde el punto de vista de la lógica del mercado libre, debería haber una completa libertad de movimientos de todos los factores de la producción. Y sin embargo se ha demostrado poco menos que imposible conseguir que un factor de producción como es el trabajo pueda moverse sin ataduras de ninguna clase.

Hoy existe menos libertad de movimiento de la fuerza de trabajo de la que había en el mundo antes de 1914, cuando no existía límite alguno a la inmigración ni en los Estados Unidos ni en América del Sur. No conozco ningún país que tenga hoy una política de inmigración análoga, ni los Estados Unidos mismos. Y menos que ninguno la Unión Europea que, desde un punto de vista global, es sobre todo un mecanismo organizado para excluir la inmigración” (HOBSBAWM, Eric, *Entrevista sobre el siglo XXI*, Barcelona: Crítica, 2000, pp. 99-100).

Como el presidente en ejercicio, al igual que su partido político, alguna vez fue de izquierda –“peligrosa especie la de los arrepentidos”, recuerda Eduardo Galeano–, no tuvo inconveniente en concretar las reformas.

Una de ellas consistió en modificar el Código Procesal Civil de 1993. Este fue vilmente tasajeado, aunque, en realidad, el propósito perseguido fue específico: modificar el proceso de ejecución y mejorar la infraestructura de la subespecialidad comercial a fin de que el tráfico comercial sea fluido y expeditivo. Por cierto, el Gobierno obedeció el mandato y los empresarios –nacionales y extranjeros– agradecieron el cambio.

El ejemplo sirve porque cuando se propone una reforma de una institución judicial para dar confianza a los empresarios e incentivar la inversión extranjera, estamos escuchando el canto de sirena del anarcocapitalismo, una lacra que venimos sufriendo en sede sudamericana.

Por ello, afirmar que los órganos supremos deben reformarse para estimular la celeridad de los negocios e incentivar la inversión extranjera²⁶⁷ significaría que, en

267 “Y si, al mismo tiempo, el Tribunal de casación no hace absolutamente nada al respecto, el empresario acabará por no contratar con personas de otras regiones –dependiendo del negocio por supuesto–, porque los tribunales del lugar simplemente no le merecen confianza. Por el contrario, si existiera un tribunal de casación eficaz sabría que, pase lo que pase en los tribunales de ese territorio, siempre le quedará la oportunidad de acudir ante ese tribunal de jurisprudencia previsible.

[...].

Para demostrarlo, debería reflexionarse por un momento sobre una de las principales razones de la depresión económica de muchísimos países del mundo. Dicha depresión suele traer causa de una falta de inversión extranjera. Y dicha carencia de inversión

sede nacional, ya no habrá que preocuparse, entre tantas falencias, porque el 40 por ciento de los locales judiciales sean arrendados o por el salario miserable de los funcionarios judiciales.

Los procesalistas tenemos derecho a seguirnos equivocando con nuestras propuestas. Más allá de nuestro cuidado, las técnicas de investigación en ciencias sociales amplían, a veces demasiado, nuestro margen de error. Sin embargo, deberíamos tener especial cuidado cuando elaboremos sugerencias sobre realidades que no conocemos. El derecho, y sobre todo el proceso, es, desde una perspectiva marxiana -no necesariamente marxista- una superestructura sometida por un poder político-económico nativo que, a su vez, responde a las exigencias de seguridad y ventaja de un poder económico transnacional. Este es el contexto que debemos considerar cuando propongamos la reforma del sistema judicial de un país emergente. Sin descuidar, sobre todo, el consejo de Camus: "Uno no puede ponerse del lado de quienes hacen la historia, sino al servicio de quienes la padecen".

7. ALGUNOS MITOS NACIONALES ALREDEDOR DEL TEMA

- Se afirma, a veces categóricamente, que contamos con el peor de los sistemas. Es curioso, resulta difícil en-

se debe en muchísimos casos a la falta de fiabilidad de los tribunales de aquel país. Cualquier economista sabe que ningún empresario se atreve a invertir en dichos países ante una situación flagrante de inseguridad jurídica" (NIEVA FENOLL, Jordi, *La relevancia social de la casación: la importancia del ius litigatoris*, Ob. cit., p. 116).

contrar a juristas que estén satisfechos con lo que tienen en sus respectivos países. En cualquier caso, nuestra organización judicial no es una aberración. Es cierto que no es la mejor, pero enfrentar nuestros problemas con una perspectiva pesimista es tan irresponsable como enfrentarla con un aire de arrogancia. Sea la que fuere, ambas solo demuestran ignorancia.

Japón es, en múltiples facetas, un modelo de país del Primer Mundo. Sin embargo, en un Congreso Internacional realizado en 2006, el profesor TANIGUCHI informó que la duración de un proceso civil de conocimiento en Japón era de diez años en promedio. Que para esa fecha la duración del nuestro fuese menor no nos coloca en la cúspide de la posmodernidad, no asumamos la ficción de creer que todo está sobre ruedas, pero tampoco estamos en el averno.

Tenemos una tarea por delante, como la tienen otros juristas en sus propios ámbitos nacionales. Aunque nos hace bien en ocasiones reírnos de nosotros mismos, resulta una exageración que nos burlemos o nos sintamos a priori desgraciados, sobre todo con sustento en el desconocimiento.

- Se afirma que es imprescindible contar con tal o cual modelo o instituto de tal o cual país, para que ocurra el cambio que anhelamos. Estamos ante un saber que presumimos científico. Si creemos en la base científica de los estudios jurídicos, debemos descartar de raíz el deslumbramiento ingenuo, en tanto solo producirá imitaciones acrílicas y mediocres.

- Se dice, también, que las reformas procesales solo requieren de investigación teórica o descriptiva. Tal vez

este sea el mito más depredador para la ciencia jurídica y muy especialmente para la ciencia procesal en sede nacional. Siendo el procedimiento un acontecer social cotidiano y colectivo, será imposible que los aportes para su mejoramiento sigan siendo recetas salidas del gabinete del jurista de escritorio.

Es imprescindible descartar el descriptivismo abstracto y encubridor, reemplazándolo por investigaciones que den cuenta de temas como: la relación cuantitativa juez/población en una región determinada; la identificación de las pretensiones más comunes en zonas o ciudades específicas; el establecimiento de datos reales sobre la duración de los procedimientos, así como identificar las razones que coadyuvan a su mora.

- Cuando se expide una nueva ley se asume un comportamiento maniaco-depresivo respecto de ella. O se asegura que no producirá ningún cambio, o se le otorga la fe del Bautista creyendo que con su promulgación todo mejorará de inmediato. Este tránsito de la euforia a la depresión o viceversa solo refleja estados de ánimo que, al expresarse disfrazados de "agudas reflexiones", distorsionan y empobrecen la crítica seria y prospectiva tan necesaria.

Es absolutamente falso creer que una reforma normativa producirá por sí misma el cambio, la norma no es omnipotente. Sin embargo, también es errado afirmar que una reforma legislativa está per se condenada al fracaso, la nueva norma no es impotente. En cualquier caso, lo que vaya a ser depende del interés colectivo en querer mejorar nuestra situación, es decir, no será la bondad o maldad de la nueva ley la que determine el éxito o el fra-

caso, sino el conocimiento real de nuestras carencias y la manera de satisfacerlas.

8. CONCLUSIONES PROVISIONALES

8.1. El derecho en las repúblicas sudamericanas - marcada por la experiencia colonial- fue una clave cultural impuesta desde fuera. No tuvimos la oportunidad de cuestionar su calidad. Cuando recibimos algo como único, asumimos que es lo mejor. Este fue nuestro caso.

8.2. En la actualidad, la división internacional de los países respecto del bienestar general nos muestra que, en distintos grados, Sudamérica (salvo Brasil) está formada por naciones emergentes. En el plano judicial, esta minusvalía estructural y funcional nos impele a necesitar que incorporemos datos de la cultura judicial de los países fundadores de la tradición jurídica occidental.

A tal efecto, las alternativas para incorporar ese caudal foráneo, nos parece, son dos: o los incorporamos tal cual a fin de lograr con ello, por efecto reflejo, nuestro "progreso y evolución"; o realizamos un lento pero seguro proceso de deconstrucción de los aportes jurídicos exógenos (esto significa que investigamos los orígenes de las instituciones foráneas, los problemas que pretendieron resolver sus creadores con la propuesta, el resultado obtenido, el grado de satisfacción social conseguido, entre otros), para luego pasar a una segunda etapa del proceso, la que consiste en darle la estructura adecuada para hacerla funcional a nuestras necesidades.

8.2.1. Como es evidente, la primera opción, la más fácil, tiene el fracaso asegurado. Además, tiene el grave

defecto de sustentarse en una continuidad de la cultura jurídica occidental, una visión tan común como intencionalmente distorsionada²⁶⁸. El derecho vive en el tejido

268 "Si aceptamos esta noción estructural de la comprensión histórica, estamos preparados para valorar dos teorías alternativas y opuestas: un modelo de la historia como tradición y continuidad, por un lado, y una aproximación opuesta de 'discontinuidad', por otro.

Es bastante interesante señalar que, a pesar de que los historiadores del derecho occidentales han adoptado en los últimos diez años una marcada diferencia a favor de la continuidad, sin que haya habido un debate abierto sobre los méritos de esa tendencia y sus implicaciones, ese debate, sin embargo, se dio en los años ochenta entre los historiadores del derecho marxistas, que abiertamente plantearon la cuestión de la discontinuidad en el desarrollo, con un fuerte énfasis en la discontinuidad por parte de algunos académicos radicales, llevados del espíritu estructuralista. Tengo la sensación de que la dimensión política de las explicaciones históricas, que entiendo es la aproximación elegida para mediar entre el campo histórico y una audiencia, puede emerger fácilmente de esta oposición entre actitudes. Una sociedad radical está mucho más dispuesta a legitimarse sobre la idea de discontinuidad y los historiadores radicales pueden estar abiertos con mayor facilidad a reconocer rupturas trascendentales y momentos revolucionarios en el 'curso de la historia'. Pero, si esto es cierto para los radicales, lo contrario también es cierto para los no radicales que se encuentran comprometidos con un proyecto de legitimación genealógica, donde una invocación al pasado puede servir para manejar los problemas generados por cambios dramáticos [...].

Desde esta perspectiva, los hechos, al igual que las afirmaciones, deben verse en dispersión y, evidentemente, no se juntan por sí mismos para formar una teoría. Son agrupados por gente real con el cemento de una narrativa y de acuerdo con una estrategia de construcción. Son fabricados y procesados dentro de una teoría. Cada teoría es una construcción, un artefacto, y la construcción entraña exclusión. La historia, de hecho, es una forma de escritura que está relacionada con la discontinuidad como una característica central de los hechos. Si recordamos que la

social de cada grupo organizado, en tal calidad, asumir como nuestros los problemas y las soluciones jurídicas de otras sociedades nos podría conducir (regularmente nos conduce) a plasmar un error histórico de inimaginables consecuencias. Un ejemplo aclarará lo dicho: en pleno siglo XXI, el país más poderoso del mundo expidió una ley por la cual se podía afectar todos los derechos fundamentales de primera generación de toda persona sospechosa de practicar actos terroristas. La tristemente célebre "Ley Patriota" reguló, entre otras violaciones a derechos fundamentales, la tortura. Lo ocurrido en Abu Ghraib y Guantánamo no son hechos aislados, son baldones en la conciencia colectiva de la nación más prominente del Primer Mundo. Por eso el derecho no se copia, se puede construir con materiales ajenos, pero con experiencias vitales propias.

8.2.2. La segunda es más compleja. Como se anunció, pasa por penetrar en el conocimiento de las razones por las cuales la institución investigada fue incorporada al

comprensión depende de la adopción de una estructura, que la agrupación de hechos depende de una teoría, y que la adopción de una teoría depende de una estrategia, podemos fácilmente embarcarnos en el desafío de preguntarnos por qué se ha elegido el modelo de continuidad en lugar del modelo alternativo de discontinuidad. Por lo tanto, desde mi punto de vista, el interés en elogiar el genio jurídico original de los occidentales y de los romanos, como algo que se opone a tomar prestado de otras civilizaciones, es imputable a un proyecto más amplio que sostiene retroactivamente la superioridad 'cultural' de la sociedad industrial moderna. Un nuevo rico necesita, después de todo, una genealogía que muestre que no es tan nuevo como pueda parecer" (MONATERI, P. G., *La invención del derecho privado*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, pp. 141-144).

ordenamiento jurídico del país en el que se originó. Este dato incluye el conocimiento del contexto histórico-social de tal ocurrencia. Asimismo, exige una prevención, la investigación jurídica no se agota en conocer la regulación de la institución sino en investigar en qué ha consistido su funcionamiento.

Por cierto, el complemento de aquella información consiste en conocer si el problema que se enfrentó con la propuesta normativa tiene elementos comunes con el problema que se pretende solucionar en sede nacional. Y, si así fuera, urge revisar, a continuación, un conjunto de elementos exógenos al fenómeno jurídico como tal, a fin de asegurar que su eventual adecuación no esté afectada por factores que no fueron advertidos, en la ingenua creencia que el ámbito jurídico es autónomo respecto del acontecer histórico. Solo después de cumplido este procedimiento, estaremos en condiciones de incorporar una institución jurídica a nuestro ordenamiento con un margen reducido de incompatibilidad.

Lo expresado parece obvio, sin embargo, cuando intentemos esta experiencia, no debemos olvidar que la necesidad de crear o modificar la ley vigente es, en el legislador sudamericano, inversamente proporcional a su interés en conocer su realidad con criterios técnicos. Y esta deficiencia se da tanto antes de promover el cambio legal como después, cuando se debería investigar el resultado obtenido por la nueva disposición legal.

8.3. A propósito del tema desarrollado, el llamado modelo franco-italiano es moroso, caótico e ineficaz como promotor de la calidad del ordenamiento jurídico. También es ineficiente como instrumento para que las cortes

supremas cumplan con la finalidad de ser instituciones que se encarguen de la vigencia del sistema legal como medio de transformación dinámica del acontecer jurídico, social, político y económico de sus comunidades.

Perdidas en trámites y aspiraciones inalcanzables, como encontrar para cada caso presuntamente la decisión justa, las Cortes de este modelo se convierten en torres de babel donde sus miembros, de pronto, empiezan a hablar lenguas distintas, desperdiciando con sus incoherencias la oportunidad de terminar la construcción de un aporte siquiera aceptable. En la Biblia la aparición de distintas lenguas fue un acto intencional de Yahvé (Génesis 11: 1-9) para evitar la construcción de la torre; en el modelo comentado, felizmente, solo es negligencia humana, aunque plena de buenas intenciones.

8.4. Aun cuando sea obvio, ratificamos que nuestra Corte Suprema se afilia al modelo franco-italiano, cuyo principal rasgo es que, aunque sustentado en una propuesta teórica exquisita sobre las funciones de la casación siguiendo el pensamiento de CALAMANDREI, padece una generalizada deficiencia en su práctica.

8.5. Las cortes supremas francesa e italiana empezaron promoviendo una finalidad pública, aunque a la fecha le conceden preferencia a la obtención de justicia para el caso concreto. En el modelo angloamericano se evolucionó, muy tempranamente, del examen del hecho al del derecho puro y esto condujo a privilegiar el fin público de sus cortes.

8.6. Hay una tendencia creciente en algunos países tributarios del modelo franco-italiano –es el caso del modelo alemán– a usar la función de nomofilaquia para

asegurar la uniformidad de la jurisprudencia a través del precedente, y con ello lograr que las cortes cumplan el fin público de la casación. Es decir, se empieza a constatar las deficiencias del modelo franco-italiano postulándose su abandono o, por lo menos, la atenuación de sus rasgos negativos.

8.7. Aunque la técnica de ensayo y error tiene en el ámbito judicial un costo significativo, más aun en los países emergentes, es la que se viene utilizando precisamente en ellos. La razón es que se está tratando, desesperadamente, de salir del estado de casi inutilidad de la jurisprudencia como fuente de derecho. Sin embargo, en países como el nuestro el ensayo y error es una técnica demasiado cara, y no nos referimos solo al aspecto económico sino, sobre todo, al social.

Pretender, por ejemplo, que la doctrina del precedente arraigue en sede nacional, *tout court*, sin una previa reforma de la enseñanza jurídica, ha producido y sigue produciendo defecciones. Ahora la institución navega entre Escila y Caribdis, para algunos es la solución de todos los problemas de la judicatura nacional y, para otros, una desgracia que hay que descartar prontamente.

Es indudable que la actividad de un jurista (y menos de un juez) no puede consistir más en encontrar "la interpretación correcta" de un texto legal. No solo porque no existe sino porque lo que se necesita es un esfuerzo creativo y pragmático. En tal sentido, las técnicas de investigación jurídica son -tal como WITTGENSTEIN concibió al lenguaje- nuestra caja de herramientas para construir alternativas. Se trata de algo más que una disquisición académica, es una opción de política del derecho, para

decirlo como TARELLO²⁶⁹.

Dado que en sede sudamericana necesitamos un sistema judicial eficiente, coherente, confiable y orientado hacia un desarrollo racional de un derecho comprometido con los valores de cada comunidad, es necesario construir un modelo de corte suprema que responda a esas exigencias. La propuesta debe partir, necesariamente, de tener esclarecido un estado de la situación así como las aspiraciones que cada sociedad tenga sobre la función que le cabe a su sistema de justicia.

Más allá de que estén claras las ventajas y también las deficiencias que tiene cada uno de los modelos descritos, lo que importa es que en nuestra sede constatemos nuestras carencias y también nuestras posibilidades de gestar una reforma. Esa es la cantera de donde cada sistema jurídico debe extraer los parámetros al interior del cuales debe diseñar un sistema casatorio propio, eficaz y

269 "En esta línea, en el libro de TARELLO se puede leer un mensaje ulterior, dirigido a cuantos -juristas y iusfilósofos- todavía creen, o al menos, por sus palabras, parecen creer, en una de las (muchas) doctrinas que históricamente han recibido el nombre de positivismo jurídico. Se alude a la doctrina que configura la actividad interpretativa (realizada por juristas, jueces y funcionarios) como una actividad cognoscitiva de normas preconstituidas: aquella según la cual los juristas-intérpretes no crean derecho y, en consecuencia, no hacen política, sino que se limitan a descubrir el derecho que encuentran ya acabado por obra del legislador. Para esos juristas y iusfilósofos, el mensaje de TARELLO es que, al menos en ciertas circunstancias, el derecho (el 'derecho vigente') no nace de la ley sino de las construcciones conceptuales de los juristas. En ese sentido, aquello que los juristas hacen pasar por 'teoría' es, más bien, 'ideología'; aquello que hacen pasar por 'ciencia' jurídica es política del derecho" (GUASTINI, Ricardo, *Distinguendo*, Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pp. 31-32).

socialmente útil.

8.8. La opción por uno de los fines del recurso no puede, en ningún caso, ser asumida como una elección radical y absoluta. El derecho no es binario en sus respuestas, no responde a las categorías “bueno” o “malo”, “correcto” o “incorrecto”. Así, privilegiar el fin público expresa, entre otros aspectos, el derecho de los ciudadanos (sean justiciables ahora o después) a contar con un sistema predecible y que produzca respuestas iguales para situaciones que también lo son o que son similares en lo esencial. Sin embargo, tal opción no puede desconocer el hecho de que detrás de un sistema predecible, expeditivo y dinámico, el impugnante tendrá mejor garantizados sus derechos.

8.9. Finalmente, cualquier reforma legislativa sobre la materia queda a disposición de la voluntad, interés o compromiso del juez supremo. Las distorsiones o desencuentros que sufrimos en la práctica pueden perfectamente convertirse en aportes pretorianos de una curia dispuesta a acabar con las imprecisiones conceptuales o teleológicas del sistema. Lamentablemente, hasta el momento su conducta ha consistido en hacer aquello que mejor convenga al ejercicio de su poder o, en el mejor de los casos, dejar las cosas como están. El juez supremo aún no es consciente de la responsabilidad histórica que le impone su elevado cargo²⁷⁰.

270 TARUFFO refiere como algunos jueces supremos desperdician su investidura: “Una de las condiciones de la cual depende el resultado de cualquier reforma de la Casación es que se elimine del todo, donde exista, la concepción que consiste en considerar la pertenencia a la Corte Suprema como una prestigiosa prebenda, más que como el debido desarrollo de un altísimo servicio en

9. EL CASO PERUANO

Afincado en el modelo franco-italiano (la organización judicial napoleónica contenida en la ley de 1810 está vigente en varios aspectos de nuestra actual Ley Orgánica del Poder Judicial) como ya se adelantó, contamos con una Corte Suprema formada por varias salas especializadas (ahora son ocho, pero podrían ser más en cualquier momento).

Estas expiden un promedio de veinticinco mil resoluciones al año. La consecuencia más grave de esa masificación es un abandono de la calidad de fuente de derecho de la jurisprudencia. En los escasísimos casos en que se forja una tendencia jurisprudencial, no está claro si debe ser seguida “obligatoriamente” y menos aún cuáles son las técnicas para apartarse de ella. Más allá de algunos intentos de privilegiar el fin público de la Corte, como la regulación del artículo 400 del Código Procesal Civil en su versión original²⁷¹ de 1993, es evidente que los resultados

una de las instituciones fundamentales del Estado. [...]. En todo caso, es necesario evitar que el trabajo de la Corte dependa de circunstancias contingentes o casuales, o de la buena voluntad de sus miembros”. (TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo: ensayos sobre la Casación Civil*, Lima: Palestra Editores, 2006, p. 257).

271 Código Procesal Civil

“Artículo 400.- Doctrina jurisprudencial.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

y la cantidad de casos resueltos anualmente demuestran que la experiencia ha fracasado.

La Corte Suprema peruana no cumple con los objetivos de política social propios de un órgano supremo del siglo XXI. Se afilia al cumplimiento de una finalidad privatista, esto es, solo persigue otorgarle legitimidad a la decisión privilegiando el derecho subjetivo a impugnar del recurrente.

En el Perú, donde carecemos de estadísticas plenamente confiables, la duración promedio de un proceso de conocimiento pleno puede estar entre cinco a seis años, de los cuales más de un tercio se consume en la Corte Suprema.

En nuestra opinión, una reforma de la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema nacional pasa por advertir que, al ser sus funciones extraprocesales, esto es, al estar el control de legalidad y la uniformidad de la jurisprudencia fuera del ámbito del proceso y del caso concreto contenido en él, es imprescindible asumir que la finalidad a cumplir por la Corte Suprema también es extraprocesal, por tanto, es pública.

Siendo así, para que la Corte Suprema cumpla su función nomofiláctica lanzada hacia el futuro -para que ese control de legalidad uniformice la jurisprudencia buscan-

do que sus decisiones conformen pautas de actuación de los jueces inferiores-, es imprescindible que el número de casos que resuelva sea considerablemente menor a los que expide actualmente.

También importa que la Corte cumpla sus funciones en aquellas áreas jurídicas urgidas de encauzamiento (jurisprudencia contradictoria de las cortes superiores, necesidad de proponer una evolución del derecho sobre un tema trascendente, etc.), pero que, sin embargo, no tienen acceso al recurso de casación por razones de competencia, sin afectar la igualdad de las partes en el proceso. Alguna autonomía debe tener la Corte para ir más allá de las procedencias casatorias regladas. Por ejemplo, al no constituir un proceso autónomo -solo un procedimiento- la resolución que pone fin a un incidente cautelar jamás llegará a la Corte Suprema. Sin embargo, es importante que la Corte se pronuncie algunas veces sobre un tema tan necesitado de líneas vectoriales como el cautelar.

Y lo último pero no lo último: en derecho las ideas no se trasplantan, como ya se advirtió. Importará poco la información que tengamos del derecho comparado sobre tal o cual institución, si carecemos de un conocimiento esencial sobre nuestra realidad social y sobre el ordenamiento jurídico peruano. La afirmación invertida también es correcta. Solo cabe agregar que lo descrito contiene los ingredientes para que el jurista incorpore su cuota de imaginación creadora que lo lleve a conducir el cambio que necesitamos.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaren improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad".