

Voces: RECURSO DE CASACION ~ COMPETENCIA ~ DERECHO COMPARADO

Título: El mito de las cuestiones de hecho y derecho en la casación

Autor: Morello, Augusto M.

Publicado en: LA LEY 27/09/2005, 27/09/2005, 1 - LA LEY2005-E, 1232

Cita Online: AR/DOC/2685/2005

Sumario: SUMARIO: I. Por qué los mitos. - II. La Casación. Cuáles son sus esferas competenciales. - III. Panorama en el derecho argentino. - IV. Criterio prevaleciente en el derecho comparado. - V. Teoría y realidad de la Casación. - VI. Terminación.

A José Almagro Nosete, con la amistad nacida
en los viejos buenos tiempos de los años ochenta,
en Buenos Aires y Madrid.

I. Por qué los mitos

Cuando se asume el apasionante tema de la Casación -fundamental recurso extraordinario de consolidado uso en los países latinos [\(1\)](#)- su origen y evolución histórica y las luces y sombras que encubren la custodia teórica y su venerable práctica se rodea de misterios y dilemas que lo visten de singular encantamiento, e instalan al personaje en un registro que perdura en el devenir, lo que reafirma su rostro clásico (y clásico es lo bueno que perdura al decir de Unamuno). Condensa una combinación de exigencias jurídicas y de reclamos sociales propios del concepto del mito, que compendia realidad y ficción y requiere de una dúctil interpretación para acotar los rasgos esenciales de su cometido que opera en un exitoso objeto de control y revisión de sentencias condensando una técnica y finalidad que le son distintivas y también insuperables [\(2\)](#).

Intentaremos mostrar uno de los mitos centrales y desenmascarar lo que se postula como contenido y perfil rígido e invariable de su ámbito específico, cuyo juego real desborda, sin embargo, esas fronteras forjadas apodóticamente como determinantes y absolutas.

El análisis no solo en la Argentina sino en diversos países pone de resalto que la Casación en el derecho vivido, en la experiencia de su funcionamiento, controla por igual al juicio de derecho como al de hecho y que éste es previo y condicionante del primero.

De allí que afirmamos que en todos los ordenamientos pese a la continua reafirmación normativa que su función se encapsula en el control nomofilático (sólo y exclusivamente) en la correcta interpretación de la ley (derecho, lato sensu) su esfera competencial le lleva, inexcusablemente, en supuestos debidamente acreditados a examinar, expurgar y rectificar juicios de hecho, es decir que está en la necesidad, para cumplimentar su papel esencial, de asumir el examen de cuestiones fácticas, circunstanciales, de valoración probatoria, de la lógica del razonamiento utilizado, del buen discursar axiológico que debe llevar a cabo el sentenciante en la decisión en el mérito. Y de que a través de su fecundo ejercicio es como quedan removidos los vicios del absurdo, de la arbitrariedad, del error patente y del exceso ritual manifiesto, configuraciones que con esas nominaciones o de significado equivalente ponen en evidencia y desnudan, demostración de por medio, en forma adecuada cómo los referidos vicios descalifican la fundamentación sentencial e impiden reconocer su validez constitucional de acto expresivo del proceso justo. Que se tenga por acreditado, y por ende, que median obstáculos impidientes de la correcta aplicación del derecho que rige el verdadero sentido y alcance de las circunstancias comprobadas en la causa es tarea forzosa para actuar bien el derecho. Sentencia, por consiguiente, fallida y proceso justo frustrado mediante la moderna función casatoria que expresa una de las laderas de uno de los medios de impugnación y control más valiosos que aporta el régimen institucional [\(3\)](#).

II. La Casación. Cuáles son sus esferas competenciales

Nos ceñiremos al intento de resaltar que la Casación -es su fatal destino- no puede eximirse de abordar cuestiones de hecho, seguramente no imaginadas ni queridas al tiempo de su implementación en la Francia de 1791, pero que la fenomenología de las sentencias y la lógica inescindible de lo jurídico, en medida y espesor variables según las caracterizaciones de sus respectivos modelos, le obligan a abordar a riesgo de restar un amplio y necesitado espacio de corrección a cargo, precisamente, de ese remedio o recurso y de malograr los principios y estándares fundamentales del proceso justo, de la defensa en juicio y de la debida motivación de las decisiones judiciales [\(4\)](#). Las concurrentes e importantísimas faenas de la Casación: unificación de la doctrina jurisprudencial, seguridad jurídica que deriva de su doctrina legal, cometido axiológico en diseñar -creativamente- el sentido valioso del ordenamiento (incluyendo costumbres y usos sociales) se engarzan al nomofilático para dibujar el amplio espectro de sus fines.

III. Panorama en el derecho argentino

a) Pese a la firmísima línea de sentido de que la casación debe circunscribirse al control del derecho, su intensa vigencia en casi todas las provincias (Buenos Aires, Mendoza, Córdoba, Neuquén, etc.) terminan por prohijar un sistema híbrido, impuro, bastardo que, sin embargo, funciona plenamente y bien y es auspiciado por la clase forense atenta al control efectivo de sentencias definitivas lastradas -en el juicio de hecho- de los vicios del absurdo o de la arbitrariedad. Eso es, valga la insistencia, lo que se verifica en el derecho vivido [\(5\)](#).

b) De mediar un apartamiento de las comprobaciones de la causa, de valoración indebida, contradictoria, dogmática y crisis del razonamiento cuyas conclusiones quebrantan la lógica de la motivación y desvirtúan las reglas de la sana crítica, de la que resulta que 'lo probado' no es lo que afirma la sentencia, la Casación opera sobre ese primer y necesario tramo que impide (lógicamente) juzgar acerca del derecho. Es que se aplicó en el fallo diferente al que hubiese correspondido actuar si el juicio de hecho se hubiera llevado a cabo adecuadamente (ver CS, "Medina, Mario J.", 29/3/2005, Dictamen del Procurador General y votos de los Dres. Belluscio, Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, DJ, 2005-2-1078, entre muchos otros). Reténgase que, para el derecho argentino la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el intérprete final y último de la Constitución nacional (y de los fallos que al quebrantar el proceso justo (art. 18, Constitución Nacional) por incurrir en absurdo, arbitrariedad, etc., son inconstitucionales.

IV. Criterio prevaleciente en el derecho comparado

a) En Francia, Italia y España la fidelidad 'teórica' al enclave clásico de la Casación parece inamovible. Supone una herejía científica predicar alguna tercería conceptual a favor de una prudente y necesaria consideración estimativa en pro de la revisión de la cuestión de hecho. No hay concesiones posibles y la doctrina más autorizada es devota al circunscribirse al control nomofilático. Raya en una ofensa a la figura, expresar argumentos y desarrollar fundantes similares a los que han permitido tejer en la Argentina con sólida arquitectura de razones plausibles, el acierto en imaginar e imponer llaves o ganzúas habilitadoras, cuyo nomen iuris -doctrina del absurdo, de la arbitrariedad, del error patente e intolerable, del exceso ritual manifiesto- ironizan sobre su pretendida carta de ciudadanía y de que retocen airosas en el retablo recursivo. Ningún autor de renombre ni cultor epígono de la línea histórica con que se acuña a la casación, consentirá en admitir que grandes operadores jurídicos (los silenciosos embajadores reales de su puesta en práctica) usen, como abogados de recursos, los senderos y causales que hemos descripto y que no dejen de tener éxito en ese enfoque y postura. Cuántas son las sentencias que en el primer juicio o antesala del recurso, logran descabezar al fallo atacado, porque, demostrado el absurdo, o la arbitrariedad, el garrafal error, el exceso ritual y las irregularidades, desvíos o vicios en la evaluación de la prueba, en la lesión manifiesta de las reglas de la sana crítica, de las pautas de la experiencia, en el menoscabo de los patrones axiológicos, la Corte concluye en que tal sentencia no lo es. Que no aprueba el test constitucional que la garantía de la defensa en juicio.

b) Es que la obligación de preservar el proceso justo, obsta a que tal opus, rotulado como sentencia definitiva, ontológicamente en verdad lo sea. ¿Para qué, entonces, abordar el cometido específico de la casación -la posible enmienda por infracción del juicio de derecho- si éste devino desconectado de la verdad jurídica objetiva y el verdadero sentido y alcance que alumbraba un juicio de hecho que imperiosamente debía corregirse porque sólo así el derecho que rige las circunstancias comprobadas de la causa, podía merecer la actuación vinculada con ese 'factum'? (6).

V. Teoría y realidad e la casación

a) La valoración jurídica no se sostiene en el aire ni se expresa en solitario. Está montada en un juicio de hecho que debe salir airoso en sus atributos de sentencia no desvirtuada por errores o vicios que la desorientan como tal y la descalifica a la luz del proceso justo y de la lógica del razonamiento que se ha desviado del sentido de la prueba (la demostración, Taruffo) y del respeto por los hechos; así la de los negocios jurídicos, que impide la debida aplicación del derecho a los hechos que en verdad se acreditaron o resultan de un adecuado y valioso juicio de hecho.

b) Siempre, en el banco de prueba de la litigación en concreto las posibilidades teóricas de la Casación que se aferran al control del derecho, no podrán sortear las dificultades que se deriven de esa rigidez cuando, del análisis, queda en evidencia que el juicio de hecho llevado a cabo en las instancias precedentes no se sustenta y exhibe vicios en la lógica de la motivación que lo desmerecen como acto judicial válido. El indebido mantenimiento de la base de la decisión -error esencial sobre los hechos juzgados-determinará la corrección de dicha sentencia e implicará necesariamente la estimación del recurso.

Si los ordenamientos jurídicos y la reafirmación de las Reformas continúan reafirmando la tesis que criticamos, no harán sino poner de relieve -una vez más- que artificialmente, sostienen una inteligencia que la realidad desmiente no pocas veces y de que es un mito postular la tajante divisoria de cuestiones de hecho y de derecho.

No mejor será el rendimiento y calidad de la institución reduciendo las causales de inadmisión, si deja subsistente un fallo que, constitucionalmente no es tal.

c) El justiciable tiene el derecho constitucional a que el fallo final no afecte al sentido de lo justo y a la verdad jurídica objetiva desde ninguno de los ángulos de mira: la plataforma fáctica y el correcto derecho que la rige. Si se ha probado que está ausente cualesquiera de ambos, el proceso justo está herido en la sien.

Hay una clara y típica infracción constitucional (la sentencia ofende a las exigencias inexcusables del proceso justo) que la Casación debe enmendar.

d) Es un falso dilema enfrentar los hechos con el derecho. Si no se respetan los hechos, si no se observan las características de los hechos probados (en la sentencia de mérito, es decir sin incurrir en los vicios del absurdo,

arbitrariedad, error patente, exceso ritual) no podrá enjuiciarse la correcta aplicación del derecho que en verdad los rige.

e) Sabemos que estamos en minoría y que las reflexiones que auspiciamos desde hace más de cuatro décadas están en franca soledad. Sin embargo, los resultados que en la Argentina muestra el fascinante flanco del absurdo, la arbitrariedad y el exceso ritual de sentencias (y en medida menor el error patente en el derecho español), nos alienta a perseverar en ese enfoque que en la praxis, muestra las dimensiones totales en que funciona, cabalmente, el amplio y conveniente espacio de control y revisión sentencial en la moderna práctica de la casación.

Nuestro homenajeado es fiel devoto de la concepción clásica de la institución; fue lapidario crítico del legislador que en 1984 al innovar en el antiguo art. 1692, inc. 2° de la ley de Enjuiciamiento Civil había incorporado un 'despropósito' relativo al acogimiento del error de hecho, lo que lo convierte en un caballo e Troya, adscribiéndose así al parecer del maestro Prieto Castro, para quien tal error (el de hecho) 'no existe' toda vez que cuando se lo vincula a un documento, lisa y llanamente es un error de derecho (7).

El ilustre catedrático de Madrid y docto Magistrado de la Sala Primera del Supremo Tribunal no dejó de insistir (en el Tercer Congreso Procesal de Barcelona, de 1990) en las bondades del modelo clásico, que no debía alterarse, como quiera que (lo subrayó con juicios categóricos) el control casacional sobre el razonamiento del juez en la sentencia (en el mérito o equiparable a definitivo por sus efectos) tiene un carácter 'anómalo' no bien se reparó que la Casación tiene por finalidad preservar la correcta aplicación del derecho a los hechos que ya vienen establecidos y juzgados, definitivamente, por los órganos de instancia. Su razón de ser no es otra que al desempeñar una estricta función nomofiláctica del derecho objetivo, de suerte que los 'hechos', pasan a un segundo plano. Su insistencia ha sido monolítica y no cejó en poner énfasis en que la Casación debe perfilarse sobre bases que permitan que recupere su auténtica función nomofiláctica frente a un progresivo deterioro en funciones prácticas de tercera instancia para casos limitados.

f) En nuestro humilde parecer -que comparte el profesor Vázquez Sotelo- es difícil sino imposible fracturar en dos compartimentos estancos el 'hecho' y el 'derecho'. Como igualmente legitimar una exacta y fiel actuación nomofiláctica cuando se construye sobre una plataforma fáctica lastrada del absurdo o de la arbitrariedad en la determinación y alcance de los hechos probados; una quiebra del razonamiento lógico que debe sustentar toda sentencia justa.

Este supuesto que es excepcional pero no exótico ni chocante es una puerta determinante del cometido casacional. Sostener a rajatabla la tesis tradicional es afirmar una verdad absoluta que debe ceder a la acreditación de esos graves defectos de tratamiento y fundamentación demostrados en cuestiones decisivas de la prueba y su correcta valoración. Si no hay un proceso justo y sentencia adecuadamente motivada los vicios probados invalidaran por mandato constitucional (art. 18, Constitución Nacional; art. 24, Const. Española) un opus decisional que no es tal desde la óptica de los principios que rigen la función jurisdiccional.

g) Por eso entendemos, con Serra Domínguez (8) que la generalización de las reglas de la sana crítica en la nueva LEC debe llevar al Supremo a apreciar en casación la infracción de las reglas de la sana crítica (9), porque todo lo que se radica en esas expresiones comunes del razonamiento humano pertenecen a las mismas categorías y si se padece o se realiza con manifiesto error corresponde denunciarse porque es causal invalidativa que arrastra al juicio de derecho construido sobre presupuestos errados (10). Lo cual interesa al contenido y fines de su razón de ser sin instalar a la Casación en una tercera instancia (11). No puede operar sino así.

VI. Terminación

Al concluir es comprensible la fidelidad de la doctrina y de la legislación a la impronta fundacional de la Casación y a la intención de privilegiar su rasgo más relevante: el de marcar el control nomofiláctico. Pese a ello, las necesidades funcionales y el objetivo superior de hacer justicia en el caso concreto no pueden cerrar los ojos a las concesiones que, en pos de esa finalidad, jalonan la ruta moderna de nuestra figura.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) No así en Alemania en donde juega el recurso de revisión, de estructura y fines propios que no son iguales al de la Casación

(2) Cftar. MORADIELLOS, Enrique, "1936. Los mitos de la Guerra Civil", Península Atalaya, Barcelona, 2004.

(3) MORELLO, Augusto M., "La Casación. Un modelo intermedio eficiente", Platense, Abeledo-Perrot, 2ª ed. 2000 y bibliografía allí mencionada; ídem, "Estudio de la casación civil española. Ley n° 1/2000", Platense, 2001; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, El recurso de Casación en la ley 1/2000, Revista Jurídica de Catalunya, Colegio de Abogados de Barcelona, 2001 (n° 4), pp. 1135-1159; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, en Estudios en honor de Giuseppe TARZIA, Giufrè, 2005, pp. ; ALMAGRO NOSETE, José, "Cien años de derecho procesal", Revista Jurídica de Catalunya, 1895/1995, Barcelona, 1997, pp. 9-21, en especial p. 17.

(4) Desarrollos más sistémicos lo intentamos en la visión comparativa española-argentina a la que nos avocamos en "El recurso de casación en la ley n° 1/2000", citada.

El propósito es llevar al benévolo lector español algunas de las experiencias de la casación argentina corroborantes de esa apertura al control fáctico y al razonamiento lógico de las sentencias pese a las categóricas y declarativas prevenciones y afirmaciones 'defensivas' del cometido histórico -pretendidamente único y dominante-; de ceñirse, excluyentemente, 'al derecho': es decir, en machacar: que la casación no es una tercera instancia; que no es una figura imitativa y reproductora de la instancia ordinaria o de grado (apelación), que por principio o regla axial los juicios de hecho y el control sobre la prueba están marginados de su órbita competencial, que los jueces de instancia son soberanos en el cometido que circula por esos senderos; que las infracciones procesales corren igualmente con la señal de la inadmisión y que no por invocar gravedad o interés institucional, ese grifo selectivo se moverá a favor del acceso del recurso. Los fantasmas que danzan en el campo de la casación, y que desvelan al legislador, se las ingenian, en supuestos adecuadamente comprobados, para que se reconozca que la casación es mucho más y mejor que lo que se predica de su figura.

(5) Remitimos a las obras que mencionamos supra nota 3, para las referencias y estadísticas de los casos excepciones, atípicos, residuales, etc.; al igual que las brujas, habitan y son corregidas por la vía técnica en estudio por conducto de los vicios enumerados y pese a que saltan los muros de lo 'nomofiláctico'.

Es que, como enseñaba un recordado maestro argentino, salvo cerrar los ojos "para aplicar bien el derecho es necesario casi siempre conocer los hechos"(BIELSA, Rafael, "La protección constitucional y el recurso extraordinario", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1936, p. 229).

(6) MORELLO, Augusto M., "La defensa en juicio. El respeto por los hechos", Abeledo-Perrot, 1997; ídem, AA.VV: (dir. MORELLO, Augusto M., "Los hechos en el proceso civil", La ley, 2003.

(7) ALMAGRO NOSETE, op. cit., p. 218, n° 115.

(8) Importará recordar que sociológicamente hay un evidente divorcio en las captaciones de los roles de la institución por parte del abogado recursista español y el argentino. Según la mirada de los colegas peninsulares en encuestas realizadas con criterios científicos y técnicos los profesionales encuestados en un 85% (ochenta y cinco por ciento) se mostraron de acuerdo en que la casación debe limitarse a cuestiones 'puramente jurídicas, residenciando el recurso en ese coto y no otro. De ahí que desde antes de la reforma de la ley 1/2000 primera la recomendación en el sentido de que debe recuperarse el carácter genuino de la casación (ver ALMAGRO NOSETE, op. cit., y MORELLO, Augusto M., "Estudios de la Casación Civil española", cit., p. 49); por el contrario los abogados argentinos son oficiantes convencidos (en la Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Entre Ríos, Neuquén) de que la casación sirve apropiadamente a fin de controlar y enmendar el juicio de hecho. Así usan ese recurso extraordinario y no pocas veces con resultado positivo. Op. cit., cap. VII, al final, énfasis agregado.

(9) El espíritu de la reforma española (de 1984) fue el de ensanchar y facilitar el control de la prueba, en "Rasgos definidores" en Comentarios (dirigido por SERRA DOMÍNGUEZ), P. 962.

(10) SERRA DOMÍNGUEZ, "El recurso de casación en la ley 1/2000", cit., "Revista Jurídica de Catalunya", 2001 (n° 4), pp. 1149 y 1150.

(11) SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1150 y citas de nota 32.