

LOS VALORES DE LA DOBLE INSTANCIA Y DE LA NOMOFILAQUIA*

Luigi Ferrajoli**

1. El fracaso de la función de nomofilaquia adjudicada al juicio de casación por el art. 65 del ordenamiento judicial es, ciertamente, un hecho innegable y públicamente conocido que se manifiesta bajo dos aspectos: en primer lugar, a través de la lentitud de los juicios que como regla general se resuelven, según las palabras de Sergio CHIARLONI, en una verdadera y propia "negación institucionalizada de justicia" en la que resulta comprometido, amén de la nomofilaquia, el rol integral de la casación. En segundo lugar, y en lo que respecta particularmente a la nomofilaquia, a través de la profunda disparidad en las decisiones, lo que contradice la función, en la cual ella consiste, de asegurar "la interpretación uniforme de las normas jurídicas" y de proporcionar, por ende, un mínimo de certeza en el derecho.

La causa de este fracaso ha sido atribuida por CHIARLONI a dos factores: la inflación de los recursos (más de 10.000 al año) y el carácter pletórico de la Corte de Casación, compuesta ya por cientos de jueces y articulada no sólo en más secciones especializadas, sino también en más colegios que en la misma sección juzgan las mismas cuestiones. Evidentemente, el primer factor es causa del segundo. Por otro lado, el primer factor –el exceso de recursos– es responsable tan solo del primer aspecto del fracaso, es decir, de la lentitud de los juicios, pero no del segundo aspecto, esto es, del fracaso de la nomofilaquia (y si lo es, su grado de responsabilidad es mínimo). Así, el segundo factor –la pletoridicidad del órgano y la pluralidad de colegios que deciden sobre las mismas cuestiones– es responsable sólo por el segundo aspecto de la crisis (el fracaso de las funciones de nomofilaquia), pero no por el primero; una reducción del número de jueces, si bien favorecería las funciones de nomofilaquia, terminaría, como es obvio, agravando el primer aspecto de la crisis, es decir, la lentitud, hasta el punto de la parálisis de los juicios de la casación. El primer remedio prejudicial para la crisis, propuesto consecuentemente por CHIARLONI, no puede consistir más que en una deflación de los recursos, a través de la exclusión de algunos de sus actuales motivos.

Al aproximar los remedios –deflación de los recursos, reducción del número de jueces que componen la Corte de Casación, transformación de la apelación en un juicio de rescisión, con algunas funciones hoy encargadas a la casación– debemos,

sin embargo, balancear los valores que resultarían mejor satisfechos, con los que quedarían aún más comprometidos. Es entonces la identificación de estos valores y de su jerarquía –sea desde el punto de vista interno o jurídico de la Constitución, sea desde el punto de vista externo o político–, y, en consecuencia, la definición del rol que consideremos propio de la casación, el objeto hacia el cual tenemos que dirigir preventivamente nuestro análisis. Es probable, de hecho, que más allá de nuestro acuerdo sobre el diagnóstico acerca de la crisis de las funciones de nomofilaquia de la casación, el desacuerdo sobre los remedios esconda un desacuerdo sobre esos valores, y, por lo tanto, una divergencia en nuestro modo de concebir la función de la casación.

De más está decir que, obviamente, tales valores y, consecuentemente, el rol deseable para la casación, son profundamente diferentes, según se trate de un juicio civil o, en cambio, de un juicio penal, del cual, por lo demás, me ocuparé aquí. En el juicio civil, como ya lo dijo Salvatore SENESE, se decide la atribución de un bien; en el penal se decide la privación de la libertad personal, que es un valor constitucional fundamental. A mayor abundamiento, las “violaciones a la ley” en el proceso penal, en cuya presencia el art. 111 de la Constitución impone el recurso de Casación, se resuelven frecuentemente ellas mismas en la violación de principios y garantías –desde el principio de estricta legalidad hasta las reglas del correcto proceso– dotados de rango constitucional. Estoy plenamente de acuerdo con CHIARLONI acerca del valor por él asociado a la certeza del derecho que debería ser realizado por las funciones de la nomofilaquia. Pero en el conflicto entre los valores de rango constitucional de la defensa de la legalidad, comprometidos en el juicio penal, y el valor de la nomofilaquia, consagrado por una ley ordinaria, es este último el que, en mi opinión, debe sucumbir.

2. El título de la ponencia que me ha sido asignada –“Doble instancia y nomofilaquia”– individualiza dos valores y dos funciones del sistema de impugnaciones. El primer valor, cuya satisfacción está confiada al juicio de apelación, es el del reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado. El segundo valor, cuya satisfacción está confiada al rol nomofiláctico de la casación, es el de la certeza, asegurada por la tendencia hacia la uniformidad en la interpretación de las leyes, la cual es una garantía del ordenamiento. Existe, además, un tercer valor, no mencionado en el título, que el sistema de las impugnaciones debe satisfacer: el control de legalidad, identificado por el art. 111 de la Constitución como función específica de la casación.

La tesis que sostendré es que estos tres valores o funciones son relativamente independientes, en el sentido de que la satisfacción de uno no importa necesariamente la de los otros; que por lo demás, el primero y el tercero –este último, nada más que por su rango constitucional– prevalecen sobre el valor de la nomofilaquia y no pueden ser sacrificados en razón de ella; y que, por ende, los remedios a la crisis del rol nomofiláctico deben buscarse en instrumentos que no generen conflicto con ellos.

¿Se encuentran entre tales remedios los indicados en el curso de nuestro seminario? Estos remedios son esencialmente de tres tipos: 1) La transformación de la apelación –propuesta por PROTO PISANI para el proceso civil, y por NAPPI para el penal– en un juicio de rescisión, para desgravar a la casación de parte de su trabajo; 2) La deflación de los recursos, a través de la exclusión de los motivos de la incongruencia lógica, indicada tal vez problemáticamente por PROTO PISANI y por CHIARLONI; 3) la reducción del número de jueces que componen la Corte de Casación para asegurar la homogeneidad de las sesiones, sostenida por CHIARLONI. Si después estos remedios resultaran no pertinentes, o peor, contrapuestos con valores más importantes de los que vienen a satisfacer, ¿cuáles pueden ser los remedios alternativos?

3. Examinemos, separadamente, los tres valores perseguidos por el sistema de las impugnaciones que recién hemos enumerado.

El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio.

Es evidente que este principio tiene valor sobre todo en el proceso penal, donde está en juego la libertad de los ciudadanos, en conflicto directo con la pretensión punitiva del Estado. Y esto justifica la garantía –impuesta, como lo recuerda Paolo FERRUA, por el art. 14, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16/11/1966– consistente en el derecho del imputado a tener no solamente un doble juicio concordante en caso de condena: en hipótesis, esto debería querer decir también un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolución y el segundo de condena. Por último, es claro que este valor no tiene nada que ver con el de la nomofilaquia, y tiene sólo parcialmente algo que ver con el control de legalidad tal cual hoy se le demanda a la casación.

Una propuesta de apelación penal como la sostenida por Nello NAPPI ¿lesionaría el valor del reexamen, que hoy se halla asegurado por el modo en que se ensambla la doble instancia de jurisdicción? Temo que sí, aunque en pequeña medida: en la medida, precisamente, en que resultara cerrada o impedida, en la segunda instancia, la renovación de la instrucción. De hecho, reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación. Es cierto –dice NAPPI– que un reexamen de este tipo, en el sistema actual, contradice el principio acusatorio de la inmediación. Pero pienso que éste es precisamente el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista.

Pero admitamos que el nuevo sistema previsto por NAPPI consienta, en sede rescisoria, esta renovación integral de la instrucción. En tal caso, no se verían las ventajas. Temo, por el contrario, que, como escribió Ernesto LUPO, se obtendría el efecto perverso de alargar ulteriormente los tiempos del proceso. Por lo demás, éste es un efecto que también se obtendría con un reexamen en el que se amputara la repetición de la instrucción. En cuanto a los efectos de una reforma de este tipo sobre la nomofilaquia, en realidad no existiría ninguno. A menos que la reforma no incluyera, tal como pretende NAPPI, también el control de legalidad y en particular de la congruencia lógica de la motivación, que se sustraería a la competencia de la casación. Y esto último nos reenvía al segundo valor comprometido en nuestra discusión sobre las impugnaciones, es decir, el control de legalidad.

4. Debo decir, ante todo, que considero que el control de legalidad es la función civil y política más importante entre las ejercidas por la Casación. Por lo demás, esta función está dotada de rango constitucional, al estar prevista por el art. 111 de la Constitución. Esta función –agrego– no se identifica, o mejor aún, no se agota en la función nomofiláctica atribuida a la casación por el art. 65 del ordenamiento judicial, ni en el reexamen de derecho de la subsunción del hecho ya hecha por el juez de apelación. A decir verdad, ella incluye, en sentido lato, a ambas funciones. Pero incluye también a otra que no puede ser confundida con aquéllas: el control sobre la congruencia de la motivación con el hecho, que según algunas propuestas debería serle sustraído a la casación, por su sustancial e inevitable identificación con la *quaestio facti* o de mérito, ya reexaminada integralmente en el juicio de segunda instancia.

Disiento radicalmente con esta propuesta. Disiento en general por cuanto no comparto, en lo que respecta al juicio penal, la opción de CHIARLONI según la cual “la acepción del recurso de casación como garantía objetiva del ordenamiento debe privilegiarse respecto de la concepción del recurso como garantía subjetiva del perdidoso, suficientemente actuada con la doble instancia de jurisdicción”. Y disiento, en particular, porque entiendo que la garantía de la doble instancia de jurisdicción no tiene nada que ver con la garantía del control de legalidad sobre la congruencia de la motivación. Por ello, soy contrario a la perspectiva –formulada por PROTO PISANI y CHIARLONI para el proceso civil, pero con bastante frecuencia asomada, durante las discusiones, también al proceso penal– de una deflación del trabajo de la casación a través de la restricción, o peor aún, de la exclusión de su control sobre el aspecto de la motivación que hace referencia a la congruencia del razonamiento probatorio.

Los costos de una perspectiva de este tipo son evidentes. Las ventajas, no tanto. La principal sería la abreviación de los juicios, lo que redundaría, dado que la mayor parte de los recursos son interpuestos por el imputado, en un daño para este último. La segunda ventaja está representada por una menor cantidad de trabajo para los jueces de la Casación; esto es, nuevamente un resultado que está relacionado con el problema logístico de la cantidad del personal.

No llego a ver, en cambio, la tercera ventaja, que por lo demás es la más importante y en razón de la cual se formulara la propuesta: la mayor uniformidad que obtendría la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la ley, conforme al art. 65 del ordenamiento judicial. Al contrario, al sustraérsele a la casación una clase entera de cuestiones –la relativa, precisamente, a los criterios de la “prueba adecuada”–, en esta materia vendría a faltar la poca tendencia unitaria, o las pocas tendencias distintas, pero explicitadas, en el tema prueba, que hoy provienen de la casación. Y esto, me parece, representa claramente un costo, sea que se conciba la función de la casación como garantía del ordenamiento, sea que se la conciba como garantía del imputado.

Pero, el riesgo sobre el cual intento detenerme es el de un costo bastante mayor: el debilitamiento de la ya frágil cultura de la prueba y la vanificación, con el control sobre la consistencia del razonamiento probatorio, de la garantía misma de la prueba.

5. Antes de discutir los efectos nefastos de la supresión o aun sólo la restricción del control en casación de la logicidad y congruencia de la inducción probatoria, me parece necesario disipar un equívoco.

Uno de los argumentos difundidos en contra de esta competencia de la casación –ligado a la concepción restrictiva y formalista de la noción “cuestiones de legitimidad”, y asomado en nuestros seminarios– es que el control sobre la prueba forma una unidad con la *quaestio facti*, y, por tanto, con el juicio de mérito, y que, entonces, él se resuelve en una duplicación de la apelación. Esta tesis es, en mi opinión, fruto de un equívoco. Los dos juicios son totalmente distintos: la apelación es un juicio “sobre el hecho”, el juicio de casación es un “juicio sobre el juicio”, particularmente sobre la motivación. Como tales, ambos juicios no son fungibles en absoluto: ni el juicio sobre la logicidad de la argumentación probatoria puede sustituir el doble examen, ni viceversa.

Ya he hecho alusión, al hablar de la doble instancia, a esta primera no fungibilidad. Es evidente que la apelación es algo totalmente distinto, pues consiste en un reexamen de la materia entera del juicio, con la posibilidad ya de evaluar en forma diversa la prueba obtenida, ya de resumir nuevamente las pruebas viejas y asumir pruebas nuevas o ulteriores (art. 603). Bajo este aspecto, lleva plena razón Paolo FERRUA cuando señala la violación, por parte de nuestro sistema procesal, del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantiza el derecho al reexamen de la condena, junto con la doble instancia jurisdiccional: quien viene absuelto en primera instancia y condenado en la apelación se encuentra, de hecho, privado de esta garantía, si el juicio de casación es sólo un juicio de legitimidad. Pero se halla también privado de ella si el juicio de casación puede extenderse al control de la logicidad de la motivación de hecho, dado que este control puede referirse sólo parcialmente a la relevancia de la prueba y no necesariamente a su credibilidad, amén de que, en todo caso, no puede extenderse hasta subrogar la carencia probatoria, sino que sólo puede

señalar esa carencia al juez del reenvío. Si por lo demás –como creo entender en la propuesta de NAPPI– tal juicio casatorio fuera transferido a la apelación transformada en un juicio rescisorio, sin posibilidad de renovación de la instrucción, la garantía de la doble instancia en sentido propio se desdibujaría también para los juicios de primera instancia que concluyeran con condena.

No menos evidente resulta el segundo supuesto de no fungibilidad, es decir, la no-subrogabilidad del control de la congruencia de la motivación con la segunda instancia, aunque esté reformada. Lo prueba el hecho de que el juicio de segunda instancia podría estar totalmente inmotivado, o motivado con argumentaciones inconsistentes. La supresión del control de la Casación sobre la incongruencia o la inconsistencia de la motivación de hecho –esto es, la violación de una norma legal que además tiene rango constitucional– se resolvería, en consecuencia, como bien lo ha notado Ernesto LUPO, en la violación de la única norma constitucional que disciplina las competencias de la casación. Y sólo sería factible tras una (improbable) modificación constitucional.

La verdad es que el juicio sobre el juicio (o sea, sobre la motivación) es algo menos y a la vez algo más que el juicio sobre el hecho (o juicio de mérito). Es algo menos porque no puede investir la credibilidad de las pruebas y la relevancia de los indicios (aun cuando a propósito de la “relevancia” se plantean problemas complejos que no pueden ser analizados aquí). Pero también es algo más, dado que el juicio sobre el juicio se refiere directamente a la inconsistencia de la inducción probatoria que resulta de la carencia o incongruencia de la motivación y por ende de los criterios de la inducción, es decir, las condiciones epistemológicas en ausencia de las cuales un determinado conjunto de datos probatorios no puede ser considerado “prueba adecuada”. Estos criterios, a mi entender, nos reconducen sumariamente a dos esquemas argumentativos: el del *modus ponens*, esto es, el de la necesidad de una pluralidad de confirmaciones de la hipótesis acusatoria, y el del *modus tollens*, es decir, el de la necesidad de intentar todas las contrapruebas posibles para falsificar la hipótesis acusatoria y todas las pruebas que puedan falsificar las contrahipótesis explicativas alternativas de la hipótesis acusatoria.

Si esto es verdad, la crítica que se le hace al nuevo código no es tanto la de mantener, o tal vez extender excesivamente el control de casación sobre la logicidad del razonamiento probatorio sino, más bien, la de restringirlo indebidamente. Es del todo absurda, además, como lo ha revelado FERRUA, la norma que condiciona el control a la circunstancia de que “el vicio de ilogicidad resulte del texto del auto impugnado”. Sobre la base de una interpretación obtusa, entonces, deberían ser irrelevantes las desnaturalizaciones de los hechos o de las pruebas que no surgieran del texto de la sentencia, o, más aún, la ausencia de contrapruebas accesibles o la ausencia de retractación que desmienta por *modus tollens* las contrahipótesis plausibles. Es por ello que pienso que es tarea de la doctrina no sólo señalar lo absurdo de semejante formulación de la norma, a fin de obtener una corrección dentro de los tres años previstos por la ley de delegación para la enmienda del código, sino, también, evidenciar la necesidad de una

interpretación extensiva de las palabras "texto del auto", que sea idónea para considerar "vicio" no sólo a las contradicciones presentes en él sino también a las carencias de motivación y, obviamente, a sus deformaciones.

6. Me doy cuenta, naturalmente, de que mi tesis, según la cual el juicio de casación sobre la congruencia o logicidad de la prueba estaría protegido por la Constitución, es opinable, como lo son la mayor parte de las tesis sobre la inconstitucionalidad. Es por eso que me gustaría volver sobre la esencia del problema: el riesgo, al que he aludido antes, de una ruptura definitiva de la cultura de la prueba, si desgraciadamente fuera suprimido su control lógico en casación.

La tesis que sostendré es que existe un nexo lógico entre el control sobre la logicidad de la prueba, la carga de la motivación y el deber del juez, y el peso acusatorio de la prueba. En otros términos, no existe carga de la prueba ni, en rigor, necesidad de prueba, si no subsiste la obligación de motivar la adecuación de la prueba; y tal obligación es inconsistente si su incumplimiento no es sometido a un control y a una consecuente censura de invalidez.

Obviamente, ésta es una tesis teórica, o, si se quiere, epistemológica, cuya validez no depende de disposiciones legislativas específicas. En el viejo código ROCCO, como es sabido, no estaba previsto, normativamente, un determinado peso probatorio a cargo de la acusación del mismo tipo del que incumbe al actor en el juicio civil. Ésta, al menos, era la opinión prevaleciente de los procesalistas (me limito a recordar a MICHELI, FOSCHINI, CONSO, VERDE y MELCHIONDA). Ni siquiera estaba prevista expresamente la obligación del juez de justificar en la sentencia todas las múltiples inferencias que justifican la inducción probatoria de la hipótesis acusatoria. El art. 474, n. 4, decía, simplemente, que "la sentencia contiene la concisa exposición de los motivos de hecho y de derecho sobre los cuales se funda".

Esta laguna fue llenada por el nuevo código, que en el art. 192 establece que "el juez evalúa la prueba dando cuenta, en la motivación, de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados". Por lo demás, el nuevo código establece uno de estos criterios, reproduciendo en el art. 192 la regla obrante en el proceso civil por aplicación del art. 2729 C.C.: "la existencia de un hecho no puede ser inferida por indicios a menos que éstos sean graves, precisos y concordantes", agregando en el inciso 3º, al especificar la regla, que aun la declaración del coimputado arrepentido no es suficiente como elemento de prueba, requiriéndose que se encuentre avalada por "otros elementos que confirmen su autenticidad".

Finalmente, el art. 190, coherente con la opción acusatoria, introdujo el "derecho a la prueba", es decir, el derecho de la parte a que se admitan los medios de prueba por ella propuestos, aun cuando este derecho pueda ser limitado por el poder del juez de excluir las pruebas "manifiestamente superfluas o irrelevantes" (cuando él "considere" que es "manifiestamente superflua o irrelevante"). La mayor implicancia de una tal norma, en su conjunción con el art. 192, está en el hecho de que ella, excluyendo la iniciativa inquisitoria del juez,

transforma la necesidad de la prueba en carga acusatoria de la prueba. Cuando, de hecho, la acusación no sólo no requiriese medios probatorios, sino que además omitiese el pedido de contrapruebas disponibles o no desmintiese las contrahipótesis plausibles, la prueba no debería considerarse obtenida.

Creo que el trabajo de la doctrina consiste en valorizar, hasta su máximo grado, la innovación propuesta por estas normas. Aun dejando a salvo el principio del libre convencimiento, ellas lo ligan, de hecho, con la obligación de motivar y, sobre todo, de proporcionar a la motivación una clara explicación de los criterios adoptados por el juez para tener por fundadas o infundadas las pruebas del hecho ofrecidas por la acusación. Pero, de nuevo, una garantía de este tipo quedaría solamente en el papel cuando no fuese acompañada por la posibilidad de un control, en alguna sede –la Casación–, de la logicidad del razonamiento probatorio, esto es, por la posibilidad de un juicio sobre el juicio, no sólo de derecho, sino también sobre el hecho. La incisividad de la garantía de la prueba es, en suma, una unidad con la incisividad del control sobre el juicio probatorio.

El principio informador de nuestro sistema es, entonces, el del “libre convencimiento”. Sólo que esta fórmula –que de por sí expresa sólo un banal principio negativo, y por ende, el rechazo de las pruebas legales como condición suficiente de la condena, aun en ausencia del subjetivo convencimiento del juez– no puede ser entendida, como ha sucedido con el viejo código, como un criterio positivo y discrecional de decisión, cualesquiera que sean las pruebas. Y no se puede consentir que la doctrina y la jurisprudencia continúen eludiendo, en el plano teórico y práctico, el enorme problema de la justificación de la inducción, que desde HUME en adelante ha agobiado a la reflexión epistemológica.

No quiero aquí recorrer otra vez el deprimente devenir histórico a través del cual el principio del libre convencimiento ha terminado por avalar la vanificación de la garantía de la prueba. Recuerdo sólo que, a causa del divorcio entre epistemología judicial y epistemología científica que se produjo desde fines del siglo pasado, el principio del libre convencimiento, que en la epistemología científica equivale al principio del carácter irreductiblemente subjetivo de la valuación del grado de probabilidad de una hipótesis, respecto de un conjunto de pruebas, una vez adoptados todos los métodos y los criterios de inducción propios de la investigación empírica, se ha transformado en un grosero principio potestativo idóneo para legitimar la arbitrariedad de los jueces.

Es cierto que los criterios, los métodos y las reglas de la inducción son criterios, métodos y reglas epistemológicos antes que jurídicos, por lo que no sería necesaria su imposición por ley. Pero el hecho de que ellos estén hoy establecidos en el nuevo código –como el criterio del *modus ponens*, establecido por el art. 192 (sobre la necesidad de una pluralidad de indicios o confirmaciones de la hipótesis acusatoria)– los hace doblemente normativos: normativos no sólo como reglas lógicas, sino también como reglas jurídicas.

Se obtiene así que aun para ellas, como para todas las normas, la única garantía de efectividad es la censura jurisdiccional de su violación. A diferencia de la inducción científica, donde la falta de respeto a las reglas de la lógica tiene como sanción el rechazo de las tesis así inducidas por parte de la comunidad científica, la inducción judicial concluye con una sentencia, y por lo tanto, la falta de respeto a tales reglas puede ser reparada sólo a través de la censura por parte de otro órgano de autoridad. En este sentido, se puede decir que el control lógico del razonamiento probatorio constituye una unidad con la garantía de la motivación y más aún, con la garantía de la prueba. A falta de control, las reglas de la lógica resultan, en los hechos, no vinculantes. Más aún: en la cultura formalística propia de nuestro sistema judicial, la eventual falta de una sede normativamente dedicada al control lógico del razonamiento probatorio terminaría por reforzar la concepción, ya ampliamente difundida, del carácter indiscutible del libre convencimiento.

Por lo contrario, la transformación, en el nuevo código, de tales reglas y cánones, de principios puramente epistemológicos en normas legales, representa la base para esperar una mayor eficacia. También porque su violación asume hoy el carácter de "violación legal", cuya censura, en casación, está expresamente prevista por el art. 111 de la Constitución. Tal competencia de la casación recibe así un doble fundamento: no sólo porque, como ya lo he dicho, una motivación ilógica o incongruente violaría la obligación de la motivación establecida por el primer inciso del mismo art. 111, sino, también, porque violaría los cánones de la prueba establecidos por el nuevo código.

Existe, también, un segundo y más importante orden de razonamiento que torna esencial, en la lógica del Estado de derecho, el control sobre la legitimidad del razonamiento probatorio. Este control –a causa del nexo (diría más, de la equivalencia) entre la estrecha legalidad penal y la verdad procesal, tanto de hecho como de derecho– es una garantía necesaria de la sujeción del juez a la ley, y por eso, de la legalidad de la jurisdicción. Un sistema penal está dotado de una estrecha legalidad si y sólo si las proposiciones jurisdiccionales son, por un lado, verificables y falsificables, y, por el otro, verificadas y no falsificadas. La primera condición –la de la verificabilidad y la falsificabilidad jurídicas–, está conectada con la semántica del lenguaje legal, en el sentido de que se satisface sólo si las normas penales están redactadas en forma tal que describan taxativamente las figuras penales, más allá de que, de las calificaciones penales, pueda ser predicada con suficiente aproximación, su verdad o falsedad. La segunda condición –es decir, la de la verificación del hecho– se asegura por las garantías procesales - carga de la prueba (o de una pluralidad de confirmaciones), derecho de defensa (o de la capacidad de desmentir las contrapruebas y contrahipótesis alternativas a la acusación principal), contradictorio (es decir, falsificabilidad) y motivación –que corresponden, todas, no sólo a la actividad procesal, sino también a otras tantas garantías epistemológicas de la prueba–.

Extrañamente, en nuestra cultura jurídica, sólo las cuestiones ligadas a la interpretación de la ley y, por lo tanto, a la verificabilidad jurídica, son concebidas como cuestiones de legitimidad; y sólo las cuestiones de lógica deductiva y no así las de lógica inductiva son concebidas como cuestiones de lógica o de ilogicidad. Ha opinado, sobre esta relación, Salvatore SENESE, quien recuerda cómo nuestra tradición jurídica –desde el derecho romano hasta el derecho procesal de la revolución francesa– está dominada enteramente por la máxima según la cual el hecho es *in arbitrio iudicis*. No me dedicaré aquí a refutar sobre el plano lógico la irracionalidad de una orientación de este estilo. Me limitaré a avanzar sobre un argumento a contrario. Supongamos que un juez desarrolle una perfecta motivación en derecho, en orden a la calificación jurídica de un determinado hecho y omita algún argumento, que sostenga la prueba de culpabilidad; más aún, que atribuya el hecho, en nombre de su libre convencimiento, a una persona palmariamente inocente. ¿Qué sujeción a la ley, qué garantía de legalidad puede serle asegurada sin el vínculo y, por lo tanto, sin el control sobre las pruebas? Está claro que el juicio sobre la motivación es una unidad con el juicio de legalidad; y que el control sobre la consistencia (no de las pruebas, pero) del razonamiento probatorio, es una unidad con la garantía de legalidad expresada por las tres clásicas brocardas *nulla poena sine crimini*, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena et nullum crimen sine iudicio*.

7. Por lo tanto, por más alto que sea el valor asociado a la función de la nomofilaquia, no puede serle sacrificado ni la integridad de la segunda instancia jurisdiccional ni el control de casación sobre la congruencia o logicidad de la prueba.

¿Qué remedios, entonces, existen a la crisis gravísima de tal función? Los remedios son todos aquellos que sirven contra la crisis de la justicia en general: en primer lugar, una seria y efectiva despenalización; en segundo lugar, un aumento de los órganos.

Pero no haría de la nomofilaquia el valor principal del juicio de casación. Comparto la tesis de CHIARLONI sobre el valor de la uniformidad, más no sobrevaloraría su importancia. Pero no comparto su tesis, en polémica, creo, con SENESE, de que el pluralismo, en la casación, sea ilegítimo, o por lo menos, que deslegitime las funciones de la casación. Fuente de legitimidad de la casación, y en general de la jurisdicción, no es sólo, o tan solo, la sujeción a la ley emanada del Parlamento, más allá de que el juez, sobre todo el de casación, no tendría legitimidad si está privado de representación democrática, cuando no fuese portavoz o ejecutor, o bien intérprete coherente y no voluble, de la ley. Fuente de legitimidad es, más bien, la tutela de los derechos fundamentales que, siendo derechos contra una mayoría, requieren un tercer órgano e imparcial que los resguarde.

Obviamente, el discurso es diferente en la esfera civil que en la penal. En lo penal, la legitimación formal coincide más estrechamente con la sustancial. Pero

esto, no tanto en homenaje al valor de la ley como expresión de la mayoría, sino al valor de la certeza, asegurado por la taxatividad, que es ella misma una garantía de libertad contra la arbitrariedad. Pretendo decir que no debemos temer tanto las divergencia interpretativas. En cierta medida, ellas no son factibles de eliminación. Es nuestra tarea señalar todos los instrumentos para reducirlas a su mínima expresión, pero no, repito, hasta el punto de sacrificar otros valores y garantías más importantes.

* *I valori del doppio grado e della nomofilachia*, en AA.VV., *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, edición al cuidado de Salvatore MANNUZZU y Raffaello SESTINI, nº 20 de *Materiali e atti*, suplemento de *Democrazia e diritto*, nº 1, enero-marzo de 1992, págs. 29 y siguientes.

** Traducción de Carla AMANS (Universidad de Buenos Aires).