

¿Cuál es la finalidad de la Casación en los ordenamientos Latinoamericanos? Se puede formular así el primer tesis:

a) La Casación tiene una finalidad primordialmente tutelar, es decir, un órgano especial y extraordinario que vela por la observancia de la ley en cada villa y custodia de la jurisdicción. Las tesis de los países latinoamericanos, a efecto de que prevalezca el interés de los particulares, se aparta de la finalidad y desempeña un papel secundario.

b) La Casación es un recurso de impugnación de la sentencia o el acto fundamental de desagrar a las partes, pero la finalidad primordial, al igual que la de cualquier otro recurso, de controlar la observancia de la ley.

Varios fallos de los tribunales Latino-Americanos de Casación declaran que la tutela del interés de los particulares no es la misión fundamental, sino, la de control de la ley. Esta es la **FINALIDAD DE LA CASACION EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS**.

Sin embargo, la tesis no encuentra fundamento sólido en nuestros ordenamientos. De éstos, productos de la ley española, que a su vez se derivó de la francesa e italiana, con modalidades propias ajustadas a nosotros, se desprende más bien que la finalidad fundamental del recurso es la de servir de desagrar a las partes y sólo en cierta medida, muy limitada por cierto, la de control de la observancia de la ley.

JORGE FABREGA P.

Los ordenamientos Latino-Americanos estructuran la Casación fundamentalmente a desagrar a las partes. Nos basamos en las siguientes razones:

1. Sólo tiene legitimación general para proponer el recurso el que ha sido parte en el juicio. Legitimación activa, el que ha sido agraviado, y pasiva, el que ha sido favorecido.

En Europa, el Ministerio Público puede proponer la Casación en procesos en que no ha intervenido, sin haber sido afectado por la parte resolutive, sólo en (entre nosotros el Ministerio Público puede sólo recurrir en Casación cuando intervenga en las instancias).

Doctor en Derecho
República de Panamá
Apartado 1518 Panamá.

FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Cuál es la finalidad de la Casación entre nosotros? Se pueden esbozar dos tesis:

a) La Casación es una pretensión nomofiláctica, mediante la cual un órgano especial (Tribunal de Casación) aprovechándose de la iniciativa privada vigila y fiscaliza la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efecto de que prevalezca la ley. En esta concepción el interés de las partes desempeña un papel secundario.

b) La Casación es un recurso, dentro del proceso, con el objeto fundamental de desagrar a las partes, y con la finalidad mediata, al igual que la de cualquier otro recurso, de controlar la observancia de las leyes.

Varios fallos de los tribunales Latino-Americanos de Casación declaran que la tutela del interés de los particulares no es la misión fundamental, sino, la de controlar la exacta observancia de la ley, el exacto cumplimiento y conocimiento de la ley. Esta es la clásica solución de la doctrina.

Sin embargo, la tesis no encuentra fundamento sólido en nuestros ordenamientos. De éstos, productos de la ley española, que a su vez se derivó de la francesa e italiana, con modalidades propias ajustadas a nuestras necesidades, se desprende más bien que la finalidad fundamental del recurso es la de servir de desagravio a las partes y sólo en cierta medida, muy limitada por cierto, la de control de la observancia de la ley.

Los ordenamientos Latino-Americanos estructuran la Casación fundamentalmente a desagrar a las partes. Nos basamos en las siguientes razones:

1. Sólo tiene legitimación general para proponer el recurso el que ha sido parte en el juicio. Legitimación activa, el que ha sido agraviado; y pasiva, el que ha sido favorecido.

En Europa, el Ministerio Público puede proponer la Casación en procesos en que no ha intervenido, sin haber sido afectado por la parte resolutive, sólo en interés de la Ley (entre nosotros el Ministerio Público puede sólo recurrir en los procesos en que interviene en las instancias).

Contrasta lo anterior con las pretensiones de carácter público (las contenciosas de nulidad y la "acción de inconstitucionalidad") que pueden ser propuestas por cualquier persona, aunque no haya sido afectada por el acto que se impugna.

Por lo demás, la parte vencida sólo puede atacar la motivación que ha incidido en lo resolutorio. De suerte, pues, que si una sentencia contiene distintos enunciados, en violación de la ley, el afectado sólo puede escoger aquellos que han provocado la decisión, no los otros, aunque entrañen una amenaza al ordenamiento objetivo.

En Italia, la ley expresamente establece que la Corte puede al propio tiempo rechazar el recurso, y, si hay lugar a ello, corregir las motivaciones de la sentencia. El Art. 384 del nuevo Código establece que no están sujetas a Casación las sentencias erróneas motivadas en derecho cuando la parte dispositiva sea conforme al derecho; en tal caso la Corte se limita a corregir la motivación.

2. Nuestros Tribunales de Casación no pueden casar un fallo por causal no invocada, aunque ésta surja de autos. Tratándose de inconstitucionalidad, en contraste, la Corte puede declarar inconstitucional una ley, aunque no se haya invocado determinada disposición. La Corte no puede en la Casación ni siquiera reconocer una causal cuando no se haya citado la norma correspondiente, aunque se haya infringido. Esto revela que la sentencia de Casación cumple su misión cuando satisface el interés de las partes; y ahí se detiene.

3. La Casación admite el desistimiento. En el proceso de inconstitucionalidad, por ejemplo, no cabe el desistimiento. Si la Casación fuera una acción pública, que se vale de la iniciativa privada, no se admitiera el desistimiento, o, de admitirse sólo se le haría producir efectos inter-partes, de suerte que la tramitación continuara hasta que se dicte el fallo de fondo, en defensa de ese interés público inmanente.

4. En nuestra ley, sólo cierto tipo de resoluciones son recurribles. Únicamente las que hacen tránsito a cosa juzgada y las que sin hacerlo, causan perjuicio irreparable a las partes.

5. La Casación, entre nosotros, permite el examen de los hechos de la controversia. Esta posibilidad pone al descubierto el auténtico cometido del re-

curso, ya que si éste se limitara a controlar la observancia de las leyes, no se interesaría en cuestiones de hecho que afectan sólo el caso en litigio.

En Europa la Casación no se inmiscuye en la cuestión probatoria, porque ella sólo atañe a las partes en el proceso; sólo en casos excepcionales puede entrar la Casación al análisis de las pruebas en general, cuando está vinculada a cuestiones de derecho material, de suerte que la Corte de Casación considera los hechos conforme fueron reconocidos por el Tribunal de INSTANCIA sin poder fijar su mirada en el resto del proceso.

Entre nosotros la Casación permite, por conducto de las causales probatorias el examen de cualquier hecho de la controversia, y ello sólo se relaciona con el interés privado de las partes.

Procede agregar que en la Casación en la forma la Corte se desatiende de los hechos conformes aparecen reconocidos en la sentencia, y entra a examinar la realidad procesal directamente, como por ejemplo, en el caso de que se acuse la sentencia de haber sido expedida con la intervención de un Magistrado impedido o recusado, o haberse dictado en violación de la cosa juzgada o haber sido otorgado en apelación ilegalmente concedida o desierta, o desistida, y especialmente el haberse omitido algún trámite o diligencia declarada esencial por la ley.

En todos estos casos no se examina la sentencia aislada y separadamente, ignorando el mundo procesal no contemplado en ella, sino que se examinan los hechos con independencia de la misma, lo que no podría explicar satisfactoriamente los partidarios de la tesis puramente publicista. Ni en la Casación en el fondo, ni en la Casación en la forma, entre nosotros, la sentencia de la Corte tiene ese carácter puramente negativo o rescindente que tiene en Europa de destruir la sentencia (casser), sin poner en su lugar la decisión correcta o siquiera sugerir o recomendar la solución adecuada.

En este rasgo de nuestra Casación de ocuparse del fondo de la controversia está en completo desacuerdo con el carácter fundamentalmente nomofiláctico del instituto que existe en Europa con fines distintos al de garantizar a los litigantes un medio para la mejor administración de justicia.

6. La importancia que tiene ante nosotros la Casación en la forma es relevante. La Casación en la forma es en interés de las partes; su objeto es el de depurar el proceso, en protección fundamental del interés de las partes.

La violación de un precepto procesal en nada perturba la unidad del derecho. Así vemos como en Italia respondiendo al clamor de la doctrina, se ha tratado frecuentemente de eliminar las causales ("Motivos", como se denominan en Europa) de forma. Por ejemplo, en el Proyecto italiano de Zanardelli-Cocco Ortu se postulaba que en materia civil el recurso de Casación se admite solamente por violación y falsa aplicación de la ley, de acuerdo con el No. 3 del art. 517 CPC.

Varias de las causales de forma sólo se dirigen contra la parte resolutive de la sentencia, sin preocuparle la parte motiva (que es la que, en todo caso podría hacer enunciados que afectasen el orden jurídico), como en el caso de "contener la parte resolutive de la sentencia disposiciones contradictoria" o los distintos supuestos de ultra petita.

Nuestras normas sobre Casación reconocen expresamente numerosas causales de forma y hasta contienen algunas de carácter genérico, acentuando así el carácter privatista de nuestra Casación y llegando al extremo —incompatible con la presuntiva función nomofiláctica— de ordenar que en caso de que se interponga Casación en el fondo y en la forma, y si procede, casar el fallo recurrido, sin entrar en la de fondo prevaleciendo así el interés privado sobre el público.

7. La Casación entre nosotros, tratándose de pretensiones de carácter patrimonial, sólo es viable cuando se trata de determinada cuantía. Si la finalidad fuera nomofiláctica, no se determinaría en atención a la cuantía. Así, en Italia y en Francia, por ejemplo, todos los negocios admiten Casación, con independencia de la cuantía.

Podría decirse, como explicación, que entre nosotros la Casación sólo conoce de procesos de determinada cuantía, debido a que no se desea recargar de trabajo intrascendente a la Corte, con las dilaciones consiguientes. El argumento está demostrando que precisamente, por razones prácticas, la Casación ha tomado una estructura especial en que resulta secundaria su misión de centinela de la ley, para convertirse en un recurso procesal cuya finalidad es la de medio de desagravio.

Pareciera pues que debido a ciertos matices que le ha introducido nuestras leyes al recurso en Latino-América, la Casación no es precisamente un recurso fundamentalmente dada en interés de la ley sino en interés de las partes.

En Europa, la Casación constituye un verdadero custodio de la unidad del derecho; desde el vértice del sistema regular y unifica la jurisprudencia. Y así conoce de las sentencias dictadas por la jurisdicción común (inclusive la sentencia de primer grado) sin atender a la cuantía y de las sentencias dictadas por las jurisdicciones especiales.

Mal puede concebirse nuestra Casación como un instituto regularizador de la jurisprudencia y como medio para mantener la unidad jurídica, cuando su esfera de acción se reduce a un limitado número de resoluciones dictadas en determinados juicios provenientes de un también limitado número de organismos que aplican el derecho.

8. Es doctrina establecida por la Corte que no se puede conocer en Casación de "medios nuevos" (o sea de asunto no debatido en las instancias), y que tratándose de Casación en la forma es indispensable que se haya pedido reparación de la falta cometida. En otras palabras, el ámbito del recurso lo trazan las partes, y no el interés de la ley.

9. Es interesante anotar la tramitación del recurso entre nosotros, que contrasta con la que se le da en Europa. Compárese brevemente:

En Europa, el interesado cuenta con un término amplio (sesenta días en Italia) ("acciones públicas: términos largos para instaurarlas); el recurso se interpone ante la Corte Suprema con independencia del tribunal de instancia; para proponerlo se necesita de un poder especial; se promueve por separado, llevando copia de la sentencia y de las otras piezas pertinentes mientras el expediente permanece en el Tribunal del conocimiento; allá el recurso se funda sólo en documentos presentados, y el opositor que quiera alegar circunstancias exceptivas que establezcan lo infundado del recurso, debe proponer un contrarrecurso con las copias pertinentes; debe consignarse fianzas especiales. Entre nosotros, el recurrente tiene un término breve ('acciones' privadas: términos cortos); la Casación se tramita como parte de la misma causa, como un recurso dentro del proceso, en la 'misma pieza de autor', se anuncia ante el tribunal de instancia que conoce del juicio, se formaliza y éste lo concede o lo niega; el poder del juicio sirve para la Casación. Es decir: nuestra tramitación es la de un recurso dentro del proceso, no de una pretensión impugnativa independiente dirigida contra la sentencia como en Europa. Entre nosotros la Casación se tramita como una prolongación de la segunda instancia. En Europa, como proceso impugnativo autónomo. El procedimiento de Ca-

sación constituye entre nosotros una fase del juicio y no una acción autónoma en contra de la sentencia.

También conviene advertir que en Europa (Francia e Italia) en el recurso de Casación está representado el Ministerio Público necesariamente; aunque se trate de juicios en que el Ministerio Público no haya intervenido en las instancias ni tenga interés, por que la Casación allá tiene una finalidad nomofiláctica y por ello en representación de ese interés concurre.

En Latino-América, la verdadera e inmediata finalidad de la Casación es la de desagrar a las partes. No tenemos con la amplitud de Europa el recurso de "Casación en interés exclusivo de la ley" en que el Ministerio Público puede proponer un recurso sin haber intervenido en el juicio, aunque se haya ejecutoriado la sentencia, con el solo fin de corregir la jurisprudencia; en que no se afecta la ejecutoria de la sentencia ni los derechos de las partes, y en que la Corte establece la doctrina legal. Así existe en Italia y en Francia. Entre nosotros, en cambio, sólo existe la Casación en interés de la ley en casos de sentencias contradictorias; que es una especie de "Casación de interés de la ley" con alcance limitadísimo.

10. Existe además una modalidad entre nosotros; la falta de reenvío. El carácter público de la Casación se hace depender en gran parte del hecho de que en Europa la Corte de Casación no conoce el fondo del negocio sino que envía el proceso a un tribunal de igual grado al que pronunció el fallo para que lo vuelva a decidir. Tal como ya se expresó la Casación no tiene que ver con la relación sustancial en sí. Tal característica no se da en nuestros sistemas, en que la Corte en el mismo fallo que anula la sentencia, se convierte simultáneamente en tribunal de grado y decide el negocio. Nuestra Casación contiene así un elemento ajeno al recurso, conforme fue históricamente concebido, y más bien propio de las instancias. Tratándose de Casación en la forma sí tenemos reenvío, pero en esos casos se envía el negocio para el solo efecto de que se cumpla con determinada formalidad y la Corte —asumiendo una forma o carácter positivo, que rechaza la institución— le imparte una orden al Tribunal del conocimiento.

11. Hoy día en Europa es objeto de revaluación la tesis y los críticos indican que existe una marcada tendencia de la jurisprudencia europea hacia un examen cada vez más amplio por parte de la Casación de la *quaestio facti*. Así CARNELUTTI (Instituciones, Edit. Bosh, No. 541), considerándola co-

mo un medio de impugnación, la denomina "apelación extraordinaria" y afirma que prescindiendo del aspecto histórico de la cuestión, esto es de los residuos que por su origen puede tener la Casación en común con la QUERELANULLITATIS, en la fase actual de su desarrollo la institución pertenece por completo a la impugnación porque el procedimiento no se limita a examinar y aclarar la nulidad sino que continúa hasta la sustitución, normalmente en el juicio de reenvío, de la sentencia impugnada, por lo que la nulidad no se declara y examina por sí misma sino como síntoma de la injusticia de la sentencia.

12. Conviene examinar nuestros Códigos que establecen que es también fin de la Casación "uniformar la jurisprudencia nacional".

Hemos visto que el objeto fundamental es el de desagrar a las partes. Además, debido al reducido número de resoluciones conoce-sentencias o ciertos autos, dictados por Tribunales Superiores, en juicio de cuantía determinada (no puede sostenerse que efectivamente aspire a esa finalidad pública de uniformar la jurisprudencia). Al quedar excluidas las resoluciones inapelables, procesos de cuantía menor, nuestra Casación no es el órgano destinado a mantener la unidad de nuestro derecho.

Cabe agregar que tal finalidad de uniformar la jurisprudencia no se ajusta a la función nomofiláctica. Porque pareciera alejarse de la misma la formación de una doctrina jurisprudencial que exija cierta obligación de acatamiento en lugar de la ley, a la cual se debe observancia directa e inmediata. Así surgiría la jurisprudencia como zona intermedia entre el Tribunal y la ley, lo cual no fue ni ha sido la finalidad del recurso. Si la Casación encuentra determinado caso que la solución que ha escogido se ajusta a la ley, pero viola los precedentes, cabe prevalecer la ley sobre los precedentes. Recuérdese que la Casación surgió como remedio contra la jurisprudencia, que en otro tiempo trató de invadir las funciones de legislador.

Pareciera más bien que esa finalidad expresada de uniformar la jurisprudencia haya surgido posteriormente en Italia y en Francia por motivo de pluralidad de sistemas o tendencias regionales, que amenazaban la unidad nacional. (En Italia, por ejemplo, existían bajo antigua organización judicial, cinco Cortes de Casación).

Entre nosotros en cambio, no ha existido el problema de uniformar la jurisprudencia de los tribunales ya que, por una parte no hemos tenido sistemas jurídicos regionales que al dejar nuestras leyes a la Corte en libertad para que desconozca su propia doctrina y al no reconocer como causal de Casación —como existe en otros países— la violación a la doctrina jurisprudencial resulta, pues que ni siquiera es propio de la Casación en Latino-América uniformar la jurisprudencia y que nuestros Códigos a pesar de sus enunciados platónicos no estructuran la Casación para satisfacer esa finalidad.

13. La jurisprudencia de Casación en Latino-América le ha dado al recurso un carácter formalista, ritualista, que impide, por un lado, el fin nomofiláctico que tuvo en sus orígenes e incluso el de reparar violaciones a los derechos subjetivos.

Con todo, reconocemos que la Casación no es una TERCERA INSTANCIA DE JURE sino un recurso dentro del proceso, contra la sentencia, concebido en beneficio inmediato de las partes y que puede servir de un modo mediato —al igual que cualquier otro recurso— para controlar en cierta esfera la observación de las leyes. Y en efecto, no se trata de una tercera instancia de jure, ya que falta la característica principal de la instancia, que es, que el superior conozca directa e inmediatamente la relación controvertida, sin tomar en cuenta la sentencia dictada por el inferior. En la Casación, la Corte conoce de la relación material sólo a través de la sentencia. La Corte de Casación se encuentra frente a una sentencia, que termina la segunda instancia, dotada de eficacia jurídica, y que, le impide asomarse directamente en el fondo del negocio. En la tercera instancia, el Superior entra en el fondo del negocio prescindiendo del fallo recurrido. El fallo de tercera instancia decide la controversia y si niega las peticiones de la demanda es dicho fallo el que decide la relación material.

14. En una sociedad moderna con sus producciones en serie, contratos de adhesión, multinacionales, perjuicios colectivos, la Casación, con su carácter eminentemente individualista y con sus conceptuosos escolasticismos, no satisface la alta misión para la que fue constituida en sus orígenes, ni siquiera la que su más modesta estructura actual permite. Se impone su revisión integral.