



Autores: Hitters, Juan Carlos

## Título: El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho

Revista Jurídica Argentina La Ley, 1989-D, 1255

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a [repositorio@scba.gov.ar](mailto:repositorio@scba.gov.ar)



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

# El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho.

## Hitters, Juan Carlos

### I. Error de hecho y de derecho

#### A. Fines de la casación

La tradicional distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, es de múltiple utilización en el ámbito Jurídico y de antigua data, aunque se maneja con mayor frecuencia en el campo de los recursos extraordinarios para determinar el límite de lo casable.

Se sostiene desde siempre que la casación sólo puede ocuparse de lo referente al material normativo, esto es a la aplicación del derecho, mientras que la *questio facti* queda fuera de dicho contralor, pues esto último hace al *ius litigatoris*, es decir que tiene sólo efecto para las partes intervinientes en el proceso, mientras que las cuestiones de derecho poseen un alcance general, dado que la errónea interpretación de la ley hecha por un órgano supremo tiene una importante influencia jurígena. Ello así si se considera que la mala aplicación de la norma llevada a cabo por el tribunal máximo, tiene un efecto multiplicador dado que si los jueces inferiores aplican la errónea doctrina legal del *ad quem*, llegan obviamente a un pronunciamiento equivocado.

En suma, el déficit sentencial en el sector de los hechos, solamente perjudica a los intervinientes en el pleito, mientras que el jurídico trasciende [\(1\)](#).

El clásico sistema de la casación, parte de un postulado liminar que surge casi sobreentendido, de que el tribunal que se ocupa de resolver este recurso sólo debe inspeccionar la estricta aplicación del derecho, ya que en lo atinente a los hechos, los judicantes de grado son soberanos, y por ende el relato histórico que ellos hacen en el fallo, resulta inmovible a través del carril que nos ocupa.

Empero este apotegma, válido en su momento, cuando se consolidó modernamente la casación, durante la Revolución Francesa, viene siendo discutido actualmente, ya que ciertos autores y aun los propios tribunales que resuelven esta queja, han advertido que la solución teórica que acabamos de relatar no se ajusta a la realidad; y como en definitiva son los hechos los que gobiernan la posterior anexión del derecho, si aquéllos están mal fijados o erróneamente calificados, la solución final resultará siempre equivocada.

Todo está vinculado -sin duda- a la concepción que se tenga respecto a la finalidad de este recurso, pues si se estima que tal sendero ha sido instaurado para cumplir un mero control nomofiláctico, o para uniformar la jurisprudencia, es obvio que el componente fáctico debe quedar a la vera del control, mas si se advierte que los tribunales -aun los de casación- tienen como télesis final la justicia del caso concreto, la cosa cambia y debemos replantear la fría postura que sostiene que este remedio solamente debe apuntar a la *questio iuris*

[\(2\)](#).

En efecto, antiguamente se ponía énfasis en manifestar que las finalidades de este instituto

eran -como vimos- por un lado la de controlar la recta aplicación del derecho objetivo (función nomofiláctica o revisora), y por otro, la de unificar la jurisprudencia (función uniformadora). Sin embargo la doctrina ha ido más lejos aún y a rescatado lo que nosotros hemos llamado la dimensión dikelógica de este carril, en el sentido de que ningún órgano jurisdiccional puede dejar de lado la justicia en el asunto del que nos ocupa.

En este sentido sostiene Guasp, que "si por casación se entiende un recurso limitado a extremos jurídicos (cuestiones de derecho) y a meras rescisiones, su fundamento entonces resulta discutible"[\(3\)](#), y en esas condiciones -remata Serra Domínguez- "la situación es tan grave que no se debe vacilar en afirmar que de continuar la técnica actual de la casación, sería mucho mejor suprimir radicalmente el recurso"[\(4\)](#).

Como primera conclusión -sometida a los fundamentos que luego llevaremos a cabo- podemos señalar que la casación tiene una finalidad trifácica, es decir, la nomofiláctica, la uniformadora, y la dikelógica. Pues ningún tribunal puede sostener seriamente que es ajeno a la justicia del caso concreto.

Claro está, que no se nos escapa que el medio bajo examen no debe llegar a ser una tercera instancia, lo que resulta realmente indeseable, pero tampoco puede dejar a la vera de su inspección, la equidad del pronunciamiento recurrido. Por ello hemos sostenido antes de ahora, que este andarivel de impugnación no llega a ser una tercera instancia -aunque se ocupe de los hechos- ya que los motivos que habilitan la casación están perfectamente predeterminados por la ley, mientras que para los recursos ordinarios tengan andamio, basta con una simple injusticia o una nulidad [\(5\)](#).

## B. Distinción entre hecho y derecho

Sin perjuicio de lo que antecede importa también aclarar que a la dificultad que venimos apuntando, hay que añadirle otra adicional ya que las dudas comienzan cuando se pretende saber si es posible realmente distinguir con rigurosidad científica, los hechos del derecho. Ya lo advertía el Marqués de Gerona, el siglo pasado, en España, que "la materia referente a las cuestiones de hecho y de derecho, es la más ardua, confusa y contradictoria de que pueden ocuparse los modernos organizadores... Fácil, facilísima cosa es estampar en el libro que la apreciación o el error sobre un hecho no infringe ley alguna, ni es por consiguiente susceptible de casación. Lo que no es fácil, lo que al contrario es difícilísimo, lo que a veces toca en las regiones de la imposible moral, es distinguir clara y precisamente el hecho del derecho, cuando se juzga o se legisla"

[\(6\)](#).

Los autores no están de acuerdo todavía respecto de la importancia de la distinción que venimos abordando, ya que algunos entienden -entre ellos Calamandrei [\(7\)](#)- que es indispensable, en cambio otros piensan que se trata de una parcelación artificial e innecesaria [\(8\)](#).

Por ello consideramos que la apuntada sinopsis carece de basamentos científicos, y además no es indispensable para el manejo de la casación, salvo que se lo utilice con suma prudencia y

a sabiendas de que sólo debe ser esgrimida como un mero principio orientador, y no como una panacea que soluciona todos los problemas. En este orden de pensamientos expresaba Satta (9), que racionalmente no tiene validez la contraposición que venimos estudiando. "Hecho y derecho -acotaba- no existen en el proceso como datos externos o categorías abstractas: el primero se presenta por un lado como una afirmación y por otro como un juicio de donde hecho, y juicio de hecho, vienen a juzgar que cierto elemento fáctico existe, lo que implica ya darle una cierta significación jurídica, pensarlo jurídicamente".

Morello señalaba con toda razón, que la dicotomía a la que nos venimos refiriendo, es puramente convencional, y se basa en un criterio de utilidad práctica (10).

No obstante lo expresado, y pese a las dificultades que hemos destacado, si se pretende buscar un hilo distintivo, aunque sólo sea con intenciones pedagógicas, se puede sostener que el "juicio de hecho" se cumple a través de una investigación histórica y singular, mientras que el "juicio de derecho" es universal, y puede aplicarse en forma general.

Carnelutti hacía ver que el error iuris, es de fácil observación, ya que se manifiesta, como suele decirse, en el estado de los actos; mientras que detectar defacto resulta difícil, pues hace falta una indagación más profunda. Agrega este autor, que si bien desde el punto de vista de la equidad, ambos tiene idéntico valor pues la comisión de cualquiera de ellos causa una injusticia, no cabe hesitación -añade- que el primero por su generalidad tiene mayor importancia social, y puede extenderse efecto multiplicador (11).

Muy genéricamente, para ir redondeando, y con las reservas apuntadas, podemos decir que el error facto consiste en la falsa descripción del estado de las cosas, mientras que el de derecho se origina cuando se aplica equivocadamente una norma a tal situación.

## II. Derecho comparado. Análisis sintético

### A. Francia

Hemos puntualizado que la distinción que venimos abordando está estrictamente vinculada con las finalidades de la casación. En efecto, la doctrina clásica -nacida en la época de la Revolución Francesa- ahondó la diferenciación entre error de hecho y de derecho, pues entendió -en base a las razones imperantes en la época- que la télesis basal del instituto de marras era el control nomofiláctico, para obtener la estricta obediencia de los jueces hacia la ley. a fin de evitar que éstos se convirtieran por vía oblicua en legisladores, desbalanceando así el tan anhelado principio de división de los poderes.

No nos olvidemos que en dicha etapa histórica los epígonos del acto revolucionario aludido, hicieron culto a la ley (positivismo), tal es ello así que decían que los judicantes eran meros fonógrafos del poder legislativo, y que su actitud en el juicio consistía en la de meros aplicadores de aquélla, negándoles la potestad de interpretar el derecho (12).

Aunque parezca extraño, la exclusión del examen fáctico en la instancia suprema no aparece impuesta de manera expresa en Francia en esa época, ya que el famoso decreto del año 1790 que crea el recurso de casación nada dice sobre el particular, aunque tal temperamento se encuentra entre las pautas generales que precisaron los límites y el alcance de la institución.

Los primeros comentaristas de aquella época, interpretando genéricamente el mencionado dispositivo normativo sostuvieron que el mismo no creaba un nuevo grado de la jurisdicción, sino que establecía un examen último sobre "la regularidad de los juicios"[\(13\)](#). Mas como con toda Justeza nos alertó Geny, el tribunal de casación no podía contentarse con el mero examen de derecho y así necesariamente debió también revisar la aplicación del material jurídico a los casos concretos.

En síntesis, es dable reiterar que en el territorio galo si bien se mentó la distinción entre lo fáctico y lo Jurídico en el ámbito de la casación, por vía de una interpretación del decreto 1790; los autores pararon mientes en que la sinopsis apuntada ofrecía rebeldes aristas, y que en definitiva el alto cuerpo antes aludido no podía omitir controlar la aplicación del derecho al hecho concreto; de lo que debemos deducir que en Francia la "calificación" fue considerada como una típica temática iuris, aunque se mantuvo la prohibición de revisar lo fáctico.

Sin embargo, no podríamos analizar a cabalidad el cuadro de situación de dicho país, si omitiéramos tener en cuenta que la casación tuvo un eminente contenido político en sus orígenes ya que -como vimos- sus principales miras eran observar que los Judicantes de grado no violaran las leyes (control nomofiláctico). Y por ende no siendo los miembros del Tribunal de Casación "jueces", sino más bien funcionarlos del Poder Legislativo, por supuesto que no se ocupaban de los hechos, por lo que les estaba vedado componer positivamente el litigio, de ahí que siempre tenían la obligación de reenviar [\(14\)](#).

## B. España

En el sistema hispano, que ha sido nuestra fuente en el ámbito de los recursos extraordinarios provinciales, imperó siempre el llamado modelo "impuro" o "bastardo" dado que la ley de enjuiciamiento civil de 1881 permitía en el núm. 7 del art. 1692, contralor de la apreciación de la prueba en caso de error de hecho o de derecho

[\(15\)](#). La reforma que llevó a cabo la Novela 34 del año 1984 modificó frontalmente esta vía, sin embargo el núm. 4 del artículo antes citado también admite como causal de casación el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestre la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios"[\(16\)](#).

## C. Alemania

La ZPO alemana aplica el modelo restrictivo en cuanto al control de los hechos. Pese a ello no debemos perder de vista que existe una mayor amplitud que en Francia pues los germanos autorizan la revisión de la aplicación de las normas de experiencia; y además lo atinente a la interpretación de los negocios jurídicos, constituye una típica *questio iuris*

[\(17\)](#).

El principio general limitativo antes anunciado pergeñado por la ZPO, ha sido distendido por el Tribunal de Casación a tal punto que nuevas investigaciones sobre la práctica de dicho cuerpo jurisdiccional demostraron que aquella regla no llega a tener la calidad de principio. A

tal punto que algunos autores modernos comprobaron que ese cuerpo se ocupa también de las comprobaciones de hecho, como por ejemplo las transgresiones de las leyes del razonamiento y la experiencia y en caso de constataciones poco claras y lagunosas hechas por los judicantes de grado (18).

Como se ve, en Alemania la regla general de la prohibición del contralor del arsenal fáctico en casación, sufre un gran número de excepciones, y esta dilatación ha venido nada más ni nada menos que a través del Tribunal de Casación, quien interpretando extensivamente las disposiciones de la ZPO ha terminado por admitir la inspección de los hechos, partiendo de la base de que los tribunales no pueden ser fugitivos de la realidad y por ende si los mismos están mal fijados, siempre se llega a una solución disvaliosa.

#### D. Algunas conclusiones sobre el análisis histórico-comparatista

De lo expresado precedentemente se puede extraer una primera conclusión con respecto al somero análisis historiográfico que hemos llevado a cabo, y la misma consiste en la tendencia evolutiva que arrancando del férreo sistema galo, llegó a distenderse en los modelos actuales; y si bien no alcanza a ser una tercera instancia, lo cual sería desaconsejable, por vía legal o jurisprudencial ha terminado por difuminar aquella imagen, abriendo las puertas, por supuesto con ciertas restricciones, al examen fáctico en casación (19).

En tal orden de pensamiento sostiene el iuscomparatista Habschaid que en principio tanto en Alemania como en Italia y España, los tribunales se limitan a controlar la eventual violación del derecho objetivo, mas en todos los casos a lo que se tiende es a una decisión justa. Existe una zona gris -agrega este autor- con respecto a las cuestiones de hecho y de derecho las que no son fácilmente distinguibles, y en caso de duda la postura de los tribunales superiores apunta a considerar en forma elástica el material de derecho a fin de evitar graves injusticias (20).

De todos modos sea cual fuere el método que se utilice para distinguir estas dos sustancias, lo cierto es que como con razón sostiene Geny, es el órgano de casación, quien en último análisis decide soberanamente la situación, por lo que podemos decir parafraseando a Cooley que la cuestión fáctica es lo que los jueces de casación dicen que es (21).

### III. Forma de hacer valer los hechos en casación

#### A. Generalidades

Los especialistas en este recurso dan por sentado, como algo sobreentendido, que la narración histórica de los hechos es materia soberana de los judicantes de grado; mientras que la aplicación de la ley, no es tema de exclusiva competencia de éstos, pudiendo ser revisada dicha tarea por el tribunal máximo, pues la subsunción es una actividad eminentemente jurídica.

Señala Prieto Castro -en la edición actualizada de su obra- que si bien los hechos quedan marginados de la casación, por la fuerza de las cosas muchas veces se debe entrar en contacto, cuando: a) se aborda lo relacionado no con su existencia, sino con la esencia; b) la cuestión se

vincula con la costumbre; c) se trata de normas indeterminadas o flexibles que contienen cláusulas generales, ya que en estos casos se emplean conceptos amplios que han de ser interpretados y desenvueltos por el juez acudiendo a normas o reglas de la propia experiencia; d) se trata de comprobar el quebrantamiento de las formas del juicio; e) se quiere examinar un supuesto de "aplicación indebida" de las normas, ya que por su esencia hay que moverse en el campo de los hechos; f) en la construcción de las pruebas de presunciones, hay que recurrir a las "reglas de criterio humano" para observar si existe el engarce entre el hecho base y la presunción g) hay que abordar la determinación de la existencia del nexo de causalidad (22) entre el hecho y el daño producido (23).

B. Interpretación y calificación de los hechos. Jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense. Vías para ampliar el control hacia los hechos

a) Interpretación

No cabe ninguna hesitación que los tribunales supremos de nuestro país están contestes que por vía de principio la fijación de los hechos es tema de la exclusiva competencia de los jueces de grado.

La jurisprudencia argentina más antigua, siguiendo a Calamandrei ha sostenido que, por regla, que el defecto de interpretación de los contratos y de los negocios jurídicos en general, se equipara al error de derecho (24).

Sin embargo la doctrina tanto extranjera como nacional, en su gran mayoría ha discutido este aserto, considerando que se trata de una temática de derecho (25). Ello así porque en definitiva lo que inspecciona el ad quem es el resultado de la actividad interpretativa; por lo que el órgano de casación revisa la coronación de la operación hermenéutica, y no su trámite.

De todos modos aun para el caso que esta tarea intelectual sea vista como un asunto fáctico, lo cierto es que en la realidad esa actividad es inspeccionada por los órganos casatorios (26).

La doctrina legal de la Suprema Corte Bonaerense sigue el criterio general limitativo antes expuesto, considerando que no es una tercera instancia (27), viendo como cuestiones de hecho, por ejemplo las que se refieren a la determinación de la culpa (28); a la fijación del quantum indemnizatorio (29); a detectar la existencia del abuso del derecho (30), a la interpretación de los escritos, etc. (31).

Sin embargo, ese corsé aparentemente rígido que exhibe, cede en ciertas oportunidades ya que como hemos vistos los tribunales supremos no pueden ser fugitivos de la realidad. Por ello dilatando aquella férrea pauta ha sostenido por ejemplo, que su función primordial es el contralor jurídico y no el reexamen fáctico, "pero éstos no pueden ser ignorados. Si bien los hechos verificados permanecen firmes para la casación, sin variarlos en esta instancia, corresponde determinar su real significado jurídico"

(32). Agregó también ese órgano que es cuestión de derecho la determinación de la injuria (33), como la denuncia sobre indebida liberación de la carga probatoria, etc. (34).

En síntesis el citado tribunal bonaerense ha sostenido que puede abocarse al conocimiento

de las cuestiones atinentes a la interpretación, cuando la efectuada por los jueces de grado conduce a una errónea calificación de la situación jurídica invocada y a la violación de la norma positiva de la que dimana el concepto legal (35).

#### b) Calificación

La calificación jurídica es a nuestro modo de ver una típica cuestión de derecho. Se trata de lo que los alemanes llaman subsunción.

La doctrina y la jurisprudencia están contestes en que este tipo de déficit conforma un vicio iuris que no escapa a la casación, pues si bien es cierto que la Corte debe aprehender el material fáctico tal cual viene relatado por el a quo, ella puede controlar si la subsunción efectuada por el judicante de grado sea apropiada al hecho narrado.

El más alto tribunal de la Provincia de Buenos Aires ha expresado en este aspecto, que la determinación jurídica de los hechos es una cuestión de derecho (36); de tal manera que un error en la subsunción indica un déficit jurídico (37).

Por todo ello, y adelantando nuestra conclusión, podemos remarcar que la única fajina que escapa -en principio- al control casatorio es la fijación de los hechos, salvo cuando existe absurdo o arbitrariedad. La interpretación y la calificación, son actividades inescindibles y típicamente jurídicas, pues como dice Danz la determinación del significado de las pruebas implica un trabajo interpretativo, y de derecho (38).

#### c) Apreciación de la prueba

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha señalado reiteradamente -como vimos- que la apreciación de la prueba es una cuestión de hecho, salvo en los casos de arbitrariedad o absurdo (39), o cuando se demuestra que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación del fallo carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la estimación de las probanzas (40).

Como vemos, hay aquí otra importante apertura a aquella pauta restrictiva sobre los hechos que hemos analizado, lo que demuestra que no es posible decir a rajatabla que el material fáctico está excluido de la casación.

Conviene aclarar que, como equivocadamente a veces se dice, el principio de libre apreciación de la prueba no significa que esta actividad no pueda ser controlada en casación, ya que como dice Walter la libertad valorativa solo apunta a evitar influencias legales en la actividad del juez, es decir tiene en miras la búsqueda de la verdad "sin trabas"(41).

Con ello queremos decir que es inexacto sostener a priori, que a mayor libertad de apreciación, menor posibilidad de inspección casatoria; porque como acabamos de apuntar la libertad está dirigida contra influencias legales en la estimación, y no con la posibilidad de que ésta sea libérrima y sin control. En tal sentido, agrega el autor citado, que nadie afirmará que la apelación es inadmisibles porque podría llevar a que se constaten otros hechos o que se haga una valoración de ellos distinta de la de primera instancia y que por ende se violaría el principio de la libre apreciación. Se acepta, pues, que en ese recurso libre no significa necesariamente incontrolado. Cuando el legislador concede un medio impugnativo ello no está en pugna con el



establecimiento de la libre apreciación de la prueba. Por el contrario los dos institutos expresan aspectos distintos de un mismo pensamiento.

En suma, libre apreciación y casación no son términos antitéticos y se complementa para lograr un fin común, esto es la determinación de la verdad, y en este aspecto no hay diferencias entre recursos ordinarios y extraordinarios (42).

Todos los medios de ataque contra los fallos son una forma -dice Walter- de autocontrol judicial. Lo que no puede hacer el legislador es imponerle al juzgador una interpretación determinada, pero esa prohibición de ninguna manera se extiende al autocontrol judicial y por ende a la casación. En síntesis, libre valoración no quiere decir exenta de esta inspección recursiva (43).

#### IV. Conclusiones

En suma debemos puntualizar que resulta muy difícil distinguir científicamente las cuestiones de hecho y de derecho, sobre todo en el ámbito de los recursos extraordinarios, y especialmente en la práctica de los mismos.

No obstante ello la referida sinopsis ha hecho campamento en la legislación comparada, a tal punto que la casación se ha diseñado sobre estas bases, de tal modo que sólo resultan controlables en esta instancia los temas eminentemente Jurídicos. Esto como consecuencia del origen histórico de este instituto, a partir de la Revolución Francesa, donde se puso énfasis en el control nomofilático, debido a las ideologías ius positivistas de ese gran movimiento, que privilegió la estricta aplicación de la norma legislativa por parte de los Jueces, sin darle la posibilidad a éstos siquiera de interpretar la ley.

Por otra parte no nos olvidemos que en el sistema galo de aquella época, la casación cumplía una función política, de ahí que no importara para nada las cuestiones fácticas.

En los últimos años la problemática ha cambiado de cuadrante, ya que si bien las normas que regulan la institución no han variado en demasía, lo cierto es que como dice Walter, han sido los propios tribunales encargados de resolver esta impugnación, quienes han abierto la brecha a través de la autoexpansión del órgano, permitiendo el acceso a las temáticas defacto, sobre la base de que los cuerpos jurisdiccionales no pueden ser fugitivos de la realidad.

Para ello los tribunales supremos han utilizado diversos subterfugios, como por ejemplo en el caso de nuestro país, acudiendo a las figuras del absurdo y de la arbitrariedad; o modificando el criterio antiguo, y considerando como de derecho lo que antes se estimaba como hecho.

De cualquier manera debe quedar en claro que fuere cual fuere la postura que se tenga sobre este medio de ataque, lo cierto es que en principio, los hechos relatados por los Jueces de grado deben permanecer inalterables en la instancia extraordinaria, mas la interpretación y la calificación son asuntos notoriamente jurídicos", ó por lo menos, inspeccionables a través de este carril.

La ampliación de las causales de la figura sub examine, no significa que aspiremos a llegar a una tercera instancia, lo que resulta desaconsejable.

En suma, por regla este recurso está diseñado para las cuestiones de derecho, salvo en las hipótesis excepcionales, en que el fallo atacado incurra en absurdo o en arbitrariedad.

(1) HITTERS, Juan C., "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", ps. 287/291, Ed. Platense, 1984.

(2) GUASP, Jaime, "Derecho procesal civil", ps. 1427/8, Ed. Bosch, Barcelona.

(3) Ob. cit., p. 1428.

(4) SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil", Revista Jurídica de Catalunya, abril-junio 1979, núm. 2, p. 87.

(5) HITTERS, Juan C., ob. cit., p. 175.

(6) MARQUES DE GERONA, "Examen del recurso de casación en España", Madrid, Foro Nacional, año 1853.

(7) CALAMANDREI, "La casación civil", t. I, vol. II, ps. 89, 90, Ed. Bibliográfica Argentina.

(8) No debemos olvidar que algunos juristas gambeteando esta clasificación han preferido hablar de error individual o general (véase CALAMANDREI, ob. cit., t. I, vol. I, ps. 59 y 70, p. 114).

(9) "Diritto processuale civile", núm. 81, p. 484, Padua, Italia.

(10) MORELLO, Augusto M., "Dificultades de la casación", J. A., 1980-III, p. 758. Conforme VAZQUEZ SOTELO, "La casación civil (Revisión crítica)", p. 198, Ediser, Madrid, 1979.

(11) CARNELUTTI, "Sistema de derecho procesal civil", vol. III, p. 747, Ed. Uthea, Argentina.

(12) Recuérdese que por una rara situación los jueces del "antiguo régimen" no fueron cesanteados por la Revolución, de ahí que se les tuviera desconfianza, y por ende se los dejara en la mera tarea de hacer funcionar la ley en el caso concreto sin interpretarla. Además hay que

tener en cuenta que la casación, que nació en su sentido moderno, en Francia en la época indicada, se creó justamente para controlar a los magistrados judiciales, algo así como para que los Jueces no violaran la ley. Por ello el recurso analizado tuvo en esa época una evidente finalidad política, como si se tratara de una extensión del Poder Legislativo, cuya actividad se cumplía en el momento de aplicación de la ley y para evitar que esta sea violada. (CAPELLETTI, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes", ps. 13, 15, México).

(13) GENY, "Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo", ps. 648, 439, Ed. Reus, Madrid. "En esta operación -agrega el autor- es donde aparece bien manifiesta la imposibilidad de separar, por límites precisos el dominio del derecho plenamente abierto a la inspección del órgano supremo, del de los hechos que debe permanecer cerrado".

(14) HITTERS, Juan C., "Técnica de los recursos extraordinarios...", ob. cit., ps. 290, 291.

(15) VAZQUEZ SOTELO, "La casación civil", ob. cit., p. 179.

(16) Véase TOVAR MORÁIS, Antonio, "El recurso de casación civil", ps. 103 y sigts., Pamplona, 1985. Idem, FAIREN, "Enjuiciamiento civil", 321, Ed. Civitas, conforme PIETRO CASTRO, "Tratado de derecho procesal civil", p. 512, Edit. Arazandi, 1985. Idem, SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil española", ps. 783 y sigts., Tecnos, Madrid, 1985.

(17) HITTERS, Juan C., "La casación civil en Alemania. Sus rasgos definidores", J. A., 1962-II, p. 762.

(18) WALTER, Gerhar, "Libre apreciación de la prueba", versión castellana de Tomás Banzhaf, p. 351, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1985.

(19) En este orden de pensamiento ha dicho la doctrina que "la exigencia de la realidad humana determina que en la mayor parte de los países se haya ampliado en ciertos casos el control de la casación a determinadas reglas o normas de experiencia, de modo que se ha invadido por el Tribunal de Casación la esfera fáctica anteriormente intangible y reservada al juez; las razones de esta tendencia se halla en que en muchos casos la casación devendría prácticamente inútil si no se pudiera revisar el material fáctico del proceso"; conforme SATTA, "Diritto processuale civile", p. 178, Pádova.

(20) HABSCHAID, Walther, "Introduzione al diritto processuale civile comparato", ps. 234, 250, Ed. Maggioli, 1985.

(21) GENY, ob. cit., p. 652.

(22) PRIETO CASTRO, ob. cit., t. II, ps. 512, 515.

(23) Desde esta vertiente señala MURCIA BALLIEN, Humberto, que el tribunal de casación puede entrar a los hechos en el caso de falso supuesto, es decir cuando aparece un error de hecho evidente ("Recurso de casación", p. 137, 3ª ed., Ed. Librería el Poro de la Justicia, Bogotá 1983).

(24) CALAMANDREI, "Casación civil", p. 100, Ed. Ejea.

(25) GENY, ob. cit., p. 648, conf. MORELLO, "Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso", vol. II, p. 589, Ed. Hammurabi. FENECH-CARRERAS, ob. cit., ps. 631-657. Conf. DANZ, "La interpretación de los negocios jurídicos", ps. 243 a 245 y 251, 3ª ed., Editorial y Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

(26) HITTERS, Juan C., "Técnica de los recursos extraordinarios...", ob. cit., p. 301.

(27) "Mariscal de Peralta, Susana c. Peralta Luís", fallo del 9/4/85.

(28) "Maturi de Pegoraro, Yolanda c. Peralta Luís", fallo del 9/4/85.

(29) "Banco Edificadora de Olavarría c. Elbei, Ruben", fallo del 21/12/84.

(30) "Catrini, Mirta T. c. Fiormi, S. A.", fallo del 9/10/84.

(31) "Galeano Celso Cesar c. Cosmibel, S. R. L.", fallo del 18/5/84.

(32) "Herrera, Abel s/homicidio", fallo del 15/5/88.

(33) "Pasut, Haydee c. Banco de Bragado", fallo del 27/10/87.

(34) "liman, Jorge c. Ravioli, Carlos", fallo del 3/7/84.

(35) "Marques, Alonso c. Van de Kerkhoi", fallo del 30/11/76.

(36) "Franchini, Víctor s/robo", fallo del 22/10/85; añadiendo en otro fallo que la calificación jurídica es propia de la aplicación del derecho, "Basile, José c. Trefilsa", fallo del 23/2/85.

(37) "Provincia de Buenos Aires c. Limmner", fallo del 26/6/84, voto del doctor Mercader.

(38) Ob. cit., p. 234.

(39) HITTERS, Juan C., "Técnica de los recursos extraordinarios...", ob. cit., ps. 330, 343.

(40) "Franklin c. P. V. I. S. A.", fallo del 20/9/75.

(41) WALTER, Gerhar, ob. cit., ps. 352, 353.

(42) WALTER, Gerhar, ob. cit., p. 354.

(43) WALTER, Gerhar, ob. cit., ps. 353, 355.