

TEMA GENERAL: BASES PARA UN MODELO DE ENJUICIAMIENTO CONFORME A LA
CONSTITUCIÓN
SEGUNDO PANEL: PODER DE CALIFICACIÓN DE LOS TRIBUNALES
PONENTE: ANDREA A. MEROI - U.N.R. / UNICEN

LA CALIFICACIÓN DEL MOTIVO RECURSIVO Y EL *IURA NOVIT CURIAE*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal se ha ocupado tradicionalmente del *iura novit curia* como circunstancia que exime a las partes de alegar y probar el derecho del caso, por un lado, y que justifica que el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas que realicen aquéllas, por el otro¹.

Las dificultades en aprehender el concepto y en delimitar sus rebeldes contornos obedecen, en mucho, a la propia dificultad en discernir las cuestiones fácticas de las cuestiones jurídicas. Así, se ha dicho que “la distinción tradicional que trazaban los juristas entre *quæstio iuris* y *quæstio facti* no es tan clara como parecía. La calificación jurídica opera ciertamente con hechos, pero es una operación interpretativa que no podría realizarse sin normas; y —lo que es más grave y menos evidente— la prueba también está *teñida de normatividad*, porque en muchas ocasiones el proceso de prueba no sólo consiste en la verificación de hechos externos, sino en la configuración de una determinada interpretación de los mismos (previa a la calificación)”².

El tema es tan rico y de tan interesantes aristas que nos limitaremos a plantear algunos de los problemas que pueden asociarlo al *motivo recursivo*.

¹ Respecto de esta última cuestión, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha repetido en numerosos precedentes que, con arreglo al principio *iura novit curia*, “el juez no sólo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes. Esta potestad propia de los jueces deriva de los principios esenciales que organiza la función jurisdiccional” (*Fallos*, 296:633; 299:78 y 429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536, etcétera).

² GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)*, Jueces para la Democracia, N° 46, marzo 2003, p. 25.

2. CALIFICACIÓN DEL MOTIVO RECURSIVO PARA ALTERAR LA CAUSAL DE PROCEDENCIA DEL RECURSO

Dentro del abanico de situaciones que pueden vincular el motivo recursivo con el deber de *iura novit curiæ* se encuentra aquella en la cual —siendo procedente un recurso por varias causales y habiendo subsumido el recurrente su agravio en una concreta causal— el tribunal lo recalifica como encuadrado en una causal no invocada.

Sin perjuicio de las particularidades siempre complejas e imprevisibles que cada caso puede presentar, parece necesario insistir en la necesidad de que sean las partes las que asuman con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso. Como bien se recuerda en la *Exposición de motivos* de la nueva LEC 2000, “justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes... estar asistidas de abogado”³.

Sobremanera en los recursos “extraordinarios”, la alta complejidad técnica de su regulación impone un mayor compromiso y cuidado del abogado a la hora de exponer sus agravios y encauzarlos en algún motivo recursivo. Es cierto que las zonas grises y las ambigüedades existen, pero no menos cierto es que la regla de la “eventualidad procesal” y el debido rigor defensivo imponen la carga de agotar las posibles imputaciones que los agravios pueden admitir.

2.1. Una situación igualmente delicada se presenta en aquellos ordenamientos que han eliminado el *recurso de nulidad* o que, sin llegar a ello, extreman las hipótesis en que las causales propias de éste pueden ser canalizadas a través de la apelación⁴.

³ “Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones complementarias”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 28

⁴ “El recurso ordinario de nulidad constituye una vía impugnativa cuya admisibilidad opera con criterio restrictivo toda vez que siempre que el vicio pueda ser subsanado por el tratamiento de la apelación debe evitarse la anulación, lo que naturalmente deriva de la prevalencia de motivos de economía procesal y del carácter instrumental de las formas procesales. En efecto, razones de economía procesal tienden a limitar en todo lo posible la declaración de nulidad con su consecuente efecto de pérdida de tiempo y por el desgaste jurisdiccional que significa reproducir las actuaciones anuladas y las vinculadas, lo que ha llevado a que las legislaciones procesales hayan evolucionado, restando autonomía al recurso de nulidad, hacia la vigencia del principio que Carnelutti denominara de la «absorción de la invalidación (la nulidad) por la impugnación (la apelación)» (DE LOS SANTOS, MABEL, *El recurso de nulidad (sobre la necesaria eliminación del reenvío en la praxis de las instancias revisoras ordinarias)*, Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, N° 3, pp. 189/190).

En determinadas circunstancias, el afán por evitar el impopular *reenvío* podría implicar —vía *iura novit curiæ*— la extralimitación del Tribunal y, adicionalmente, la privación de la doble instancia al recurrente en los casos en que aquél está legalmente impuesto⁵.

3. CALIFICACIÓN DEL MOTIVO RECURSIVO PARA CORREGIR EL ERROR EN LA ELECCIÓN DEL RECURSO

Otra posibilidad que cabría cuestionar sería la subsanación oficiosa del error en la elección del recurso. La hipótesis no es infrecuente, particularmente en los casos en que los ordenamientos procesales prevén varios recursos extraordinarios por diferentes causales contra el mismo tipo de sentencia (vgr., recurso de casación —o inaplicabilidad de ley— y recurso de inconstitucionalidad en la legislación procesal civil bonaerense o cordobesa).

La aplicación del *iura novit curiæ* a estos casos ha sido propiciada a través de la aceptación del llamado *recurso indiferente* cuyos orígenes estarían en las doctrinas alemana y francesa. JAMES GOLDSCHMIDT, por ejemplo, decía que “si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que se ha pronunciado una que no debió dictarse (por ej., se ha emitido una sentencia definitiva en lugar de una incidental o de un auto, o al contrario; o una sentencia ordinaria en lugar de una contumacial, o viceversa), hay que resolverlas en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del «mayor favor»). Es decir que el recurso es admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva), como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva). Esto constituye la teoría del recurso indiferente (*Sowohl-als-auch-Theorie*)”⁶.

En nuestro país, FALCÓN define el “recurso indiferente” como “aquel que, sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso, o que siéndolo se han omitido algunos elemen-

⁵ “En la hipótesis de que se cuestione la validez del procedimiento, los CPC que admiten esa causal de nulidad como fundamento de la impugnación coinciden en limitar la competencia del tribunal de segunda instancia a la emisión del *iudicium rescindens*, ya que la concurrencia de un vicio anterior a la resolución impugnada afecta totalmente la regularidad de ésta y obsta a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto” (PALACIO, LINO – ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, t. 6, p. 206).

⁶ GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho procesal civil*, trad. L. Prieto Castro y notas de N. Alcalá Zamora-Castillo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 402.

tos formales, produce no obstante los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva que el recurso correctamente articulado”⁷.

Si bien quienes propician la posibilidad de este relajamiento en los óbices formales aclaran que su finalidad es “proteger al litigante ante circunstancias que exceden sus posibilidades, o en aquellos casos en que la ley no da un marco totalmente cerrado, pero en modo alguno su objetivo está en la pretensión del justiciable temerario o negligente”⁸, no hay duda que la definición de los límites resulta asaz difícil.

En efecto, una cosa será el *lapsus calami* y la delgada línea que separa el formalismo (sin el cual no se concibe el proceso moderno) del excesivo rigorismo formal (que deviene en pura arbitrariedad), y otra, muy distinta, la subsanación de errores inexcusables por parte del tribunal.

Es cierto que algunos recursos están hartamente defectuosamente regulados y que, además, la jurisprudencia no siempre coadyuva al esclarecimiento de sus alcances. Sin embargo, la solución a esos problemas, como tantas veces se ha recordado en estos encuentros, no reside en convertir al juez en parte, sino en mejorar la técnica legislativa, en capacitar a los abogados, en extremar las opciones recursivas, en ensayar la acumulación eventual de recursos, etcétera.

3.1. En este sentido, la jurisprudencia provincial ha sido contraria a la posibilidad de admitir recursos erróneamente interpuestos.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que —siendo distintas las fuentes de los medios de impugnación a que refieren los artículos 156 y 159 de la Constitución Provincial y, por su parte, el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial— el hecho de pretender fundarlos en los mismos argumentos o, entrelazándolos, es totalmente improcedente salvo supuestos excepcionales⁹.

⁷ FALCÓN, ENRIQUE M., *Derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I. Antes, del mismo autor: *El recurso indiferente*, LL, 1975-B-1139 y ss.

⁸ FALCÓN, ENRIQUE M., *El recurso...*, cit., p. 1141, con cita de LEO ROSENBERG.

⁹ Cfr. SCBA, 22.04.80, DJBA, 118-391; 26.05.82, DJBA, 123-157, citado por PALACIO-ALVARADO, cit., p. 506.

Por su parte, el Tribunal Superior de Córdoba sostuvo que “el error en la elección del medio impugnatorio no puede ser subsanado mediante aplicación del principio *iura novit curiæ*, pues —vigente el principio de formalidad, especialmente en el caso de recursos de naturaleza extraordinaria—, aquel justifica únicamente la corrección del encuadre legal entre los diferentes motivos que habilitan un mismo tipo de recurso, mas no la modificación del tipo de impugnación escogido por el recurrente”¹⁰.

En el mismo orden de ideas reiteró que “el principio *iura novit curiæ* permite superar errores de encuadre legal entre las distintas causales de un mismo recurso, no así cuando el error versa sobre la elección del recurso extraordinario local (inconstitucionalidad o casación), atendiendo a las diferencias cualitativas de ambas vías y a la distinta competencia (Tribunal en pleno o Sala) ... Ello así, por cuanto si bien el principio de la formalidad particularmente acentuado en los recursos extraordinarios ha sido atenuado, no se ha llegado a receptor legal ni jurisprudencialmente el llamado recurso indiferente, conforme al cual el tribunal puede adecuar la instancia recursiva a los parámetros legales supliendo vicios o deficiencias, máxime cuando no se trata de un simple error material en su designación, ya que la fundamentación del recurso exterioriza la consciente elección de una vía equivocada”¹¹.

4. CALIFICACIÓN DEL MOTIVO RECURSIVO Y RECURSO “IN PAUPERIS FORMA”

El poder calificador de los tribunales y el motivo recursivo también se relacionan en la hipótesis de recursos interpuestos *in forma pauperis*.

El caso puede repetirse en múltiples ejemplos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: un imputado recibe una cédula por la que se notifica la decisión de una cámara de apelación respecto de su condena y, en su reverso, escribe de puño y letra “apelo”. Sin correr vista de ello al defensor oficial, el tribunal deniega el recurso por “improcedente”.

¹⁰ Sent. N° 75, 02.10.96, autos “Imaz de Maubecin, Ana María c. Municipalidad de Córdoba”, Sala Civil, voto de los Dres. Moisset de Espanés, Ferrer y Kaller de Orchansky.

¹¹ Sent. N° 20, 25.03.98, autos “Gaón, Pablo Alberto y otro s. Defraudación calificada – recurso de inconstitucionalidad”, Sala penal en pleno.

En “Verdugo”¹², la Corte resolvió que “los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, y es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda”, debiendo así declararse “la nulidad del auto que no hizo lugar a la apelación —*in forma pauperis*— deducida contra el rechazo del recurso de casación, pues la sola notificación al defensor oficial sin que se le haya corrido vista de la apelación para fundar la presentación de su pupilo, no satisface las exigencias de un auténtico patrocinio letrado como el exigido por el art. 18 de la Constitución Nacional, cuya protección no es función exclusiva de la Corte, sino que debió ser resguardada por el *a quo*, a quien correspondía salvar la aludida falta de asistencia técnica”.

Habida cuenta de los especialísimos valores en juego, entendemos que esta “recalificación” del tribunal y su reenvío para la deducción en forma del recurso correspondiente no merece censura.

5. CALIFICACIÓN DEL MOTIVO RECURSIVO Y CASACIÓN

Finalmente, y retomando aquello de la dificultad en la distinción entre *quæstio facti* y *quæstio iuris*, podríamos encontrar otra problemática relación entre motivo recursivo y calificación jurídica.

5.1. Para mejor comprender el tema, recordemos que un análisis adecuado de la *quaestio iuris* y de la *quaestio facti* debe partir de la presencia en el debate procesal y en la decisión judicial de dos tipos de referencias a hechos: las efectuadas a circunstancias del mundo material por las partes procesales en sus alegaciones y las correspondientes al supuesto de hecho previsto por la norma jurídica que se considera aplicable a los primeros. La primera categoría de hechos son enunciados relativos a comportamientos o actos concretos y particulares afirmando que han sucedido, mientras que la segunda es una definición completa y en términos generales de una clase de hechos que actúa como criterio de atribución de relevancia jurídica del primer tipo de hechos, es decir, como crite-

¹² CSJN, 16.10.01, *Fallos* 324:3545. Puede v. asimismo, *Fallos*, 314:1268; 314:11; 318:674; 320:1824; 321:849; 323:84, entre muchos otros.

rio de selección de las circunstancias fácticas significativas para la eventual aplicación de la norma jurídica¹³.

En cualquier caso, parece cierto que “la «construcción del caso» se realiza por medio de un diálogo permanente entre los hechos del caso (que, naturalmente, algo tienen que ver en la elección de la disposición normativa considerada aplicable y en la de la norma que es obtenida de ella) y el supuesto de hecho normativo (que condiciona los aspectos factuales del caso jurídicamente relevantes)”¹⁴.

Para complicar todavía más el análisis, se advierte que la base empírica del presupuesto de hecho de la norma puede referir a *hechos externos* (estrictamente “hechos) pero también a *hechos psicológicos* y aun a *juicios de valor*¹⁵. A su turno, los hechos cuya constatación presupone un *juicio de valor* son cualificaciones de una *conducta* o de un *estado de cosas* que —necesariamente a los fines de poder realizar una *valoración motivada*— deberán ser *identificados* y *probados*. Como se ve, se trata de dos “momentos” diferentes: “una cosa es establecer, sobre la base del criterio de relevancia jurídica derivado de la norma por hipótesis aplicable, *cuáles* son los hechos relevantes que deberían ser determinados y otra, en cambio, establecer *cómo* (es decir, con qué medios y según qué resultados cognoscitivos) esos hechos deben o pueden ser determinados”¹⁶.

Cuando la norma se refiere a la base empírica de la valoración de un modo muy indirecto e indeterminado (como en “situación de urgencia”, “conducta de buena fe”, “actos obscenos”, “intencionalidad”), “aumenta el grado de «apertura» de la norma respecto de la individualización del hecho y, en consecuencia, asume mayor peso la operación de «reducción de la vaguedad» destinada a realizarse en el proceso, por obra de las partes, y en la decisión, por obra del juez”¹⁷.

En suma, “*siempre y en cualquier caso* esas normas presuponen, para ser aplicadas, la existencia de hechos materiales que, por tanto, deben ser individualizados y probados como condición para la aplicación de la norma. Que ésta suponga una valoración no sig-

¹³ V., con mucho provecho, TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, pp. 89 y ss.

¹⁴ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, «*lura novit curia*» y aplicación judicial del derecho, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 73.

¹⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 73 y ss.

¹⁶ TARUFFO, MICHELE, *cit.*, p. 103, destacados del autor.

¹⁷ *Íd. id.*, p. 135.

nifica que excluya la determinación de la existencia de un hecho: es el hecho, en todo caso, lo que constituye el objeto de la valoración, de forma que sin aquél no puede siquiera darse el juicio de valor postulado por la norma”¹⁸.

5.2. Para MacCormick¹⁹ existen cuatro problemas que puede presentar un caso:

- a) Problemas de interpretación, en los que no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable sino sobre la lectura que corresponde hacer de ella;
- b) Problemas de relevancia, que serían previos a la interpretación: ¿existe una norma aplicable al caso?;
- c) Problemas de prueba, que refieren al establecimiento de la premisa menor (i.e., establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado);
- d) Problemas de calificación, en los que no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.

Aunque entre los problemas de interpretación y de calificación exista una equivalencia lógica, hay razones de tipo procesal que tienen que ver con la distinción entre *cuestiones de hecho* y *cuestiones de derecho* para mantener aquella distinción.

5.3. En efecto, y como sabemos, hay recursos que admiten la impugnación por motivos de hecho y de derecho y hay otros —particularmente la casación, entre todos los extraordinarios— de los que se afirma que sólo proceden para atacar “motivos de derecho”.

Pues bien: seguramente que con la intención de reparar una “injusticia notoria” (aquellas que “claman al cielo”), lo cierto es que algunos tribunales empezaron a echar mano de estas ambigüedades entre *quæstio facti* y *quæstio iuris* para abrir recursos que, conforme a la distinción estándar, no correspondía abrir. Probablemente sin conciencia de las profundas disquisiciones de los iusfilósofos, esa parece ser la clave de apertura del recurso

¹⁸ Íd. íd., p. 137.

¹⁹ Cfr. MACCORMICK, NEIL, *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico*, trad. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en “Derecho y moral. Ensayos analíticos”, Barcelona, Ariel, 1990.

extraordinario por arbitrariedad fáctica²⁰. Así, dependiendo de múltiples factores muchas veces imponderables, las “cuestiones de hecho” constituyen —o no— elementos frustratorios de los recursos extraordinarios.

5.4. En el ámbito penal, se advierte un fenómeno similar pero agravado por la *materia* y las especiales garantías que la amparan.

El fenómeno no es, ciertamente, “argentino”. En España, la consideración de los elementos subjetivos del tipo (fundamentalmente en determinados delitos) como *juicios de valor* responde a la intención de facilitar el “juego de la casación”. Conforme lo relata ANDRÉS IBÁÑEZ, “la Casación no podía entrar en principio porque pertenecía a los hechos y entonces tiene que dar un giro a esta construcción para poder entrar. ¿Qué hacen? Pues dicen que no es un juicio de realidad sino de valor y, por esa vía, dicen que la constatación de la existencia del ánimo de injuriar o de matar es algo que corresponde al ámbito de los fundamentos de derecho. Y si eso es un juicio jurídico, no fáctico, la Casación podía entrar. La intención es buena, pero tiene unas implicaciones contextuales muy perturbadoras. Curiosamente estamos en esa onda. El Tribunal Supremo sigue diciendo «es un juicio jurídico fáctico...». La intención es buena porque es una manera de salir de valoraciones arbitrarias pero las implicaciones tienen importancia. Ese es un tema que pone de manifiesto las dificultades de la casación con los hechos ... El constitucionalismo moderno o actual tiene entre otras cosas, desde la perspectiva procesal, una importancia destacable. Es la primera vez que de una manera clara, sistemática, orgánica, se incorpora una disciplina del proceso con pretensiones de normatividad inmediata. Ello genera todo un paradigma alternativo o una forma distinta de entender el proceso, al extremo de que en el mundo del procesalismo irrumpe una experiencia nueva: a partir de ahora es raro en la fenomenología judicial encontrar problemas de dogmática en la casación. La casación es un gran foro de debate sobre garantías procesales”²¹.

En nuestro país se da el mismo fenómeno de apertura de la casación. Así, es frecuente leer que “el derecho al recurso significa —como ha sido subrayado por la Corte Interamericana, citando el comentario general número 13 del Comité de Derechos Humanos— que el acusado tiene derecho a que se examine íntegramente el fallo en el ámbito de los

²⁰ Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Recurso extraordinario*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2, pp. 314 y ss.

²¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, conferencia en la 1ª Edición del Curso de Posgrado de Especialización en Argumentación Jurídica, Alicante, 18 de junio de 2004.

hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho, y la revisión de esta Cámara de Casación Penal no puede resultar limitada ni restringirse exclusivamente al derecho, sino que debe convertirse en un recurso que —sin sacrificar la inmediación— haga justicia en el caso concreto (...) Lejos de constituir un criterio dogmático de delimitación, la tradicional separación entre cuestiones de hecho y de derecho importa el retraimiento continuo de la garantía invocada, pues no sólo ignora —como ha sido señalado en el voto de los jueces Petracchi y Fayt en Fallos 321:494— que «en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que se postula (conf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, trad. de P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, 1995, págs. 54 y sgtes.)», sino también «la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción» (conf., en general, Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.)²².

Recientemente, en comentario al sonado caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³, DOMÍNGUEZ concluía: “Cuando a nivel doctrinario he debido analizar el recurso de casación, he afirmado que el «riesgo» de otorgarle naturaleza extraordinaria a este recurso es que lleva a la preeminencia de las formas e impide el control de las resoluciones jurisdiccionales sobre las que debe conocer para garantizar el derecho al recurso que exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos, maguer el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es menester —en este aspecto y en mi criterio— «ordinarizar» el recurso si queremos —pero en realidad debemos— aproximarnos a los Pactos... Exacerbar las exigencias formales en orden a la admisibilidad dispuesta por la ley hace —siguiendo a Maier— que los recursos cumplan una serie de ritos o fórmulas sacramentales que se convierten en un fin en sí mismo y sólo tienen el sentido de aliviar la cantidad de trabajo del Tribunal (T. I, pág. 726). Esto resulta incompatible con el derecho al recurso que tiene el condenado y debe ser —de acuerdo a lo traído— efectivo, amplio y desarrollado ante un tercero imparcial. Y de la misma manera con que el excesivo rigor formal se puede aplicar a la hora de la admisibilidad, se eleva otro pilar, para desestimar el reclamo una vez traspasada la primera de las puertas: las cuestiones de hecho y prueba, como si éstas fueran o permitieran ser separadas nítidamente del derecho que se les aplica o no existiera relación entre ellos”²⁴.

²² C. 4807 – CNCP, Sala 4ª, 15.10.2004, *López, Fernando Daniel s. Recurso de queja*.

²³ *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004.

²⁴ Continúa el autor: ‘Por esta distinción proclama desde antaño la doctrina tradicional, pero le quita con este criterio restrictivo, un medio al imputado para poder impugnar la sentencia, cercenando su derecho. La función nomofiláctica del recurso que reclama la posición tradicional debe

5.5. Una vez más: resulta sumamente difícil trazar una línea definida que delimite con precisión el área de la divergente apreciación de los hechos de aquélla en donde campea la arbitrariedad fáctica.

En el razonamiento judicial la conclusión se infiere de premisas normativas en relación con premisas fácticas. Hay una necesaria relación entre la norma y los hechos, dado que conforme sean éstos, será el encuadramiento del caso en el dato normativo. De allí que la arbitrariedad fáctica pueda muy bien generar arbitrariedades normativas.

Estas cuestiones —bien que con sus diferentes direcciones axiológicas— son las que deberán estar presentes en una eventual redefinición del rol de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (convertida de hecho en una instancia revisora ordinaria, sólo que “a veces sí” y “a veces no”) y en la reconversión de la casación penal (convertida, también en los hechos y por la fuerza de las garantías, en una instancia revisora ordinaria).

quedar relegada —tal como lo señala Daniel Pastor en su obra «La nueva imagen de la Casación Penal»— en segundo plano, ya que no se explica fundadamente por qué el fin procesal de la corrección jurídica de la sentencia en el caso individual (función dikelógica) debe seguir restringido a la eliminación de los vicios de derecho solamente.

“Pero si sostenemos que el recurso de casación solo está limitado al derecho, de su propia regulación, surge que esto no es así —y esto ya lo advirtió Maier— en razón que de los motivos legalmente regulados se contempla una situación de naturaleza obviamente fáctica, como es la posibilidad de anular por el quebrantamiento de normas procesales.

De modo —entonces— que una interpretación para nada flexible de lo que debe ser el recurso de casación, no se ajusta a la exigencia de la Convención, a lo que se aduna la clara doctrina que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El recurso de casación para que se convierta en una vía idónea debe ser necesariamente amplio y dejo de lado una vez más en esta afirmación la controversia: apelación vs. casación porque entiendo que desde una óptica flexible el recurso en cuestión se acercaría a las exigencias constitucionales en cuanto reclaman revisión por un Tribunal Superior” (DOMÍNGUEZ, FEDERICO GUILLERMO JOSÉ - ESTRUCH, ROSA MARÍA, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Sentencia del 2 de julio de 2004)* y *el recurso de casación*, EIDial.com, Suplemento Derecho Procesal, 25.10.2004).