

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

## **La casación civil en la legislación panameña**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Julio Ernesto Linares Gutiérrez**

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO

LA CASACION CIVIL EN LA LEGISLACION PANAMEÑA

por

JULIO ERNESTO LINARES GUTIERREZ

Trabajo de graduación  
para optar al título  
de Doctor en Derecho.

TRIBUNAL CALIFICADOR:

A. Garcia Valdecasas (Presidente)  
E. Gómez Orbaneja  
J. Guasp Delgado  
A. Hernández Gil (Secretario)  
L. Prieto Castro

CATEDRATICO DIRECTOR:

J. Guasp Delgado

Esta tesis fué leída el 8 de marzo de 1957 y obtuvo la ca  
lificación de sobresaliente.



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

## INTRODUCCION

Siendo la casación un recurso que para ser comprendido a cabalidad, exige de parte de los profesionales del derecho una sólida cultura jurídica, además de cierta experiencia práctica, podría considerarse como una pretensión, algo desmedida por cierto, el hecho de haber escogido esta institución como tema del presente trabajo de graduación. No obstante, si bien desde el primer momento estábamos plenamente conscientes de que la labor impuesta era superior a nuestras capacidades, el deseo de contribuir en la medida de nuestras posibilidades a llenar un hondo vacío existente en nuestra literatura jurídica pesó con mayor fuerza sobre nuestro ánimo.

En Panamá -¡por qué no decirlo!- nuestros juristas tan inclinados al derecho internacional, debido, como es natural, a las múltiples y complejas relaciones existentes entre nuestro país y los Estados Unidos de América, con motivo de la construcción del Canal Interoceánico; y dedicados, por otra parte, principalmente a las cuestiones mercantiles, no le han prestado al derecho procesal la atención que merece. Doloroso es confesar que, pese a que llevamos cincuenta y tres años de haber nos constituido en Estado con personalidad internacional propia, no contamos con ninguna obra que nos dé a conocer los fundamentos o las instituciones del derecho procesal panameño, y en lo que respecta concretamente al recurso de casación lo único que se ha publicado es un artículo del Dr. Erasmo de la Guardia, ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que apareció en un órgano de la prensa diaria y que en 1947 reapareció en forma de folleto.

Si a esta situación de por sí deplorable agregamos que este medio de impugnación extraordinario fué implantado en Panamá por Ley 24 de 1937, es decir, que apenas tiene dos décadas de existencia entre nosotros, no es de extrañar que se haya convertido en un verdadero rompecabezas. De la Guardia que por su condición de magistrado ha podido percibir personalmente el desconocimiento que, con hasta frecuencia, ponen de relieve los abogados que a la Corte, como tribunal de casación, acuden, se expresa en la siguiente forma: "Es raro el caso en que el recurso se presenta debidamente, en cambio resulta alarmante el número de aquéllos negados por deficiencias de forma, a pesar de los muchos que se aceptan a regañadientes, sin duda por un exceso de lenidad." La experiencia, agrega, ha demostrado hasta la saciedad que nuestros abogados "no han tenido por lo común, la voluntad de aprender; y cuando la tuvieron, en vez de empaparse de nuestra ley y estudiar los fallos en que ella se aplica, dedicaban su tiempo a obras relativas a principios teóricos y legislaciones extranjeras" (+)

Huelgan, por lo tanto, argumentos de todo orden para demostrar la necesidad y conveniente de que se haga un estudio sobre la casación en la legislación panameña, y por ello es que nosotros entregamos este primer esfuerzo, que podría servir de base a un trabajo mucho más amplio, a la consideración del distinguido tribunal que ha de calificar esta tesis.

(+) De la Guardia, Erasmo.- La Casación: un recurso incomprendido. Imprenta Nacional. Panamá, 1947. Págs. 3 y 4.

## CAPITULO I

### CONCEPTO.- ANTECEDENTES HISTORICOS.- SU IMPLANTACION EN PANAMA.

#### CONCEPTO.

La voz de casación, que nos viene del verbo latino cassare (quebrantar), en su acepción gramatical quiere decir: acción de casar o anular. Desde épocas remotas, tanto en las leyes como en el foro, se solía usar esta palabra para designar generalmente el acto de invalidar lo que por adolecer de algún vicio de nulidad no podía subsistir, pero a partir de la revolución francesa la doctrina y las legislaciones le han dado un significado concreto, especial y técnico. La casación en la actualidad es la secuela de dos instituciones que se integran recíprocamente: el Tribunal de casación y el recurso de casación.

En este trabajo, sin dejar de presentar algunas consideraciones sobre la primera de ellas, vamos a dedicarle particular atención a la segunda, dado que, por los complejos y variados matices que su estudio presenta, ha llegado a convertirse en un "recurso incomprendido".

La Ley 86 de 1941, que es la que rige en esta materia, se reserva de darnos una definición de tan importante medio de impugnación. Pero después de un examen detenido de sus diferentes artículos podemos aventurarnos a afirmar que la casación en nuestro derecho es el recurso supremo y extraordinario que, con objeto de uniformar la jurisprudencia nacional y enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede contra ciertas resoluciones de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores con infracción de la ley sustantiva o con quebrantamiento de alguna de las formas más esenciales del juicio.

La definición anterior, ya nos está indicando los rasgos característicos del recurso, y, sin perjuicio de ser tratados con mayor amplitud, vamos a adelantar breves conceptos sobre cada uno de ellos, a fin de dar una idea somera de esta apelación limitada, como acostumbra llamarla Carnelutti (1).

Decimos en primer lugar que es un recurso supremo, porque el tribunal a quien corresponde su conocimiento privativo es único en su clase y está colocado en la cima de la jerarquía jurisdiccional; es extraordinario, porque, además de restringir los poderes del mismo, condiciona la actividad de las partes.

En cuanto a sus objetivos nuestro legislador apartándose de la doctrina y del resto de las legislaciones en donde, casi sin excepción, existe unanimidad de criterio en reconocerle como fundamento principal, y quizás único, la defensa del derecho objetivo y el mantenimiento de la uniformidad jurisprudencial, ha optado por equiparar a este fin público el privado de enmendar los agravios inferidos a las partes. Como caso curioso se puede citar el hecho de que

-----

(1) Carnelutti, Francesco.- Estudios de Derecho Procesal. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952. Vol. I, pág. 150.

mientras que Prieto Castro estima que entre los problemas acerca de los cuales es indispensable establecer conclusiones fijas que eviten las oscilaciones de la práctica se encuentra, en primer lugar; si la finalidad de la casación española es la de guardar el derecho objetivo, procurando la unidad de interpretaciones, o si también, y muy principalmente, atiende a la protección del particular mediante una sentencia que además de justa sea legal (2); entre nosotros lo que se debe precisar ya que no es si la protección del particular es uno de los fines del recurso, sino hasta que punto se ha lesionado la esencia misma del instituto colocando en el mismo nivel del público este objetivo no previsto en sus primeros orígenes.

Siguiendo con el examen de la definición dada observamos que no todas las resoluciones son susceptibles de casación. A este respecto existen dos limitaciones importantes que reafirman el carácter extraordinario de la misma. La primera exige que el fallo haya sido dictado en apelación por un Tribunal Superior, aunque hay un caso que viene a constituir una excepción; cuando el recurso tiene lugar contra las sentencias proferidas por árbitros en negocios cuya competencia esté atribuida a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. La segunda limitación consiste en que, aún dentro de las resoluciones anteriores, sólo se permite contra ciertas sentencias y determinados autos que, por razón de la naturaleza de los negocios en que han sido dictados, puedan causar perjuicios irreparables o graves a las partes.

Finalmente, se advierten las dos especies fundamentales de recurso que consagra nuestro derecho, según los errores cometidos por el juzgador infrinjan la ley sustantiva (casación en el fondo), o quebranten alguna de las formas esenciales del juicio (casación en la forma).

#### ANTECEDENTES HISTORICOS.

Gustosos hubiéramos prescindido de estos antecedentes históricos por dos consideraciones que estimamos de suficiente peso. La primera es que habiendo Calamandrei agotado completamente la materia al tratarla y desarrollarla prolijamente en su valiosa e insuperable obra: 'La Casación Civil'; poco o nada queda por agregar, por lo que consideramos más provechoso dedicar todo nuestro tiempo al estudio de la dogmática panameña que, como se ha dicho, carece de literatura y espera ansiosa un primer esfuerzo. La segunda consideración, no menos poderosa, es que, no en pocos casos, ante la imposibilidad de acudir a las mismas fuentes, esos flamantes antecedentes que con frecuencia aparecen en las obras jurídicas en vez de ser el fruto de una ardua y verdadera investigación, no son más que simples recopilaciones de datos y fechas sacados de uno u otro texto, con lo que cree el autor haber hecho una valiosa aportación a las ciencias histórico-jurídicas. Ya Guasp ha reaccionado en España "contra el excesivo historicismo de los dogmáticos, que abandonan el campo de problemas actuales confiados a su custodia para correr tras una investigación de tipo histórico para las que, en la mayor parte de las veces, carecen de preparación adecuada." (3)

(2) Prieto Castro, L.- Los hechos en casación. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944. Pág. 7.

(3) Guasp, Jaime.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Segunda edición. M. Aguilar, Editor, Madrid, 1948. Tomo I, pág. XV.

totalmente la historia, puesto que ella nos da una noción más amplia de las instituciones que nos rigen, tratándose en particular de la casación en la legislación panameña, por lo menos una reseña se hace indispensable si se quiere poner de relieve el error en que incurrió el redactor de la 'Exposición de Motivos' que acompañó al primer proyecto sobre casación, y que más tarde llegó a ser la Ley 24 de 1937, al declarar: "Dados los orígenes de este recurso y su razón de ser, sería aventurado afirmar que su objeto principal, quizás el único, sea el establecer una jurisprudencia uniforme y, como secundario, el de corregir los agravios inferidos a los intereses de las partes en los juicios."

Vamos, por lo tanto, a exponer unos comentarios acerca de los antecedentes históricos, aunque la honradez intelectual nos obliga a confesar que en esta exposición hemos seguido de la mano a los autores más autorizados.

### Sus Primeros Orígenes.

El recurso de casación, producto del remanente histórico recogido por los prohombres de la revolución francesa y de los pensamientos doctrinales y políticos expuestos, entre otros, por Rousseau y Montesquieu, a pesar de ser una institución relativamente moderna se ha convertido en la "verdadera piedra de toque del procesalista".

Una mirada retrospectiva a través de la historia revela que este recurso extraordinario surge por primera vez en Francia cuando las leyes de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 1790, expedidas por la Asamblea Constituyente, lo crearon junto con el tribunal que lleva su nombre, que era un órgano político destinado a velar por la separación de los poderes. Su precedente directo o próximo se encuentra en la Ordonanza de 1667 proferida por Luis XIV, y el remoto en el Consejo del Rey o Conseil des Parties del ancien regime, que había sido instituido por la Monarquía francesa para luchar contra los Parlamentos.

No son pocos los autores que, llevados quizá por el deseo de querer buscar raíces históricas lejanas a todas las instituciones jurídicas, creen descubrir la génesis del recurso en el Derecho romano sin tomar en consideración que los medios de impugnación contra las sentencias que aquel inveterado derecho ponía en manos de los litigantes difieren sustancialmente de la casación como está concebida en la actualidad.

Tanto la infinitatio iudicati y la revocatio in duplum como la intercessio y la restitutio in integrum, que era la demostración más amplia del poder del magistrado en la protección jurídica, venían a ser medios excepcionales que, sin ser de impugnación propiamente tales, el derecho clásico concedía a las partes y producían la invalidez del fallo sin necesidad de una declaración judicial previa. En todos ellos el magistrado examinaba el proceso en su totalidad, principalmente las cuestiones de fondo, y, más que la observancia de la ley, el interés particular era el que estaba en juego. Ni la appelatio con sus propósitos renovadores presenta características típicas que puedan dar pie a que se le considere como precedente de la casación. Y en cuanto a la supplicatio de la Epoca imperial el criterio más difundido entre los autores es el de equipararla a la revisión (4).

(4) Para de la Plaza, esto se debe "no sólo porque su efecto más digno de mérito era la retractatio, esto es, la posibilidad de que el mismo Tribunal volviese a conocer del asunto, sino porque lo que originalmente fue un medio de impetrar, por gracia, la intervención decisiva del emperador, se convirtió, andando el tiempo, en un verdadero remedio que ante el propio Prefecto se suscitaba y se desenvolvía." Ver de la Plaza, Manuel.-La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944. Pág. 50.

Según el Diccionario de Derecho Privado solamente la sacra auditoria principis del Bajo Imperio podría reputarse como precedente del Tribunal de casación, en cuanto órgano supremo, pero de ninguna manera como origen del recurso (5).

Chiovenda, no obstante reconocer que el instituto en estudio en su forma o en sus características particulares derivaba directamente de la casación francesa y, como ésta, del Consejo de Estado del Rey de Francia, cree encontrar en la querella nullitatis (6), creación del Derecho común italiano de la Edad media y que, sin duda alguna, presenta grandes analogías, su origen más remoto. Para este autor en la querella -que consistía en un remedio extremo que permitía la anulación de las sentencias que no podían impugnarse por otros medios-, se daban los mismos motivos que vuelven a encontrarse en el recurso de casación, a saber: nulidad por defecto de presupuestos procesales o por defecto de forma en la demanda, en el proceso o en la sentencia; nulidad ultra o extra petita, por falta de pronunciamiento, por contradicción u oscuridad, por imposibilidad de la prestación, por contradicción de sentencias y, en fin, nulidad por ser la sentencia contra jus, contra constitutiones; con cuyo último fundamento, agrega, la querella servía para asegurar "la exacta observancia de la ley" por parte del juzgador y para impedirle realizar labor de legislador; por todo lo cual considera que "la querella en todo tiempo tuvo en sí un elemento político, asociando la defensa del particular (jus litigatoris) a la del interés general (jus constitutionis)." (7)

Contra la opinión anterior se levantan otros autores, como Prieto Castro (8), que sostiene que la querella nullitatis no es un precedente directo de la casación, y al referirse a este punto de la Plaza, deduce dos consideraciones que estima importantísima para profundizar en la naturaleza del recurso de casación, a saber: que la posibilidad de su ejercicio ya estaba ligada, desde tan lejana fecha, a la imposibilidad de impugnar la resolución por otros medios; y que en el último de los supuestos, esto es, cuando la sentencia se hubiere dictado contra jus o contra constitutiones, el recurso se establecía, más que en atención de los intereses de las partes, en salvaguarda de la observancia de la ley; con lo que ya se echaban las bases de

- 
- (5) Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor, S.A., Madrid. Tomo I, pág. 815.
- (6) La querella nullitatis "en sentir de Skeld, fué un instituto nacido de una fusión de ideas que predominaron en el Derecho romano y germánico: frente a esta afirmación, algunos escritores sostienen que fué de origen puramente canónico (Bayer, Renaud) o -como Pertile- que apareció por extensión de las reglas que en el Derecho canónico se habían establecido en relación con la nulidad de matrimonio." Ver de la Plaza, op. cit., pág. 55.
- (7) Chiovenda, José.- Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción de la tercera edición italiana de José Casais y Santaló. Instituto Editorial Reus, Madrid. Tomo II, págs. 594 y 595.
- (8) Prieto Castro, Leonardo.- Derecho Procesal Civil. Librería General, Zaragoza, 1954. Tomo II, pág. 365.

la distinción, tan interesante, entre el llamado jus litigatoris (defensa del particular) y el denominado jus constitutionis (defensa del interés común). "Más, como puede observarse -agrega-, si alguna de las ideas a que la casación responde estaban latentes en ciertos institutos del Derecho romano y de la Alta y Baja Edad Media, su concepción, como un medio de impugnación con fisonomía propia, nace en tiempos mucho más próximos a nosotros." (9)

### Antiguo Derecho Francés.

Por el año 1000 el poder alcanzado por los señores feudales sobre sus respectivos territorios debilitó en tal grado a la Monarquía francesa que los soberanos que se sucedieron en el trono, queriendo consolidar y extender su supremacía política en todo el país, consideraron necesario recobrar el ejercicio de la jurisdicción, a la sazón en manos de las cortes feudales. Y después de un largo y lento proceso que duró siglos, el Rey, que paulatinamente iba haciendo sentir su poder real, llegó a convertirse en juez supremo ante quien se podía recurrir en última instancia.

Más al aumentar considerablemente el número de negocios y ante la imposibilidad de que el Monarca pudiese dedicarles el tiempo que éstos requerían, el Consejo que lo asistía fué adquiriendo gran importancia, y, con el correr de los años, llegó a ser un órgano autónomo con atribuciones de Tribunal Supremo (Parlament). Con posterioridad otros parlamentos con funciones análogas fueron surgiendo en las distintas ciudades del reino.

Pero los parlamentos, principalmente el de París, no sólo se concretaron a administrar justicia en nombre del Rey, sino que, invocando su origen real, se arrogaron atribuciones de naturaleza completamente distinta y que rayaban con la potestad legislativa. Para poner coto a ese poder omnímodo que entrañaba un peligro para la Monarquía se establecieron los llamados Etablissemets de Saint Louis, que eran unos recursos supremos que concedían a las partes el derecho de suplicar al Rey la revisión de las sentencias proferidas por los parlamentos y por los tribunales feudales, a fin de que reparara los perjuicios ocasionados al litigante injustamente condenado.

En un principio, los Etablissemets no se podían considerar como verdadero derecho sino más bien como una gracia, ya que el Rey podía concederlo o negarlo a voluntad. Dice Antonio José de Uribe que en el año de 1302, por medio de la ordenanza de 23 de marzo dictada por Felipe el Hermoso, "se formalizó el derecho de revisión que en adelante ejercitó el monarca por medio de un Consejo de legistas llamado Consejo del Rey, el cual funcionaba como jurisdicción permanente" (10). Sin embargo, conviene anotar que el error de hecho y no de derecho, como sucede en la casación, era el que abría las puertas para la impugnación del fallo.

En el año de 1331, debido a los múltiples abusos a que dió lugar esta revisión ante el Consejo del Rey (Conseil des Parties), Felipe de Valois profirió un edicto en virtud del cual, la parte que hubiere recurrido sin éxito debía pagar a la contraparte una multa y los perjuicios causados con su temeridad, se-

(9) De la Plaza, Manuel.- Derecho Procesal Civil Español. Tercera edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Vol. II, segunda parte, págs. 795 y 796.

(10) Uribe, Antonio José.- Ver introducción a la obra "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia. Edición del año 1900.

gún unos; y, según otros lo que estableció el edicto fué una "amende" o afianzamiento que debía hacer el recurrente para garantizar a los terceros la indemnización de los perjuicios ocasionados, en caso de que el recurso fuera temerario. Tres años después, en 1334, otra ordenanza estableció que las tachas que se le imputaban al fallo debía formularse "con expresión clara y neta de los motivos en que se fundaban; que no se concedían LETRAS DE GRACIA contra las sentencias interlocutorias, y que en Consejo no entraría a considerar sino aquellas proposiciones que, examinadas previamente por una comisión del Consejo de Estado (maitres de requêtes), fuesen calificadas como que revestían probabilidades de buen éxito" (11); por lo que Crépon cree que es fácil "percibir en esta práctica, el germen, no sólo de la "demanda de casación", que es uno de los elementos esenciales del recurso, sino también de un primer examen de la querrela que se traducía, en su origen, por una autorización o rechazo para "proponer el error", y que, más tarde, se traducirá por la "admisión" o rechazo del recurso." (12)

¡El Gran Rey! como llamaban los franceses a Luis XIV, dueño y señor de los destinos de Francia y que al tener en sus manos los tres poderes podía decir desde su trono: "El Estado soy yo"; proclamó en 1661 la suprema autoridad del Consejo "que Su Majestad tenía establecido para vigilar todas las demás jurisdicciones"; y en la ordenanza que profirió en 1667 consignó en su artículo 8º, Título I, lo siguiente: "Declaramos toda sentencia o juicio que sea dictado en contra de lo dispuesto en nuestras ordenanzas, edictos y declaraciones, nulos y de ningún efecto y valor, y los jueces que lo hayan dictado, responsables de los daños y perjuicios de las partes, en la forma que será dicho por nosotros."

La importancia del artículo transcrito estriba en que, por un lado, el error de hecho fué sustituido por el error de derecho, es decir, el Consejo ya no estudiaba el fondo del negocio, sino que su actividad se circunscribía a examinar si el derecho se había aplicado debidamente; y, por el otro, al reducir los límites de la revisión se estableció implícitamente, como hace notar de la Plaza, el fundamento de la casación.

El recurso ante el Consejo fué reglamentado posteriormente por numerosas ordenanzas, entre las cuales merece especial mención la del 28 de junio de 1783, obra del Canciller D'Aguesseau, y que, en sentir de Pérez Vives, es, propiamente hablando, el Código de procedimiento del recurso de casación. La necesidad de instituir un tribunal que velara, ya no por el interés de los particulares, sino por la genuina inteligencia de la ley, la advertía Maupeau cuando exponía en una Memoria que dirigió a Luis XVI: "En la cima del poder judicial, debe existir un Tribunal cuyas luces hagan ver a los demás el respeto de que la Ley es digna, y les impida que se separen de ella; que desarrolle su espíritu y sus motivos, que en la movilidad de los usos y costumbres, indique los cambios que debe experimentar la legislación, de suerte que su conjunto y su armonía asegure la veneración del pueblo y garantice su duración." (13)

(11) Uribe, op. cit.

(12) Crépon, O.- Du pourvoi en cassation. Tomo I, pág. 6. París, 1892; citado por Alvaro Pérez Vives.- Recurso de Casación en materias civil, penal y del trabajo. Segunda edición. Librería Americana, Ediciones Lex. Bogotá, 1946, pág. 12.

(13) Maupeau, citado por de la Plaza, La casación....., op. cit., pags. 63 y 64.

## Derecho Francés a partir de la Revolución.

Mientras acontecía aquel movimiento revolucionario que, al dar al traste con la monarquía francesa, llevó a la guillotina a Luis XVI y a María Antonieta, la Asamblea Constituyente de 1789 conservó, con ciertas restricciones, el Conseil des Parties del ancien regime y sólo introdujo las reformas necesarias para conciliar dicha corporación con los principios políticos y doctrinales proclamados en ese entonces.

Pero los miembros de dicha Asamblea influidos por el dogma tan en boga de la separación de los poderes y temiendo posibles acometidas del Organismo Judicial contra el Legislativo, estimaron indispensable la creación de un organismo que, velando por la recta observancia de la ley, impidiera que ésta pudiera ser violada por los tribunales. Por esta razón, el Tribunal de casación fué concebido como un órgano político destinado a garantizar la separación de los poderes legislativo y judicial, pues, según los reformadores, cuando un juez violaba o interpretaba una ley invadía el campo perteneciente al legislativo.

Para dar una idea de los debates a que dió lugar la institución del Tribunal de casación, basta copiar los siguientes párrafos de Faye: "La creación del Tribunal de Casación levantó vivas discusiones. Reconociendo su necesidad, preocupaba la autoridad que se iba a dar a una jurisdicción que escaparía a toda sujeción. El poder de interpretar la ley no debe pertenecer al legislador que la ha dictado? Tal pareció ser la idea principal de Robespierre, quien propuso que se colocara este tribunal en el seno mismo del Cuerpo legislativo (14). Esto hubiera sido perpetuar la confusión de los poderes, y la facultad de examinar y revisar las sentencias no se habrían quitado al Jefe del Estado sino para dársela al legislador.

"La proposición fué retirada. Pero la lucha se empeñó sobre la cuestión de saber si habría un cuerpo único con asiento permanente en un mismo lugar, o si la revisión de los procesos se confiarían a jueces ambulantes, con asientos en diversos puntos del territorio. Merlin demostró que crear secciones era tener otros tantos tribunales de casación, investidos todos del mismo poder, y exponerse con ello a comprometer la unidad de jurisprudencia que era la razón de ser de la institución. Tronchet, no obstante estar conforme con esta idea, admitía la posibilidad de secciones múltiples encargadas de instruir los asuntos, los cuales se someterían después, para ser sentenciados, a una cámara única. Quería de este modo satisfacer la objeción fundada en que la justicia no debe estar muy alejada de los ajusticiables.

"Pero esta objeción, sería cuando se trata de estatuir sobre los procesos, carecía de valor respecto de una vía de recurso extraordinario que no se autorizaría sino en casos excepcionales y ante jueces que, únicamente preocupados del interés de la ley, debían mantenerse fuera de toda cuestión de hecho. Esto lo formuló Clermont-Tonnerre, diciendo que el fin que se perseguía era, ante todo, "la constancia en la doctrina, el profundo conocimiento de la ley, el alejamiento perfecto de los intereses de los litigantes... Esta uniformidad, tan difícil de hallar en los hombres, necesita que se reúnan todas las circunstancias: unos mismos lugares, unos mismos hombres, unas mismas fuentes, comparación de las sentencias que se van a dictar con las ya citadas." (15)

---

(14) La tesis de Thoret, que no prevaleció, era la de confiarle la casación al Poder ejecutivo.

(15) Faye, citado por Pérez Vives, op. cit., págs. 13 y 14.

Finalmente, la Asamblea Constituyente aprobó las leyes de 27 de noviembre y de 1 de diciembre de 1790 por medio de las cuales se creaba el Tribunal de casación, que no era, vale la pena repetir, un organismo jurisdiccional sino político que ocupaba un lugar intermedio entre el poder legislativo y judicial. El impulso para la obtención del recurso debía ser oficial, y siendo su objetivo principal y único la anulación de las sentencias proferidas en contravention expresse au texte de la loi, no le estaba permitido al tribunal entrar a conocer el fondo del negocio ni dictar el fallo que debería reemplazar al anulado.

El interés de las partes estaba al margen de cualquier consideración, pero poco tiempo después se les concedió el derecho a interponer el recurso, lo que no quiere decir, como afirma Prieto Castro, que los autores de la institución visen en ellas otra cosa que simples instrumentos de la función política asignada a la misma (16). Esta concesión hecha a las partes fué, sin embargo, de gran trascendencia para el instituto, porque a partir de ese momento comenzó la transformación del tribunal en órgano jurisdiccional y cuando llegó a ocupar la privilegiada posición de Tribunal Supremo, su objetivo originario de velar por la recta observancia de la ley o de nomofilaquia, según expresión de Calamandrei, se fué replegando para darle paso a aquél que tendía a la unificación de la jurisprudencia, que luego predominó (17).

De lo dicho se infiere que el instituto en estudio, que debió su creación a designios políticos, tuvo por finalidad dos objetivos públicos que no aparecieron simultáneamente, lo que demuestra, por lo pronto, el error en que incurrió el redactor de la 'Exposición de Motivos' al expresar que dados los orígenes de la casación y su razón de ser, sería aventurado afirmar que su objetivo principal, quizás el único, fué el de establecer una jurisprudencia

(16) Prieto Castro, Derecho...., op. cit., t. II, pág. 366.

(17) Al referirse a este cambio expresa Prieto Castro que "mientras que en los comienzos, como ya se ha indicado, la función de la Casación era absolutamente negativa, pues no sólo no podía dictar una sentencia nueva en lugar de la anulada, sino que ni siquiera era lícito que el Tribunal de Cassation razonase su criterio al casar una resolución, con lo que hubiera proporcionado una orientación al nuevo Tribunal al que se devolvía la causa para nuevo conocimiento, ahora queda establecida la necesidad de motivar la resolución casatoria, influyendo prácticamente (ya que no obligatoriamente) el criterio jurídico del Tribunal de Casación, por su superioridad doctrinal y jerárquica, lo mismo para el nuevo fallo del negocio concreto que había originado el recurso, como sobre los casos análogos. Este influjo práctico de la jurisprudencia del Tribunal de Cassation sobre los Tribunales inferiores, vino a ser aprobado al ordenarse la publicación de sus resoluciones en el Bulletin Officiel. No obstante, ninguna Ley sancionaba la prevalencia del criterio del Tribunal de Casación, medida definitiva en el camino para lograr el segundo de los fines del recurso, es decir, la unificación de la jurisprudencia. Este resultado comienza a lograrse con la Ley de 1º de abril de 1837, a la que precedieron diversos tanteos." Ver Derecho...., op. cit., t. II, págs. 366 y 367.

uniforme y, como secundario, el de corregir los agravios inferidos a los intereses de las partes en los juicios.

Para terminar con el tema referente a los antecedentes históricos copiamos los siguientes comentarios de Calamandrei, ya que no hemos podido resistir a la tentación de transcribirlos: "El Tribunal de Casación -dice- no puede considerarse un producto puramente doctrinal; si exteriormente el mismo lleva, de una manera evidente, las huellas de aquellos postulados abstractos, en los cuales se inspiró toda la constitución revolucionaria, su núcleo central es un vestigio histórico procedente del ancien régime; y aún más que el núcleo central, tiene origen histórico en el Tribunal de Casación, lo que podría llamarse su armazón elemental, su esqueleto simple y desnudo, que la Revolución supo utilizar para sus fines, escondiéndolo bajo una envoltura de nuevos principios y de nuevos significados. Si en cuanto a la mayor parte de la constitución política, la Asamblea francesa echó por tierra las viejas instituciones para reedificar ex novo desde sus cimientos, por lo que se refiere al Tribunal de Casación la Asamblea construyó sobre lo ya existente de antiguo; y aún cuando en la sesión de 24 de marzo de 1790 la Asamblea, con el énfasis acostumbrado, afirmarse que quería construir también el ordenamiento judicial sobre bases enteramente nuevas, lo cierto es que el nacimiento del Tribunal de Casación no podría interpretarse en su verdadero significado, si, entre los varios elementos que cooperaron al mismo, se olvidase el factor histórico en beneficio exclusivo del factor doctrinal; quiero decir que es necesario entender, con absoluta claridad, que la actual Corte de Casación no habría nacido nunca de las teorías de los filósofos revolucionarios, si la edad anterior no hubiese ofrecido a la nueva creación el ejemplo, aunque fuera imperfecto y primario, de un instituto positivo, y no hubiese transmitido a la doctrina, que únicamente de los cánones abstractos deducía los remedios, la experiencia práctica de los males a remediar.

"Realmente sería un modo de ver demasiado simplista el de quien considerase al Tribunal de Casación como un genial hallazgo de las calenturientas mentes revolucionarias; por el contrario, una rápida reseña de los elementos que contribuyeron al nacimiento del instituto, nos mostrará que su génesis no se maduró enteramente en las abstractas concepciones de los iuspublicitas, sino que fué preparada en una parte muy notable por las instituciones políticas vigentes en Francia en el último siglo del ancien régime." (18)

#### SU IMPLANTACION EN PANAMA.

Habiendo unido voluntariamente el Istmo de Panamá sus destinos a los de la Gran Colombia, después de nuestra emancipación de España, el recurso de casación comenzó a tener vigencia legal entre nosotros cuando la Constitución de 1886 (19) y la le-

(18) Calamandrei, Piero.- La Casación Civil. Traducción de Santiago sentís Melado. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945. Tomo I, Vol. 2, pág. 16.

(19) En desarrollo del art. 151 de la citada Constitución que le asignaba a la Corte Suprema de Justicia la facultad de actuar como Tribunal de casación, se expidieron, hasta nuestra secesión, las siguientes leyes: Ley 61 de 1886, arts. 36 a 52; Ley 153 de 1887, art. 239; Ley 135 de 1888, art. 19; Ley 105 de 1890, arts. 338 y 366 a 395; Ley 100 de 1892, arts. 49 y 65 a 67; Ley 169 de 1896, arts. 1 a 4.

gislación del mismo año lo instituyeron en dicho país. Sin embargo, debido a la distancia y a las muchas dificultades que presentaban las vías de comunicación entre el Istmo y Bogotá, la mayoría de los abogados panameños no pudieron hacer uso del mismo, razón por la cual no se le dió al recurso la importancia y trascendencia que por sus objetivos merecía.

Al devenir nuestra secesión el 3 de noviembre de 1903, por Ley N. 37 de 4 de mayo de 1904 (sobre adopción de Código y reforma de una disposición del Código Civil), la Convención Nacional de Panamá dispuso que continuarían en vigor en la República los códigos -excepto el de elecciones- y leyes colombianas que regían en el extinguido Departamento de Panamá el día 2 de noviembre de 1903, con las reformas o alteraciones que exigieran su adaptación a la nomenclatura nacional y en cuanto no se opusieran a los Decretos legislativos expedidos por la Junta Provisional de Gobierno, a la Constitución y a las Leyes de la República. La misma ley autorizó al Presidente de la República para que nombrara una comisión permanente compuesta de tres ciudadanos competentes e idóneos que se encargaran de la redacción de los códigos; y ordenó al Ejecutivo presentar los susodichos proyectos ocho días después de reunida la Asamblea Nacional Legislativa siguiente.

A pesar de que las normas procedimentales colombianas que nos venían rigiendo continuaron en vigor, al no existir un órgano jurisdiccional capaz de cumplir con la función de uniformar la jurisprudencia, el recurso de casación quedó al margen de nuestro derecho patrio.

Debido a que de los seis códigos cuya redacción encomendó el Órgano Ejecutivo a la Comisión Codificadora (20) ésta solamente presentó el Proyecto de Código civil, preparado por el Dr. Facundo Mutis Durán, y el de administrativo, redactado por el Dr. Julio J. Fábrega, ninguno de los cuales había llegado a ser ley de la República; y considerando el Ejecutivo que la codificación nacional era obra de imperiosa necesidad, por cuanto sería un gran beneficio para los habitantes de la República presentarles en forma ordenada, clara y accesible a todas las inteligencias las leyes permanentes que debían observar, expidió el Decreto N. 127 de 26 de septiembre de 1913 creando una nueva Comisión Codificadora compuesta de siete miembros nombrados por el Presidente de la República, que tendría a su cargo la redacción de los proyectos de Código civil, penal, judicial, administrativo, fiscal y de minas.

El referido Decreto facultó a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia para revisar los trabajos de codificación y para proponer las enmiendas que juzgaran convenientes. En el caso de que los codificadores no estuviesen de acuerdo con las observaciones hechas o con las enmiendas propuestas por la Corte, el Presidente de la Comisión lo avisaría al Presidente de la República, quien convocaría, entonces, a unos y otros a una reunión plena, con objeto de discutir el asunto y de procurar la adopción de una fórmula aceptable y correcta.

Por medio del Decreto N. 141 de 1913 fueron nombrados codificadores los doctores Carlos A. Mendoza, Santiago de la Guardia, Ricardo J. Alfaro, Luis Anderson, Julio J. Fábrega, Angel Ugarte y Oscar Terán. El 12 de diciembre del mismo año se nombró al Dr. Harmodio Arias en remplazo del Dr. Terán.

Al terminar su labor la Comisión Codificadora, el proyecto de Código judicial, que no contemplaba en su articulado el

(20) Integraban la Comisión Codificadora los doctores Facundo Mutis Durán, Julio J. Fábrega y Juan A. Henríquez.

instituto objeto de este estudio, junto con los otros cinco citados, pasaron para su consideración a la Asamblea Nacional, quien por Ley N° 2 de 22 de agosto de 1916 los aprobó con ciertas modificaciones introducidas por una Comisión Ad-hoc, y se ordenó que comenzarían a regir desde el 1 de Julio de 1917; quedando, en consecuencia, proscrito de nuestro sistema procesal el recurso de casación.

Encontrándonos en el año de 1934 la Corte Suprema de Justicia, a iniciativa del Magistrado Don Darío Vallarino, sometió a la consideración de la Asamblea Nacional dos proyectos de leyes: uno sobre organización judicial y el otro sobre los recursos de casación y revisión, por considerar de imprescindible necesidad para la buena marcha de la administración de justicia que se legislara sobre esas materias. En el segundo proyecto la parte que se refiere al recurso de casación, que es la que nos interesa, no era una obra original sino un trabajo de adaptación en cuya preparación se tomó en cuenta las disposiciones que sobre la misma materia regían en países que, por razones de raza, de tradición, de educación y temperamento, tienen mayor similitud con el nuestro, tales como Colombia, Costa Rica y Chile en América, y España en Europa.

Pero los esfuerzos de la Corte, y principalmente los del Magistrado Vallarino, se estrellaron contra la inercia de nuestro cuerpo legislativo, ya que mientras el primer proyecto logró ser aprobado apenas en segundo debate, el segundo no fué discutido siquiera.

Apenas habían transcurrido dos años cuando nuestro más alto tribunal de justicia considerando que subsistían con mayor urgencia las causas que hacían conveniente y necesario que la Asamblea Nacional tomara las medidas conducentes para mejorar la administración de justicia, expidió el Acuerdo N° 23 de 29 de septiembre de 1936 por medio del cual aprobó y adoptó por unanimidad los referidos proyectos, que habían sido sometidos nuevamente a su consideración por el Dr. Vallarino, y se comisionó igualmente a dicho magistrado para la presentación de los mismos y para que interviniera en los debates de ellos.

"El recurso de casación -decía entre otras consideraciones la 'Exposición de Motivos' que los acompañaba- que es, sin duda, alguna de las más importantes de los dos que trata el proyecto, constituye una novedad entre nosotros, no obstante que en todas las naciones civilizadas está considerado como un elemento necesario para la buena y plena administración de justicia..... Sin él no se explica la existencia de una Corte Suprema, porque carece de la función que le es más esencial en el concepto moderno del derecho procesal. Es preciso reconocer, como lo afirmó en otra ocasión uno de los miembros de la Corte, que cuando el Istmo se separó de Colombia para constituirse en Estado con personalidad internacional propia, la Corte Suprema se quedó en Bogotá."

En cuanto al objeto del recurso en el proyecto se optó por equiparar al fin público de uniformar la jurisprudencia el privado de enmendar los agravios inferidos a las partes, porque, en sentir del redactor del mismo, el interés social que gobierna su establecimiento se cumple en ambas formas; y tal vez en la última en condiciones de recibir beneficios más inmediatos, que lo hacen por lo mismo más evidente para el común de las personas.

El 26 de enero de 1937, después de sufrir los debates correspondientes, la Asamblea aprobó el proyecto sobre casación y revisión, y al día siguiente el Ejecutivo lo sancionó y lo mandó a promulgar, pasando a ser, finalmente, la Ley N° 24 del mismo año.

De todo lo expuesto se deduce con facilidad que la casación entre nosotros no ha sido el resultado de una larga y continua

da evolución, sino que se debe a la voluntad inquebrantable de un magistrado -y permítaseme abrir un paréntesis para ofrendar un tributo de admiración y respeto a su memoria-, que dándose cuenta de la importancia del recurso perseveró hasta verlo convertido en institución de nuestro derecho patrio.

Siguiendo nuestra resaca histórica sólo nos queda decir que la Ley 86 de 1941, que es la que actualmente rige, subrogó en su totalidad a la de 1937; subrogación que tuvo por objeto facilitar su ejercicio, ya que la mayoría de los recursos presentados, al desatender con frecuencia su rigor formal, hubieron de ser rechazados.

Sobre la ineficacia de la medida anterior huelgan explicaciones ya que el Dr. Erasmo de la Guardia, ex Magistrado de la Corte, expone en un pequeño trabajo lo siguiente: "Consciente en un principio nuestra máxima corporación judicial de la novedad del mismo y las consiguientes dificultades que acarrearía, adoptó una política ampliamente liberal. Tiempo después, considerando que había dado suficiente margen para su asimilación, encaminóse por la vía de la rigidez. En vista de los resultados desconsoladores se interesó en la reforma de la ley vigente, con miras a hacerla más clara y explícita. Sancionada la nueva que rige actualmente los tropiezos continuaron; entonces llegó a dictar un fallo de carácter puramente didáctico, ilustrado con un ejemplo concreto y prolijas explicaciones."

Y agrega más adelante: "Pues bien; han cambiado acaso las cosas? Apenas. Todavía se topa a cada paso el recurso desaliñado, confuso o quizás frondoso, pero al fin inepto; todavía es patente el reducido interés por compenetrarse de sus elementos y presentarlos en debida forma. La diferencia capital estriba en que desde su reciente reintegración, la Corte Suprema ha optado definitivamente por aquella línea de conducta que con tanto énfasis se recomendó entonces y que es de desear no abandonarse bajo ninguna circunstancia." (21)

Es obvio, que los resultados tenían que ser negativos, por cuanto que la solución adoptada no era precisamente la más conveniente. Si un número plural de abogados, por desidia o por cualquier otra circunstancia, en vez de preocuparse por aprender y asimilar la nueva institución, hasta donde humanamente es posible, adoptan la cómoda postura de considerarla una tercera instancia no hay por que subrogar, como remedio, la ley, se pretexto de buscar mayor claridad. Lo lógico y acertado hubiera sido exigir de los profesionales del derecho condiciones especiales para interponerlo. Esta es la práctica seguida con éxito en varios países: así, por ejemplo, en Italia para poder actuar ante la Corte de casación se requiere cinco años de ejercicio de la profesión de abogado, del oficio de juez o de ministerio público, o ser profesor de derecho en algunas de sus universidades.

Aparte de la claridad que la nueva excerta legal imprimió al recurso, pocas son, en verdad, las innovaciones introducidas. Entre ellas se pueden considerar como de mayor importancia las siguientes:

1.- Se circunscribe el procedimiento de casación al articulado de la Ley 86 de 1941;

2.- Se aumenta el número de autos contra los cuales se puede interponer;

3.- Se establece un término de 3 días y otro de 15 para anunciar y formalizar, respectivamente, el recurso; derogándose

(21) De la Guardia, Erasmo.- La Casación; un recurso incomprendido. Imprenta Nacional, 1947, Panamá. Págs. 3 y 4.

así el plazo único de diez días;

4.- Se establecen indemnizaciones, a título de sanción, además de las costas;

5.- Se extiende el plazo de fijación en lista de cinco a ocho días, dentro del cual pueden las partes alegar;

6.- Se deroga la disposición que ordenaba dar traslado del expediente al recurrente para que alegara nuevas causales;

7.- Se deroga igualmente el artículo que disponía entregar el proceso por quince días a cada una de las partes para que presentaran sus alegatos;

8.- Se estatuye que la audiencia ha de celebrarse después de admitido el recurso; y

9.- Se derogan, finalmente, los artículos referentes al recurso especial de casación contra los conflictos entre la Constitución y las leyes. (22)

---

(22) No mencionamos las reformas introducidas al recurso de casación en materia penal, contemplado en la misma ley, por no ser objeto del presente estudio.

## CAPITULO II

### FINES DE LA CASACION.- NATURAL- LEZA JURIDICA.- CARACTERES.

#### FINES DE LA CASACION.

Los fines de la casación, de singular importancia para todos los que deseen conocer a cabalidad el instituto, ocupa un lugar preferente en su estudio, ya que este recurso, al igual que el proceso, sólo se explica por su fin. Así como afirma Couture que el proceso por el proceso no existe, permítasenos decir igualmente que la casación por la casación no puede existir. Esta ha de tener una razón de ser, ha de obedecer a un objetivo, a un fin que es preciso determinar.

Pero a diferencia de lo que ocurre en el proceso donde no son pocos los autores que están conformes en reconocerle un fin privado y público, es decir, que tanto el uno como el otro se encuentran en el mismo plano, en la casación no hemos encontrado ningún tratadista que coloque el fin privado -si es que lo admite- en el mismo nivel del público (23). En efecto, para Calamandrei responde a dos intereses públicos; el interés en la observancia de la ley y el interés en la unificación de la jurisprudencia; que si, en casos excepcionales, puede manifestarse como distintos u ofrecerse separados, por lo general se coordina y coinciden (24). De la Plaza, refiriéndose a los mismos propósitos, expresa: "En la fusión de estos dos designios fundamentales que, en cierto modo, son facetas o aspectos diversos de un mismo problema, ha de verse la razón única a que el recurso de casación obedece, el fundamento de su creación y los motivos que justifican su subsistencia y mantenimiento." (25) Los autores citados, como es fácil advertir, no dan cabida en los objetivos del recurso a intereses particulares,

Por su parte Manresa y Navarro ve en este recurso extraordinario un remedio de interés general y de orden público que tiene por objeto "contener a todos los Tribunales y Jueces en la estricta observación de la ley, e impedir toda falsa aplicación de ésta, y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducida, más bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes." (26) De igual criterio participa Vicente y Caravantes cuando dice: "El objeto de la casación no es tanto, principalmente, enmen-

---

(23) No obstante, hay autores (Carnelutti, Aguilar Almeida, etc.) que ven en la casación la posibilidad y la conveniencia de admitir una nueva instancia.

(24) Calamandrei, op. cit., t. II, pág. 108.

(25) De la Plaza, La casación....., op. cit., pág. 24.

(26) Manresa y Navarro, José María.- Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada.- Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1858. Tomo IV, pág. 368.

dar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutorias, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto al atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación e interpretación de las leyes o doctrinas legales." (27) Estos tratadistas, influidos quizá por la concepción privatista del proceso que campeaba en la época en que vivieron, sin atreverse a negar del todo un fin privado lo sitúan en un puesto de menor importancia.

Finalmente, manifiesta Ortiz de Zúñiga que, como ha dicho oportunamente Gómez de la Serna en sus 'Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil', la casación "no es una tercera instancia, el Tribunal Supremo, al fallar, va a decidir una cuestión de derecho; va a cortar en su raíz las malas interpretaciones de la ley, que por ignorancia, por error o malicia, se dan en un pleito, y que, al quedar sin correctivo, podrían citarse después como precedentes autorizados de jurisprudencia; va a vigilar, en fin, por la genuina, por la recta aplicación de la ley escrita." Y agrega: "Este es, en efecto, el fin principal del recurso de casación, y convendría que siempre se tuviera presente para no confundirlo con una nueva instancia, y para persuadirse de que respecto de él no puede entrar en la calificación de la sentencia que lo motivó bajo el concepto de su justicia o injusticia, sino sólo bajo la consideración de si se ha ajustado a la ley en el buen sentido en que la entiendo la jurisprudencia." (28)

Ortiz de Zúñiga no excluye del recurso el interés privado y por ello es que al referirse al público nos habla de "el fin principal". Sin embargo, conviene tener presente que este autor, al igual que Gómez de la Serna, escribió como Manresa y Caravantes en una época en que, como dijimos anteriormente, el proceso civil era mirado desde un aspecto meramente privado y era lógico que esta concepción privatista se reflejara en cierto modo en los fines que le asignaban a la casación.

Sintetizando las opiniones transcritas se puede apuntar sin temor a equívoco que la casación, según la doctrina dominante, es el recurso supremo y extraordinario que ha sido instituido, con objeto de velar por la exacta observancia de las leyes por parte de los tribunales y por el mantenimiento de la uniformidad jurisprudencial. En cuanto al objeto de enmendar o reparar agravios, punto sobre el cual no se ha puesto de acuerdo la doctrina, es lo cierto que, aún sus sostenedores, le dan el carácter de secundario y lo consideran de menor importancia.

Mas si ello es así, no deja de causar asombro cuando nos encontramos ante una legislación como la panameña en donde de la simple lectura de los artículos 2º y 3º de la Ley 86 de 1941 se desprende que en nuestro derecho no sólo se ha optado por equiparar la importancia de los intereses público y privado, sino que por el orden en que están establecidos los mismos, se le ha dado

(27) Caravantes, José de Vicente y.- Tratado Histórico, Crítico-Filosófico de los Procedimientos Judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores. Madrid, 1858. Tomo IV, pág. 81.

(28) Ortiz de Zúñiga, Manuel.- Práctica General Forense. Imprenta José Rodríguez, Madrid, 1874. Séptima edición. Tomo II, pág. 26.

cierta prelación al segundo.

Las disposiciones aludidas están redactadas como sigue:

**Artículo 29.-** El recurso de casación tiene por objeto principal enmendar los agravios inferidos a las partes en las resoluciones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada y en las que, aún sin esa circunstancia, pueden causar perjuicios irreparables o graves por razón de la naturaleza de los negocios en que han sido dictadas.

**Artículo 30.-** También tiene por objeto principal el recurso de casación uniformar la jurisprudencia nacional.

En consecuencia, tres decisiones uniformes de la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla a los casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

¿Qué motivos sirvieron de fundamento al legislador panameño para equiparar la importancia de los intereses público y privado? La 'Exposición de Motivos' que acompañó al primer proyecto sobre casación y que más tarde llegó a ser la Ley 24 de 1937, absuelve esta interrogante en los siguientes párrafos:

"Dados los orígenes de este recurso y su razón de ser, sería aventurado afirmar que su objeto principal, quizás el único, sea el establecer una jurisprudencia uniforme y, como secundario, el de corregir los agravios inferidos a los intereses de las partes en los juicios. El interés social que gobierna su establecimiento, se cumple en ambas formas; y tal vez en la última en condiciones de recibir beneficios más inmediatos, que lo hacen por lo mismo más evidente para el común de las personas." Más adelante se agrega: "Si el interés social, que diremos abstracto, consistente en la formación de una jurisprudencia uniforme pudiera prevalecer sobre ese otro interés, que diremos concreto, de enmendar los agravios inferidos a las partes en los juicios, entonces bastaría la casación en cuanto al fondo únicamente. Demuestra, además, la tendencia a subordinar a este interés social el otro, que pertenece al campo meramente especulativo o científico, la amplitud que a la casación viene dándosele en las legislaciones modernas que no la limitan, sobre todo en materia criminal, a las sentencias finales, sino que la hacen extensiva a otras resoluciones que aunque le ponen término a una actuación judicial, no tienen esa calidad y hasta a algunas que no tienen siquiera ese carácter final, pero que se refieren a puntos de mucha importancia y trascendencia. Y es lógico y conveniente que sea así, porque aún cuando es cierto que las resoluciones dictadas en los juicios sumarios o especiales dejan abierta la vía ordinaria, ¿qué beneficios se obtendrían con la obligada iniciación de otros juicios para corregir tardíamente el agravio producido por una resolución judicial, cuando el mal puede ser subsanado sin necesidad de ocurrir a ese resorte?"

La postura adoptada por el legislador panameño, aunque aparentemente lógica y convincente, no ha sido por cierto la más acertada. Al darle la categoría de fin principal al enmendar o corregir agravios, no sólo se opone a la doctrina ni al resto de las legislaciones, sino que lesiona hondamente la esencia del recurso y su naturaleza jurídica. Ese interés particular que los tratadistas consideran, y con razón, como secundario y de menor importancia, y que nuestra ley ha elevado al rango de objeto principal, está subordinado al público. La casación se limita a defender la ley y a uniformar la jurisprudencia. La reparación que obtienen los litigantes cuando se invalida la resolución impugnada:

da y se dicta el fallo que debe reemplazarla, no es más que una consecuencia del recurso, es un reflejo, por decirlo así, de lo que se ha decidido en casación. Además, como pretendemos demostrar en su lugar oportuno, si lo que se quería era dar acceso al recurso a ciertas resoluciones que dejan abierta la vía ordinaria, como sucede con las proferidas en los juicios sumarios o especiales, no era necesario para ello equiparar la importancia de ambos intereses.

Expongamos, por lo pronto, los fundamentos que sirven de apoyo a nuestra manera de pensar, a fin de demostrar el error en que incurrió nuestro legislador.

En primer lugar creemos haber puesto de relieve, en páginas anteriores, que la casación que debió su creación a designios políticos tuvo por finalidad dos objetivos públicos que no aparecieron simultáneamente: la defensa de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia. No es preciso, por consiguiente, entrar en mayores consideraciones para desmentir la aserción hecha por el legislador de que dados los orígenes de este recurso y su razón de ser, sería aventurado afirmar que su objetivo principal, quizás el único, fué el de establecer una jurisprudencia uniforme y, como secundario, el de corregir los agravios inferidos a los intereses de las partes en juicio. Los revolucionarios franceses jamás tuvieron en mente enmendar o reparar agravios, y la propia historia de la institución se encarga de contradecir este aserto.

En segundo lugar, el control que el Tribunal de casación ejerce recae -como veremos al tratar del órgano jurisdiccional- sobre la conducta de los órganos de la jurisdicción, o dicho en otros términos, la finalidad a la que sirve el Tribunal de casación difiere de aquellas a la que sirve la jurisdicción civil, porque mientras que ésta ejerce su control sobre la conducta de los particulares, la fiscalización de aquél, que es la que nos interesa, tiene por objeto la conducta de los tribunales,

Pero como los tribunales de justicia desarrollan una serie de actividades en el proceso cabe preguntar: ¿sobre cuál o cuáles actividades ha de versar la función fiscalizadora? Introgante que es conveniente absolver, porque si se limita su objeto al de velar por la recta observancia de la ley, queda, como dice de la Plaza, al margen del recurso cuanto tiende a procurar que la interpretación de las normas adquieran aquellos caracteres de unidad en que radica la certeza, y que es la más segura garantía de los justiciables que a los tribunales acuden; y si, por el contrario, se considera que la finalidad de la casación no es otra que la de lograr la uniformidad jurisprudencial, agrega el jurista español que, se reduciría extraordinariamente el campo propio de la misma, con olvido del cometido primordial que motivó su creación (29). Refirámonos separadamente a ambos propósitos que son los que constituyen el fin único al que la casación obedece.

### Defensa del Derecho Objetivo (finalidad de nomofilaquia).

La misión fundamental de los órganos jurisdiccionales es la de resolver, mediante la determinación y declaración de los preceptos legales a aplicar, la controversia que le ha sido sometida. Pero como la ley no establece la manera como se ha de fallar, con todo y que la función juzgadora es la de mayor importancia y trascendencia, el juez, siguiendo una actividad intelectual lógico-crítica, ha de escoger entre las pretensiones del demandante y del demandado la solución que le parezca más conforme a derecho, o lo que es lo mismo, ha de juzgar secundum legem.

(29) De la Plaza, La casación..., op. cit., págs. 15 y 16.

Por otra parte, por ser el proceso, como afirma Guasp, "una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello" (30), la actividad del órgano jurisdiccional, además de estar limitada por la de las partes, debe ajustarse a ciertas condiciones prescritas por la ley y que por consistir en actos exteriores que regulan la forma como se ha de proceder se los ha llamado formas procesales.

El juez no es, por lo tanto, un reyceuelo con poderes absolutos otorgados graciosamente por el Estado para que administre justicia en su nombre a voluntad y deseo. Su conducta, por el contrario, está regulada y condicionada a normas legales que son garantía de los altos fines en que se inspira el proceso. Pero tanto en la actividad lógico-crítica como en los actos exteriores, puede cometer errores que la doctrina ha clasificado en in judicando e in procedendo. Los primeros dan lugar a la casación en el fondo, porque infringen la ley sustantiva y son, según frase de Carnelutti, causa de la injusticia de la decisión. Los segundos permiten la casación en la forma, porque quebrantan, como su nombre lo indica, alguna de las formas más esenciales del juicio, por lo que Carnelutti los considera como una desviación del procedimiento. Cuando el Tribunal de casación entra a examinar una resolución para expurgarla de cualesquiera de estos errores cumple con una función de defensa del derecho objetivo, sobre todo si se toma en cuenta que la controversia presentada para su conocimiento no es un litigio entre las partes querellantes, sino entre la resolución recurrida y la ley.

A pesar de que en la ley panameña no figura la defensa del derecho objetivo entre los fines de la casación, el recurso entre nosotros cumple con este designio público, porque, como se verá oportunamente, cuando el Tribunal de casación procura la uniformidad de la jurisprudencia guarda igualmente el derecho objetivo. Esta es la razón por la cual encontramos sentencias como la de 1 de noviembre de 1947 que en parte reza: "La Corte, como tribunal de casación, y no de instancia, sustituye la pugna entre el demandante y el demandado por el contenido de la sentencia impugnada frente a la ley. De allí que los vicios o defectos de la decisión relacionan a ésta con la norma infringida, y no con la posición de las partes en la controversia." (31) En la resolución de 22 de septiembre de 1949 aparecen conceptos análogos.

Aunque la Corte no lo dice expresamente, del fallo transcrito se desprende que cuando el Tribunal de casación casa una resolución de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, no tiene en miras el enmendar los agravios inferidos a las partes, como erróneamente establece el art. 2º de la Ley 86, sino que se inspira en un fin público más elevado: defender la norma de derecho objetivo. De no ser así, no tendría sentido la sustitución del litigio entre las partes querellantes por el contenido de la sentencia impugnada frente a la ley,

La sentencia de 21 de febrero de 1944 determina con mayor precisión esta función de nomofilaquia cuando dice: "La generalidad de los litigantes parecen haber perdido de vista que el

(30) Guasp, op. cit., pág. 15.

(31) Goytía, Victor F., Mi aporte a la jurisprudencia. Imprenta Nacional, Panamá, 1948. Pág. 93.

recurso de casación es de un carácter absolutamente ritualista, formulista diremos para ser mejor comprendidos, y que para prosperar requiere, por lo menos la observancia completa y metódica de las reglas señaladas por el legislador. Esas reglas no son arbitrarias. Tienen un fundamento lógico en perfecta armonía con la índole del recurso, pues tienen como finalidad que el debate que suscita su interposición se concrete confiadamente a los defectos que vician la sentencia recurrida, puesto que ese es su objetivo." (32) Y esto es absolutamente cierto, porque, como manifiestan Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, la necesidad de mantener la ley en la integridad de su contenido, libre de caprichosas o erróneas interpretaciones, se manifiestan como un supuesto necesario y obligado de la convivencia social. (33)

Sin embargo, se alega que si el interés público pudiera prevalecer sobre ese otro interés particular, entonces bastaría la casación en cuanto al fondo únicamente; manera de pensar que obedece, sin duda alguna, a las circunstancias de que las infracciones que la Corte de casación subsana son aquellas que se desprenden o emergen de la resolución impugnada y no las que contravienen incidentalmente, en el curso del litigio, los preceptos procesales.

Pero si esto es absolutamente cierto, no hay que perdonar de vista que no todas las violaciones de carácter procesal dan lugar a la casación, sino únicamente aquellas que por su gravedad trascienden a la misma resolución. Por ello es que mientras que todos los vicios in judicando, que hayan influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia o auto, permiten la interposición del recurso en cualquiera de sus tres modalidades: violación directa, interpretación errónea o aplicación indebida; los in procedendo, contra los cuales es posible recurrir, están taxativamente enumerados en el art. 13º. Y es que, como explica atinadamente Prieto Castro, en la casación por cuestiones de forma el pensamiento político de protección del derecho objetivo que inspira al instituto, por error cometido en el fallo, juzgando, es sustituido por una consideración netamente procesal que consiste en el propósito de mantener la pureza del procedimiento que ha conducido a la sentencia que se impugna, lo que le da el carácter de un recurso de nulidad. En tal virtud, la introducción de la casación en la forma, agrega, "responde igualmente a la idea de una violación de Ley, si bien procesal, templada con la limitación de su admisibilidad sólo para las violaciones de formas prescritas bajo pena de nulidad (criterio originario) o para las taxativamente señaladas por la Ley (sistema de nuestra L. c. c.)." (34)

### La Uniformidad de la Jurisprudencia.

La unidad de legislación, dogma tan sagrado dentro de nuestro derecho público, precisa para no convertirse en una utopía, en la uniformidad de la jurisprudencia. La ley debe aplicarse por igual a todos los súbditos de un país, es cierto, pero dicho principio llegaría a ser poco menos que una quimera o un ensueño si los tribunales al dictar sus fallos no sólo siguen criterios divergentes sino antagónicos. No sin razón se ha dicho que la jurisprudencia es el complemento necesario de la legislación.

(32) Registro Judicial Nº 2 de 1944, págs. 22 y 23.

(33) Castillo Larrañaga, José y Rafael de Pina.- Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Perrua, S. A., Mexico, 1950. Pág. 328.

(34) Prieto Castro, Derecho.., op. cit. págs. 363 y 364.

Es obvio que los códigos, como todas las obras legislativas, tienen que resistir los embates de los exegetas que en muchos casos al cumplir con su función interpretativa se alejan de su verdadero contenido y, no en pocas ocasiones, llegan hasta dos naturalizarlos. A nadie escapa el peligro que representaría para el Estado la variedad de interpretaciones contradictorias. Sin una jurisprudencia uniforme reinaría por doquier la incertidumbre, la confusión y la desconfianza, y la sociedad perdería la fe en los órganos encargados de administrar esa virtud cardinal que es la justicia. Sin una jurisprudencia uniforme, en fin, quedaría incompleta la obra realizada por el legislador, con objeto de aunar el derecho, ya que aquélla es una consecuencia de ésta.

Huelgan argumentos de todo orden para demostrar la conveniencia de procurar la unidad en las interpretaciones judiciales, porque sin ella la unidad de derecho resultaría ilusoria. Por ello es que la Corte cuando vela como tribunal de casación por la exacta observancia de las leyes, cumple con este otro objetivo de carácter público que tanto interesa a la sociedad,

Pero ¿qué debe entenderse por una jurisprudencia uniforme? Al referirse ampliamente al tema manifiesta Calamandrei que debe entenderse en relación al espacio, no en relación al tiempo. La uniformidad de la jurisprudencia "debe considerarse perfectamente alcanzada siempre que, en el mismo momento histórico, todos los tribunales del Estado interpretasen de un mismo modo las normas de derecho positivo, y debería, además, considerarse perfectamente mantenida cuando, en un momento sucesivo, los mismos tribunales variasen de acuerdo, todos juntos, la jurisprudencia seguida en el momento anterior." (35)

El no advertir la distinción anterior fué quizás uno de los motivos que movió a un número plural de personas a objetar el proyecto que posteriormente llegó a ser la Ley 24 de 1937. La circunstancia de que en él, como en la ley vigente, no se hiciese obligatorio el acatamiento por parte de los tribunales inferiores de la doctrina sentada por la Corte como tribunal de casación, y el hecho de que ésta pudiese variarla en caso de que juzgase errónea las decisiones anteriores, causó, sin justo motivo, desfavorable impresión. Y decimos sin justo motivo, porque obligar a los jueces a someterse a los precedentes de la Corte equivaldría a despojarlos de la libertad e independencia de criterio de que deben estar revestidos en el ejercicio de sus funciones. Además, aún en el supuesto de que los tribunales inferiores se nieguen a aplicar la doctrina sentada por nuestra más alta corporación judicial, la finalidad de la unificación jurisprudencial siempre se cumple, porque ante la diversidad de interpretaciones jurídicas sólo la de la Corte, por su autoridad y prestigio, adquiere el carácter de verdadera, y si al fijar la inteligencia de la ley en forma reiterada profiere sus fallos en el mismo sentido, concluye, como dice Gómez de la Serna, por dar a la interpretación igual respeto que a la ley misma. (36)

En cuanto a la segunda objeción que tiende a impedir a la Corte variar su doctrina, que es tanto como pretender establecer una uniformidad en el tiempo, sería nocivo y contrario a los principios del derecho y a los fines de la justicia, porque, como

(35) Calamandrei, op. cit., pág. 82, t. II.

(36) Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel.- Tratado Académico-Forense de los Procedimientos Judiciales. Tercera edición. Imp. de D. F. Sánchez, Madrid, 1861. Tomo II, pág. 427.

ha anotado con acierto el Dr. Darío Vallarino, "la Corte no es un poder legislativo y..., si aún ese poder altera y cambia las normas legales cuando lo encuentre prudente, no hay razón para esperar que el que es un mero intérprete de la ley se amarre a sus de siones, aun cuando tenga el convencimiento íntimo del error en quo ha estado incurriendo. Esto es contrario a la simple razón y a la lógica más elemental. Con el decurso del tiempo cambian las situaciones y cambian los hombres, lo que implica también cambiar de ideas y de principios. Lo que ayer pudo parecer bueno hoy se reconoce que es malo o inconveniente y viceversa. No existe tribunal de ningún país que se haya visto exento de la necesidad de alterar o cambiar sus doctrinas por motivos justificados. La infalibilidad no es virtud de los seres humanos." (37)

### Coordinación de los dos intereses públicos.

Resumiendo todo lo expuesto tenemos que la función fiscalizadora o de control que ejerce la Corte de casación tiene por objeto: defender el derecho objetivo y uniformar la jurisprudencia nacional; intereses distintos que se coordinan.

El primero de ellos se presenta bajo un aspecto negativo, puesto que el Tribunal de casación se limita a invalidar la resolución que infringe la ley sustantiva o procesal; el segundo bajo un aspecto positivo, porque la labor del tribunal ya no se reduce a invalidar, a anular, sino que al procurar la uniformidad jurisprudencial completa la obra del legislador.

De los dos aspectos mencionados la legislación panameña se refiere solamente al segundo y ha prescindido del primero. Pero, aún en contra del texto escrito, no es posible arribar a la conclusión de que la función de momofilaquia no desempeña ningún papel dentro de nuestra casación, puesto que ambas se integran, forman un solo todo. Así como la verdad es una, el significado que debe darse a la norma legal en un mismo momento histórico ha de ser uno, pues, lo que es jurídico en un caso no puede ser antijurídico en otro. Y en tal virtud, la correcta interpretación del derecho conduce necesariamente a la unidad jurisprudencial, ya que la diversidad de interpretaciones judiciales sólo se da cuando se desconoce el exacto significado de la ley; lo que nos lleva al siguiente corolario: sin una interpretación exacta difícil sería mantener una jurisprudencia uniforme y sin una jurisprudencia uniforme no se sabría cual es la exacta interpretación de la ley.

Ahora nos podemos explicar por qué es que de la Plaza decía que en la fusión de estos dos designios fundamentales que, en cierto modo, son facetas o aspectos de un mismo problema, ha de verse la razón única a que el recurso de casación obedece, el fundamento de su creación y los motivos que justifican su subsistencia y mantenimiento.

Finalmente, téngase presente que si la única finalidad de la casación fuese la de uniformar la jurisprudencia nacional, "el control de la Corte de casación debería estar limitado a aquellos únicos casos en los cuales, entre los tribunales de mérito, se hubiere verificado la pluralidad simultánea de interpretaciones discordantes que vienen a destruir la uniformidad de la jurisprudencia; pero no debería extenderse, como en cambio se extiende en realidad, a toda las resoluciones de cuestiones jurídicas, aún a aquellas que no hayan dado nunca lugar a pluralidad de interpretaciones o que por primera vez se presenten a examen de un solo

(37) Ver 'Exposición de Motivos', op. cit..

(+) por lo menos en su articulado,

juez." (38)

En contra de esta opinión se podría alegar que esto es posible en nuestro derecho por el otro fin a que hace referencia el art. 2º, y no deja de tener cierto fundamento la afirmación, ya que esta situación muy bien se podría justificar de esta manera. Pero este no es el punto que nos interesa, adonde pretendemos llegar con estas disquisiciones es a demostrar que los dos fines fundamentales del recurso son la defensa de la norma y la uniformidad de su interpretación, y que el mal llamado objetivo de enmendar los agravios inferidos a las partes en juicio debería su primirso.

### El interés público y el interés privado.

Creemos habernos referido en forma bastante amplia al doble propósito de la función de control que ejerce el Estado en casación. Pero cuando fiscaliza la conducta de los tribunales, a fin de defender el derecho objetivo y uniformar la jurisprudencia, se inspira en el interés público o social de mantener la integridad de la ley o en el privado de reparar los agravios inferidos a las partes? Aunque parezca superfluo debemos repetir que al Estado lo que interesa es el fin público. Para él los intereses de los litigantes están plenamente garantizados con las instancias anteriores, porque cuando un tribunal a quo profiere una resolución injusta las leyes procesales conceden al perjudicado el recurso de apelación, en virtud del cual, queda sometido el fallo impugnado a la revisión del tribunal inmediatamente superior en jerarquía. "Esta segunda revisión del proceso -ha dicho Caravantes-, esta segunda sentencia se presume por el legislador dictada con arreglo a justicia y equidad, atendiendo a la conveniencia de poner un límite prudente a la inseguridad en que quedarían los derechos de los particulares si no se cerrara la puerta a nuevas instancias, y se facultara por tercera o cuarta vez la revisión de los litigios. El legislador concediendo a los particulares esta segunda revisión de las sentencias ha creído asegurar su ficientemente sus intereses y derechos, y cumplir con su cargo sobre este punto. Es verdad que estos segundos jueces han podido participar del error de los primeros, o cometer otros nuevos al reformar su sentencia, in pejus reformare, pero el legislador no se cree obligado a procurar los medios de enmendar o corregir estos errores cuando solamente afectan los intereses privados, cuando no aparecen infringiendo leyes o doctrinas legales, o violando las formas sustanciales del procedimiento. El legislador no podía obligarse a dar a sus subordinados jueces infalibles, puesto que tenía que elegirlos entre los hombres.....

"Pero cuando estas sentencias injustas o erróneas, además de los perjuicios que causan a los litigantes, atacan el interés público, conmueven el edificio social, violando las leyes que le sirven de base y que constituyen su fundamento, la autoridad pública se debe a sí misma y a la sociedad el quebrantamiento y anulación de semejantes sentencias, haciendo desaparecer de los archivos judiciales, este monumento de escándalo y de desobediencia en cierto modo. La anulación de estas sentencias es una consecuencia de los vicios que encierra." (39)

He allí la razón de ser de la casación. Esta no es una

---

(38) Calamandrei, op. cit., t. II, pág. 104.

(39) Caravantes, op. cit., t. IV, págs. 82 y 83.

tercera instancia donde se va a establecer la justicia o injusticia del fallo recurrido; lo que se va a discernir es sobre la existencia de determinados vicios y, por tanto, su invalidación depende de la previa declaración de éstos. No ha de confundirse, por consiguiente, con la apelación. Ambas son dos instituciones completamente distintas. En la apelación basta que el recurrente estime que se han lesionado sus derechos para que la pueda interponer legalmente, mientras que la casación ha de fundarse necesariamente en determinados motivos fijados por la ley; en la apelación se puede, como dice Kisch, emplear medios nuevos de ataque y de defensa, mientras que la casación se circunscribe a lo que fué materia de debate en las instancias anteriores, de lo cual resulta que mientras que los jueces de apelación conocen toda la actuación del tribunal a quo, la Corte de casación únicamente puede conocer de los puntos que le han sido expresamente sometidos y que constituyen causales de casación, es decir, sus poderes están limitados y son reducidos.

La casación no puede tener como objetivo principal enmendar agravios, porque es preciso reconocer que, aún en nuestro derecho, su carácter eminentemente ritualista y su rigor formal le impiden cumplir a satisfacción con esta supuesta finalidad.

¿Pero qué papel desempeña el interés privado? La respuesta es sencilla. Para los litigantes en un juicio lo que importa ya no es el objetivo público, primordial para el Estado, sino la consecución de un fallo que satisfaga sus pretensiones oportunamente aducidas, o dicho de otra manera, cuando un Tribunal Superior de Distrito Judicial profiere una resolución de segunda instancia que adolece de algún vicio in judicando o in procedendo, la parte a la que perjudica la no observancia de la ley lo que hace es poner de relieve el mismo, con objeto de que el fallo que lesiona sus derechos sea invalidado. Para ella la genuina inteligencia de la ley que persigue el Estado no representa un bien final, sino que queda reducido a un simple medio del cual se vale para lograr que se enmienden los agravios que le fueron causados.

Se puede advertir claramente que el interés principal del Estado se convierte desde el punto de vista del litigante en secundario, ya que únicamente se sirve de él para salir triunfante en el proceso, su máxima aspiración.

El Estado al tener en cuenta ese interés secundario de los particulares no hizo otra cosa que aprovecharse de él para poner en marcha la casación. De no hacerlo así difícilmente llegaría a cumplir la finalidad deseada, como lo demuestra la poca frecuencia con que se interpone el recurso en casos de sentencia contradictoria, que es análogo al denominado en legislaciones extranjeras "on interés de ley".

Con el impulso dado a las partes éstas coadyuvan, al defender sus pretensiones, a la defensa de la norma y a la uniformidad de su interpretación, y como, por otra parte, estos objetivos no están reñidos con el del particular se observa que cuando la Corte casa una resolución, si bien cumple con el designio público tantas veces aludido, no por ello deja de reparar los agravios inferidos.

Pero conviene no perder de vista que esto no es más que una consecuencia del recurso y no uno de sus objetivos. Prueba de ello es que la labor de la Corte, como tribunal de casación, se reduce a establecer si la resolución impugnada incide la ley sustantiva o procesal por los motivos aducidos por el recurrente.

Ella no entra a conocer el fondo de la controversia, se limita a investigar si la norma de derecho ha sido o no violada y a rescindir el fallo, según el caso. Allí termina su función, no puede ir más allá, pues ya ha cumplido con los objetivos del recurso, y por eso es que cuando procede a dictar el fallo que debe reemplazar al que invalida -en el supuesto de que encuentre justificada una o más causales de las de fondo, o en el caso contemplado en el artículo 39.-, ya no actúa como tribunal de casación, sino como tribunal de instancia, sustituyendo al Tribunal Superior, subrogándose en el lugar de éste.

En síntesis, la Corte, como tribunal de instancia y no de casación, enmienda los agravios que hayan de enmendarse, porque es preciso dictar una nueva sentencia que se ajuste a lo que se resolvió en casación. Y ese fallo de instancia "es el reflejo que en el interés particular, subordinado al público, tiene lo que en casación y con carácter general se ha decidido". El hecho de que en nuestro derecho ambas sentencias se expidan en la misma pieza y no por separado, como exige la Ley de enjuiciamiento civil española, hace un poco difícil diferenciarlas entre sí, pero no por ello se altera los fines del recurso, y, a nuestro modo de ver, es conveniente que así sea, porque se evitan las dilaciones que representaría el tener que proferir dos fallos en vez de uno.

Para concluir, parece ser que la razón fundamental que motivó la equiparación del interés privado al público fué la de dar acceso a la casación no sólo a las sentencias definitivas, sino también a ciertas resoluciones que dejan abierta la vía ordinaria, porque, en opinión del legislador, no se obtendría ningún beneficio con la obligada iniciación de otros juicios para corregir tardíamente el agravio producido por ellas, cuando el mal muy bien podía ser subsanado sin necesidad de recurrir a ese resorte.

Este noble propósito, además de ser encomiable, debería ser imitado por aquellas legislaciones que insisten todavía en conceder el recurso contra las sentencias definitivas tan sólo. Pero no hay que olvidar, que muy bien se pudo cumplir con este designio sin necesidad de llegar a considerar el interés privado como un fin del recurso, ya que el carácter extraordinario de la casación no radica precisamente en el hecho de que se pueda interponer únicamente cuando no queda algún otro recurso u otro medio de reparar las injusticias, como han sostenido, entre otros, Ortiz de Zúñiga y la jurisprudencia española. Ya de la Plaza ha demostrado que aquí no es donde ostenta siempre esa nota diferencial, pues de ser así, el recurso perdería ese carácter en Francia, Alemania e Italia, en donde existe la casación per saltum que, como se sabe, consiste en que, con el consentimiento de la contraparte, la resolución proferida en primera instancia puede ser llevada directamente en casación sin pasar por el tribunal de apelación, es decir, sin que se hayan agotado todos los medios que la ley pone en manos de los litigantes.

Por todo lo expuesto, creemos, finalmente, que debería suprimirse el artículo 2º de la Ley 86, porque, aparte de alejarnos de los verdaderos fines de la casación, no desempeña ningún papel en nuestro derecho y con ello no se alteraría en modo alguno los propósitos perseguidos por el legislador. Además, para determinar con mayor precisión y claridad los objetivos del recurso, el inciso primero del artículo 3º debería ser modificado en la siguiente forma: "El recurso de casación tiene por objeto mantener la exacta observancia de las leyes por parte de los tribunales y uniformar la jurisprudencia nacional."

NATURALEZA Y CARACTERES.

Anota Carnelutti (40) que se acostumbra a considerar a la casación como una institución que por su naturaleza ocupa una posición intermedia entre la invalidación y la impugnación. Pero dicha tesis no puede prosperar si se tiene en cuenta que la casación, aparte de defender el derecho objetivo y uniformar la jurisprudencia, anula la resolución acusada, le quita existencia jurídica. Es evidente que la casación es un medio de impugnación y como tal es un verdadero recurso.

En cuanto a sus caracteres la doctrina más autorizada suele asignarle, salvo raras disidencias, los de ser eminentemente público y extraordinario. Sin embargo, no todos los autores colocan al lado de estas notas distintivas una tercera que, con sobrada razón, merece figurar junto a las mismas. Nos referimos al carácter supremo. Pero las circunstancias de que, desde un punto de vista teórico o doctrinal, se le puedan señalar al recurso esos tres caracteres no quiere decir de ninguna manera que dentro de los distintos ordenamientos positivos la casación ha de estar revestida de los mismos, por lo que vamos a referirnos a cada uno de ellos, a fin de establecer si en nuestro recurso se dan.

1.- Carácter Supremo.

Se dijo al comienzo de este trabajo que la casación era el resultado de dos instituciones que se integraban recíprocamente; la Corte de casación y el recurso de casación. ¡Pues bien! En atención a la primera de ellas es por lo que se le da al recurso el carácter de supremo, ya que la Corte de casación, única en el Estado, está colocada en la cima de la jerarquía judicial con una finalidad distinta de la estrictamente jurisdiccional, porque mientras que los demás órganos de la jurisdicción ordinaria han sido instituidos para satisfacer las pretensiones de los particulares tendientes "a la consecución de un bien garantizado por una voluntad de la ley originaria o derivada, mediante la actuación de ésta" (41), la finalidad del tribunal que conoce del recurso de casación difiere de aquélla, porque, al tener como objetivo uniformar la jurisprudencia, está destinado a velar por la recta observancia de las leyes por parte de los órganos jurisdiccionales.

La Corte de casación no es, en consecuencia, una jurisdicción común destinada a resolver cuestiones de interés privado exclusivamente, sino que su más alta misión es la de velar por el fiel cumplimiento de las leyes invalidando, en virtud del recurso interpuesto, las resoluciones proferidas por los jueces inferiores con violación de la ley sustantiva o con quebrantamiento de alguna de las formas más esenciales del juicio.

Delimitada así, a grandes rasgos, la Corte de casación, podemos afirmar que este medio de impugnación tiene igualmente el carácter de supremo en nuestra legislación por las consideraciones que pasamos a exponer:

1.- Porque la Corte Suprema de Justicia, que es la que conoce privativamente del recurso de casación, es el tribunal de más alta categoría dentro de la jerarquía jurisdiccional, y única en el Estado;

(40) Carnelutti, Francisco.- Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Traducción de Jaime Guasp. Casa Editora Bosch, Barcelona, 1942. Pág. 455.

(41) Chiovenda, oñ. cit., t. I, pág. 400.

2.- Porque su finalidad es distinta de la estrictamente jurisdiccional en cuanto que:

- a) su función de control jurídico no lo ejerce sobre los particulares sino sobre los propios órganos del Estado; y,
- b) porque con esta función de control no busca únicamente enmendar los agravios inferidos a las partes en los juicios, sino que tiende también a lograr la uniformidad de la jurisprudencia nacional mediante la recta y exacta aplicación de las normas de derecho.

### 2.- Carácter Público.

Siendo el objetivo principal de la casación defender el derecho objetivo y uniformar la jurisprudencia, no es de extrañar que se le atribuya el carácter de ser preferentemente público, ya que esta nota distintiva está íntimamente ligada con su finalidad. "De un modo amplio podemos afirmar -leemos en un texto de Derecho procesal- que, el recurso de casación tiene por objeto obtener la uniformidad en las normas jurídicas, y por consecuencia, es de carácter eminentemente público." (42)

Sin embargo, esta nota de publicidad no la tiene en nuestro derecho, porque, como se ha dicho, se optó por equiparar la importancia de los intereses público y privado. Tan sólo en los casos de sentencia contradictoria en que interviene la Corte se puede decir que el recurso adquiere esta característica.

### 3.- Carácter Extraordinario.

Dentro del campo jurídico de los recursos judiciales se ha enmarcado a la casación en el tipo de los llamados extraordinarios para diferenciarla de los ordinarios. Perteneció al primer grupo, además de el que es objeto de este estudio, el de revisión; y al segundo el de revocatoria, apelación y de hecho.

La casación es un verdadero recurso extraordinario: 1.- porque ha de fundarse necesariamente en determinados motivos fijados por la ley; 2.- porque se circunscribe a lo que fué materia de debate en las instancias anteriores; y, 3.- porque la Corte de casación únicamente puede conocer de los puntos que le han sido sometidos expresamente y que constituyen causales de casación, es decir, sus poderes están limitados y son reducidos.

Un sector de la doctrina, principalmente la española, conceptúa que la casación tiene carácter de extraordinario no sólo por las razones apuntadas, sino también porque únicamente se puede utilizar cuando se ha agotado los recursos ordinarios y a falta de cualquier otro medio de reparar el perjuicio sufrido con el fallo censurado. "Mas en este punto -dice de la Plaza al referirse a esta característica que, en sentir de la jurisprudencia española, es predicable del recurso de casación-, no huelga que adelantemos que si, entre nosotros, es exacto el contenido de esa nota diferencial, no es en ella precisamente donde siempre os tribo la exactitud de esa denominación; porque, en aquellos países en que se autoriza el recurso de casación per saltum (Francia, Alemania, Italia), la omisión de una instancia, en los casos permitidos, equivale en el fondo a decir que para legitimar la interposición del recurso, no precisa agotar los medios impugnatorios ordinarios; con lo que en ese aspecto deja de ser exacta la tesis de nuestra doctrina, conforme, en cambio, con la exigencia inexcu-

---

(42) Sánchez Hernández, Fausto; Del Campo Domingo, Matías, y Maillo Sánchez, Jerónimo.- Derecho Procesal. Talleres Tipográficos "Cervantes", Salamanca, 1943, pág. 161.

sable e irrenunciable de la Ley española." (43)

Si la casación únicamente se pudiera conceder cuando se han agotado todos los otros medios, en nuestro derecho perdería igualmente el carácter extraordinario, porque, como es sabido, se puede interponer contra ciertas resoluciones que dejan abierta la vía ordinaria, y es por eso que la Corte al referirse al carácter extraordinario del recurso omite señalar como criterio de distinción la característica comentada por de la Plaza. Dice la sentencia de 3 de mayo de 1938: "El recurso de casación -es necesario repetirlo- no constituye una tercera instancia en los juicios en que tiene aceptación o cabida. Es un recurso extraordinario que tiene por objeto uniformar la jurisprudencia nacional y corregir errores de derecho, insubsanables en otra forma, que infieran agravios graves a las partes en los juicios. De allí que la Corte al conocer de un recurso de casación legalmente interpuesto y concedido, no tiene facultad para examinar toda la actuación de los Tribunales Superiores en los juicios en que tiene que intervenir por razón de tal recurso, sino únicamente en cuanto a los puntos que le han sido expresamente sometidos y que constituyen causales o motivos de casación." (44) Se lee en la de 3 de febrero de 1939: "...la Corte no tiene jurisdicción más que para conocer de la resolución recurrida en cuanto a los puntos que son materia del debate en virtud de la casación interpuesta, ni siéndole dado entrar a analizar y enmendar otros puntos, aún cuando ellos constituyan error." (45)

---

(43) De la Plaza, La casación..., op. cit., págs. 34 y 35.

(44) Registro Judicial nº 5 de 1938, pág. 466.

(45) Registro Judicial nº 2 de 1939, pág. 189.

### CAPITULO III

#### LAS FORMAS DEL RECURSO EN LA LEGISLACION PANAMEÑA.- ORGANO JURISDICCIONAL.- LEGITIMIDAD PARA RECURRIR.-

#### LAS FORMAS DEL RECURSO EN LA LEGISLACION PANAMEÑA.

Aunque de la simple lectura del artículo séptimo parece desprenderse que la casación puede ser de dos especies; en el fondo y en la forma; es lo cierto que de un examen prolijo de la ley se arriba a la conclusión de que, además de las especies citadas, se reconocen otras formas de recurso que, junto con las mencionadas, pasamos a exponer seguidamente.

##### a) Casación en el fondo.

También llamada por infracción de ley, al tomar el nombre de su causal, es aquella que se concede contra los fallos pronunciados con violación de la ley sustantiva.

El artículo 9º se refiere a los cinco supuestos en que se puede infringir la ley sustantiva, a saber: por violación directa, por interpretación errónea, por indebida aplicación al caso del pleito, siempre que hayan influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia o auto; por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y de derecho en la apreciación de la misma.

Puede ser interpuesto por aquél que teniendo la calidad de parte hubiere salido perjudicado con la no observancia de la norma de derecho material, y por los agentes del ministerio público en los negocios en que sean parte o en que deban intervenir por autoridad de la ley (art. 15 en relación con el 33). La preparación, admisión, sustanciación y determinación del recurso se rige por lo dispuesto en las secciones tercera y cuarta de la ley.

##### b) Casación en la forma.

La Ley 86 se limita a enumerar en forma taxativa, en su artículo 13º, los distintos supuestos que dan lugar a su interposición. Estos son;

1.- Por haber sido dictada la resolución por un tribunal incompetente o integrado en contravención de lo dispuesto por la Ley;

2.- Por haber sido pronunciada con la concurrencia de un magistrado legalmente impedido o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada legal por tribunal competente;

3.- Por haber sido acordada en el tribunal respectivo por menor número de votos o pronunciada por menor número de magistrados que el requerido por la Ley;

4.- Por no estar la resolución en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, ya porque se resuelva sobre punto que no ha sido objeto de la controversia o se deje de resolver sobre alguno de los que la hayan sido, o se condene a más de lo pedido, o no se falle sobre alguna de las excepciones alegadas, si fuere el caso de hacerlo;

5.- Por haber sido dictada contra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que esta excepción se hubiere alegado en el juicio;

6.- Por contener la decisión, en su parte resolutive, disposiciones contradictorias;

7.- Por haber sido dada en apelación ilegalmente con-

dida o legalmente declarada desierta, prescrita o desistida;

8.- Por carencia de jurisdicción, improrrogable en el tribunal sentenciador, salvo el caso de ratificación cuando ésta sea permitida;

9.- Por haberse abstenido el tribunal de conocer en asunto de su competencia; y,

10.- Por haberse omitido algún trámite o diligencia declarado esencial por la Ley.

Como se puede observar de la enumeración anterior, las causales obedecen en su totalidad a vicios in procedendo que son los que quebrantan alguna de las formas más esenciales del juicio, como expresa en forma clara el ordinal 2º del artículo 1691 de la Ley de enjuiciamiento civil española.

En cuanto a su tramitación y a las personas que pueden promoverlo, rigen las mismas disposiciones que en el recurso por infracción de ley.

### c) Casación contra las sentencias dictadas por los árbitros.

También tendrá lugar la casación contra las sentencias proferidas por árbitros en negocio cuya competencia esté atribuida a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, dice, sin ulterior desarrollo, el inciso final del artículo 6º, al establecer la tercera forma del recurso. Sin embargo, como nada se dice de las causales que dan lugar a interponerlo surge de inmediato la siguiente interrogante: ¿pueden los árbitros infringir las normas sustantivas y adjetivas de derecho? y en caso afirmativo ¿por qué motivo? Como nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el particular antes de absolver las interrogantes planteadas es preciso tomar en cuenta lo siguiente:

Dentro de nuestro sistema procesal los árbitros, a diferencia de los arbitradores o amigables compondores, se asimilan a los jueces, ya en la manera de proceder, ya en la responsabilidad (art. 1749 C.J.), puesto que están obligados a fallar conforme a derecho y a sustanciar los juicios por los trámites ordinarios, a menos que determinen las partes en la escritura de compromiso el procedimiento que tengan a bien, pero la sentencia siempre se ha de ajustar a los preceptos legales (arts. 1729, 1750 y 1751 del C.J.). Como la única diferencia existente entre unos y otros radica en que, mientras que los primeros pueden ser nombrados libremente por las partes, los segundos son funcionarios pertenecientes al órgano jurisdiccional resulta:

1.- En todos los casos y por los mismos motivos tratados al referirnos a la casación en el fondo se puede interponer el recurso contra las sentencias proferidas por los árbitros;

2.- En los negocios que deben ser sustanciados por los trámites ordinarios se puede interponer el recurso por violación de la ley adjetiva, salvo excepciones, por los mismos errores in procedendo que dan lugar a la casación en la forma; y,

3.- En los juicios donde las partes, haciendo uso del derecho que les confiere el artículo 1751 del Código judicial, determinan otro procedimiento distinto a los trámites ordinarios, habrá lugar a la casación por cuestiones de forma cuando se contraviene lo dispuesto en la escritura de compromiso arbitral, siempre que tales contravenciones puedan ser denunciadas por algunas de las causales contempladas en el art. 13.

En cuanto al procedimiento a seguir, somos de opinión que se deben aplicar por analogía las normas establecidas en las secciones tercera y cuarta de la ley, con la salvedad de que debe anunciarse e interponerse el recurso ante el mismo tribunal arbitral quien, después de hacer el examen de que habla el artículo 19º, lo concederá o denegará, según el caso.

d) Intervención de la Corte en los casos de sentencia contradictoria.

En esta modalidad, análoga a la denominada en la Ley de enjuiciamiento civil española y en otras legislaciones "recurso en interés de la ley", es donde más se pone de manifiesto el fin público de la casación. Pero conviene anotar que mientras que en el recurso en interés de la ley, de que habla el derecho español, se puede interponer contra todas las resoluciones recurribles, nuestro legislador lo ha limitado a los casos de que existan dos sentencias contradictorias de segunda instancia, dictadas en asuntos civiles y en juicios ordinarios o que hayan asumido el carácter de tales, por un mismo tribunal superior o, por tribunales superiores distintos.

En estos casos, dice la ley que, la Corte resolverá sobre la contrariedad entre las dos sentencias, ya fijando la genuina inteligencia de las leyes aplicadas, ya determinando las que han de aplicarse, ya haciendo ver que los hechos en que la sentencia se funda no son idénticos (art. 50), pero dicho fallo no altera el derecho de las partes y únicamente sirve para formar jurisprudencia.

Puede ser interpuesto, por los mismos motivos que autorizan el recurso por infracción de ley, por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los Fiscales de dichos tribunales y por el Procurador General de la Nación. Se tramita conforme al procedimiento señalado en el artículo 54.

e) Casación en la forma y en el fondo.

Sin tratarse de una nueva especie, la ley permite a los recurrentes interponer conjuntamente el recurso de casación en la forma y en el fondo, en caso de que una misma resolución adolezca de errores in procedendo e in iudicando. Sin embargo, es necesario tener presente que como en estos casos se considera interpuesto el primero solamente y anunciado ad cautelam la interposición del segundo, la Corte ha de resolver previamente el primero y si invalida la resolución en razón de ello, se tendrá por no interpuesto el segundo. En el supuesto de que se declare sin lugar el recurso en cuanto a la forma, sólo entonces entrará a conocer el del fondo, sin nuevo trámite.

---000---

Al tratar de la implantación del recurso en la legislación panameña dijimos que la Ley 86 de 1941 derogó el recurso especial de casación contra los conflictos entre la Constitución y las leyes, establecido por la Ley 24 de 1937. Creyendo oportuno referirnos en esta parte de nuestro estudio a las razones que impulsaron al legislador a prescindir de esta antigua modalidad pasamos a exponerlas.

Durante los primeros años de la República, para solventar los conflictos entre la Constitución y las leyes se adoptó el sistema de libre interpretación de los jueces, y, en tal virtud, los tribunales de justicia estaban autorizados para decidir acerca de la inexecutable de la ley aplicable, dentro de los negocios de su competencia. En efecto, el artículo 5 del Código judicial decía: "Es prohibido a los funcionarios del orden judicial aplicar en la administración de justicia, leyes, acuerdos municipales o decretos del Poder Ejecutivo que sean contrarios a la Constitución." Y el 12 del Código civil estaba redactado así: "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquélla."

Para prevenir la coexistencia de decisiones contradictorias que pudiesen resultar de la aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 5 del Código judicial y en el art. 12 del Código civil, y, a la vez, con el fin de uniformar el criterio al respecto, mantener la integridad y pureza de los principios básicos consignados en la Constitución, fué por lo que se estableció el recurso especial de casación de que tratamos.

En consecuencia, toda decisión judicial que le pusiese término a un juicio o a un artículo de excepciones, cualquiera que hubiere sido el funcionario que la hubiese dictado y sin consideración a la cuantía del negocio en que hubiere recaído, era casable cuando en ella se hubiese resuelto alguna cuestión que determinara la existencia de un conflicto entre una disposición legal o acuerdo municipal o decreto del Organó Ejecutivo y algún precepto constitucional. Y para ello, la Ley 24 prevenía que en los negocios a que se contraía el recurso especial de casación la Corte no se ceñiría a estudiar la disposición tachada de inconstitucionalidad únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debería examinar por sus diferentes faces o aspectos, comparándola con todos los preceptos de la Constitución que se estimaran pertinentes al caso y con el espíritu que informara dicha Constitución.

Pero al expedirse la Constitución de 1941 el sistema de libre interpretación de los jueces fué sustituido por el de control de la Constitución, y a la Corte Suprema de Justicia se le confió la guarda de la integridad de la misma, perdiendo desde ese momento su razón de ser, por lo cual fué derogado.

Según el artículo 167 de la Carta Fundamental vigente, ningún tribunal puede pronunciarse contra la ley aplicable por razón de inconstitucionalidad, ya que el ordinal 3º del artículo citado ordena que "todo funcionario encargado de impartir justicia que al estudiar una causa cualquiera considera que la disposición legal o reglamentaria aplicable es inconstitucional, consultará a la Corte Suprema, antes de decidir, para que ésta resuelva el punto."

"A partir de 1941 -dice una sentencia de 15 de septiembre de 1947 expedida por nuestra más alta corporación judicial-, los tribunales carecen de autoridad para resolver a través de sentencias o autos los conflictos entre la Ley y la Constitución, potestad que radica privativamente en la Corte Suprema, y que ésta no puede delegar en los organismos subalternos sin revertir el nuevo sistema de interpretación centralizada, sin facilitar el retorno de la anarquía en la vigencia de las leyes y sin infringir el principio de la función indelegable."

#### ORGANO JURISDICCIONAL .

El Estado para mantener la paz y la tranquilidad de los asociados, no sólo tiene el derecho sino el deber de expedir leyes eficaces y de cuidar por su exacta interpretación y correcta aplicación. Mientras que la primera de estas funciones la lleva a cabo a través del Organó Legislativo; la segunda, la llamada de control jurídico o fiscalizadora, la ejerce por medio de los tribunales quienes administran justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley. Más se afirma y con razón que la finalidad a la que sirve el Tribunal de casación difiere de aquellas a la que sirven los otros órganos jurisdiccionales; y ello es así, ya que los individuos no son los únicos proclives a contravenir las normas legales, puesto que éstas también pueden ser violadas por los tribunales establecidos precisamente para velar por su fiel cumplimiento.

Ante esta situación advierte Calamandrei que se hace necesario distinguir los caracteres de esta función de control,

según que el objeto de la misma recaiga sobre la conducta de los individuos o sobre la conducta de los órganos del Estado. Y esta distinción se hace imprescindible, porque, como bien hace notar el jurista italiano, cuando el Estado fiscaliza la conducta de los ciudadanos (forma especial de control jurídico que se llama jurisdicción civil), esa misión fiscalizadora se limita a indagar y testificar, si ajustaron su conducta a los preceptos legales, o, en caso contrario, a exigir su cumplimiento sustituyendo su voluntad a la de los transgresores. Pero cuando ejerce su control jurídico sobre sus propios órganos, a fin de constatar si la actividad de éstos se ha desarrollado de conformidad con las pautas o sistema de organización, y si su proceder está en consonancia con las normas de conducta que el Estado impone a sus funcionarios, en este supuesto, agrega, "nos encontramos ante el característico fenómeno de un control sobre el control: el órgano jurisdiccional, instituido para controlar que la conducta de los súbditos corresponda a los preceptos jurídicos de que los mismos son destinatarios, está sometido a su vez al examen de un órgano superior, encargado de controlar si la actividad de control ejercida por el juez se ha desarrollado en el ámbito de la legalidad; se puede precisamente decir que aquí el órgano superior "custodit ipsos custodes" (46).

Expuesto el pensamiento de Calamandrei sobre la doble función de control por parte del Estado, no cabe duda de que no era equívoco afirmar que la finalidad a la que sirve el tribunal de casación difiere de aquellas a la que sirven los otros órganos jurisdiccionales, porque mientras que éstos ejercen su control sobre la conducta de los particulares, la fiscalización de aquélla, que es la que nos interesa, tiene por objeto la conducta de los tribunales.

Por ello es que dijimos, en páginas anteriores, que el Tribunal de casación no es una jurisdicción común destinada a resolver cuestiones de interés privado exclusivamente, sino que su más alta misión es la de velar por el fiel cumplimiento de las leyes invalidando, en virtud del recurso interpuesto, ciertas resoluciones proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores con violación de la ley sustantiva o con quebrantamiento de alguna de las formas más esenciales del juicio.

"Desvirtúan, pues, la naturaleza del recurso y su objeto primordial, -dice el profesor colombiano Alvaro Pérez Vives- aquellos Magistrados que consideran su misión cumplida al defender los intereses de las partes en litigio y creen que administran sana justicia cuando proceden conforme a esa consideración de enmendar los agravios inferidos a las partes contendientes, sin recapacitar que éste es uno de los fines, y por cierto el de menos transcendencia, de la casación; "y que hay otros más graves y de influjo más general y permanente", vgr., la defensa de la ley y la proclamación de la doctrina en abstracto. Esta finalidad se llena por la Corte, como Tribunal de casación, al unificar la jurisprudencia nacional, sentando en cada uno de los casos sujetos a su estudio y decisión, la doctrina y espíritu que en su concepto inspira a los diversos textos de la ley sustantiva." (47)

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 86 de 1941, a la Corte Suprema de Justicia, única en su clase y con jurisdic-

(46) Calamandrei, op. cit., t. II, págs. 34 y 35.

(47) Pérez Vives, Alvaro.- Recurso de Casación en materias civil, penal y del trabajo. Segunda Edición. Librería Americana, Ediciones Lex, Bogotá, 1946, pág. 28.

ción en toda la República, le corresponde conocer privativamente del recurso de casación.

Sin embargo, dicha corporación (compuesta de cinco Magistrados principales y cinco suplentes personales, nombrados un principal y un suplente cada dos años por un período de diez), adquiere el carácter de Tribunal de casación en el preciso instante en que sustancia un recurso, puesto que la ley le ha asignado varias funciones. Así tenemos que, además del recurso en estudio, conoce privativamente y en una sola instancia de los asuntos siguientes:

1.- De las demandas sobre la exequibilidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos, acusados ante ella por cualquier ciudadano, por razones de fondo o de forma;

2.- De las demandas sobre amparo de las garantías constitucionales cuando se trata de actos de funcionarios con jurisdicción en toda la República o en dos o más Provincias que pertenezcan a distintos distritos judiciales;

3.- De los negocios contenciosos civiles de los Agentes Diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República, en los casos previstos por el derecho internacional;

4.- De las causas o negocios contencioso sobre presas marítimas;

5.- De los juicios de nulidad de las sentencias dictadas en negocios de que la Corte conoce privativamente en una sola instancia;

6.- De los recursos de casación y revisión;

7.- De los impedimentos del Registrador de la Propiedad y del Director General del Estado Civil y de las recusaciones contra dichos funcionarios;

8.- De los casos de errores o faltas cometidos en las inscripciones firmadas por el Director del Estado Civil que éste no puede subsanar por sí;

9.- De las causas por delitos o faltas cometidas por los Ministros de Estado, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Fiscales de Distrito Judicial, el Contralor General de la República, los Agentes Diplomáticos de la República, el Director General de Correos y Telecomunicaciones, los Comandantes de la Guardia Nacional, el Gerente del Banco Nacional, el Gerente del Instituto de Fomento Económico, el Gerente de la Caja de Seguro Social, el Gerente de la Caja de Ahorros, el Gerente de la Lotería Nacional de Beneficencia, los Agentes, Delegados o Comisionados especiales del Gobierno de la República que desempeñen su misión en el extranjero, el Registrador de la Propiedad, el Director General del Estado Civil, el Superintendente del Hospital Santo Tomás, y los demás empleados que tengan mando y jurisdicción en todo el territorio de la República o en dos o más Provincias cuando éstas formen parte de Distritos Judiciales distintos;

10.- De las causas que se sigan por delitos o faltas cometidos en cualquier época por individuos que, al tiempo que deba decidirse sobre el mérito del sumario, desempeñen alguno de los empleos enumerados en el ordinal anterior;

11.- De las causas contra los Arzobispos, Obispos y Gobernadores Eclesiásticos de la Arquidiócesis Católica Panameña;

12.- De los recursos de Habeas Corpus contra los empleados con jurisdicción en toda la República o en dos o más Provincias que no formen parte de un mismo distrito judicial;

13.- De las resoluciones judiciales pronunciadas en países extranjeros, para el efecto de decidir si pueden o no ser ejecutoriadas en la República de Panamá. Esto sin perjuicio de lo estipulado en los tratados públicos; y,

14.- De los juicios contra los abogados por faltas a la ética profesional. (art. 74 de la Ley 61 de 1946).

Y, finalmente, conoce en segunda instancia:

1.- De los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y en los cuales haya lugar a recurso de apelación o de hecho contra autos y sentencias o a consultas; y,

2.- De las apelaciones contra las resoluciones del Registrador de la Propiedad y del Director General del Estado Civil (art. 76 de la Ley 61 de 1946).

La simple enumeración de las numerosas y variadas funciones de la Corte, por un lado, y, por el otro, al no estar dividida por el reducido número de sus miembros en Salas como sucede en España con el Tribunal Supremo y en la mayor parte de los países, además de explicar la demora que sufren los negocios sometidos a su consideración, nos pone de manifiesto la incapacidad en que se hallan los magistrados de dedicar a cada expediente el tiempo y la meditación indispensable para lograr el mayor acierto en sus decisiones.

Es inequívoco que la Corte Suprema de Justicia se encuentra demasiado sobrecargada de atribuciones, sobre todo, si se toma en consideración que al casar una resolución, la misma corporación ha de dictar, como tribunal de instancia, el fallo que ha de sustituir al que invalida por no existir entre nosotros la casación con reenvío como en el derecho italiano.

Para lograr una recta, seria y eficiente administración de justicia es necesario: o que se aumente el número de magistrados y dividir entonces la Corte en Salas, o que se establezca un tribunal que conozca única y exclusivamente del recurso de casación, porque "la justicia administrada de una manera defectuosa, sea por la demora en la resolución de los casos sometidos a la consideración de los tribunales o sea porque las decisiones de los Jueces y Magistrados carezcan de acierto, por falta de apreciación serena y meditada de los hechos o por deficiencias en la interpretación y aplicación de la ley, provoca un estado de honda perturbación, de perjudiciales consecuencias para la comunidad" (48).

En la actualidad, cursa en la Asamblea Nacional un proyecto de "Acto Legislativo" reformativo de la Constitución, en virtud del cual, se aumentan de cinco a nueve los magistrados que integran la Corte Suprema, y se establece que la ley dividirá dicha corporación en salas (formadas por tres miembros permanentes y dos rotativos, entre las que habrá necesariamente una para lo civil, una para lo penal y otra para lo contencioso-administrativo) y determinará sus atribuciones.

En el informe rendido por la Comisión de Legislación al pleno de la Cámara se dice que con esta reforma, al mismo tiempo que se obtienen los beneficios de la especialización, se asegura de una parte la colaboración de otros miembros de la Corte en las funciones de cada sala y se salvan los peligros que siempre implica una exagerada o excesiva especialización.

Según el mismo "Acto Legislativo", corresponderá a la Corte en pleno el conocimiento de los casos de inexecutableidad de los proyectos de leyes y de los recursos de constitucionalidad.

(48) Ver 'Exposición de Motivos' que acompañó a los proyectos de leyes sobre organización judicial y sobre recursos de casación y revisión.

LEGITIMIDAD PARA RECURRIR.

Para mayor claridad en la exposición es preciso distinguir entre las personas legitimadas para interponer el recurso en los casos de sentencia contradictoria en que debe intervenir la Corte, de aquéllas que pueden promoverlo en los demás supuestos mencionados al referirnos a las formas del recurso.

En el primer supuesto, ya se ha dicho que la decisión de la Corte no beneficia ni perjudica a las partes que intervinieron en el proceso, ya que su finalidad es la de fijar la genuina inteligencia de la ley en los casos en que un Tribunal Superior de Distrito Judicial profiere una sentencia que es contraria a otra del mismo o de distinto tribunal de igual jerarquía, y lo pueden interponer los propios Tribunales Superiores, los Fiscales de dichos tribunales y el Procurador General de la Nación. En estos casos, la legitimidad de los mismos surge solamente cuando las partes no interponen oportunamente el recurso de casación en la forma o en el fondo, o dicho de otra manera, cuando la impugnación de parte es inadmisibile por el transcurso del término, porque si la ley no les concediese esta facultad para atacar la sentencia, la inadmisibilidad, como bien dice Carnelutti, haría imposible la rectificación de un error que puede ser perjudicial por la autoridad del precedente (49).

En los otros supuestos pueden promoverlo, en principio, todo el que haya sido parte en el procedimiento de instancia y los agentes del ministerio público en los asuntos en que sean parte o en que deban intervenir por mandato de la ley. Pero conviene tener presente que no basta tan sólo para recurrir ante la Corte, el haber ocupado la posición de demandante o demandado, o de tercerista en un proceso, ya que la legitimación requiere además la existencia de otro presupuesto procesal: el interés, que no es otra cosa que el deseo del perjudicado de que el tribunal de casación enmiende los agravios que le infirió la resolución dictada por el juez a quo.

Sólo estará, en consecuencia, legitimado para recurrir el que haya sido lesionado por la resolución de instancia. Así lo establece la ley en forma clara y categórica cuando expresa en su artículo 33º que no podrá alegar las causales de casación sino la parte que hubiere salido perjudicado con la que no observancia de la Ley que pueda acarrear la invalidación de la sentencia o auto. "La Corte es de opinión -dice la sentencia de 4 de mayo de 1950- que las partes recurrentes sí tienen interés en el recurso y que este interés, en el caso del recurso extraordinario de casación, consiste únicamente en el hecho de que las partes hoy recurrentes lo fueron también en las dos instancias ordinarias y que la sentencia objeto del recurso no satisfizo las exigencias de ellas.

"Considera la Corte que es cosa distinta el interés que siempre es indispensable para constituirse en parte en un litigio, del interés necesario para constituirse en parte recurrente u opositora en este recurso extraordinario. Únicamente en el caso de que la parte recurrente no pudiera acreditar satisfactoriamente algún agravio causado por la sentencia a sus derechos o a sus intereses, podría considerarse que no puede interponer el recurso." (50) La de 24 de septiembre de 1951 expresa: "Como se ve, el recurrente al exponer el vicio señala no solo los errores que conceptúa de fondo sino el motivo básico de la sentencia de que "el actor carece de derecho para promover la acción," Esta es, sin

(49) Carnelutti, Instituciones..., op. cit., pág. 462.

(50) Registro Judicial nº 17 de 1950, pág. 55.

duda, una cuestión primordial que la Corte debe dilucidar antes de examinar la única causal de casación invocada. Ello es así, ya que al tenor de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 86 de 1941, "no podrá alegar causales de casación sino la parte que hubiere salido perjudicada con la no observancia de la Ley que pueda acarrear la invalidación de la sentencia o auto." Si el actor carece, en verdad, de interés jurídico para instaurar la acción, el recurso de casación no puede prosperar más allá de la etapa en que se determine su falta de personería sustantiva, pues to que tal determinación lleva implícito que ningún perjuicio puede acarrearle el fallo impugnado." (51)

Tan sólo los Agentes del Ministerio Público en los asuntos en que sean parte o en que deban intervenir por mandato de la Ley, no necesitan para interponer el recurso haber sufrido un agravio o un perjuicio, pues su legitimación emana del interés social que representan.

Y ya que del Ministerio Público hablamos, como el carácter público de la casación está bien marcado en España varios juristas se han alzado contra la Ley de enjuiciamiento civil, al no permitir una mayor intervención del Ministerio Fiscal, y han llegado a considerar que con ello se ha faltado a una de las condiciones naturales y más espeditivas del recurso. "Uno de los defectos más notables -explica Manresa-, que se encuentra en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, es el de no haber dado intervención al Ministerio fiscal en la sustanciación de estos recursos.

"Fúndanse siempre en infracción de ley, doctrina legal; y, según ya hemos dicho, su objeto es impedir toda falsa aplicación de la ley y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia: de modo que, aun cuando los litigantes se aprovechan inmediatamente de sus efectos, estos son también de orden público y en interés de la sociedad en general. Pudieran, además, concurrir tales circunstancias, que hubiese motivo para regular la infracción de la ley cometida a sabiendas o con malicia, y para exigir por tanto la responsabilidad a los magistrados que dictaron la sentencia. Bajo cualquiera de estos aspectos que se consideren los recursos de casación, es necesaria la intervención en ellos del Ministerio público, no para favorecer ni coadyuvar los intereses de una de las partes, sino para sostener los fueros de la ley y de la causa pública, de las que es legítimo representante y defensor." (52)

Volviendo a nuestro derecho, en lo que respecta a la representación de las partes por medio de apoderados judiciales, que en materia civil, salvo excepciones (53), es obligatoria a menos que ellas sean idóneas para ejercer la abogacía, ha dicho la Corte en sentencia de 27 de febrero de 1949 que los apoderados que representan a los litigantes en un proceso, pueden entablar el recurso de casación "sin necesidad de nuevo poder, si creen

(51) Registro Judicial nº 18 de 1951, pág. 236.

(52) Manresa, op. cit., t. IV, pág. 376.

(53) No es necesario litigar por medio de abogados en los juicios ante el Tribunal Tutelar de Menores, en los de alimentos, en los negocios de cuantía menor de cincuenta balboas, siempre que no se trate de cesión de créditos, y cuando las gestiones sean ante un funcionario judicial en cuya jurisdicción no residan, por lo menos, cuatro abogados registrados y en ejercicio.

creen que de esa manera favorece los intereses que se les han confiado" (54). Y esto es así, porque el artículo 433 del Código judicial ha estatuido que los poderes para pleitos confieren al apoderado las facultades necesarias para entablar y seguir el juicio hasta su conclusión, como si fuere el poderdante, pudiendo ejercer todos los derechos conferidos a éste, en su calidad de litigante. Solamente para recibir, comprometer, diferir el juramento, desistir del pleito y terminarlo por transacción, necesita el apoderado facultad especial. Y como si esto fuera poco, dice el 422 que constituido un apoderado especial para una acción principal, se entenderá que lo es también para todas las acciones y recursos que surjan de la principal, aun cuando ejerciere las accesorias antes de entablar la principal.

---

(54) Registro Judicial nº 2 de 1939, págs. 200 y 201.

LOS MOTIVOS DE CASACION.- RIGOR  
FORMAL.- LOS MEDIOS NUEVOS EN CA  
SACION.

LOS MOTIVOS DE CASACION

Siendo los motivos de casación la razón de ser del recurso, por cuanto determinan las condiciones del derecho o sustanciales del mismo, estimamos necesario presentar, antes de adentrarnos en la clasificación que hace nuestra ley, los criterios expuestos por los más contados procesalistas, a fin de lograr una mayor comprensión e ilustración de tan atrayente tema.

En el curso de este trabajo no nos hemos cansado de repetir que la casación no es una tercera instancia donde se va a establecer la justicia o injusticia del fallo recurrido, y es precisamente en este tema donde se puede distinguir la diferencia existente entre la apelación y este medio de impugnación, porque mientras que en la apelación basta con que el recurrente estime que se han lesionado sus derechos para que la pueda interponer legalmente, la casación ha de fundarse necesariamente en determinados motivos fijados por la ley, y requiere también, como agrega de la Plaza, que entre el vicio denunciado y la sentencia misma se dé una relación de causalidad (57).

Para que una resolución puede ser impugnada en casación precisa que adolezca de vicios o defectos, por haber incurrido el juzgador en errores (58) que la doctrina ha dividido tradicionalmente en errores in iudicando (de fondo) y errores in procedendo (de forma), y que es necesario discriminar para poder determinar en cada caso cuando estamos en presencia de unos o de otros.

Calamandrei, haciéndose portavoz de la mayoría de los tratadistas, advierte que pudiera parecer que estos dos grupos de errores se reúnen en un concepto genérico único de inejecución o violación de ley (59), pero fusionarlos bajo una denominación úni-

(57) "Pensando en esta nota, con aplicación al Derecho italiano, ha dicho Zanzucchi que si la declaración del vicio no tuviere ninguna influencia sobre la decisión, el recurso carecería de fundamento. La Corte Suprema -dice dicho escritor- no tiene un oficio teórico, sino práctico." Ver de la Plaza, Derecho... .., op. cit., pág. 810, Vol. II.

(58) Dice Carnelutti que "la palabra error se usa más bien en el sentido empírico de equivocación o desviación que en el técnico-jurídico de vicio de la voluntad" y que ha de consistir "en una discrepancia entre lo que el juzgador ha hecho y lo que hubiera debido hacer." Ver Instituciones...op. cit., pág. 455.

(59) "Puesto que los errores in procedendo pueden todos ellos hacerse remontar a una "inejecución de ley procesal", y puesto que, por otra parte, los errores in iudicando relativos a la quaestio iuris, únicos que se toman en consideración tienen siempre el efecto de hacer declarar en la parte dispositiva como concreta voluntad de ley lo que la ley efectivamente no ha querido, sino que se remontan, como a un origen común, a una falta de coincidencia entre la voluntad abstracta de la ley y lo que el juez en la motivación cree, erróneamente, ser la voluntad abstracta de la ley, puede parecer que estos dos grupos de defectos se reúnen en un concepto genérico único." Ver Calamandrei, op. cit., t. II, pág. 258.

6.- Cuando se trate de autos sobre declaratoria de herederos o adjudicación de bienes hereditarios;

7.- Cuando se trate de autos que nieguen, aprueben o imprueben la partición de bienes hereditarios o la división de bienes comunes; y,

8.- Cuando se trate de autos que confirmen o revoquen los que hayan declarado o negado la caducidad de la instancia.

Aunque la práctica generalizada ha sido la de no conceder el recurso contra aquellos fallos que pueden ser enmendados por otros medios, exceptuando los casos de que se trate de sentencias todas las demás resoluciones enumeradas son autos que dejan acceso a la vía ordinaria para reparar el agravio que hubiesen causado. Más esto se explica, porque, en opinión del autor de la ley, no se obtendría ningún beneficio con la obligada iniciación de otros juicios para corregir tardíamente el agravio producido por ellas, cuando el mal muy bien podía ser subsanado sin necesidad de recurrir a ese resorte.

Pero todas las resoluciones contempladas en el artículo 6º, están a su vez subordinadas a las exigencias del artículo 5º que dice que para que el recurso de casación pueda ser interpuesto es indispensable que concurren las siguientes circunstancias;

1.- Que la resolución contra la cual se interpone se funde o haya debido fundarse en leyes que rijan o hayan regido en la República a partir de la vigencia del artículo 147 de la Constitución Nacional de 1904 o en leyes del extinguido Estado Soberano de Panamá, que sean idénticas, en su esencia, a las nacionales que estén en vigor; y,

2.- Que la resolución verse sobre intereses particulares siempre que la cuantía del juicio respectivo no sea menor de quinientos balboas; o que verse sobre intereses nacionales, o provinciales o municipales; o sobre hechos relativos al estado civil de las personas; o que haya sido dictada en juicio de divorcio, o separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, sin atenderse en estos casos la cuantía.

Si armonizamos y correlacionamos entre sí las disposiciones citadas veremos que para que una resolución pueda ser censurada en casación es necesaria la existencia de cuatro requisitos: 1) Que haya sido dictada en segunda instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial; 2) Que se halle comprendida en las enumeradas en el artículo 6º; 3) Que las leyes que le sirvan de fundamento tengan o hayan tenido existencia legal en la República, o en el extinguido Estado Soberano de Panamá, siempre y cuando que estas últimas sean idénticas, en su esencia, a las nacionales que estén en vigor; y, 4) Que la cuantía del proceso, excepto en los casos contemplados en la misma ley, no sea menor de quinientos balboas.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, donde los tratadistas suelen seguir un sistema de exclusión para determinar con mayor facilidad las resoluciones susceptibles de casación, entre nosotros esta labor resulta relativamente sencilla, ya que la propia ley se ha encargado de enumerarlas. Sin embargo, como las exigencias contempladas en los ordinales primero y segundo del artículo 5º, podrían dar lugar a cierta confusión, vamos a hacer las aclaraciones que estimamos necesarias.

a) La redacción del ordinal 1º del artículo 5º obedece, a que por acto de 27 de febrero de 1855, adicional a la Constitución política de la Nueva Granada, en el territorio que correspondía a las provincias de Panamá, Azuero, Veraguas y Chiriquí, que hoy integran la República, se creó el Estado Soberano de Panamá.

La soberanía del Estado consistía en la facultad de poder disponer de lo que a bien quisiese, por medio de su Constitución y sus leyes, en todo lo que no estuviese prohibido por la Constitu-

ción General de la Nación. Durante este período Panamá se rigió por leyes propias, pero este status político duró hasta que la Constitución colombiana de 1886 convirtió el Istmo en simple departamento sometido a la autoridad directa del Gobierno de Bogotá y administrado con arreglo a leyes especiales.

En estas condiciones nos encontró el atardecer del 3 de noviembre de 1903, fecha en que Panamá se separó de Colombia, y el artículo 147 de la Constitución de 1904 estableció que todas las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones que estuvieren en vigor al promulgarse la misma, continuarían observándose en cuanto no se opusieran a ella ni a las leyes de la República; por lo que la Ley 37 de 1904, expedida por la Convención Nacional, dispuso que continuarían en vigor los Códigos y leyes colombianas que regían en el extinguido Departamento de Panamá el día 2 de noviembre de 1903, con las excepciones anotadas al desarrollar el tema referente a la implantación del recurso de casación en Panamá.

Dichos códigos y leyes, pese a que eran extranjeros, tuvieron la misma validez y vigencia que los nacionales hasta el año de 1917 en que se promulgaron los nuevos códigos. Pero como en nuestro derecho positivo encontramos disposiciones como la contemplada en el artículo 21º del Código civil, según la cual, todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra, pero en cuanto a su ejercicio y cargas prevalecen las disposiciones de la nueva; y el 30º de la misma excerta que establece que, exceptuándose las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de los contratos y las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado, cuya infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido, en todo contrato se entenderá incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; no era de extrañar, pues, que en virtud de la ficción de la supervivencia de la ley, muchos de los fallos contra los cuales se debería conceder el recurso estuvieran fundados, no sólo en leyes que rigieron en el antiguo Departamento de Panamá que, como hemos visto, el artículo 147 de la Constitución les dió el carácter de nacional, sino, aún en aquéllas que rigieron en el extinguido Estado Soberano, y que dejaron de existir cuando el Istmo perdió la condición de tal.

Hasta aquí, hemos expuesto la razón histórica de la disposición. En cuanto al contenido de la misma, ésta nos parece completamente innecesaria, puesto que siendo la norma reguladora por excelencia de las relaciones jurídicas, es obvio que las decisiones de los magistrados y jueces han de fundarse en las mismas y para ello es preciso que tengan o hayan tenido vigencia legal, de manera que cuando el ordinal 1º del artículo 5º de la Ley 86 establece, en síntesis, que para que se pueda interponer el recurso de casación en contra de una resolución es necesario que ésta se funde o haya debido fundarse en leyes que rijan o hayan regido en la República, nada nuevo nos dice, pues, es sabido que las relaciones jurídicas que están reguladas por normas de derecho antiguo pueden censurarse en casación cuando éstas son vulneradas. Y lo mismo sucede cuando agrega: "o en leyes del extinguido Estado Soberano de Panamá, que sean idénticas, en su esencia, a las nacionales que estén en vigor", porque si lo que se pretendía era reconocer la validez jurídica de los actos celebrados bajo el imperio de regímenes anteriores, bastan las disposiciones consignadas en el Código civil, y si lo que se quería no era otra cosa que limitar su reconocimiento a las que no fueran contrarias a las leyes nacionales que están en vigor, las tres Constituciones que ha tenido la República ya se han ocupado de ello, por lo que nos parece que en beneficio de la claridad y sencillez que deben tener las normas jurídicas debería derogarse, por cuanto que su supresión en nada afecta al instituto en estudio.

b) El ordinal 2º del artículo 5º al establecer la segunda circunstancia que debe concurrir para que el recurso de casación pueda ser interpuesto exige que la resolución recurrida ver-se sobre intereses particulares en que la cuantía del juicio no sea menor de quinientos balboas; o sobre intereses nacionales, o provinciales o municipales; y como hay otros juicios de relativa importancia, que aunque en ellos se trate de intereses particulares no es posible por su naturaleza señalárseles cuantía, la disposición legal citada los ha enumerado expresamente a fin de evitar dudas y vacilaciones. Estos son los de divorcio, separación de cuerpos y nulidad de matrimonio, y demás juicios relativos al Estado civil de las personas.

El supuesto primero se explica por sí solo y no merece ningún comentario especial, porque si se desea saber en qué casos dichas resoluciones no son recurribles, basta tan sólo correlacionarlas con el artículo 6º, esto es, cuando no hayan sido dictadas en apelación por un Tribunal Superior de Distrito Judicial y cuando no se encuentren dentro de la enumeración establecida en dicho artículo. En este sentido, lo mismo podríamos decir de los otros supuestos, pero éstos, en otro aspecto, sí podrían dar lugar a falsas interpretaciones, por lo que es conveniente referirnos a cada uno de ellos.

La ley habla de fallos que versen sobre intereses nacionales, provinciales o municipales, pero si nos remitimos a la Ley 61 de 1946, sobre organización judicial, veremos que como los Tribunales Superiores conocen en primera instancia de los negocios contenciosos en que figuran como parte la Nación y los Municipios (ord. 3, art. 120) la alzada se surte ante la Corte Suprema de Justicia (ord. 1, art. 76), resultando, en consecuencia, incompatible el susodicho ordinal 2º del artículo 5º de la Ley 86, en este supuesto, con el artículo 6º que determina que en materia civil el recurso de casación tendrá lugar contra resoluciones de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores.

Ante esta antinomia se podría dilucidar si se ha de conceder el recurso en estos casos, considerando dichas resoluciones como excepciones a la regla establecida en el artículo 6º, o, por el contrario, si en ningún caso se puede interponer. Nosotros creemos que no se trata ni de lo uno ni de lo otro, porque es posible que tratándose de negocios contenciosos en que tengan intereses la Nación o los Municipios sea viable el recurso, por excepción a la norma de carácter general contenida en el citado ordinal 3º del artículo 120 de la Ley 61, que resulta establecida en el ordinal 2º del artículo 250 de la propia Ley, que transcribimos a continuación:

"El juez ante quien se abra el juicio de sucesión es el competente para conocer tanto de la declaratoria de herederos, como de lo relativo a las diligencias de inventarios y avalúo de los bienes y el beneficio de separación de los mismos, todo lo cual, como también la demanda de partición si ésta fuere propuesta antes de que el juicio haya sido protocolizado, se seguirá bajo una cuerda. Mientras estuviere pendiente.....  
.....

Parágrafo: El interés que tengan la Nación o los Municipios no priva de competencia al Juez correspondiente."

D. Victor A. de León, Procurador General de la Nación y Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Panamá, comparte esta opinión y cree, además, que hay ocasiones en que las entidades dichas aparecen como interesadas en negocios de competencia voluntaria de los cuales toca conocer en segunda instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, debido a que la primera está a cargo de los Juzgados de Circuito. Sin embargo, agrega tan distinguido profesor que no ha encontrado en sus anotaciones personales, en los archivos de la Procuraduría ni en los Registros Judiciales dato alguno indicativo de que la Corte Suprema haya hecho pronunciamiento sobre la cuestión planteada (55).

En lo relativo a la mención que de los intereses provinciales hace la disposición comentada, carece de trascendencia jurídica en la actualidad. Esto se explica porque la Provincia no tiene, con arreglo a la Constitución vigente, el carácter de persona jurídica que le dió la de 1941, conforme a la cual estaba facultada para administrar bienes que fueran suyos y también para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Para terminar con el examen del ordinal 2º del artículo 5º, sólo falta referirnos a las resoluciones que versen sobre hechos relativos al estado civil de las personas.

Cuando el legislador estableció en el susodicho ordinal que el recurso de casación también puede ser interpuesto contra resoluciones que versen "sobre hechos relativos al estado civil de las personas; o que haya sido dictada en juicio de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio"; siendo el divorcio, la separación de cuerpos y la nulidad de matrimonios hechos relativos al estado civil de las personas, por cuanto que éste no es más que "la calidad permanente que ocupa un individuo en sociedad y que depende principalmente de sus relaciones de familia" (56); quiso enumerar expresamente, por su importancia, estas tres especies de procesos, aceptando en todo momento, que contra todas las resoluciones que versen igualmente sobre hechos relativos al estado civil de las personas se podía interponer el recurso, o, por el contrario establecer que únicamente eran susceptibles de casación aquellas resoluciones que versando sobre hechos relativos al estado civil de las personas, hubiesen sido dictadas en juicio de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio.

La cuestión planteada no deja de tener importancia, puesto que de aceptarse uno u otro criterio depende que contra otros fallos -los proferidos, por ejemplo, en juicios de filiación- se permita o no la interposición del recurso.

Nosotros nos inclinamos por el primer criterio, ya que de ser la intención del legislador el limitar, en estos casos, el número de resoluciones a las tres antes dichas, hubiera sustituido por el signo de puntuación coma el punto y coma colocado después del sustantivo "personas", y hubiera sustituido, a su vez, la conjunción disyuntiva "o" y el pronombre relativo "que", colocados antes del verbo "haya", por la conjunción condicional "siempre que", quedando el ordinal de esta manera: "Que la resolución verse sobre intereses.....; o sobre hechos relativos al estado civil de las personas, siempre que haya sido dictada en juicio de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, sin atenderse en estos casos a la cuantía." Confirman nuestra manera de pensar el hecho de que la Corte ha acogido y sigue acogiendo recursos interpuestos en contra de resoluciones que versan sobre hechos relativos al estado civil, que no han sido dictadas en juicio de divorcio, separación de cuerpos, ni de nulidad de matrimonio.

(55) Carta de 14 de marzo de 1956 remitida al autor por D. Victor A. de León.

## CAPITULO IV

### RESOLUCIONES IMPUGNABLES EN CASACION.

Aunque en principio debería concederse el recurso de casación contra todas las resoluciones pronunciadas con violación de la ley sustantiva o con quebrantamiento de las formas más esenciales del juicio, cualquiera que fuese la naturaleza del proceso y su cuantía, porque, como expresó la Comisión que elaboró el Código judicial colombiano de 1931, así se obtendría plénamente que un solo cuerpo supremo tuviese en sus manos el control sobre todos los órganos del Poder Judicial en orden a la interpretación de la ley, de modo de alcanzar por este medio la uniformidad en la jurisprudencia; en todos los países la política legislativa, por razones prácticas y económicas, ha limitado la conceción del recurso a determinadas resoluciones.

Dentro de nuestro sistema procesal la casación en materia civil se permite tan solo contra los fallos de segunda instancia dictados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en los casos taxativamente enumerados en el artículo 6º.

Inútil sería, por lo tanto, interponer el recurso en los asuntos en que debe conocer la Corte Suprema privativamente o como tribunal de apelación o consulta; e los Tribunales Superiores en primera instancia o en virtud de consulta, etc. etc. Que la resolución sea dictada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial en grado de apelación, es un requisito sine qua non para que el recurso pueda prosperar, y como entre nosotros no se ha adoptado el sistema de casación per saltum, imperante en Alemania, Francia e Italia, tampoco se puede llevar el fallo directamente en casación sin que se haya surtido la segunda instancia.

El artículo 6º al referirse a los casos en que se puede interponer el recurso contra las resoluciones de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores, los enumera como sigue:

1.- Cuando se trate de sentencias definitivas;

Al agregarse el adjetivo "definitivas" al sustantivo "sentencias" se ha incurrido en una redundancia, porque nuestro derecho positivo en lugar de clasificar las resoluciones judiciales en mere-interlocutorias, interlocutorias y definitivas, las denomina; providencias, autos y sentencias.

Según el artículo 546 del Código judicial, las providencias son de simple tramitación; son autos, los que determinan una cuestión incidental del proceso, o bien la principal del asunto, pero dejando acceso a la vía ordinaria para reparar el agravio que se haya sufrido; y, las sentencias son las que deciden definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia, o en recurso extraordinario y contra las cuales, una vez ejecutoriadas, no queda otro recurso que el de revisión o el de anulación en juicio separado, en los casos de ley.

No hay, pues, que perder el tiempo buscando cuales son las sentencias definitivas, porque todas las sentencias tienen este carácter.

Además del caso anterior, también se podrá interponer el recurso en los siguientes:

2.- Cuando se trate de autos que pongan término a juicios sumarios o especiales que no hayan tomado el carácter de ordinarios;

3.- Cuando se trate de autos que, en juicio ejecutivo, decidan excepciones, tercerías de dominio o excluyentes, o prelación de créditos, o aprueben o imprueben remates;

4.- Cuando se trate de autos que resuelvan oposiciones o tercerías de dominio o excluyentes en acciones de secuestro;

5.- Cuando se trate de autos que, por cualquier causa, pongan fin a ejecución de sentencias;

ca tan solo serviría para crear equívocos y oscuridad, porque, como observa en primer lugar, la inejecución de una norma procesal es un fenómeno completamente distinto al que se produce por error sobre la voluntad abstracta de una ley concerniente a la resolución controvertida, del cual resulta en la parte dispositiva de la misma una falsa aserción de la concreta voluntad de ley. En segundo lugar, para poder enmarcarlos dentro de la expresión genérica de "violación de ley", sería preciso demostrar que todos los errores in procedendo dan lugar al recurso como lo dan todos los errores in iudicando (en las tres formas de violación en sentido estricto: violación directa, interpretación errónea e indebida aplicación).

Pero, para el comentado jurista, dicha demostración resulta infructuosa ante el derecho positivo italiano que, como el nuestro, determina expresamente los errores in procedendo que constituyen motivo de casación, "en donde resulta que, mientras el motivo de casación existe, cuando se trata de errores in iudicando, por el solo hecho de que el juez haya errado en cuanto a la voluntad abstracta de la ley, cualquiera que sea el contenido de ésta, en el caso de error in procedendo la impugnación no se dá por la simple no coincidencia de la conducta del juez con la conducta que la ley le prescribía, sino por la excepcional gravedad de las consecuencias que esta irregularidad produce, en casos taxativamente determinados, sobre la constitución o sobre la marcha del proceso." Para Calamandrei, pues, es evidente además de necesaria la distinción del recurso, porque, mientras que en el recurso dado por errores in iudicando lo que se quiere defender es la exacta interpretación de cualquier precepto legal, en la casación por error in procedendo lo que se quiere no es afianzar la ejecución de cualquier norma procesal, ya que la mayor parte de las inejecuciones de ésta no dan lugar al recurso, sino de garantizar el provechoso desarrollo del proceso (60).

Para otro distinguido jurista italiano, Francisco Carnelutti, la fórmula tradicional de dividir los errores del juez en in procedendo e in iudicando, pese a que ha sido sometida a una larga y atenta elaboración, no ha mostrado su valor exacto (61).

-----  
 (60) Calamandrei, op. cit., t. II, págs. 259 y 260.

(61) "Hasta aquí se pensó -dice Carnelutti- que la diferencia entre el error en el juicio y el error en el procedimiento no era otra sino la de que la primera se refería a la causa y la segunda al efecto del error cometido por el juez; habría juicios falsos que bastaban de suyo para permitir la rescisión de la sentencia independientemente de su repercusión en el acto producido por ella; habría, por otra parte, ciertos actos cuya realización de modo distinto del querido por la ley constituiría un motivo de casación independientemente de la naturaleza del juicio a que se debían; según esta dirección, si los errores (en la solución de la cuestión) de fondo se trataban como errores de juicio, los errores de trámite podían afectar tanto al proceder como al juzgar; por ejemplo, el que hubiera decidido un juez incompetente se estimaba no tanto error in procedendo como in iudicando si la equivocación se producía por la solución de una cuestión de derecho relativa a la incompetencia. Este modo de plantear la distinción confundía su verdadero fundamento que no está sino en la profunda diferencia entre el trámite y el fondo, esto es, entre la conducción del proceso y la decisión de la litis o la administración del negocio, momentos de la actividad del juez que están en una relación de medio a fin; respecto a la cuestión de trámite lo que importa a los fines de la rescisión no es tanto por qué sino si no se ha seguido el iter señalado por la ley como el

Considera este autor, que no sólo se debe distinguir, en forma precisa, los errores in judicando como errores de juicio, de los errores in procedendo como errores de actividad, sino que ya es tiempo de añadir que los primeros se refieren solamente al fondo y los segundos al trámite, "por lo que un error de juicio no produce la casación si no se ha originado al resolver cuestiones de fondo mientras que en las cuestiones de trámite lo que importa es la desviación del procedimiento, la cual, si existe, da origen a la casación cualquiera que sea la naturaleza del error que la ha producido, y si no existe, nada importa el error en que se haya incurrido al dictar la solución." Y arriba a la novísima deducción de que "los errores de trámite que consisten, por lo tanto, no en un falso juicio en la solución de una cuestión de trámite sino en una desviación del procedimiento constituyen un motivo de casación porque estando destinado el régimen del proceso a garantizar la justicia de la decisión son un síntoma de su injusticia y por ello hacen conveniente la rescisión de la sentencia." Y agrega más adelante: "A diferencia del error de trámite, el error de fondo no es un síntoma sino una causa de la injusticia de la decisión...." (62)

Ante el criterio de Carnelutti, y sin negar la exactitud de su punto de vista, observa de la Plaza que, como en el fondo, coincide en muchos extremos con el más conocido y claro, prefiere partir de la distinción, ya clásica en la doctrina procesal, entre los vicios in judicando e in procedendo (63).

Y si nosotros, por nuestro lado, imitando a de la Plaza tomamos la doctrina clásica como punto de partida para examinar el texto de la Ley 86, observaremos que en esta materia nuestro legislador actuó con tino y acierto. La dogmática panameña coincide plenamente con la doctrina al separar los motivos de casación por infracción de ley, de los de casación por quebrantamiento de forma. Sistema éste muy superior al seguido en otras legislaciones que, al agruparlos todos juntos, toca a la doctrina y a la jurisprudencia establecer la distinción entre unos y otros.

#### A) Errores "in judicando".

Siguiendo la tesis que considera la resolución impugna-

-----

más apropiado para la obtención de su fin; en cuanto a las cuestiones de fondo, no se puede pretender lo mismo, esto es, que sólo la no obtención del fin sea lo relevante, porque si hubiera que indagar también si la decisión ha sido justa y, por ende, cuál hubiera debido ser el juicio rescindente se convertiría en escisorio y la apelación no sería ya limitada; lo que interesa, pues, en las cuestiones de fondo es si al resolverlas se ha incurrido en algún error." Ver Instituciones...., op. cit., págs. 455 y 456.

(62) Carnelutti, Instituciones...., op. cit., págs. 455, 456 y 461.

(63) De la Plaza, La casación...., op. cit., pág. 152.

da como un silogismo, donde la premisa mayor la constituye la norma jurídica, la menor el caso particular concreto o la "subsunción del hecho en la norma o bajo la norma", y la conclusión el fallo, la doctrina ha clasificado los vicios o errores in judicando en la siguiente forma:

a) Errores cometidos en la premisa mayor:

Por la naturaleza de los mismos Calamandrei los divide en dos, a saber:

1.- Los que se relacionan con la validez o con la existencia, en el tiempo o en el espacio, de una norma jurídica, que se producen en todos los casos en que el juzgador ignora la existencia o niega el reconocimiento jurídico de la norma en vigor, o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca en vigor. A este caso se le suele llamar "violación de ley" en sentido estricto, o "violación directa", según la terminología empleada por nuestra ley.

El error de derecho en la apreciación de la prueba puede dar lugar a esta clase de infracción.

2.- Los que se relacionan con el contenido o con el significado de la norma jurídica, que se produce cuando el juzgador, no obstante haber reconocido la existencia y la validez de la norma aplicable al caso, se equivoca en su interpretación. Nuestro derecho contempla este supuesto cuando afirma en el artículo 9º de la Ley de Casación que la interpretación errónea constituye infracción de la ley sustantiva.

Como en el caso anterior, el error de derecho en la apreciación de la prueba también puede dar lugar a esta clase de infracción.

b) Errores cometidos en la premisa menor:

Al igual que los errores producidos en la premisa mayor se pueden dividir en dos:

1.- Los que se relacionan con la calificación o definición del caso particular concreto, y se verifican, según Calamandrei, "en todos aquellos casos en que el juez al llevar a cabo la "diagnosis" jurídica de los hechos constatados, yerra al escoger entre las circunstancias de hecho aquellas que tienen trascendencia de derecho, y al sacar de su reunión la noción del instituto jurídico, bajo el cual el caso particular concreto puede hacerse entrar." (64)

2.- Los que inciden en la relación que debe existir entre el caso particular concreto y la norma jurídica, y se producen en todos los casos en que el juzgador se equivoca al discernir sobre la relación de semejanza o de diferencia que debe vincular al caso particular concreto con el supuesto de hecho contemplado en la norma jurídica. A esta clase de error se refiere nuestra ley cuando determina que la ley sustantiva puede ser infringida por indebida aplicación al caso del pleito.

c) Errores cometidos en la conclusión:

Los errores que el juzgador comete en la conclusión, ya no se pueden reputar como errores de derecho sino más bien co-

---

(64) Calamandrei, op. cit., t. II, pág. 291.

mo errores de lógica errores de razonamiento. La razón de ello obedece a que la conclusión a la cual se arriba de deriva de las premisas sentadas. Sin embargo, "por algún autor -expresa Calamandrei- se habla también de un error de derecho en la conclusión, que se verificaría cuando el juez, después de haber interpretado correctamente la norma en su significado abstracto, y después de haber establecido correctamente que el caso particular concreto jurídicamente calificado coincide con el hecho específico previsto por una norma jurídica, se abstiene, en el momento de concluir, de sacar las consecuencias lógicas de estas premisas, en cuanto en su decisión no declara como verificados aquellos efectos jurídicos que la norma jurídica atribuye al hecho específico." (65)

B) Errores "in procedendo".

De la lectura del artículo 13º que enumera taxativamente los errores in procedendo que dan lugar al recurso se colige que éstos pueden ser agrupados, alterando la sistemática de la ley, en la siguiente forma:

a) Errores cometidos en la constitución de la relación procesal, que se dan, entre nosotros, cuando la resolución es dictada por un tribunal incompetente (ord. 1º); por carencia de jurisdicción, improrrogable en el tribunal sentenciador, salvo el caso de ratificación cuando ésta sea permitida (ord. 8º); por haberse abstenido el tribunal de conocer en asunto de su competencia (ord. 9º); por ilegitimidad de la personería (ord. 10); y por falta de notificación de la demanda (ord. 10º).

b) Errores cometidos en el desenvolvimiento de la relación procesal. A esta especie se refiere el ordinal 10º al establecer que la casación en la forma tiene lugar en materia civil por haberse omitido algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley.

c) Errores cometidos en la fase de decisión. Estos motivos son subdivididos por Calamandrei en la siguiente forma:

1.- Defectos en la actividad de los órganos judiciales dirigidos a la formación del contenido de la decisión, que se clasifican en:

a') Inejecución de preceptos procesales que regulan la composición personal del órgano juzgador: por estar integrado el tribunal en contravención de lo dispuesto por la ley (ord. 1º); por haber sido pronunciada la resolución con la concurrencia de un magistrado legalmente impedido o cuya recusación estuviere pendiente o hubiera sido declarada legal por un tribunal competente (ord. 2º); y, por haber sido acordada en el tribunal respectivo por menor número de votos o pronunciada por menor número de magistrado que el requerido por la Ley (ord. 3º).

b') Inejecución de preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad de decisión; por no estar la resolución en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, ya porque se resuelva sobre punto que no ha sido objeto de la controversia o se deje de resolver sobre alguno de los que lo hayan sido, o se condene a más de lo pedido, o no se falle sobre alguna de las excepciones alegadas, si fuere el caso de hacerlo (ord. 4º); por haber sido dictada contra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que esta excepción se hubiere alegado oportunamente en el juicio (ord. 5º); y, por haber sido dada en apelación ilegalmente concedida o legalmente declarada desierta, prescrita o desistida (ord. 7º).

2.- Defecto en la actividad de los órganos judiciales dirigidas a dar forma de acto escrito al contenido de la decisión.

El único caso contemplado en el artículo 13 es el ordinal 6º; por contener la decisión, en su parte resolutive, disposiciones contradictorias.

### RIGOR FORMAL.

Vale la pena traer a nuestras páginas el rigor formal o el carácter eminentemente ritualista que campea en la casación y que se manifiesta precisamente con mayor relevancia en los motivos.

Para que el recurso pueda alcanzar su finalidad requiere que el debate se circunscriba a los vicios que infringen la resolución impugnada, y por ello es que el artículo 17º de la Ley establece en términos precisos y claros los requisitos que debe contener el escrito. Así lo ha reconocido la jurisprudencia y en la sentencia de 21 de febrero de 1944 (66), la Corte expresa: "La generalidad de los litigantes parecen haber perdido de vista que el recurso de casación es de un carácter absolutamente ritualista, formulista diremos para ser mejor comprendidos, y que para prosperar requiere, por lo mismo, la observancia completa y metódica de

las reglas señaladas por el legislador. Esas reglas no son arbitrarias. Tienen un fundamento lógico en perfecta armonía con la índole del recurso, pues tienen como finalidad que el debate que suscita su interposición se concrete ceñidamente a los defectos que vicien la sentencia recurrida, puesto que ese es su objetivo. Tienden, pues, a que queden señalados con precisión y exactitud los puntos que deben servir de base para juzgarla, demarcando así el radio de acción de las partes y dentro del cual deben mantenerse tanto ellas como el tribunal de la causa. La decisión de ésta tiene obligadamente que referirse de manera única y exclusiva a esos puntos y le está prohibido por ese motivo tomar en consideración otros distintos. Por lo mismo toda gestión que, adrede o involuntariamente, se encamine a convertir la casación en una tercera instancia, y toda irregularidad en el procedimiento que pueda conducir a ese extremo, la daña y la hace perder lo que es de su esencia misma, puesto que coloca al tribunal de la causa en situación de no poder cumplir con la necesaria eficacia su cometido, que es el de corregir los defectos de que adolezca la sentencia, sin reabrir en su totalidad la causa en que recayó.

### LOS MEDIOS NUEVOS EN CASACION

Según doctrina constante de la Corte Suprema los hechos que no fueron materia de debate en las instancias del proceso están al margen de la casación. Esto obedece al carácter extraordinario del recurso que impide que los medios nuevos sean admisibles.

En efecto, cuando la Corte Suprema, como tribunal de casación, entra a conocer los puntos que le han sido expresamente sometidos y que constituyen causales de casación, a fin de determinar si el órgano jurisdiccional que dictó el fallo ha incurrido en errores de fondo o de forma, o, por el contrario, si ha aplicado correctamente tanto la ley sustantiva como la adjetiva, es obvio que la discusión ha de versar sobre extremos que fueron objeto del debate de instancia. "Para que una cuestión cualquiera pueda ser alegada como motivo de casación -ha dicho la sentencia de 3 de mayo de 1938- es indispensable que ella haya sido materia del debate en la primera y en la segunda instancia, porque sería absurdo atribuirle errores en la aplicación del derecho a un tribunal, en relación con puntos que no estuvieron sometidos a su consideración y respecto de los cuales nada pudo decidir, por esa misma circunstancia. El silencio guardado en una resolución acerca de cuestiones no planteadas ni discutidas antes, no constituye error de derecho que pueda dar lugar a recurso de casación en el fondo y ni siquiera es alegable para el mismo recurso en la forma." (67)

Pero dice de la Plaza que no hay que exagerar las deducciones de este principio fundamental, y que por eso es que Garsonnet solamente considera cuestiones nuevas en casación, las que no fueron sometidas en ninguna de las dos instancias del juicio o las que no se hubieren reproducido en la segunda, consintiendo así el pronunciamiento de la primera. Y, a la inversa, no se pueden reputar como cuestiones nuevas, las que sometidas a los jueces de instancia, se vuelven a presentar en casación bajo distinto aspecto; y las que, sin cambiar la controversia, se fundamentan en casación en normas legales que no se citaron ante el Tribunal a quo; y las que tienen relación estrecha y directa con el fallo recurrido, o implícitamente pueden estimarse comprendidas en él (68).

(67) Registro Judicial nº 5 de 1938, pág. 470.

(68) De la Plaza, La casación..., op. cit., pág. 161.

En estos supuestos, cabe agregar, las cuestiones invocadas o los medios alegados no pueden conceptuarse nuevos en el fondo, ya que si algo tienen de nuevo no es más que el argumento, la forma de presentarlo, puesto que estaban implícitamente propuestos, y tienen por fundamento los hechos expresamente sometidos a la consideración de los tribunales de instancia. Se trata, por ende, de "nuevos argumentos de la cuestión jurídica", puesto que el juez a quien se ha confiado la decisión de la controversia está en la obligación de estudiar y averiguar todos y cada uno de sus aspectos jurídicos, y de determinar y declarar los preceptos legales a aplicar, de manera que si no lo hiciera, muy bien puede el recurrente aducir ante el Tribunal de casación aquel aspecto omitido, o norma legal que, aunque el recurrente no se apoyó en ella, debió servir de fundamento al fallo en virtud del principio jura novit curia, ya que esto no puede ser considerado como una cuestión nueva.

A pesar de lo expuesto, hay extremos que aunque no hayan sido propuestos ni debatidos en las dos instancias del juicio no se consideran como cuestiones nuevas. Nos referimos a los que afectan al orden público, o mejor dicho, a los medios de orden público. La razón de ser de esta excepción obedece a que los derechos amparados por las leyes de esta naturaleza, han sido otorgados, mas que en interés de los particulares, teniendo en miras el interés de la comunidad. Y cuando estos son vulnerados no sólo surge como un imperativo social la necesidad de conceder al litigante lesionado la facultad de hacerlos valer en cualquier estado de la causa, y aun ante la Corte de casación por primera vez, sino que el mismo juzgador está obligado a conocerlos de oficio, pues el orden público, como una autoridad soberana, así lo exige.

La Corte Suprema ya se ha pronunciado sobre esta cuestión y en la sentencia civil de 27 de abril de 1948 dice "...es sabido que en este recurso extraordinario no tienen cabida los medios nuevos, es decir, aquellos que el recurrente omitió presentar en las instancias del juicio, a menos que, como expresa Faye, la ley le haya impuesto expresamente su examen de oficio, por un interés de orden público." (69)

Sin embargo, hay que tener presente que para que los medios de orden público no se consideren como cuestiones nuevas, o mejor dicho, para que constituyan una excepción al principio general que establece que los medios nuevos no son admisibles en casación, es preciso que se refieran a cuestiones de derecho, o que emerjan de hechos aducidos en el proceso o de elementos probatorios presentados en el mismo, porque de tenerse que analizar, para que pueda ser evidenciado, nuevamente los hechos o si se tienen que practicar nuevas pruebas, entonces estaríamos en presencia de cuestiones nuevas.

## CAPITULO VI

### LOS ERRORES "IN JUDICANDO".

En materia civil, dice el artículo 9º, el recurso de casación en el fondo tiene lugar respecto de las sentencias y de los autos de que trata el artículo 6º, pronunciados con infracción de la Ley sustantiva, ya sea directa la violación, ya sea efecto de una interpretación errónea de la misma Ley, ya indebida aplicación de ésta al caso del pleito, siempre que tal infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia o auto. El error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y el de derecho en la apreciación de ella implica violación de la Ley sustantiva, termina diciendo el susodicho artículo.

Para poder estudiar debidamente cada una de las distintas modalidades como se puede infringir la Ley sustantiva, vamos a delimitar el alcance de ésta, no sin antes determinar el concepto que la jurisprudencia le ha dado a la "ley" en casación.

#### CONCEPTO DE LEY EN CASACION.

En esta materia es donde nuestra jurisprudencia se ha separado radicalmente del derecho extranjero, porque mientras que en la mayoría de los países se comprende dentro del concepto de "Ley", no tan sólo a las normas jurídicas que adquieren esta categoría por haber sido expedidas por el órgano competente, mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas (Ley en sentido estricto), sino que también lo han hecho extensivo a otras normas o principios que por su importancia, características y vigencia merecen situarse al lado de éstas, como la costumbre, los principios generales de derecho, la doctrina legal, etc., nuestra Corte Suprema, siguiendo un criterio limitativo o restrictivo ha establecido que "la expresión" Ley o leyes", debe entenderse por cada precepto u ordenamiento legal, o, por artículo o artículos que el recurrente considere violados en la respectiva sentencia o auto, contra el cual se recurre. En otros términos, -agrega- la frase "ley o leyes" debe concebirse como sinónima de precepto u ordenamiento legal." (70)

La sentencia civil de 27 de agosto de 1947, por su parte dice: "Al respecto, cabe observar que nuestro sistema de casación es diferente del español, en cuanto la doctrina de la Corte no constituye infracción acusable. Además, los principios generales de jurisprudencia, las opiniones de los tratadistas, y los textos de Convenciones o Tratados Públicos, cuyo vigor y observancia legal no se acreditan, no pueden alegarse en casación como infracciones, puesto que el juzgador funda sus decisiones en las normas de la legislación positiva vigente, única fuente de infracción que puede invocar el recurrente en casación." (71) Y para disipar cualquier duda que pudiera subsistir, ha dicho el ex-Presidente de la Corte, Dr. de la Guardia, que infracción de ley entraña violación de una disposición precisa de la ley, no de reglas generalizadas de derecho, ya sean aforismos comunes o normas

-----  
(70) Registro Judicial nº 2 de 1941, pág. 9.

(71) Goytía, op. cit., pág. 34.

tradicionales o principios de doctrina sentados por la jurisprudencia (72).

La doctrina establecida por la Corte Suprema, en este aspecto, parece haber tenido como criterio inspirador la casación como fué instituida por la Asamblea Constituyente francesa. Pero si bien en aquel entonces se justificaba que se considerase tan sólo como violación de ley, la infracción de una disposición expresa que tuviera este carácter por su expresión formal, ya que lo que se quería con el recurso era "mantener la supremacía de la Ley, como un homenaje al principio político de separación de los poderes", con el correr de los años tal postura resulta arcaica, sobre todo, si se tiene en cuenta la evolución que ha experimentado la teoría de las fuentes de derecho y los principios de interpretación.

Los precedentes sentados por nuestro máximo tribunal de justicia son, a todas luces, inconciliables con el artículo 13º del Código civil que ordena a los jueces y magistrados que, a falta de ley exactamente aplicable al punto controvertido y que regulen casos o materia semejantes, deben aplicar, en su orden, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho y la costumbre, cuando sea general y conforme con la moral cristiana.

Al no decirnos el Código judicial ni la ley de casación lo que debe entenderse por ley, lo lógico y acertado hubiera sido darle el sentido amplio de norma que adquiere este carácter jurídico por determinadas circunstancias, y que el Código civil se ha encargado de enumerar, porque no estando integrado el ordenamiento jurídico nacional exclusivamente por normas de derecho escrito, que son a las que hace alusión la jurisprudencia cuando habla de "precepto u ordenamiento legal" o de "artículo o artículos", sino también por otras de derecho no escrito, no es posible concebir que estas últimas no caigan bajo la función de control sobre el control que ejerce la Corte, como tribunal de casación, ya que sería inaudito discurrir que el Estado no tiene ningún interés en fiscalizar la actividad de los jueces y magistrados cuando aplican, por ejemplo, las reglas generales de derecho y la costumbre.

Después de exponer estas consideraciones previas fijemos, más concretamente, las disposiciones nacionales que tienen el carácter de ley en casación.

#### NORMAS QUE INTEGRAN LA LEGISLACION POSITIVA.

Dentro de nuestro derecho integran la legislación positiva diversas especies de normas jurídicas, a saber: La Constitución, las leyes, los decretos-leyes y los decretos.

##### a) La Constitución.

La Constitución ha sido definida como un sistema de instituciones políticas fundamentales que un constituyente, intérprete de la voluntad popular, ha establecido para regular la vida y el desarrollo de un determinado país (73). Ella señala y determi-

(72) De la Guardia, op. cit., pág. 14.

(73) Moscote, José D.- El Derecho constitucional panameño. En Anuario de Derecho, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Año 1, nº 1, pág. 59. Panamá, mayo 1955-enero 1956.

na las funciones de los distintos órganos mediante los cuales se ejerce el Poder Público, consagra los derechos y deberes individuales y sociales, los derechos políticos, reglamenta la Hacienda Pública, sienta las bases de la economía nacional, etc., por lo que podemos aventurarnos a afirmar que es la carta fundamental que estructura política, económica y socialmente al Estado.

Colocada en el lugar más elevado del ordenamiento jurídico, las demás normas están subordinadas a ella y no pueden vulnerarla por razones de fondo ni de forma, y para hacer efectiva su magna jerarquía se le ha confiado a la Corte Suprema de Justicia la guarda de su integridad.

A pesar de que la Corte forma parte del Órgano Judicial, cuando, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 167<sup>o</sup>, decide acerca de la exequibilidad de los proyectos de ley o de una reforma constitucional objetados por el Ejecutivo como inconstitucionales, o acerca de todas las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos impugnados ante ella por cualquier ciudadano por la misma causa, no actúa como órgano de la jurisdicción, sino que se reviste de la naturaleza o calidad de un super-organismo de Derecho Público que, estando colocado por encima de los demás Órganos del Estado, tiene por finalidad obligar a éstos a la fiel observancia de sus preceptos.

Como nada impide, y ha sido práctica admitida, que, a falta de leyes que desarrollen principios constitucionales, los litigantes apoyen sus pretensiones en artículo o artículos de la Constitución, y, aún sin esta circunstancia, como los tribunales están obligados a acatar la Carta fundamental, tenemos que cuando una sentencia o auto, de los que trata el artículo 6<sup>o</sup> de la Ley 86, es proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial con violación del texto de esta ley de leyes, dicha resolución, además de ser inexecutable, por lo que se podría interponer el recurso de constitucionalidad ante la Corte Suprema, podría, a su vez, ser recurrida en casación ante la misma corporación (actuando, ya no como órgano de Derecho público, sino como tribunal de casación), por infringir una norma de derecho escrito de nuestro ordenamiento legal, aunque, a nuestro modo de ver, el camino más seguro que debe escoger el recurrente es el primero.

#### b) Las leyes y los decretos-leyes.

Hay que distinguir, en primer lugar, entre la ley en sentido formal y la ley en sentido sustancial. La primera es la voluntad soberana que, mediante la tramitación que la Constitución señala, emana del Órgano Legislativo. La segunda es sencillamente toda norma jurídica o, como dice Chiovenda, la constitución de normas jurídicas. Desde ya podemos establecer una diferencia fundamental entre ambas consistentes en que mientras que la primera exige como requisito sine qua non el haber sido expedida por la autoridad competente mediante la tramitación correspondiente, con la segunda basta con que llegue a alcanzar la categoría de norma jurídica sin importar, en lo absoluto, si ha emanado de otra autoridad o de la misma sociedad.

Las leyes formales, en términos generales, son igualmente sustanciales por su contenido. Sin embargo, no con poca frecuencia encontramos algunas que por no tener este carácter obligan exclusivamente a la administración --como las que ordenan la construcción de un monumento--, y por ello no están relacionadas con la organización jurídica.

En síntesis, las leyes formales que obligan y vinculan la actividad de los Órganos jurisdiccionales, son las que, a su vez, son sustanciales, y según la jurisprudencia reiterada de la Corte solamente la infracción de éstas dan lugar a la casación.

Una violación de ley meramente formal o meramente sustancial no será, por ende, susceptible del recurso (74).

Mas como puede observarse, hemos situado las leyes y los decretos-leyes en el mismo nivel. Esto obedece a que en nuestro derecho los decretos-leyes son en esencia verdaderas leyes. Se diferencian tan sólo en que estas últimas son expedidas por la Asamblea Nacional, y aquellos por el Ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias que le son concedidas por el Legislativo.

Los decretos-leyes son leyes por delegación que pueden modificar, derogar o subrogar leyes y decretos-leyes expedidos con anterioridad. Solamente hay una ley que debe ser respetada por el decreto-ley; la que le confiere al Ejecutivo las facultades extraordinarias en virtud de la cual es proferido.

Cuando la ley de casación se refiere a "ley o leyes", deben considerarse comprendidos, por consiguiente, los decretos-leyes.

### c) Decretos.

Finalmente, encontramos a los simples decretos que, por su contenido, no en pocas ocasiones también obligan y vinculan la actividad de los órganos jurisdiccionales. Los decretos que no son más que reglas proferidas por el Ejecutivo en virtud de su potestad reglamentaria para el mejor cumplimiento o ejecución de las leyes, no pueden vulnerar la Constitución ni las leyes, y su infracción en juicio da lugar al recurso de casación.

---oOo---

Habiendo fijado el concepto de ley en casación a aquellas normas de derecho escrito que, por su contenido, obligan y vinculan la actividad de los órganos jurisdiccionales (Constitución, leyes, decretos-leyes y decretos), huelga decir que para los efectos de este medio de impugnación extraordinario no tienen el carácter de ley otras normas de derecho no escrito como la costumbre, las reglas generales de derecho y las máximas de experiencia. En lo que respecta a la doctrina legal, pudimos advertir al estudiar los fines del recurso que su infracción no es acusable en casación, porque de conformidad con el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 86, los tribunales no están obligados a aplicarla.

Lo dicho hasta ahora, si bien nos da una idea clara de la postura de la Corte Suprema en esta materia, no es suficiente, porque como la jurisprudencia suele referirse a artículo o artículos de las normas de la legislación "positiva y vigente", cabe preguntar: ¿qué papel desempeñan en el recurso los tratados internacionales, el derecho extranjero, el derecho antiguo y el derecho nuevo? Por la importancia y el interés que despierta la contestación de esta pregunta, vamos a estudiar cada caso en particular.

---

(74) Estima Chiovenda, que "una ley de naturaleza meramente formal, que por excepción constituyese o modificase relaciones jurídicas, debería ser aplicada por el juez, y la aplicación hecha por él podría censurarse en casación." Tal ocurre, agrega, con las leyes que aprueban contratos que afectan a administraciones públicas. Ver: Principios...., op. cit., t. I, págs. 478.

### A.- Tratados Internacionales.

El Estado, en virtud de su soberanía que se manifiesta, en el orden exterior, en la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales, puede celebrar Convenios y Tratados Públicos con las demás naciones del orbe. Dichos Convenios y Tratados, a pesar de que forman parte del derecho nacional, por su condición especial de normas supra-nacionales, se encuentran por encima de las otras normas del derecho nacional y no pueden ser actuadas por los órganos de la jurisdicción.

Sin embargo, como pueden presentarse casos en que la aplicación de preceptos jurídicos internos esté condicionada a lo estipulado en acuerdos internacionales, los tribunales del Estado al determinar, en vía prejudicial, la existencia y el contenido de los mismos podrían incurrir en errores que serían censurables en casación. Por ello la sentencia de 27 de agosto de 1947 dice que los textos de Convenciones o Tratados Públicos, cuyo vigor y observancia legal se acrediten, pueden alegarse en casación como infracciones.

En lo que no estamos de acuerdo con el fallo anterior es con la obligación que impone al litigante de acreditar el vigor y la observancia de los mismos, puesto que siendo éstos parte del derecho nacional, deberían ser conocidos por el juzgador, por lo que se debía de relevar al litigante de su probanza, pues, la sola cita de ellos es más que suficiente.

### B.- Derecho Extranjero.

Es conveniente anotar, como aclaración previa, que la República de Panamá concurrió a la sexta Conferencia Panamericana celebrada en La Habana, y que por Ley nº 15 de 26 de septiembre de 1928 ratificó el Código de Derecho Internacional Privado, suscrito en esa convención el 13 de febrero del mismo año, cuyo artículo 412º está redactado así: "En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional." (75)

(75) Según el artículo 413 del Código citado, serán aplicables al recurso de casación las reglas establecidas en el Capítulo Segundo del Título Séptimo, aunque el juez o tribunal inferior haya hecho ya uso de ellas. Estas reglas son las siguientes:

- 1.- Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que se refiere el Capítulo Segundo del Título Séptimo (art. 408).
- 2.- La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante la certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada (art. 409).
- 3.- A falta de prueba o si el juez o tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable (art. 410).

Tratándose, pues, de leyes de los estados que han aprobado y ratificado el Código de Bustamante (76), como comúnmente se le ha llamado en honor del ilustre internacionalista cubano, ya desaparecido, D. Antonio Sánchez de Bustamante, no se presenta ninguna dificultad, puesto que sus infracciones permiten la interposición del recurso en los mismos casos y condiciones señalados para el derecho nacional.

Las dificultades comienzan a surgir cuando se trata de determinar si contra las infracciones de leyes extranjeras, pertenecientes a los demás estados, se puede interponer el recurso. De toda la jurisprudencia que hemos tenido la oportunidad de revisar, no hemos encontrado ninguna que se refiera a la cuestión planteada, por lo que se hace necesario entrar en una serie de disquisiciones, a fin de arribar a una conclusión cierta,

El derecho positivo panameño, como el de los demás países, fija los límites dentro de los cuales los tribunales de justicia deben reconocer y aplicar el derecho extranjero. Pero cuando los jueces, en atención a los principios de derecho internacional privado contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, actúan el derecho extranjero, lo aplican, como anota con acierto Chiovenda, como derecho nacionalizado y no como derecho extranjero; "el reconocimiento del derecho extranjero consiste en que estas normas abstractas de aplicación hagan posible un número indeterminado de voluntades concretas de la ley interior, las cuales asumen su contenido del derecho extranjero; pero la voluntad que el juez actúa sólo puede ser voluntad del Estado del cual es órgano." (77)

Más para que se pueda aplicar el derecho extranjero es necesario que se pruebe su existencia y vigencia, ya que éste constituye una excepción al principio de que el derecho no es objeto de prueba. En virtud del artículo 1º del Código civil, la ley nacional se presume conocida, por lo que obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros, residentes o transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, su ignorancia no sirve de excusa. Pero no existe ninguna disposición que haga extensivo este principio del conocimiento de ley al derecho extranjero.

Pese a que corrientes doctrinales conceptúan que en cier-

-----

4.- Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiera y que deberá proceder de su Tribunal Supremo, o del Ministerio Fiscal, de las Secretarías o Ministerio de Justicia (411).

(76) Estuvieron representados en esa conferencia las Repúblicas de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

(77) Chiovenda, Principios..., op. cit., t. I. pág. 372.

tos casos el derecho extranjero no debe ser objeto de prueba (78), como los jueces no están obligados a conocerlo la jurisprudencia le ha dado el carácter de hecho, y como tal debe ser probado por el litigante que pretenda apoyarse en él.

Presentándose, por lo tanto, el derecho extranjero como una cuestión de hecho, podría censurarse en casación por las modalidades contempladas en el inciso segundo del artículo 9º, o sea, por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y de derecho en la apreciación de la misma. Por ello, la doctrina jurisprudencial española, afirma de la Plaza, ha dicho "que el problema de la aplicación de la ley extranjera es una cuestión de hecho que, como tal, exige prueba, y sólo, alrededor de ella, puede combatirse en casación; o, lo que es lo mismo, que únicamente, por la vía del número 7º del art. 1692 (de la Ley de enjuiciamiento civil), es dado impugnar con eficacia la aplicación de la ley extranjera; más no al amparo del núm. 1º del mismo artículo, esto es, por infracción, en cualquiera de sus formas, de la norma de Derecho extranjero." (79)

Es evidente que no sólo la jurisprudencia española, sino que la mayoría de los autores están de acuerdo en sostener que la violación del derecho extranjero no es recurrible, puesto que ésta "no afecta a la unidad de la interpretación del derecho nacional." Sin embargo, nosotros estimamos que sería aventurado afirmar que en ningún caso la infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley extranjera puede ser impugnada en casación, porque la causal de violación de ley sustantiva muy bien puede prosperar, toda vez, en puridad de verdad, no es el derecho extranjero el que ha sido vulnerado sino el nacional, puesto que cuando el derecho interno ordena aplicar una ley extranjera y esta es infringida, el motivo de la causal proviene del desconocimiento de la ley nacional, que mandaba aplicar correctamente la extranjera.

Esto, aunque un poco sutil, no deja de ser cierto y Faye ratifica esta manera de pensar, cuando dice:

"La Corte de casación no ha sido instituida sino para la conservación de la ley francesa escrita. Hemos visto, en consecuencia, que una sentencia no puede ser casada por violación de una ley extranjera... Hay, sin embargo, casos en que la ley francesa ordena con-

(78) "Así como los tribunales citan a diario leyes extranjeras y autores nacionales o foráneos, de oficio, como respaldo a sus doctrinas y sentencias, sin que los litigantes hayan establecido ante ellos su existencia, en la misma forma deben los juzgadores aplicar la ley extranjera que conocen, sin que puedan eludir su cumplimiento so pretexto de que no fué demostrado en el curso del juicio." Ver Pérez Vives, op. cit., pág. 71.

Si la disposición extranjera se contiene en una publicación oficial, rodeada de todas las garantías precisas para tenerla como auténtica, ni es preciso probar lo que, por medio tan inequívoco, es patente, ni debe de requerirse como necesaria la aportación del texto legal, que el juzgador puede y debe procurarse por sí. "Ver de la Plaza, La casación...., op. cit., págs. 180 y 181.

(79) De la Plaza, La casación..., op. cit., pág. 180.

formarse a la legislación extranjera, sobre todo en lo que concierne a la forma de los actos, o bien cuando un tratado internacional prescribe su aplicación. Aun en estos casos, no pertenece a la Corte de casación verificar el texto de la ley extranjera e interpretarlo, SINO SOLAMENTE AVERIGUAR SI LA INTERPRETACION DADA POR EL JUEZ -que debe aceptarse como una apreciación soberana- ha sido hecha CON LA INTENCION DE APLICAR LA LEY EXTRANJERA EN LA FORMA QUE LA LEY FRANCESA LE ORDENO COMO UN DEBER SUYO." (80)

En conclusión, la infracción de una ley extranjera daría lugar a la interposición del recurso, si se aduce como motivo de la causal la violación de alguna de las disposiciones nacionales que consagran los principios fundamentales de derecho internacional privado, y que sirvieron de base al juzgador, para poder aplicar el derecho extranjero.

### C.- Derecho Antiguo.

Las cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho antiguo corresponden al estudio de los efectos de la ley en cuanto al tiempo, y nos saldríamos de los marcos de este trabajo, si entráramos a analizar las diferentes teorías que en torno a las mismas han sido expuestas, o a determinar los casos en que en nuestro derecho opera la ficción de supervivencia de la ley o la de preexistencia. Por ello, bastenos decir que, para los efectos de la casación, son impugnables las infracciones de preceptos jurídicos no vigentes, en aquellos casos en que las relaciones jurídicas están todavía reguladas por los mismos. En estos supuestos el derecho antiguo tiene el carácter de norma de derecho vigente.

Esta es la razón por la cual el ordinal 1º del artículo 5 estatuye que para que el recurso de casación pueda ser interpuesto es indispensable que la resolución contra la cual se interpone se funde o haya debido fundarse en leyes que rijan o hayan regido en la República a partir de la vigencia del artículo 147 de la Constitución Nacional de 1904 o en leyes del extinguido Estado Soberano de Panamá, que sean idénticas, en su esencia, a las nacionales que estén en vigor.

### D.- Derecho Nuevo.

Derecho nuevo es aquél que es promulgado después de dictado el fallo recurrible. La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre si su infracción es censurable en casación.

Sobre este particular, existen dos corrientes: la que rechaza la posibilidad de interponer el recurso por considerar que el juzgador no ha podido violar una disposición legal no vigente en el tiempo de proferir su resolución; y la que sostiene la viabilidad del recurso, alegando que si bien es cierto que el juez no pudo infringir el derecho al momento de dictar su pronunciamiento, esto no tiene importancia, porque la casación no pretende corregir errores imputables al juzgador, sino resoluciones actuales y objetivamente contrarias al derecho vigente en el momento en que se decide el recurso.

Para Prieto Castro, "parece más acertado -a falta de doctrina jurisprudencial- seguir el primer criterio y, por consiguiente, negar la casación por infracción del derecho nuevo, pero no tanto por lo que en sí lleve de exacto el razonamiento en que tal criterio se funda, como porque el segundo punto de vista exagera la finalidad de la casación, que se cumple con la salvaguardia del de-

---

(80) Faye, citado por Pérez Vives, op. cit., pág. 71.

recho objetivo que el Juez estaba obligado a aplicar al tiempo de dictar su fallo." (81)

A pesar del respeto y la consideración que nos merece el criterio de tan distinguido procesalista español, diferimos de su manera de pensar, porque, en nuestra opinión, lo que debe interesar a la casación es que el fallo no sea contrario al derecho existente al momento de quedar ejecutoriado, y si bien es cierto que en el tiempo de ser expedido se conformaba a la ley vigente, no podemos decir lo mismo en el tiempo en que debe cumplirse y que llega a ser obligatorio. Contra las resoluciones judiciales que en el momento de quedar ejecutoriadas vulneren el derecho objetivo debe permitirse la casación, porque no hay razón ninguna para pensar que el Estado no está interesado en mantener la integridad del derecho nuevo.

#### LEY SUSTANTIVA Y LEY ADJETIVA.

Habiéndose fijado los límites que la jurisprudencia en casación ha dado al concepto de "ley", refirámonos ahora, a lo que el artículo 9º de la Ley 86 quiere decir cuando hace alusión a la llamada Ley sustantiva.

La distinción entre leyes sustantivas y adjetivas, de excepcional importancia en materia de casación, se debe a Jeremías Bentham, quien en su "Tratado de las Pruebas Judiciales" sostenía la teoría -aceptada por la doctrina- de que las leyes, cuando eran lo que deberían ser, tenían por objeto producir en el más alto grado el bienestar del mayor número. Pero siendo buenas o malas, agregaba, no podían ejercer su acción de otra manera que creando derechos y obligaciones: las primeras comprendían todo lo bueno y agradable, todo lo que era goce y seguridad; las segundas todo lo que era gravoso y desagradable, todo lo que era incomodidad y privación, pero cuyo mal estaba compensado con usura por el bien que producían. Para Bentham este era, al menos, el carácter de una buena ley, pues las leyes malas eran aquéllas que creaban obligaciones superfluas o más onerosas que útiles.

Para que dichas leyes pudieran producir resultado, era preciso, según el autor citado, que el legislador creara al mismo tiempo otras de procedimiento, con objeto de hacer que fuesen llevadas a efecto las primeras. Y para señalar la diferencia entre unas y otras, les dió a las primeras el nombre de leyes sustantivas y a las segundas el de leyes adjetivas (82).

La distinción entre leyes sustantivas y adjetivas, según se desprende de la teoría de Bentham, no obedece a otro objetivo que al de distinguir las normas que consagran derechos y obligaciones, de aquéllas que regulan la manera de hacerlos efectivos, esto es, de reclamarlos en juicio.

No obstante de que con poco esfuerzo se advierte con suma facilidad la línea divisoria entre unas y otras, no son pocos los profesionales del derecho que consideran que una disposición será adjetiva cuando se encuentra en el Código judicial y demás leyes procedimentales, y que, por el contrario, será sustantiva cuando se encuentra en otras excertas legales, como el Código civil y el mercantil.

(81) Prieto Castro, Derecho....., op. cit., pág. 379.

(82) Bentham, Jeremías.- Tratado de las Pruebas Judiciales. Segunda edición, traducción de Diego Bravo y Destouet. Madrid, 1947, pág. 25.

Contra este criterio equívoco ha reaccionado la Corte en distintas ocasiones: "Conviene dejar establecido también -dice la sentencia de 26 de septiembre de 1940- que la parte opositora incurre en error al afirmar que no se ha llenado por el recurrente la obligación de precisar las disposiciones sustantivas infringidas por los fallos, por cuanto todas las citadas pertenecen al Código Judicial, que es la llamada ley adjetiva. Este error se debe, sin lugar a dudas, a que el opositor pierde de vista que una disposición es sustantiva o adjetiva no por razón del código o ley en que figura, sino por su naturaleza, su esencia y contenido; y así tenemos que la ley llamada sustantiva contiene disposiciones que por el simple hecho de figurar allí no pueden ser estimadas como sustantivas y, en cambio en la ley que regula el procedimiento aparecen muchas disposiciones cuya sustantividad no puede remitir a dudas." (83) "Ciertamente -dice el auto de 29 de diciembre de 1944-, el carácter de una disposición no se determina conforme a su consignación en uno u otro código sino según su contenido y hay muchas que debían hallarse en un cuerpo de leyes y se hallan en otro. En algunos casos ello obedece a simple error, en otros, a motivos de conveniencia en el reparto de las materias de que se trata, y aún en otros, a legítimas divergencias de criterio en cuanto al carácter de las disposiciones." (84).

De que la naturaleza de una norma no depende del cuerpo legal en que ha sido colocada lo explica gráficamente Chiovenda cuando dice: "meter algo en el Código civil no es lo mismo que meterlo en el derecho civil; y a la inversa, no basta sacar de ese cuerpo legal un precepto civil para despojarle de su verdadero carácter." (85)

Como muchos abogados se han mostrado alarmados por que el inciso final del artículo 9º de la Ley 86 establece que el error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y el de derecho en la apreciación de ella implica violación de la ley sustantiva, cabe preguntar: ¿cuál es el carácter de las disposiciones que regulan la prueba? ¿son sustantivas? ¿son adjetivas?

Para resolver el problema, según la jurisprudencia, hay que distinguir entre las normas que se refieren al valor de las pruebas en juicio de aquéllas que establecen las reglas para apreciarlas (86), que no hay que confundir con la simple manera de practicarlas. Mientras que a las primeras les da el carácter de sustantivas, aún cuando aparezcan en la ley procesal, porque en el fondo no hacen más que consagrar derechos, a las segundas las considera adjetivas. "Cabe observar -dice la sentencia de 26 de septiembre, antes citada- que sin duda, por la circunstancia de ser sustantivas figuran en los códigos civiles de muchos países, como

(83) Registro Judicial nº 9 de 1940, pág. 1357.

(84) Registro Judicial nº 1 de 1945, pág. 16.

(85) Chiovenda, citado por Gómez Orbaneja, José y Vicente Herce Quemada.- Derecho Procesal, Cuarta edición, Artes Gráficas y Ediciones, S. A., Madrid, 1955. Vol. I, pág. 19.

(86) Esta distinción que hace la Corte entre las normas que se refieren al valor de las pruebas en juicio y las que establecen las reglas para apreciarlas es bastante confusa, por lo que sería de desear que aclarara su criterio.

podría fácilmente comprobarse, si fuere necesario. Con la existencia de la ley de casación, esas disposiciones tienen que ser consideradas como sustantivas necesariamente, pues al establecer ella que " el error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y el de derecho en la apreciación de ella, implica violación de ley sustantiva", les asigna esa calidad de sustantivas a dichas disposiciones, aún dado por sentado que, por figurar en el Código Judicial, no la tuvieran." "Ejemplo notorio de las dificultades que pueden surgir a este respecto -agrega el autó de 29 de diciembre de 1944 igualmente citado- es el de las relativas a pruebas en las obligaciones que en nuestra codificación se encuentran consignadas dentro del Código Judicial y en Colombia, Francia y otros países dentro del Civil.

"En general se entiende por disposiciones sustantivas las que crean un derecho y adjetivas las que tienen por objeto "hacer que sean llevadas a efectos aquellas" según la expresión de Bentham, originador de la diferenciación, en su "Tratado de Pruebas Judiciales, o sea, las que establecen fórmula y medida medida de tramitación.

"Se catalogan, pues, como sustantivas las disposiciones sobre pruebas cuando por su naturaleza o contenido se estima que originan derechos."

Nuestra legislación no ha recogido en su articulado la distinción dada por Bentham, pero la Corte ha suplido tal omisión alegando que, a falta de una base legal establecida para determinarla y mientras que no sea subsanada la deficiencia que existe en nuestra legislación a este respecto, a ella le corresponderá en cada caso analizar los hechos alegados en relación con el precepto que se considera infringido, teniendo en cuenta el objetivo principal del recurso de casación.(87)

No cabe duda que cuando la ley de casación establece que el error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y el de derecho en la apreciación de ella implica violación de la ley sustantiva, los preceptos violados adquieren el carácter de derecho material, para los efectos del recurso, por disposición expresa del legislador. Mas disintimos de la Corte Suprema, cuando, en un plano netamente doctrinal, alega que las normas que se refieren al valor de las pruebas en juicio y las reglas para apreciarlas son sustantivas, y que por esa circunstancia figuran, sin duda alguna, en los códigos civiles de muchos países.

Doctrinalmente toda la materia referente a la prueba per tenece al derecho adjetivo. Y si bien es cierto que en legislaciones como la colombiana, la francesa y la española, entre otras, aparecen reglas relativas al valor de las pruebas en las obligaciones en el Código civil, ésta se debe a la influencia que sobre ellas ha ejercido el código y la doctrina francesa que al mirar el proceso desde el punto de vista privado, lo ha considerado como mero instrumento al servicio del derecho material.

Es verdad que la doctrina, principalmente la de los civilistas, ha distinguido entre las normas que rigen el procedimiento probatorio y las que regulan la admisibilidad y la valoración de las pruebas, dándole a las primeras el carácter de normas de derecho adjetivo y a las últimas la de derecho sustantivo; y ha llegado a afirmarse, como indica Couture, "que la tradición de los paí-

-----

(87) Sentencia de 23 de agosto de 1948, Registro Judicial nº 12 de 1948, pág. 124.

ses latinos era la de considerar las formas de la prueba como una cuestión de derecho procesal y su valor y eficacia como una cuestión de derecho sustancial, a diferencia de los países sajones, en los cuales la orientación es la de dar carácter procesal a todos los temas de la prueba." (88)

Contra esta aserción ha reaccionado Chiovenda alegando que no se puede achacar a la tradición y al espíritu de raza lo que no es sino una mala costumbre, hoy abandonada (89), y desde que publicó su ensayo sobre la "naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo", ha puesto fin a la controversia y las nuevas corrientes se han inclinado a atribuir el carácter procesal, no tan sólo a las formas de la prueba y al procedimiento probatorio, sino también a las normas que regulan su admisibilidad y valoración.

La prueba es el instrumento de que se sirve el juzgador para formar su convicción, y como tal pertenece al derecho procesal. Sin embargo, como hay casos en que en atención a la naturaleza de un acto jurídico la ley exige ciertas solemnidades como requisito de existencia (por ejemplo, que se otorgue por escritura pública), es obvio, que como dichos preceptos no están dirigidos a formar la convicción del juez, sino que tienden a regular la existencia y validez del acto mismo, son de derecho sustantivo.

Obsérvese, anota Gómez Orbaneja, "que cuando el legislador establece qué medios de prueba son admisibles y cuales no -aun con referencia a relaciones de derecho civil determinadas-, o cuando regula el valor de la prueba (por ejemplo, de la confesión o del documento público), o deja en otros casos al juez en libertad de valorarla, etc., no hace más que establecer una regulación para la actividad procesal propiamente dicha y sólo para ella, y los efectos consiguientes para nada inciden en el campo de las relaciones del derecho civil. Que este derecho atribuya efectos civiles al mismo objeto, por ejemplo, al documento público en el campo de la formación del contrato, es cuestión distinta; el juez tendrá que aplicar la norma civil en la sentencia para declarar si el contrato es o no válido; pero el documento es una cosa cuando sirve a la validez y otra cuando sirve a su prueba." (90)

En consecuencia, sólo los medios de pruebas que han sido instituidos a manera de solemnidad para la validez de ciertos actos jurídicos son de derecho sustantivo.

#### MODOS DE INFRINGIR LA LEY SUSTANTIVA.

Una vez fijado el alcance que la jurisprudencia ha dado al concepto de ley en casación, y determinado igualmente la diferencia existente entre las llamadas leyes sustantivas y las adje-

---

(88) Couture, Eduardo J.- Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Segunda edición, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1951, pág. 162.

(89) Chiovenda, Giuseppe.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Traducción del italiano de E. Gómez Orbaneja, segunda edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948. Vol. I, pág. 94.

(90) Gómez Orbaneja y Herce Quemada, op. cit., pág. 20.

ctivas, nos toca referirnos a las distintas formas como pueden ser violadas las primeras y que según el artículo 9º son tres: por violación directa, por interpretación errónea y por aplicación indebida, siempre que tales infracciones hayan influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia o auto.

Entre la infracción y la decisión debe existir por lo tanto, una relación de causalidad, porque si la legitimidad para recurrir la da el perjuicio causado, éste ha de patentizarse en la parte dispositiva de la resolución que es la vinculante. Los fundamentos de la sentencia o auto no son, por ende, motivo del recurso sino su parte dispositiva, aunque aquéllos suelen alegarse para poner de relieve el error en que incurrió el fallo.

#### a) Violación directa:

Hay violación directa de la ley sustantiva cuando el error recae sobre la existencia o la validez, en el tiempo o en el espacio, de una norma jurídica, y se incurre en él cuando el juzgador, por cualquiera de estas circunstancias, o como dice Gómez Orbaneja, ya sea porque "niegue una voluntad abstracta de la ley existente" o porque "afirme una voluntad de ley inexistente" (91), deja de aplicar al caso del pleito las disposiciones legales que debió aplicar.

La violación directa, al igual que la interpretación errónea y que la indebida aplicación, no es una causal de casación, sino una modalidad en las violaciones de la ley sustantivas que son las que constituyen la causal,

Ejemplo de este tipo de infracción sería, la no aplicación de un precepto jurídico que ha sido derogado, a aquellos casos en que las relaciones jurídicas están todavía reguladas por el mismo; o cuando se deja de aplicar las leyes nacionales relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas a los panameños que residan en países extranjeros; o cuando en vez de aplicar una disposición relativa a un asunto especial o a negocios o casos particulares, se aplica una que tenga carácter general; o cuando habiendo una ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplican las que regulan casos o materias semejantes, etc.

En todos estos supuestos de inobservancia de la ley la violación es directa porque con la omisión se niega la existencia o la validez, en el tiempo o en el espacio, de la norma jurídica que se debió aplicar. No sin razón se ha dicho que en este tipo de infracción se tiene la "negación directa del precepto legislativo", el "desconocimiento de una voluntad abstracta de ley".

De conformidad con la estructura silogística de la resolución, de que tratamos en el capítulo anterior, la violación directa es una de las dos clases de errores que se producen en la premisa mayor.

#### b) Interpretación errónea:

Es la segunda clase de errores que se pueden producir en la premisa mayor y consisten en darle a una norma jurídica un alcance distinto del que realmente tiene. "Se da -como expone Prieto Castro- en todos los casos en que, no obstante haberse aplicado la norma adecuada, no se le da su verdadero sentido, haciéndose derivar de ella consecuencias que no resultan de su contenido." (92)

(91) Gómez Orbaneja y Herce Quemada, op. cit., pág. 603.

(92) Prieto Castro, Derecho..., op. cit., t. II, pág. 385.

Aquí no se trata, como en el caso anterior, de la no aplicación de la norma apropiada al caso del pleito, sino de un error en la explicación, declaración o determinación del sentido de la norma, con prescindencia de toda cuestión de hecho. Lo que se trata de defender con el recurso, ya no es la validez o existencia, en el tiempo o en el espacio, de un precepto legal, sino el contenido del mismo que puede ser desfigurado o desnaturalizado al interpretarse, haciéndole producir efectos ajenos a su naturaleza.

Sin pretender adentrarnos por innecesario en el examen de las diversas teorías, sistemas y clases de interpretaciones que la doctrina ha expuesto, y dejando a un lado el análisis del artículo 9º del Código civil que consagra la hermenéutica que deben seguir los juzgadores, basta decir que los jueces y magistrados al aplicar un precepto legal deben inquirir acerca del contenido y alcance del mismo, y es obvio que cuando contraríen ostensiblemente, con el resultado de sus lucubraciones, la voluntad abstracta de la ley, o dicho en otros términos, si interpretan erróneamente la norma jurídica, la casación se le presenta al agraviado como un remedio eficaz.

Para Calamandrei, la diferencia entre esta forma de error y la precedente es más doctrinal que práctica, porque, asimismo cuando el juez interpreta erróneamente una norma jurídica, los efectos de este error son semejantes a los que se producirían en el supuesto de que el juez hubiese ignorado la existencia o la validez de la norma misma, puesto que erige como premisa mayor de su silogismo una norma que, debido a la errónea interpretación, tiene un contenido diferente del de la norma elegida, lo que equivale, en esencia, a una norma distinta de la que cree aplicar (93).

### c) Indebida aplicación:

Se produce, a diferencia de los dos casos anteriores, en la premisa menor del silogismo, porque, mientras que en la violación directa se deja de aplicar al caso del pleito la norma adecuada, y en la interpretación errónea, aplicándose la norma pertinente se le hace producir efectos ajenos a su contenido; en esta tercera modalidad se trata de la aplicación de una norma jurídica a un hecho distinto al supuesto de hecho contenido en la misma. En otras palabras, la indebida aplicación de la ley sustantiva al caso del pleito tiene lugar cuando el juzgador, aun comprendiendo correctamente el significado o la voluntad abstracta de la norma, la aplica a hechos a los que no debía aplicarse.

Se trata, por lo tanto, de un error en la subsunción, porque contemplando las normas jurídicas los supuestos de hecho a los cuales debe aplicarse, una vez producidos, son a éstos y no a otros distintos a quienes debe aplicarse, puesto que de lo contrario se erraría al apreciar y valorar la relación que debe existir entre la norma y el hecho.

Para Calamandrei la aplicación indebida deriva de dos errores que, al igual que en el derecho español, encajan perfectamente dentro de nuestro sistema. Según el ilustre jurista italiano, el error puede recaer sobre la calificación o definición jurídica del caso particular concreto y sobre la relación que tiene lugar entre el caso particular concreto y la norma jurídica. Se está en el primer supuesto cuando el juzgador se equivoca al elegir entre las circunstancias de hecho aquéllas que tienen trascendencia de derecho, y al deducir de su reunión la noción del instituto

---

(93) Calamandrei, op. cit., t. II, pág. 290.

jurídico, bajo el cual el caso particular concreto puede hacerse entrar; y en el segundo, cuando el juzgador se equivoca al determinar la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto jurídicamente cualificado y el hecho específico hipotizado por la norma. Más si entre los dos supuestos existen diferencias conceptuales, el propio Calamandrei estima que en la práctica estas dos operaciones se funden en una, por lo que se las puede considerar como dos momentos de un mismo proceso lógico-jurídico, en el que el uno es preparatorio del otro, porque para que se considere indebidamente aplicada una norma, necesita como supuesto necesario la subsunción del hecho en ella (94).

---

(94) Calamandrei, op. cit., t. II, págs. 291 y 292.

## CAPITULO VII

### LOS HECHOS EN CASACION

En la casación, tal como fué concebida por la Asamblea Constituyente francesa, únicamente podían impugnarse los errores de derecho. Las cuestiones de hecho, consiguientemente, quedaban fuera del ámbito de la función fiscalizadora que ejercía el Tribunal de casación.

Más como ha hecho observar muy bien Carnelutti: "La limitación del error in iudicando relevante en casación al error de derecho, aunque tenga un fundamento racional, se tolera mal en la práctica....., porque una vez comprobado el error, cualquiera que sea su naturaleza, se tiende a su reparación, y, por ello, ante todo, a la rescisión de la sentencia viciada por aquél." (95) Quizás por esta razón, las legislaciones han ido ampliando el número de errores censurables en casación, y en la actualidad, ya encontramos un número plural de países donde el error de hecho es objeto del recurso, aunque con ciertas limitaciones.

De conformidad con el ordinal 7º del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil española, habrá lugar al recurso de casación, no sólo cuando en la apreciación de la prueba haya habido error de derecho, que es una cuestión netamente jurídica o de derecho, sino también cuando hay error de hecho, aunque en este caso, el error debe resultar de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del juzgador.

En Panamá, al igual que en España, el error de derecho en la apreciación de la prueba y el de hecho en cuanto a su existencia son causales del recurso; si bien, entre nosotros, no es necesario que el error de hecho resulte de documentos o actos auténticos. Además, nuestro legislador adoptando una postura hasta cierto punto original, los considera como si fueran errores de derecho, o sea, ha combinado el sistema francés que solamente permite la corrección de los errores de derecho, con el sistema español que hace posible, en ciertos casos, los de hecho, ya que, en virtud de una ficción legal, los errores de hecho censurables en casación son considerados como si fueran de derecho. Esto se nota claramente al leerse el artículo 9º, inciso segundo, que reza así: "El error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y el de derecho en la apreciación de ella implica violación de la ley sustantiva."

#### Error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba:

En materia de pruebas pueden presentarse una de estas dos situaciones; el error de hecho en cuanto a su existencia o el de derecho en su apreciación.

El error de hecho, que se comete en casos muy excepcionales, se puede definir como la noción o creencia equívoca que se tiene de que una cosa ha sucedido o no ha sucedido, porque presupone esta clase de error, que el tribunal ha prescindido de manera absoluta de una prueba que consta en el proceso, o ha apreciado o considerado, por error, otra cualquiera que no existe en los autos, o que no ha sido admitida, o que figura en el proceso para efecto distinto del de servir como prueba en el asunto de que se trata.

Dice la sentencia de 25 de noviembre de 1953: "El error

---

(95) Carnelutti, Instituciones..., op. cit., pág. 463.

de hecho existe en cuanto a la existencia de la prueba, que es primera causal aducida en este recurso, cuando presenta dos aspectos: El primero se refiere a la existencia material de la prueba misma y se produce cuando el Tribunal se funda en la apreciación de una prueba no existente o no aportada al juicio en forma legal, o cuando ignora o deja de considerar una prueba que consta en autos presentada legalmente. En el segundo caso, el error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o que al contrario, ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente, creencia que hace del error en la apreciación de determinada prueba sin tener en cuenta elemento jurídico alguno, pues de tenerse en cuenta el error sería de derecho." (96)

De todo lo dicho se evidencia que el error de hecho puede ser afirmativo y negativo. A este respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en el caso de Coppin vs. Municipio de Panamá, que el error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba es afirmativo cuando se considera una prueba que no existe o se atribuye a un testigo o a un perito una afirmación que ellos no han hecho, u otras por el estilo, y es negativo cuando por cualquier circunstancia se deja de apreciar una prueba existente en el proceso (97).

Error de hecho afirmativo sería, por ejemplo, cuando en una sentencia se dice que una escritura ha sido presentada en juicio cuando no ha sido así; y, viceversa, cuando se dice que un instrumento público no se ha traído a los autos, a pesar de que aparecen en ellos, el error será negativo.

Entiéndase, como dice de la Guardia, que el tribunal no ha apreciado prueba alguna sino que ha manifestado o dado por sentado, como mera cuestión de hecho, que una prueba existe o no existe, según el caso; porque en el contraste entre cuestión de hecho y cuestión de apreciación radica la diferencia de esta causal con la que se estudiará a continuación. "El hacer caso omiso de las pruebas fundándose en razones de derecho que a juicio del tribunal hacen innecesario entrar a considerarlas, como ocurrió en el caso en estudio, no constituye error de hecho." (98)

Para ilustrar el caso, valga traer a nuestras páginas el ejemplo dado por el jurista panameño antes citado: "si en un juicio de nulidad de testamento se pronuncia en el sentido de que el demandante, como hijo que es del testador, tiene interés en el pleito conforme al artículo 1143 del Código Judicial, siendo que lo único que lo señala como tal es la circunstancia de que así lo designa el testador y de que él ha solicitado la apertura de la sucesión, el error será de hecho por cuanto presume que en autos obra la prueba de esa su condición de hijo; pero si entra a considerar esas circunstancias para llegar a la conclusión de que acre-

(96) Linares, Julio E.- Resumen por materias de algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los años 1953, 1954 y 1955. En Anuario de Derecho, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, año 1, nº 1, pág. 179. Panamá, mayo 1955-enero 1956.

(97) Registro Judicial nº 6 de 1939, pág. 924.

(98) Sentencia de 22 de junio de 1950. Registro Judicial nº 17 de 1950, pág. 68.

ro también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento." (102)

Finalmente, en la libre convicción o pruebas libres, el juez se convierte en un reyezuelo con poderes absolutos. Puede fundamentar su fallo en razones que no aparecen en las constancias procesales ni en hechos probados, porque según este sistema, el juzgador puede llegar al conocimiento de la verdad "con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos."

"La doctrina europea -afirma Couture- acostumbra llamar libre convicción a un método especial de análisis de la prueba que no coincide con el que aquí se denomina de tal manera. Es más bien una cuestión de exactitud en el léxico, que de conceptos fundamentales. Cuando en el derecho Europeo se habla de discrecionalidad en el juez, tanto en la admisión como en la interpretación de la prueba, no se piensa tanto en un régimen dentro del cual el magistrado puede actuar contra la prueba de autos, sino más bien en un método de liberación de la estrictez de la prueba legal (103). La libertad de apreciación no es un mero arbitrio sino un margen mayor de amplitud

(102) Couture, op. cit., pág. 174.

(103) Kisch, después de referirse a una serie de limitaciones que el derecho alemán impone a lo que él llama apreciación libre de la prueba, dice: "Pero la limitación más importante está constituida por el principio dispositivo. Según él, como ya sabemos, el juez no puede hacer objeto de su apreciación más que los hechos que han sido alegados por las partes, ni para formar su convicción puede servirse de otros medios que de los propuestos por los litigantes con observancia de los preceptos legales; no puede de oficio investigar hechos ni aportar pruebas, ni tampoco -si se prescinde de los hechos notorios- apoyar su convicción en circunstancias conocidas por él fuera de la vista oral o del proceso." Ver Elementos de Derecho Procesal Civil. Traducción de la cuarta edición alemana por L. Prieto Castro. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940. Pág. 205.

Para Gómez Orbaneja y Herce Quemada la prueba libre "no significa que el juez pueda seguir su capricho o entregarse a la conjetura o la sospecha. Supone una deducción racional, partiendo de unos datos fijados con certeza. No significa que el juez no haya de usar de reglas de valoración, sino que esas reglas no son legales, no las formula la ley." Ver, op. cit., pág. 294.

Según de la Plaza, el sistema de la prueba libre presupone "que el Juez lo es para formar su convicción, puesto que sobre la base de los elementos probatorios que las partes aportan, o que él mismo se procura, aplica al examen su actividad; y a la luz de su experiencia y valido de su pericia técnica, los analiza lógicamente y jurídicamente, según variadas circunstancias, reguladoras de la conducta judicial, pero que no le constriñen para formar libremente su juicio." "Es preciso, sin embargo, no caer en el error gravísimo de confundir la flexibilidad de las facultades que al Juez asisten en el sistema de la prueba libre, con la ausencia de toda norma rectora, que, en bien del proceso como institución y aún de las partes mismas, señale, con amplias fórmulas, los límites en

ditan el parentesco, el error será de apreciación." (99)

Error de derecho en la apreciación de la prueba:

Finalmente, el inciso segundo del art. 9º establece; el error de derecho en la apreciación de la prueba implica igualmente violación de la Ley sustantiva, por lo que convendrá determinar, cuando estamos en presencia de este tipo de error.

Ha dicho la Corte Suprema en sentencia de 11 de septiembre de 1939; "El error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba consiste en darle a esa prueba un valor distinto del que la ley le tiene asignado." (100) Y en auto civil de 6 de octubre de 1947 expresó; "Cuando se invoca como causal de casación el error de derecho en la apreciación de la prueba, las disposiciones legales que se consideran infringidas deben imponer fuerza probatoria a la prueba desestimada en la sentencia o restarle el valor probatorio que se le asignó para fundar la decisión. En uno u otro caso debe el recurrente demostrar que ese error viola la ley sustantiva." (101)

De las resoluciones transcritas se infiere que, mientras en el de hecho, el error se refiere al hecho material de la existencia de la prueba, en el de derecho se refiere, ya no a su existencia material, sino el valor legal de la misma, por lo que, en síntesis, el error en la apreciación de la prueba es acusable en casación, cuando contraviene las normas legales que limitan con regulaciones expresa la esfera de apreciación del juzgador. Se trata, pues, de una cuestión eminentemente jurídica o de derecho.

Aunque lo dicho nos releva de otras consideraciones, reafirmonos, para mayor conocimiento de esta causal, a los diversos sistemas de valoración de la prueba, para luego determinar cual es el que impera entre nosotros.

Existen sobre el particular tres sistemas: el de las pruebas legales, el de la sana crítica y el de las pruebas libres o de libre convicción. Conviene anotar, que los procesalistas europeos al referirse a este interesante tema suelen distinguir generalmente entre el primero y el tercero.

Las pruebas legales, rechazadas por las nuevas corrientes del derecho moderno, son aquéllas cuya admisión, valoración y eficacia están tasadas de antemano por la ley. Este sistema es la prisión donde se encierra el libre albedrío del juzgador y lo convierte en un autómeta de la ley, pues, al no poder determinar con independencia la fuerza probatoria de los medios de prueba, ha de ajustar su criterio a los estrechos marcos que le señalan las normas legales.

En el segundo sistema, el de la sana crítica, la esfera de acción donde se puede desenvolver el juez es mucho más amplia. Sin llegar a los extremos de la prueba libre, los juzgadores gozan de cierta autonomía en el escogimiento de las pruebas que han de fundamentar el fallo. Se puede decir que ocupan una posición intermedia entre la llamada prueba legal y la libre convicción.

En este sistema el juez ha de analizar la prueba siguiendo las reglas de la lógica y de la experiencia, y por ello advierte Couture que: "La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pe-

(99) De la Guardia, op. cit., pág. 16.

(100) Registro Judicial nº 9 de 1939, pág. 1270.

(101) Goytía, op. cit., pág. 30.

que es el que es habitual en el sistema de nuestros países; pero se halla, en todo caso, gobernado por ciertas normas lógicas y empíricas, que deben también exponerse en los fundamentos de la sentencia.

"El sistema de la libre convicción llevado hasta sus últimos límites, no es sino un régimen voluntarista de apreciación de la prueba, paralelo con el derecho libre preconizado por la interpretación de la ley." (104)

¿Cuál de los tres sistemas opera en nuestro derecho? El Código judicial sigue, sin duda alguna, un sistema dualista, valga el vocablo, con mayor predominio de las pruebas legales sobre la sana crítica. En efecto, si ojeamos el Título II del Libro II que trata de las pruebas en materia civil, podemos observar que nuestro legislador, siguiendo el sistema de las pruebas legales, ha establecido, en términos generales, principios o normas que han de servir al juzgador para admitir, apreciar y valorar la mayoría de las pruebas que establece en el art. 686, y que son: 1.- confesión de la parte hecha en juicio o fuera de él; 2.- presunciones legales; 3.- indicios o conjeturas; 4.- declaración de testigos o peritos; 5.- instrumentos públicos y privados; 6.- inspección ocular del Juez de la causa; 7.- la fama pública; 8.- los monumentos antiguos; 9.- las mismas leyes cuando se presentan para hacer conocer lo que se observaba en cierta época y regía o rige en otros lugares, sobre el asunto cuestionado; y, 10.- el juramento deferido.

No obstante lo anterior, ante la imposibilidad de poderse tasar de antemano el valor de determinados elementos de prueba, se estatuye en el art. 694º que a falta de estimación legal de una prueba, el tribunal le dará el valor según su conciencia. Entre estos casos tenemos los supuestos contemplados en los arts. 782º, 803º, 854º y 862º, entre otros.

A pesar de que la excerta legal no emplea para nada el término "sana crítica", cuando se le da al juez o magistrado mayor libertad para apreciar y estimar las pruebas de conformidad con su "prudente arbitrio", o según las reglas de la "crítica legal", o según las "circunstancias", en este particular seguimos a este sistema y no al de la libre convicción, porque la apreciación del juzgador ha de ajustarse, en todo caso, a las constancias procesales, ya que un fallo fundado en elementos probatorios que no constan en el proceso y aun contra la prueba de autos sería antijurídico.

Ya sabemos, porque lo hemos expuesto, que tratándose de pruebas cuyo valor está sujeto a las reglas establecidas por la ley (pruebas legales), se puede interponer la casación por error de derecho en la apreciación de la prueba, cuando el juzgador apartándose de aquéllas, le da a los elementos de probanza un valor distinto al que el propio legislador les asigna. Pero tratándose de las segundas, es decir, de aquéllas otras donde el tribunal de instancia puede aplicar su propio criterio, como en los casos de prueba en conjunto o de la indiciaria, ¿es posible interponer el recurso? La jurisprudencia ha resuelto este asunto en forma negativa alegando que en estos casos no puede haber error de derecho por la estimación que el tribunal ha hecho, porque, según ella, a

---

en que han de contenerse, en común provecho, las actividades de las partes; en ocasiones, las probanzas utilizables, y, en algún caso, el valor singular que, en determinados eventos, ha de otorgarse a cada una." Ver La casación....., op. cit., pág. 246.

nadie le es dado penetrar en el arbitrio del juzgador, cuando la ley deja a su buen juicio un radio de acción para obrar en él.

En la sentencia de 20 de mayo de 1949 manifiesta la Corte: "Analizada la prueba testimonial, que sirvió de base al fallo acusado, la Corte advierte que, conforme al artículo 803 del Código Judicial, que se considera infringido, es potestativo de los tribunales de instancia que cuando las declaraciones de los testigos presentados por una misma parte o por ambas sean contradictorias unas con otras, deben atenerse al dicho de aquellos que, según las reglas de la crítica legal dicen verdad o se acercan más a ella. Esa apreciación no es materia del recurso de casación." Dice la de 30 de marzo de 1950: "Afirmar que la sentencia viola la ley porque el Tribunal, en ejercicio de potestad jurisdiccional, tras de analizar las pruebas, se atiene a una y desecha otras, es pretender negar que los tribunales son soberanos en el escogimiento y ponderación de las pruebas que han de fundamentar el fallo. Si se invoca la causal de error de derecho en la apreciación de la prueba, debe demostrarse que el tribunal al apreciarla, infringe determinada pauta señalada por la ley, con expresión de las disposición respectiva, pues cuando, como en el caso de la prueba en conjunto el tribunal hace mérito de las que considera con mayor fuerza para comprobar los hechos, está dentro de sus facultades. En estos casos la Corte ha sentado ya doctrina invariable que carece de autoridad para inmiscuirse en la parte discrecional del juzgador."

Así, pues, no habrá lugar a que se case una sentencia cuando se alega como fundamento del recurso que una apreciación hecha por el sentenciador, según su prudente arbitrio, es errada. La Corte sigue en este punto a Stein quien afirma que con tal que el procedimiento haya sido regular, en cuanto el Juez tenga libertad de apreciación es imposible atacar su decisión en casación, aunque ésta se apoye en equivocadísimas máximas de experiencias (105).

#### Concurrencia del error de hecho y del error de derecho:

En ocasiones, no han faltado abogados que han interpuesto el recurso de casación en el fondo alegando que el tribunal incurre, respecto a una misma prueba, en error de hecho en cuanto a su existencia y de derecho en la apreciación de la misma. Esto ha dado lugar a la improcedencia del recurso por tratarse, como dice la Corte, de dos situaciones inconciliables que no pueden coexistir u operar simultáneamente sobre una misma pieza de convicción.

Ello es así, porque si estamos en presencia del error de hecho afirmativo, esto es, cuando se considera una prueba que no existe o se atribuye a un testigo o a un perito una afirmación que ellos no han hecho, u otras por el estilo, no podría haber igualmente apreciación errónea, respecto de los mismos hechos, ya que ésta presupone necesariamente la existencia de tales hechos, y en este supuesto se trata precisamente de una prueba que el tribunal ha estimado cuando en realidad no aparece en los autos.

Tratándose del error de hecho negativo, es decir, cuando por cualquier circunstancia se deja de apreciar una prueba existente en el proceso, tampoco pueden coexistir ambas causales, por-

---

(105) Stein, citado por Prieto Castro, Los hechos..., op. cit., pág. 20.

que sería inadmisibile decir que el tribunal ignoró o desconoció la existencia de una prueba y, a la vez, apreció erróneamente esa misma prueba.

Es sabia, por lo tanto, la doctrina de la Corte acerca de que las dos causales se excluyen entre sí cuando versan sobre una misma prueba (106). Pero así como las dos causales de error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y de error de derecho en cuanto a su apreciación no pueden operar simultáneamente sobre una misma pieza de convicción, las tres modalidades comprendidas en el ordinal primero del artículo 9º de la Ley 86 de 1941 tampoco pueden concurrir simultáneamente en una violación de la ley sustantiva imputable al fallo. Dice el auto civil de 24 de febrero de 1947: "Se observa que la motivación del recurso no está en completa armonía con las causales invocadas, ello se debe principalmente a la práctica generalizada, pero inadmisibile en casación, de aplicar a un sólo concepto de la sentencia que puede involucrar quebrantamiento de fondo, número plural de causales, aún cuando ellas no puedan coexistir por excluirse las unas a las otras. La Corte sostiene que la violación directa se refiere a la inobservancia de la ley, y no parece posible que habiendo pretermitido el juzgador la ley sustantiva aplicable, logre a la vez a) interpretarla erróneamente y b) aplicarla en forma indebida." (107)

#### Interpretación de los contratos.

Los errores cometidos por los jueces de instancia al interpretar los negocios jurídicos, que pueden ser de hecho y de derecho, son censurables en casación, no tan sólo por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y de derecho en la apreciación de ella, sino también por infringir la ley sustantiva, en cualquiera de sus tres modalidades.

En efecto, los artículos 1132 al 1140 del Código civil, se refieren a las reglas a seguir para interpretar los contratos, y como todas las normas de derecho material, es obvio que éstas pueden ser desconocidas, interpretadas erróneamente o aplicadas indebidamente por el juzgador al proferir su decisión. En estos supuestos el perjudicado con la no observancia de la ley podrá interponer el recurso, fundándolo en la causal contemplada en el inciso primero del artículo 9º.

Sin embargo, en todas las legislaciones esto no es posible. En Colombia, por ejemplo, la Corte Suprema inspirándose en la doctrina y en la jurisprudencia francesa que considera que los arts. 1156 a 1162 del Código civil francés "son más bien consejos dados a los jueces en materia de interpretación del contrato que reglas rigurosas e imperativas"; y que, por otro lado, estima que los arts. 645, 1244, 1655 y 1900, entre otros, otorgan al juzgador un poder discrecional para interpretar los negocios jurídicos, ha resuelto que los arts. 1618 a 1624 del Código civil colombiano, "contienen simples reglas dadas a los jueces para la interpretación de las convenciones, cuyo desconocimiento por sí solo no dá lugar a la casación. La violación de los citados preceptos -agrega la

(106) Sobre el particular ver sentencia de 2 de febrero de 1939, R. J. nº 2 de 1939, págs. 180 a 184; S. de 13 de enero de 1948, en Goytía pág. 44; y, auto de 11 de mayo de 1948, R. J. nº 12 de 1948, págs. 12 a 14.

(107) Goytía, op. cit., págs. 38 y 39.

jurisprudencia colombiana-, podría originar un error de derecho que, de incidir en la infracción de otros textos sustantivos (proposiciones jurídicas completas), daría margen al recurso." (108)

Otro error en que puede incurrir el Tribunal a quo al interpretar los negocios jurídicos, deriva de la falsa inteligencia del contenido del mismo, ya sea porque cree haber leído en alguna de las cláusulas lo que en ella no aparece o por ignorar lo que en ella realmente aparece. En este caso nos encontramos ante un error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba, porque cuando se cree haber leído lo que en el documento no aparece, se hace mérito de una prueba que no existe en el expediente, y cuando se ignora lo que realmente aparece, se desconoce una prueba que obra en autos.

Finalmente, se podrá alegar error de derecho en la apreciación de la prueba, cuando se desestima el valor probatorio que la ley le asigna al documento.

### Interpretación de las disposiciones de última voluntad.

El criterio anterior ha servido de base a la Corte Suprema de Justicia para determinar los casos en que los errores cometidos por los tribunales de instancia, al interpretar las disposiciones de última voluntad, son recurribles en casación.

Según el art. 707 de nuestro Código civil -que ha sido tomado del art. 675 del Código civil español-, toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Pero en caso de duda, agrega el citado precepto, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. En otras palabras, los tribunales de instancia al interpretar las disposiciones testamentarias, deben "fijar el sentido y alcance de las mismas y el de las cláusulas que en ellas se contienen". Por ello, cuando se contraría o vulnera la voluntad del testador, que es decisiva, se puede interponer el recurso alegando la causal de violación de la ley sustantiva. Por otra parte, como el error se podría cometer al determinar la existencia de los hechos "que sirven de base material a esa interpretación" resulta que, en este supuesto, también sería posible la interposición del recurso por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba.

---

(106) Sobre el particular ver sentencia de 2 de febrero de 1939, R. J. nº 2 de 1939, págs. 180 a 184; S. de 13 de enero de 1948, en Goytía pág. 44; y, auto de 11 de mayo de 1948, R. J. nº 12 de 1948, págs. 12 a 14.

(107) Goytía, op. cit., págs. 38 y 39.

(108) Pérez Vives, op. cit., pág. 97

## CAPITULO VIII

### LOS ERRORES "IN PROCEDENDO"

El artículo 13º de la Ley 86, al enumerar taxativamente las causales que dan lugar a la casación por cuestiones de forma, o por desviación del procedimiento según frase de Carnelutti, sigue un orden criticable y poco recomendable.

Nuestro legislador en vez de adoptar una sistemática que no sólo se ajustara sino que siguiera en su orden los errores que infringen las distintas fases del proceso, esto es, colocado en primer lugar los vicios que vulneran la constitución de la relación procesal; luego, los que inciden en alguna norma de vital importancia en el desarrollo del proceso; y, finalmente, los que contravienen disposiciones que regulan la decisión, a fin de lograr una mayor comprensión de parte de quienes tienen que manejar la ley, ha ido estableciendo las causales en forma, por decirlo así, caprichosa y antojadiza, sin seguir ningún orden lógico y explicable lo que denota una ausencia absoluta de sistemática.

Así tenemos, por ejemplo, que el ordinal 1º de la citada disposición permite la interposición del recurso en dos supuestos distintos, sin tener en cuenta que mientras que el primero se refiere a errores que impiden el nacimiento de la relación procesal (1ra. fase del proceso), el segundo alude al incumplimiento de normas relativas a la fase de decisión (3ra. y última del proceso). Si bien no es una aberración jurídica que dos motivos pertenecientes a distintas fases aparezcan en un mismo ordinal, por cuestiones de conveniencia y de mejor técnica legislativa deberían separarse.

Al entrar a examinar los errores in procedendo nos apartaremos, por consiguiente, de la estructura del artículo 13, y estudiaremos, en su orden; los errores concernientes a la constitución de la relación procesal; los concernientes a la inobservancia de normas procesales en el curso del procedimiento hasta el momento de decisión; y, por último, los concernientes a la inobservancia de preceptos procesales en la fase decisoria del procedimiento.

#### 1.- ERRORES EN LA CONSTITUCION DE LA RELACION PROCESAL.

Es sabido que para que se pueda constituir válidamente una relación procesal es requisito indispensable que, además de la existencia de un acto constitutivo llamado "demanda judicial", se den igualmente una serie de condiciones que Bülow denominó "presupuestos procesales".

El error cometido en uno de estos presupuestos afecta directamente la relación procesal, y, según su naturaleza, el juez puede en ocasiones declararlos de oficio y en otras a petición de parte. No es nuestro propósito, por no ser necesario para los efectos del presente trabajo, entrar en hondas disquisiciones acerca de estos defectos que se producen en el acto constitutivo del proceso, por lo que basta decir que si se profiere una resolución en juicio donde se ha omitido o se desconoce sin razón la existencia de algún presupuesto procesal, será recurrible en casación si dicho defecto no es subsanado o si por su esencia es insubsanable.

Los vicios en la constitución de la relación procesal que pueden ser censurados, por cuestiones de forma, son los siguientes:

##### a) Carencia de jurisdicción;

El error en que puede incurrir el juzgador al determinar su jurisdicción puede ser positivo o negativo. Será positivo,

cuando el tribunal se arroga la jurisdicción que no le corresponde; será negativo, cuando deja de conocer de un negocio porque no cree tener la jurisdicción que realmente le ha sido atribuida.

La Ley 86 al estatuir en el ordinal 8º del artículo 13 que el recurso de casación en la forma tendrá lugar por carencia de jurisdicción, improrrogable en el tribunal sentenciador, salvo el caso de ratificación cuando ésta sea permitida, se refiere únicamente al error positivo.

Contra la dogmática italiana que en esta materia es igual a la nuestra, se ha levantado con sobrada razón Carnelutti, pues, según este autor, no se comprende por qué en la casación ha de ser la relevancia del error sobre la jurisdicción en su aspecto negativo menor hasta el punto de quedar exenta la sentencia cuyo error consista, no en haber violado las normas de la jurisdicción, sino en haber apreciado mal los hechos previstos en la misma (109). La Ley de enjuiciamiento civil española, con mayor acierto, permite la interposición del recurso en los dos casos, es decir, cuando el error sobre la jurisdicción sea de naturaleza positiva o negativa.

Recordemos que para que el recurso de casación en la forma pueda ser admitido es necesario distinguir entre los errores que el tribunal puede declarar de oficio y los que deben ser excepcionados por los litigantes, ya que, a pesar de que el artículo 34 de la Ley 86 parece ordenar que en todos los casos ha de reclamarse la reparación de la falta en la instancia en que se cometió, y también en la siguiente, si se cometió en la primera; es lo cierto que los primeros son acusables en casación, aunque no hayan sido alegados en las instancias, y los segundos tan sólo cuando han sido excepcionados.

#### b) Incompetencia:

Competencia en lo judicial es la facultad de administrar justicia en determinadas causas, y se fija: por el lugar donde deben ventilarse; o por la naturaleza de ellas; o por su cuantía, o por la calidad de las partes. No hay que confundirle con la jurisdicción, pues, la competencia entraña una limitación a la jurisdicción, y por ello ha dicho Mattiolo que la competencia es la medida de distribución entre los tribunales de la potestad jurisdiccional.

En todo proceso, con arreglo a los criterios de competencia fijados por la ley, y teniendo en cuenta las causas que la modifican (sumisión y conexión), el juez ha de determinar si él es competente para conocer del negocio que le ha sido sometido. El error en que puede incurrir en este examen, del mismo modo que en el caso anterior, puede ser positivo o negativo. Será positivo, cuando conoce de un asunto atribuido a otro órgano jurisdiccional (ord. 1º), y será negativo, cuando se abstiene de conocer en asunto de su competencia (ord. 9º). En ambos casos se puede interponer el recurso de casación en la forma, pero conviene anotar que, por las razones anteriormente apuntadas, es necesario distinguir entre los errores que el tribunal puede declarar de oficio y los que deben ser excepcionados por los litigantes.

#### c) Ilegitimidad de la personería:

El artículo 13 no se refiere a ella expresamente, pero es obvio que como la ilegitimidad de la personería de alguna de las partes es causa de nulidad común a todos los juicios, podrá impugnarse en casación fundándola en la causal establecida en el ordinal 10º de la disposición citada que dice que el recurso en la forma tiene lugar: por haberse omitido algún trámite o diligencia.

(109) Carnelutti, Instituciones..., op. cit., pág. 457.

gencia declarado esencial por la ley.

¿Qué debe entenderse por ilegitimidad de la personería? En nuestro derecho la personería adjetiva se circunscribe a una mera cuestión ritualaria como lo es la representación en juicio; de allí que la ilegitimidad de la personería equivale a una indebida representación.

En cuanto a los requisitos necesarios para ser parte o sujeto de una relación procesal se los considera equívocamente formando parte de la esencia o sustancia de problema jurídico que se plantea en la demanda, lo que evidencia una confusión, que debe ser corregida, entre la capacidad para ser parte y la necesaria para ser sujeto de derecho; entre la capacidad procesal y la de obrar, y entre la legitimación ad causam y el objeto del litigio. Mas este equívoco encuentra cierto apoyo en la misma legislación, ya que la falta de personalidad en el actor o en el demandado no es, como en el derecho español, una excepción dilatoria, sino una cuestión de fondo que debe ser decidida en la sentencia. Por ello no es de extrañar que digamos que cuando el juzgador aprecia erróneamente las normas relativas a la capacidad, dicho error únicamente puede ser subsanado si se invoca la causal contemplada en el artículo 9º, o sea, la de infracción de la ley sustantiva, porque las de forma no prosperarían.

#### d) Falta de notificación:

El artículo 13 tampoco se refiere a ella expresamente, pero como en los juicios en que deba darse traslado de la demanda es causa de nulidad el no haberse notificado dicha demanda, y en los ejecutivos el no haberse notificado al demandado el mandamiento de pago, la falta de notificación puede impugnarse en casación por medio de la causal contemplada en el ordinal 1º, esto es, por haberse omitido algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley.

Con este motivo se quiere evitar que se profieran resoluciones contra personas que no tuvieron la oportunidad de defenderse, y la falta de notificación de la demanda o del mandamiento de pago es una omisión que afecta a la primera fase del proceso, porque sin el traslado no se constituye la relación procesal.

### 2.- ERRORES EN EL DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACION PROCESAL.-

Ya hemos visto que el artículo 13 en su ordinal 1º expresa que el recurso de casación en la forma tiene lugar en materia civil cuando se omite algún trámite o diligencia declarada esencial por la ley.

Según nuestro sistema procesal son trámite o diligencias esenciales aquellos cuya omisión producen la nulidad del juicio. El capítulo decimoquinto del Título I, Libro segundo del Código Judicial, se refiere a las causas de nulidad comunes a todos los juicios y a las que producen la nulidad de determinados procesos. La inobservancia de las formas que llevan aparejada la nulidad dan lugar al recurso por quebrantamiento de forma, cuando no ha sido saneada conforme a la ley.

También aquí es preciso distinguir entre las nulidades que pueden ser declaradas de oficio y las que no pueden ser declaradas de oficio, porque mientras que las primeras pueden ser denunciadas en casación, aún en el caso de que no hayan sido alegadas en las instancias del juicio, las segundas no.

### 3.- ERRORES EN LA FASE DE DECISION.

Los errores en la fase de decisión, según se conctan en

la formación del contenido jurídico de la decisión o en la forma de acto escrito que contiene la decisión, son clasificados por Calamandrei en; A) Defectos en la actividad de los órganos judiciales dirigidos a la formación del contenido jurídico de la decisión; y, B) Defectos en la actividad de los órganos judiciales dirigidas a dar forma de acto escrito al contenido de la decisión. Refirámonos por separado a cada uno de ellos.

A) Defecto en la actividad de los órganos judiciales dirigidos a la formación del contenido jurídico de la decisión:

Estos defectos pueden derivar de la inejecución de preceptos procesales que regulan la composición del órgano juzgador, o de la inejecución de preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad de decisión.

a) Inejecución de preceptos procesales que regulan la composición del órgano juzgador:

A esta clase de errores se refiere el artículo 15 en las causales establecidas en la segunda parte del ordinal 1º y en los ordinales 2º y 3º que pasamos a comentar.

1.- Por estar integrado el tribunal en contravención de lo dispuesto por la ley (ord. 1º);

Esta causal pierde todo su valor e importancia al establecer el legislador las contempladas en los ordinales 2º y 3º. En los sistemas donde las infracciones de las normas de tipo administrativo no son acusables, un tribunal está integrado en contravención de lo dispuesto por la ley en dos hipótesis; cuando intervenga en el fallo un magistrado "que por motivos legítimos no ofrece a las partes las garantías necesarias", y cuando la resolución es pronunciada por menor número de magistrados que el requerido por la ley. La causal en mención al contemplar las hipótesis en referencia debería ser derogada, pues establece en forma general lo que ya está establecido en forma precisa y con la debida separación en los citados ordinales 2º y 3º.

2.- Por haber sido pronunciada la resolución con la concurrencia de un magistrado legalmente impedido o cuya recusación estuviera pendiente o hubiere sido declarada legal por tribunal competente (ord. 2º);

Contra una resolución dictada con la concurrencia de un magistrado que se encuentre en las condiciones anteriores se puede interponer el recurso de casación en la forma, porque es un principio universalmente aceptado y consagrado por nuestro derecho positivo que, para asegurar la recta administración de justicia, no es posible que ningún juez o magistrado conozca de un asunto para el cual esté impedido.

El ordinal 2º al establecer tan importante motivo dice que se han de dar alguno de los tres supuestos contemplados en la causal para que el recurso pueda prosperar. En el primero, la Corte Suprema ha expresado que debe entenderse por "legalmente impedido", cuando la manifestación de impedimento hecha por el magistrado ha sido admitida por el órgano competente.

En cuanto al segundo, sabemos que aún cuando el Juez o Magistrado no manifieste su impedimento la parte a quien interese directamente su separación podrá recusarlo, siempre que concurra algún motivo legítimo, y que lo haga, a más tardar, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la ejecutoria de la providencia en

que se ordene el trámite de alegatos. Es natural que mientras una recusación estuviere pendiente la posición en el proceso de la parte que recusa sería a todas luces desventajosa si se le permitiera al magistrado recusado actuar, y por eso el legislador ha considerado que es su deber evitar, hasta donde humanamente es posible, que la imparcialidad de que debe estar revestido el órgano juzgador sea ilusoria.

Ocioso sería pretender explicar el alcance del tercer supuesto que se explica por sí solo. Su única diferencia con el primero radica en que mientras que en aquél es el propio magistrado quien solicita que se le separe del conocimiento del proceso, en éste es la parte interesada.

El ordinal 2º no recoge el motivo establecido en legislaciones como la española y la colombiana, que permite igualmente la interposición de la casación en la forma cuando la causal de impedimento, siendo procedente, sea indebidamente desestimada.

3.- Por haber sido acordada en el tribunal respectivo por menor número de votos o pronunciada por menor número de magistrados que el requerido por la ley (ord. 3º).

Esta causal requiere pocos comentarios. En los tribunales colegiados las resoluciones judiciales no son aprobadas, en todos los casos, por el mismo número de votos ni son pronunciadas o firmadas por igual número de magistrados. Tanto lo uno como lo otro varía si la ley ordena, teniendo en cuenta la naturaleza misma del asunto, que se resuelva en Sala de Apelaciones, de Decisión o de Acuerdo. El incumplimiento de estos preceptos legales es suficiente para que la Corte Suprema declare la causal fundada y ordena la devolución del negocio al tribunal respectivo, quedando el mismo en estado de ser decidido nuevamente.

b) Inejecución de preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad de decisión;

Hasta aquí nos hemos referido a los errores en que incurrir el órgano jurisdiccional en la actividad dirigida a la formación del contenido jurídico de la decisión derivados de la inejecución de preceptos procesales que regulan la composición del mismo. Ahora nos toca examinar, los que se originan de la inejecución de preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad de decisión. Estos se dan en los dos casos siguientes: por exceso total de poder y por exceso parcial de poder.

#### 1.- Exceso total de poder:

Hay exceso total de poder cuando la resolución proferida es contraria a la cosa juzgada. El ordinal 5º del artículo 13 establece expresamente esta causal en los términos siguientes; El recurso de casación en la forma tiene lugar en materia civil..... " por haber sido dictada -la resolución- contra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que esta excepción se hubiere alegado oportunamente en el juicio". Aquí el exceso o falta de poder es total, porque afecta a toda la relación procesal, ya que el juzgador carece de autoridad para pronunciarse sobre el objeto del litigio.

No son pocos los problemas a que ha dado lugar la cosa juzgada. La doctrina ante la imposibilidad de poder explicar su esencia se ha contentado con tratar de justificar su eficacia. Pero ya sea que se le considere como una presunción de verdad o como una ficción jurídica, o como una verdad formal, etc., es lo

cierto que para que pueda ser invocada como causal de casación es necesario que entre la resolución impugnada y la sentencia anterior hubiere: 1.- Identidad legal de personas; 2.- Identidad de la cosa pedida, y 3.- Identidad de la causa de pedir, entendiéndose por "causa de pedir" el fundamento inmediato del derecho deducido en el juicio.

Pese a que en nuestro derecho la excepción de cosa juzgada se puede declarar de oficio, esto es, que el juez debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida cuando encuentre justificadas las circunstancias que la constituyen, aunque no haya sido propuesta ni alegada, el ordinal 5º exige que, para los efectos de la casación, se alegue oportunamente en el juicio. Esto viene a constituir una excepción al principio expuesto, en reiteradas ocasiones, de que es preciso distinguir entre las nulidades o excepciones relevables de oficio y las que deben pronunciarse a petición de parte.

También hay exceso total de poder cuando la resolución ha sido dada en apelación ilegalmente concedida o legalmente declarada desierta, prescrita o desistida, como dice el ordinal 7º. Aquí el exceso no es como en la cosa juzgada inicial, es decir, que se realiza desde el principio del proceso, sino sobrevenido, esto es, que se relaciona solamente con la fase de segunda instancia. Pero como en el caso anterior, el exceso o falta de poder es total, porque, del mismo modo, afecta a toda la relación procesal, puesto que el juzgador carece de autoridad para pronunciarse sobre el objeto del litigio.

## 2.- Exceso parcial y defecto de poder;

El exceso parcial y el defecto de poder ya no afectan a toda la relación jurídica, sino que se manifiestan en el momento de la decisión, cuando no está la resolución en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes.

El ordinal 4º del artículo 13 contempla cuatro modalidades de incongruencia entre lo pedido y lo otorgado, a saber: que el fallo resuelva sobre algún punto que no ha sido objeto de la controversia; que deje de resolver sobre alguno de los que la hayan sido; que condene a más de lo pedido y que no falle sobre alguna de las excepciones alegadas, si fuere el caso de hacerlo. Cada una de estas cuatro modalidades de incongruencia -que han sido instituidas para salvaguardar uno de los postulados esenciales del proceso que establece que "ningún proceso podrá ser mayor o menor, o distinto de la reclamación que lo haya motivado"- constituye por sí, separadamente, una causal de casación que la ley agrupa en un mismo numeral y que deben invocarse como tales.

### a) Exceso parcial de poder:

Dice un viejo aforismo: sententia debet esse conformis libello; esto es, la sentencia debe ser conforme a la demanda, o más claramente: la demanda judicial señala los límites del poder del juez. El artículo 551 del Código judicial al recoger este principio establece que la sentencia o auto debe recaer sobre la cosa, cantidad o hecho disputado, o sobre el punto controvertido, de modo que si se pidió menos de lo probado, sólo se concederá lo pedido.

Al juez le está vedado pronunciarse sobre extremos no comprendidos en la demanda, y es por eso que las causales primera y tercera de inconsonancia entre lo pedido y lo otorgado consignan, respectivamente, que cuando se resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia (extra petita), o se condene a más de lo pedido (ultra petita), el fallo podrá ser censurado en casación por quebrantamiento de forma.

En ambos casos, el exceso parcial de poder infringe el artículo 551 del Código judicial que determina los límites dentro de los cuales el juez ha de fallar; pero en el segundo, es decir, en el de ultra petita, la violación es cualificada.

Téngase presente que la ley exige que la resolución sea incongruente con las pretensiones "oportunamente aducidas" por el litigante, porque en virtud del principio de la preclusión, las partes únicamente pueden aducir pretensiones en el momento procesal fijado por la ley.

b) Defecto de poder:

Los motivos de incongruencia entre lo pedido y lo otorgado por defecto de poder pueden ser considerados como el reverso del exceso parcial de poder. Se alegan cuando el fallo deja de resolver alguno de los puntos que han sido objeto de la controversia (2da. causal), o cuando no se resuelve sobre alguna de las excepciones alegadas, si fuere el caso de hacerlo (4ta. causal).

La causal cuarta, en puridad de verdad, muy bien ha podido ser suprimida, ya que se encuentra implícitamente comprendida en la segunda. El legislador decidió numerarla expresamente, a fin de evitar dudas y vacilaciones, y nada más.

Los motivos de casación por defecto de poder, que no son más que omisiones parciales en el pronunciamiento, no deben ser confundidos con el supuesto de que el juez pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, rehuse fallar, porque en este caso incurrirá en la responsabilidad de que habla el artículo 2 del Código civil.

Para que el defecto de poder pueda ser invocado también requiere que las pretensiones hayan sido oportunamente aducidas.

B) Defecto en la actividad de los órganos judiciales dirigidas a dar forma de acto escrito al contenido de la decisión:

El único caso contemplado en el artículo 13 es el ordinal 6º; por contener la decisión, en su parte resolutive, disposiciones contradictorias.

Obsérvese que la ley no se refiere a las contradicciones que puedan haber en los considerandos de la resolución, ni a las que puedan existir entre la parte motiva y dispositiva. Las discrepancias en la parte resolutive -que es la que obliga y, por ende, la que es objeto de ejecución- son las que interesan. Sólo los fallos dudosos en cuanto al alcance y al contenido del pronunciamiento, ya porque sea ambiguo u oscuro, o porque contenga frases de doble sentido, etc., serán acusables en casación por infringir el artículo 552 del Código judicial que dispone que en las sentencias o autos la parte resolutive debe comprender todos los puntos que son materia de examen, y expresará con toda claridad lo que respecto de cada uno se resuelva.

## CAPITULO IX

### EL PROCEDIMIENTO EN CASACION.

Nuestro legislador no sólo se ha contentado con dotar al aspecto procesal del instituto de una sistemática acertada y clara, en términos generales, sino que al establecer, salvo en los casos de sentencia contradictoria en que interviene la Corte, un procedimiento uniforme para las diferentes formas de recursos, ha facilitado su comprensión haciéndolo, en consecuencia, más asequible que en otras legislaciones donde la tramitación varía o sufre alteraciones, según se trate del recurso en el fondo o en la forma, o en interés de la ley, etc.

Toda esa gama de actuaciones procesales, que se inicia con la manifestación que hace el recurrente de su intención de recurrir y que finaliza con el fallo que profiere la Corte, son divididas por la Ley 86 en dos etapas: la de preparación y admisión, y la de sustanciación y determinación. Con todo eso, para facilitar la exposición, nosotros vamos a distinguir seis fases esenciales que, en síntesis, integran el procedimiento de la casación. Como quiera que luego nos referiremos con algún detenimiento a cada una de ellas, digamos tan sólo en que consisten las mismas, con objeto de presentar una visión de conjunto.

En la primera (fase de preparación), las partes o el Ministerio Público, legitimados para actuar, se limitan a manifestar, como dijimos, su intención de recurrir. En la segunda (fase de interposición), que es donde campea, como dice de la Plaza, el rigor formal que es característico del recurso, se exponen los defectos que vician la resolución recurrida. En la tercera (fase de concesión), el Tribunal Superior después de examinar si la resolución objeto del recurso es de aquellas contra las cuales lo concede la ley y si el escrito con que ha sido interpuesto llena los requisitos de que trata el artículo 17, lo concede o lo deniega. En la cuarta (fase de admisión), la Corte Suprema, sin entrar en el fondo del recurso, lo admite si ha sido concedido mediante la concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 24, o lo declara inadmisibles, en caso contrario. La quinta (fase de sustanciación), determina los diferentes trámites que han de sucederse hasta llegar a la sentencia. Y, finalmente, en la sexta (fase de decisión), la Corte Suprema de Justicia profiere su fallo como tribunal de casación.

En el supuesto de que la Corte no encuentre justificadas las causales alegadas declarará que no es el caso impugnar la resolución objeto del recurso, y devolverá el expediente al tribunal de su procedencia. Si, por el contrario, encontrare justificada una o más causales de las de fondo, invalidará el fallo y, actuando como tribunal de instancia, procederá a dictar el que deba reemplazarlo. Y si las causales son de forma, invalidará del mismo modo la resolución recurrida y dispondrá -salvo excepciones que serán estudiadas oportunamente-, que se devuelva el proceso al tribunal de su origen.

Para no tener que repetirlo digamos de una vez por todas que en la casación contra las sentencias dictadas por los árbitros en negocios cuya competencia esté atribuida a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, las tres primeras etapas se desarrollan ante el Tribunal Arbitral. Esta es la única diferencia en el procedimiento existente entre esta forma de recurso y los de forma y de fondo. En tal virtud, cuando digamos, por ejemplo, que la casación se formaliza ante el Tribunal

Superior respectivo o que a este organismo corresponde concederle o denegarle, etc., entiéndase que para el caso concreto del recurso contra las sentencias dictadas por árbitros, estos trámites se desarrollan ante el mismo Tribunal Arbitral que expidió el fallo impugnado, de manera que para este recurso en particular, donde dice Tribunal Superior ha de entenderse Tribunal Arbitral.

En los casos de sentencia contradictoria en que interviene la Corte el procedimiento es distinto. El recurso se interpone directamente ante la Corte y dicha corporación, previo repartimiento del expediente, debe pronunciar dentro de 30 días la decisión que corresponda.

Habiendo presentado las diferentes fases que integran el procedimiento de la casación, nos toca adentrarnos al estudio de cada una de ellas en forma más detallada.

## 1.- FASE DE PREPARACION.

Cuando el agente del Ministerio Público, en los negocios en que es parte o en que debe intervenir por autoridad de la ley, o el apoderado de la parte que hubiere salido perjudicada por la no observancia de la ley intenten recurrir en casación, deberán manifestarlo así al Tribunal Superior respectivo (o al Tribunal Arbitral) por medio de memorial que presentarán en la Secretaría del tribunal dentro de los tres días siguientes al en que la resolución haya quedado legalmente notificada.

La manifestación anterior produce el efecto de suspender la ejecución de la resolución y, por mandato del artículo 16º de la Ley 86, el tribunal dispondrá que el proceso se mantenga en secretaría, a disposición de la parte que intenta recurrir, por el término improrrogable de quince días, para que dentro de ellos interponga el recurso. Si transcurrido el término el interesado no lo hubiere promovido, el tribunal le impondrá una indemnización de 25 a 100 balboas, según la cuantía y la importancia del negocio, a favor de la contraparte (art. 18).

El carácter meramente preparatorio de esta fase se evidencia con las medidas adoptadas por el tribunal, pues éstas tienden a permitir que el recurrente prepare y formalice, dentro del término señalado, el recurso. Pero como con la formalización se inicia la siguiente fase en ésta el interesado se limita a estudiar el expediente y a preparar su escrito de interposición.

## 2.- FASE DE INTERPOSICION.

Excepto en los casos de sentencia contradictoria en que interviene la Corte, que trataremos más adelante, el recurso de casación ha de interponerse por medio de escrito ante el Tribunal Superior (o Tribunal Arbitral), dentro del término improrrogable de quince días señalado en el artículo 15.

Para de la Plaza esta fase es la más culminante del recurso, "porque de la destreza con que el recurrente utilice los medios que la ley pone en sus manos, depende frecuentemente el éxito de la empresa, cuando de buena fe se trata de corregir errores en el proceder o en el juicio, como antecedente obligado para lograr, en segundo término, la reparación de una injusticia que nos hiera". (110)

En el escrito de interposición es donde se pone de relieve el rigor formal del recurso, ya que siendo la casación un medio de impugnación extraordinario, la Corte, como tribunal de casación, únicamente puede conocer de los puntos que le han sido sometidos expresamente y que constituyen causales de casación. "Por ello -dice la sentencia de 21 de febrero de 1944-, el artículo 17º de la Ley 86 al establecer los requisitos que debe contener el escrito exige, en primer lugar, una exposición clara y expresa del vicio o defecto que el recurrente le imputa a la resolución contra la cual interpone el recurso. Esto es importantísimo porque en esa exposición han de quedar establecidas de manera precisa la causa o causas, o sea la razón que explica la actitud del recurrente.

"En seguida debe venir la mención de la causal o causales, debiéndose tener en cuenta, cuando son varias, que no deben mencionarse conjuntamente, por las razones que más adelante se expondrán.

"Después vienen los motivos que sirven de fundamento a las causales invocadas. La exposición de los motivos debe hacerse en forma muy clara a continuación de cada causal a la cual sirven de fundamento. "Los motivos son a las causales lo que los hechos de una demanda a las declaraciones impetradas en ella: su fundamento directo". Es por esto por lo que se dijo antes que cuando las causales que se invocan son varias no deben ser mencionadas conjuntamente sino por separado, debiendo ocupar la segunda el lugar que le corresponde luego de expuestos los motivos que sirven de fundamento a la primera y así sucesivamente.

"Por último debe venir "la mención con referencia a cada causal, de las disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo han sido", hecha a continuación de los motivos en que se funda la causal respectiva.

"Todas estas reglas obedecen a un método lógico para individualizar, diremos así, cada cuestión alegada, de suerte que el juzgador quede en condiciones de examinar "con la debida separación cada una de las causales en que se funda el recurso y cada uno de los motivos en que se apoya cada causal" como en términos precisos lo ordena el primer inciso del artículo 31 de la Ley 86". (111)

"Ya esta Corporación ha resuelto en otros casos -dice la sentencia de 14 de febrero de 1944- que para que pueda estimarse admisible el mencionado recurso, precisa que el escrito en que se interpone llene metódicamente y AD PEDEM LITTERAE, tos y cada uno de los requisitos a que alude el artículo 17 de la Ley 86 de 1941, o sea: 1.- Exposición clara y expresa del vicio o defecto que el recurrente le imputa a la resolución contra la cual interpone el recurso; 2.- Mención expresa y determinada de la causal o causales que invoca para interponerlo; 3.- Exposición metódica y pormenorizada de los motivos que sirven de fundamento a cada una de las causales invocadas hecha a continuación de cada una de ellas; y 4.- Mención, con referencia a cada causal, de las disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo han sido. De suerte, pues, que los escritos que no se ajusten a las pautas indicadas no pueden ser admitidos, ya que lo contrario concurriría a violar el mandato legal, aparte de que la falta de método causaría las consiguientes perplejidades que no tiene obligación la Corte de despejarlas. La exposición debe puntualizarse con claridad, de manera precisa y en forma que no remita duda". (112) Expresa la de 28 de

---

(111) Registro Judicial nº 2 de 1944, pág. 23.

(112) Registro Judicial nº 2 de 1944, pág. 28.

abril de 1947: "Aún cuando el recurso de casación fuere presentado dentro del término legal, y la resolución contra la cual se interpusiere fuese de aquellas que la ley concede, será declarado inadmisibile siempre que no se indique en él de manera clara y expresa: el vicio o defecto imputable a la resolución, la causal o causales que lo justifiquen, la exposición pormenorizada de los motivos fundamentales de cada una de ellas, de las disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo han sido". (113) Y la de 14 de octubre de 1947 recoge los mismos conceptos: "El recurso de casación es propiamente una demanda contra la resolución acusada, que debe sujetarse a los requisitos del artículo 17 de la citada Ley 86. En consecuencia, debe expresarse en forma clara el defecto que se imputa al fallo; la causal o causales que se invocan para interponerlo; los motivos que le sirven de fundamento a cada causal, expuestos a continuación de cada una de ellas, como si se tratara de los hechos de una demanda, y la mención, con referencia a cada causal, de las disposiciones legales que se consideran infringidas y el concepto en que lo han sido". (114)

Como las pretensiones de los recurrentes naufragan la mayoría de las veces por la forma poco satisfactoria como presentan el escrito de formalización, vamos a referirnos a cada uno de los requisitos de que habla el artículo 17.

#### a) El Vicio o Defecto.

El ordinal 1º del artículo 17 exige, como primer requisito, que el escrito de interposición del recurso contenga, en forma clara y expresa, el vicio o defecto que el recurrente le impute a la resolución contra la cual interpone el recurso.

A pesar de que el precepto comentado está redactado en número singular, con frecuencia se presentan escritos señalando varios vicios o defectos. Mas desde un punto de vista técnico, ha dicho la jurisprudencia, sólo existe propiamente un vicio o defecto -son términos equivalentes- fundamental, pues a menudo se encontrarán varias deficiencias que pudieran considerarse como otros tantos vicios pero que no constituyen en el fondo sino derivaciones de aquél, fuente principal del verdadero mal que radica en la resolución (115).

En cuanto a la "exposición clara y expresa del vicio o defecto", ésta ha de consistir en una historia concisa del caso en forma tal que ponga de relieve la infracción de la ley o el quebrantamiento de forma, que sirve de apoyo a la causal o causales que hayan de invocarse para fundamentar el recurso. No se trata, pues, de una mera enunciación, que es lo que se hace cuando se expresa, de manera breve y sencilla, una idea, un concepto, o una consideración. La exposición que se exige, implica una forma de expresión sinóptica que permita encasillar dentro de la situación general del caso el vicio de la resolución, cosa que sin esfuerzo pueda el tribunal enterarse del problema y su origen y su relación a la controversia en que ha surgido. Sobre este punto existe copiosa jurisprudencia: "Efectivamente, no se ha hecho un resumen del caso. Y la Corte Suprema ha mantenido de manera constante que al señalarse el vicio o defecto debe presentarse esa síntesis en que aquél se ponga de relieve". (S. de 15 de octubre de 1947 (116).- "No puede consi-

---

(113) Ibidem, nº 4 de 1947, pág. 4.

(114) Registro Judicial nº 10 de 1947, pág. 24.

(115) Ver sentencia de 4 de enero de 1944.

(116) Registro Judicial nº 10 de 1947, pág. 5.

derarse como una historia concisa del caso, que ponga de relieve las infracciones acusadas, la afirmación de que "la sentencia recurrida ha aplicado al punto en controversia disposiciones que no son pertinentes al punto en cuestión, y ha dejado de aplicar o considerar otras disposiciones que si le son aplicables y que cambian por completo la situación en este juicio...." Es esta afirmación, la consecuencia que debe extraer el recurrente de la exposición clara y expresa del vicio; pero no es ni puede ser historia concisa de los hechos; como exige el ordinal 1º del artículo 17." (Auto de 24 de febrero de 1947 (117) "El libelo se limita a afirmar que el fallo "se lleva de calle las disposiciones sustantivas y universales del derecho de propiedad que consagran los artículos 370; 372 y 373 del Código Civil" y que el recurrente "tiene derecho a que se le reconozca título de dominio sobre el inmueble motivo de la controversia". "La jurisprudencia -explica el Magistrado de la Guardia- exige al respecto una historia concisa del caso. Ello no significa un cansado relato de todo su desarrollo: alude principalmente a una síntesis del problema o situación que se presenta en los autos y la forma como ha sido resuelta por el tribunal. De allí resulta el vicio porque se desprende que el tribunal ha dado una solución incorrecta a esa situación". Es obvio que la simple afirmación de que "el fallo se lleva de calle disposiciones sustantivas y universales del derecho de propiedad" y que "el recurrente tiene derecho de dominio", no demuestra la incongruencia que ha de evidenciarse a través de las causales, la motivación, las disposiciones violadas y el concepto de la violación". (S. de 16 de agosto de 1948 (118).-- "La exposición clara y expresa del vicio o defecto consiste -según doctrina de la Corte- en la relación de los hechos sobre los cuales deduce el recurrente los errores de fondo o de forma. La descripción del vicio no es la afirmación simple y llana de que el fallo da lugar a alguna de las causales de la ley, cuya denominación se expresa al describir el vicio, sin la demostración fehaciente de que tal situación ha ocurrido. En este sentido el recurrente no ha dado cumplimiento al ordinal 1º del artículo 17, puesto que la exposición del vicio la hace consistir en la afirmación de que el Tribunal adjudicó, por errónea interpretación de la Ley sustantiva, todos los bienes a la cónyuge sobreviviente, sin deducir la parte que le corresponde en la sociedad de gananciales; pero omite la demostración de lo que afirma". (S. de 27 de agosto de 1947 (119).

Para lograr un mayor acierto en la exposición del vicio recordemos que el fallo de 14 de octubre de 1947, citado en páginas anteriores, decía que el recurso de casación era propiamente una demanda contra la resolución acusada; que debía sujetarse a los requisitos del artículo 17 de la Ley 86. Luego, el vicio equivale, como anota de la Guardia, a la parte general, introductoria, de una demanda, sólo que un tanto más explícita. En él se manifiesta la causa del perjuicio sufrido, que fundamenta el reclamo.

En la sentencia de carácter puramente didáctico de 24 de febrero de 1943, nos presenta la Corte un modelo sacado de un caso imaginario que, aunque se refiere a materia criminal, nos puede orientar y servir de base, puesto que en lo que respecta al escrito de interposición se exigen los mismos requisitos contemplados en el artículo 17, tanto en la casación en

---

(117) Goytía, op. cit., pág. 29.

(118) Goytía, op. cit., pág. 46.

(119) Ibidem, pág. 31.

asuntos civiles como en la casación en asuntos criminales. Según el modelo aludido el vicio de la resolución debe expresarse así:

VICIO DE LA SENTENCIA.- Dió lugar a la existencia de este juicio contra mi defendido Jerónimo el hecho de haberle causado éste a Isidro, lesiones que le produjeron una incapacidad para trabajar de 30 días. Este suceso está plenamente comprobado aun con la misma confesión del procesado y puede, por lo tanto, considerarse descartado del debate: no es cuestión controvertible. Lo que se discute es si Jerónimo al lesionar a Isidro actuó o no en uso del derecho de legítima defensa obligado a ello por violencia grave e injusta que no pudo eludir ni resistir de otra manera. En el proceso han declarado seis testigos, todos iguales en razón de las circunstancias de sus dichos y personas, pues todos son honorables y gozan de igual forma. Cuatro de esos testigos han declarado que Jerónimo procedió contra Isidro obligado por una violencia grave e injusta de que éste le hizo víctima, en condiciones que le hacían imposible eludirla ni resistirla de otra manera. Dos han declarado que el hecho provino de injurias que Jerónimo irrogó a Isidro. La sentencia que declara la responsabilidad de aquel, no obstante la eximente alegada y probada (o simplemente resultante de autos), se funda en los testimonios de la minoría de los testigos, con prescindencia de los de la mayoría, lo que constituye el vicio o defecto que le imputo a ese fallo (120).

Esta exposición, que es en suma una relación abreviada de la causa, en la cual se hace resaltar el error o errores de la sentencia o auto que la decide, no requiere ser repetida ni individualizada con referencia a cada una de las causales que se aleguen, si son varias.

#### b) Causal o Causales.

El segundo requisito contemplado en el ordinal 2º exige que en el escrito se haga mención expresa y determinada de la causal o causales que se invocan para interponer el recurso.

"Para que las causales de casación sean admisibles conforme al artículo 17 -dice el auto civil de 24 de febrero de 1947-, la mención que de ellas haga el recurrente debe reunir dos condiciones: la consignación expresa de ellas y su determinación en el recurso, o sea el enlace entre la causal prevista por la ley y los motivos del quebrantamiento de forma o de fondo atribuidos a la sentencia". (121)

No basta, por lo tanto, que el recurrente diga que en la sentencia o auto a que se refiere el recurso, se ha incurrido en error de fondo o de forma, sino que es necesario expresar con claridad en cada caso cuales son las causales en que funda el recurso, ya que la Corte no está facultada para declarar probada una causal de casación que no haya sido claramente alegada, sino que debe concretarse únicamente a la ex-

---

(120) Registro Judicial nº 2 de 1943, pág. 14.

(121) Goytía, op. cit., pág. 32.

presamente citada como fundamento del recurso. En efecto, el artículo 36 declara que la "Corte no tomará en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas". Además, este requisito no se cumple bien con citar uno o varios ordinales de determinado artículo de la ley sobre casación, ni uno o varios artículos de ella, porque algunas de esas disposiciones contienen varias causales o modalidades de una misma causal que le dan un aspecto distinto y una fisonomía propia. Así, por ejemplo, la causal de infracción de ley tiene lugar necesariamente en alguna de las tres modalidades ya señaladas, esto es, por violación directa, por interpretación errónea o por aplicación indebida. Y es por razón de la existencia de estas tres modalidades y por la necesidad de que se puntualice bien aquella sobre que debe versar el debate, por lo que ha dicho la Corte que se hace indispensable individualizarla con toda precisión y claridad. Hay, pues, necesidad de que el libelo de demanda que es el escrito de interposición del recurso, determine con palabras precisas, si la violación de la ley sustantiva que se acusa es directa, o producida por errónea interpretación de ella o por aplicación indebida al caso debatido. De otra suerte las partes no pueden concertar sus discusiones a puntos precisos, ni el tribunal queda en condiciones de poder fallar con el mayor acierto posible.

La sentencia de 21 de febrero de 1944 corrobora lo anterior cuando expresa: "El requisito reclamado por la ley a este respecto no se cumple satisfactoriamente con sólo citar un artículo, o un ordinal de un artículo de la ley que gobierna la materia, sino que es preciso mencionarlo usando los mismos términos empleados por aquella. Es así porque con frecuencia una misma causal tiene varias modalidades y es necesario saber a cual de ellas se refiere el recurrente, y porque no faltan casos en que un sólo ordinal comprende varias causales que, aún cuando tienen cierta relación entre sí, son distintas unas de otras". (122) Estos últimos casos se dan en las causas de forma.

### c) Los Motivos.

El ordinal 3º del artículo 17 ordena textualmente que se haga una "exposición metódica y pormenorizada de los motivos que sirven de fundamento a cada una de las causales invocadas, hecha a continuación de cada una de ellas".

Ya hemos visto que la Corte ha equiparado el escrito de interposición a una demanda contra la resolución y, por consiguiente, los motivos vienen a representar los hechos de la demanda. Dicho en otra forma, los motivos constituyen los hechos jurídicos que sustentan la causal, o como dice de La Guardia, constituyen, desde luego, una explicación del por qué de la causal.

La especificación correcta y clara de los motivos de cada causal es, pues, de capital importancia porque el tribunal de casación debe examinar cada uno de ellos; que deben guardar perfecta relación con la causal a que sirven de apoyo, y no le es dable considerar otros distintos.

Es conveniente anotar que si los motivos expuestos no constituyen la causal que se ha invocado sino otra distinta, ésta no puede ser tomada en consideración, porque con ello se "violaría la esencia de la ley que instituyó el recurso de casación". Por esta razón, en la sentencia de 24 de agosto de 1937 la Corte, haciendo suya conocida jurisprudencia colombiana-

na, expresó que "si el recurrente alega determinada causal, pero asigna a ella motivos que no la producen, la Corte no puede reconocerla, aunque esos motivos sean generadores de otra u otras causales de casación que no hayan sido alegadas", de donde resulta que "si el recurrente incurre en error al señalar la causal de casación que invoca, las consecuencias de ese error debe recaer sobre quien lo cometió, sin que el Poder Judicial tenga facultad para enmendarlo o para salirse de la estricta aplicación de la Ley". (123).

d) Disposición o disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo han sido.

Cuando tratamos del concepto de ley en casación dijimos que no era posible acusar violaciones a la costumbre, a los principios generales de derecho, ni a la doctrina legal, etc., sino tan sólo a preceptos concretos del derecho positivo. Tomando esto como punto de partida, lo demás resulta sumamente sencillo.

La mención, con referencia a cada causal, de las disposiciones legales infringidas es un requisito que se cumple simplemente con citar el artículo, o el ordinal o inciso de un artículo, y el código o ley del que forma parte; no es necesario, por lo tanto, transcribir su contenido. Sin embargo, carece de valor la cita de un código, ley o conjunto de disposiciones, sin especificar cual es el precepto infringido.

"No se llenaría, pues, el objeto del recurso ni el mandato del legislador -dice la sentencia de 19 de febrero de 1941- si el recurrente se limitara a señalar como ley infringida la 80 de 1918, ó el Código Civil, ponemos por caso, puesto que entonces no se haría "mención expresa y determinada de la ley o leyes infringidas" ya que debe entenderse que cada precepto u ordenamiento legal es en sí una ley, jurídicamente hablando". (124) Agrega la del 3 del mismo mes y año: "Ya la Corte en muchas ocasiones ha declarado inadmisibles los recursos de casación en que el recurrente ha dejado de hacer mención expresa y determinada de las disposiciones que considera infringidas y del vicio o defecto en que se funda, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia, cuya ley sobre el recurso de casación es semejante a la nuestra en esas exigencias". (125)

La mención, con referencia a cada causal, de las disposiciones legales infringidas es de suma importancia, porque la casación gira alrededor de un punto de derecho, concretado en una disposición violada, y para los efectos del debate se debe señalar con exactitud cual es esa disposición. Nótese que la ley no pide que se diga cuales son las disposiciones aplicables sino cuales han sido violadas, porque el objeto del recurso es determinar si ha habido esa violación a fin de enmendarla.

En cuanto al concepto de la infracción, éste consiste en que se debe expresar el sentido en que la disposición o disposiciones han sido infringidas.

Finalmente, respecto de la mención de las disposiciones legales infringidas y del concepto en que lo han sido, cabe

---

(123) Ver sentencia de 3 de mayo de 1938. Registro Judicial nº 5 de 1938, pág. 469.

(124) Registro Judicial nº 2 de 1941, pág. 11.

(125) Registro Judicial nº 2 de 1941; pág. 9.

observar que tales infracciones deben desprenderse del vicio acusado, de la causal que se invoca y de los motivos que generan dicha causal.

### 3.- FASE DE CONCESION.

Interpuesto oportunamente y por persona hábil el recurso, el Tribunal Superior respectivo (o el Tribunal Arbitral si se interpone contra sentencia dictada por los árbitros) procederá a examinar si la resolución que es objeto de él es de aquéllas contra las cuales lo concede la Ley y si el escrito con que ha sido interpuesto llena los requisitos de que trata el artículo 17.

El examen de la resolución objeto del recurso pocos problemas presenta, pero, como anteriormente dijimos, no sucede igual con respecto a los requisitos que debe contemplar el escrito. Por ello, aunque parezca una perogrullada, es preciso repetir que la Corte Suprema ha expuesto en forma invariable que para determinar cuando el escrito reúne efectivamente las exigencias del artículo 17, es necesario determinar: a) si el libelo contiene una exposición clara y expresa del vicio que el recurrente imputa a la resolución; b) si hace mención expresa y determinada de la causal o causales que invoca para interponerlo; c) si los motivos han sido expuestos en forma metódica y pormenorizada para que sirvan de fundamento a cada una de las causas invocadas, a continuación de cada una de ellas; y d) si existe mención, con referencia a cada causal, de las disposiciones legales infringidas, y del concepto en que lo han sido.

Si el recurso ha sido interpuesto en tiempo, por persona hábil, contra resolución censurable en casación y en el escrito de formalización concurren las exigencias anotadas, el tribunal a que lo concederá inmediatamente y ordenará el envío del proceso a la Corte Suprema, previa citación de las partes. En caso contrario negará la concesión del mismo.

Cuando el recurso fuere negado por mero defecto de forma del escrito de formalización, el interesado puede corregirlo siempre que lo haga dentro del término que señala el artículo 16, esto es, si todavía no ha fenecido el término improrrogable de 15 días que tenía para interponerlo, y, una vez hechas las correcciones del caso, le será concedido. Pero si no es posible corregirlo por haber vencido el término o porque ha sido rechazado por otro motivo, por ejemplo, porque la resolución contra la que se interpone el recurso no es acusable en casación o porque no ha sido formalizado en tiempo, el recurrente haciendo uso de la potestad que le confiere el artículo 21 puede ocurrir de hecho a la Corte Suprema, y el procedimiento se asimilará al que se observa en los casos comunes sobre el recurso de hecho.

En la etapa de concesión el tribunal, de conformidad con el art. 19, no puede analizar la parte sustancial del recurso, sino su ritualidad y forma, de manera que no le es posible calificar anticipadamente la justificación del mismo.

### RECURSO DE HECHO.

La parte que pretenda interponer el recurso de hecho pedirá al Tribunal Superior que negó la concesión del de casación, antes de vencerse los dos días siguientes al en que se notificó o tuvo por notificada la negativa, copia de la resolución impugnada en casación, de su notificación, del escrito de interposición, de la negativa y de las demás piezas que estime conveniente para lograr su intento.

El Secretario del Tribunal anotará en las copias el día en que las entrega al solicitante y éste deberá recurrir an-

te la Corte dentro del término de la distancia y tres días más.

Interpuesto por medio de escrito el recurso, con las copias pertinentes, el Secretario de la Corte anotará el día en que recibió el respectivo memorial, y dicha corporación, luego de señalar un término que no exceda de tres días para que las partes puedan presentar sus alegatos escritos, examinará el auto objeto del recurso de hecho, para establecer si el tribunal incurrió en error u omisión que lo vicie o invalide, porque únicamente en el caso de que adolezca de defectos legales en sí mismo, podría la Corte abrir los trámites del recurso extraordinario de casación y considerar la sentencia a la luz de las infracciones invocadas en el libelo de interposición.

El Magistrado sustanciador tendrá un término de cuatro días para presentar su proyecto de resolución admitiendo o denegando el recurso, y para el estudio del mismo dispondrán los demás Magistrados de tres días.

Para que el recurso de hecho sea admitido es necesario que concurren las siguientes circunstancias: que la resolución acusada sea susceptible de casación, que el recurso se haya interpuesto oportunamente por persona hábil, que el escrito reúna las condiciones de forma exigidas por el art. 17, que la concesión haya sido negada por el tribunal, y, en fin, que las copias se hayan solicitado en el término señalado, y que se ocurra ante la Corte en la debida oportunidad.

Si el recurso de hecho es admitido, la Corte pedirá que se le remita el proceso y suspende la ejecución del auto sobre que versa. Si lo declara inadmisibile queda firme el auto y condenará al recurrente al pago de una indemnización de 10 a 25 balboas a favor de la parte contraria.

EL PROCEDIMIENTO EN CASACION  
(Continuación)4.- FASE DE ADMISION.

Recibido el expediente en la Corte, ya sea porque el Tribunal Superior concedió el recurso o porque la misma Corte admitió el de hecho, el Presidente procederá a repartirlo de acuerdo con las reglas establecidas en el Capítulo II de la Sección 2ª del Título IV de la Ley 61 de 1946, subrogatoria del Libro Primero del Código Judicial.

El Magistrado a quien se adjudique el negocio, deberá sustanciarlo y en su primera providencia lo mandará a fijar en lista por ocho días, a fin de que las partes tengan conocimiento de la llegada del expediente a la Corte. Dentro de dicho término las partes pueden alegar por escrito lo que consideren conveniente a sus intereses y constituir apoderado, si no lo tuvieren alguna de ellas o quisiere encomendar a un mandatario especial su representación en el recurso, sin que por esto se entienda revocado el poder conferido para todos los actos del juicio ante los tribunales de instancia.

Las alegaciones escritas, o fundamentación o escrito de sustanciación como suelen denominarse cuando las presenta el recurrente y escrito de oposición al recurso cuando las presenta la parte opositora, se pueden considerar como una carga procesal, tanto para el primero como para el segundo, pues, es el propio interés quien impulsa a uno y a otro a alegar. En la práctica el recurrente suele contentarse con el escrito de interposición y es la parte opositora quien aprovecha en beneficio propio esta coyuntura que le proporciona la ley para manifestar los motivos por los cuales considera no haber lugar a que se case la resolución impugnada. El escrito de alegaciones no requiere comentario especial, ya que no ha de ajustarse a ningún patrón. En él se pueden apoyar las pretensiones en la jurisprudencia, en la doctrina de los tratadistas, en el derecho comparado, etc., y si las partes lo estiman conveniente, pueden incluso abordar cuestiones de fondo para el supuesto de que sea casada la resolución.

Concluido el término de fijación en lista la Corte decidirá si el recurso ha sido concedido mediante la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- 1.- Si la resolución objeto del recurso es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley;
- 2.- Si el recurso ha sido interpuesto en tiempo;
- 3.- Si el escrito por medio del cual fué interpuesto reúne todos los requisitos ordenados por el artículo 17; y,
- 4.- Si la causal expresada es de las señaladas por la ley.

Cuando no concurrieren los requisitos de que se deja hecha mención, la Corte se limitará simplemente a negar la admisión del recurso (art. 24), y condenará en costas al litigante que lo hubiere interpuesto (art. 25).

Se puede advertir una repetición en el procedimiento, pues, de conformidad con el artículo 19, interpuesto oportunamente y por persona hábil el recurso, el Tribunal Superior respectivo procede a examinar si la resolución que es objeto de él es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley y si el escrito con que ha sido interpuesto llena los requisitos de que trata el artículo 17; es decir, cuando el expediente ingresa a la Corte, el Tribunal Superior ya ha hecho un examen similar al ordenado en el artículo 24.

El doble examen tiene por finalidad reducir al mínimo la posibilidad de error. Sin embargo, estos plausibles propósitos han causado en la práctica más mal que bien, pues, como la Corte califica de todas maneras el escrito de interposición los Tribunales Superiores apenas hacen un examen superficial del mismo y con ello quizás han difundido entre los profesionales la impresión equivocada de que sus recursos están bien presentados, de donde se inclinan a considerar antojadizo el rechazo ulterior de la Corte. Esto ha dado lugar a que nuestro máximo tribunal de justicia en sentencia de 21 de febrero de 1944, transcrita en fallos posteriores, haya expuesto lo siguiente: "Antes de terminar se hace necesario recordarle a los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales la necesidad de que cumplan de manera que no de lugar a críticas justificadas la función que les señala el artículo 19 de la ley número 86. Esa disposición no está colocada allí como un mero adorno, sino que obedece a la necesidad de que no sea concedido ningún recurso de casación cuando en su interposición no han sido cumplidos con exactitud los requisitos establecidos por la ley de la materia, y obedece también al propósito de evitar a los litigantes todo perjuicio posible por la defectuosa interposición del recurso. No es correcto usar para la concesión del recurso de casación el mismo criterio que se emplea para conceder una apelación, porque no son recursos iguales y ni siquiera parecidos. La Corte siente pena cuando se ve obligada a declarar inadmisibles un recurso de casación, por defecto del escrito de interposición, tanto porque la parte que le ha interpuesto no puede ya corregir los defectos de que adolezca el escrito, como lo habría hecho seguramente si el tribunal que lo concedió hubiera cumplido la función que le señala el artículo 19 antes mencionado, cuando porque la actitud que la Corte se ve obligada a asumir constituye una crítica a la actuación de los tribunales que inmediatamente dependen de ella". (126)

El ex-Magistrado de la Guardia, en su pequeño folleto sobre la casación, estima que ya es tiempo de enmendar ese estado de cosas. Si aquellos tribunales, dice, recargados sin duda de trabajo, rehusan extremar el examen de los escritos, que al menos los revisen en lo tocante a la oportuna de su presentación, al carácter casable o no de la resolución recurrida y al aspecto formal en general, con miras esto último a establecer si siquiera el escrito se divide correctamente en sus necesarios componentes, pues, así se evitaría que se siguieran tramitando recursos predestinados fatalmente, por motivos a veces triviales, al fracaso, como sucede con harta frecuencia; y se haría posible al interesado aprovechar la única oportunidad que tiene de corregir defectos de forma conforme al artículo 20. (127)

En nuestra opinión, lo más acertado sería reformar la ley en el sentido de que los Tribunales Superiores al conceder el recurso, únicamente examinen si ha sido interpuesto oportunamente y por persona hábil, tocándole a la Corte, en consecuencia, el deber de estudiar prolijamente el escrito, con objeto de determinar si la resolución contra la cual se interpone puede ser censurada en casación; si el escrito de formalización reúne todos los requisitos ordenados por el artículo 17; y si la causal expresada es de las señaladas por la ley. Cuando el recurso no fuere admitido por mero defecto de forma del escrito, se le podría conceder al recurrente un término de diez días para que dentro del mismo lo corrija, y así

(126) Registro Judicial nº 2 de 1944, pág. 24.

(127) De la Guardia, op. cit., págs. 6 y 7.

no se le privaría del derecho que la ley en la actualidad le concede.

### Intangibilidad de la resolución que niega la admisión del recurso.

En nuestro derecho la resolución que niega la admisión de un recurso de casación reviste el carácter de sentencia y, por lo tanto, no puede ser reformada ni revocada. "La Corte -dice el auto de 9 de mayo de 1947- ha mantenido reiteradamente el criterio que contra las resoluciones que niegan la admisión de un recurso de casación no cabe el de revocatoria porque esas resoluciones revisten el carácter de sentencias y son, desde luego, intocables". (128)

Mas esa intangibilidad que en algunas decisiones se hace depender exclusivamente del carácter de sentencia y no de auto que puede atribuirse a la calificación negativa del recurso, emerge en realidad del texto mismo de la Ley 86 de 1941 cuando ordena -sin dejar oportunidad a ulterior recurso- que en defecto de los requisitos especificados en el artículo 24, "la Corte se limitará simplemente a negar la admisión", y así lo ha comprendido la propia Corte en otros fallos, como el dictado el 16 de septiembre de 1947, en donde se agrega, además, que la limitación de que trata el pasaje transcrito no puede referirse a la omisión de los fundamentos de la negativa, lo cual sería absurdo. Tal limitación incide directamente sobre el cierre de la tramitación una vez negado el recurso.

Si este fuera poco, téngase presente que la Ley 86 de 1941 al señalar el procedimiento a seguir en materia de casación no ha establecido en sus disposiciones el recurso de revocatoria, por lo que la Corte carece de facultad para establecerlo, pues, en asunto de casación no puede seguir procedimientos distintos a los establecidos en la ley citada, ya que entre las modificaciones introducidas por la misma al recurso de casación figura la de indicar expresamente que el recurso descansa sobre el articulado de dicha ley. Por eso ya la Corte ha resuelto "que en los trámites del recurso extraordinario de casación no tienen encaje ordenaciones procedimentales ordinarias". (129)

Si el legislador hubiera creído conveniente establecer el recurso de revocatoria, lo habría hecho de manera expresa como lo hizo en el artículo 21 de la Ley 86, al establecer el recurso de hecho, único recurso que figura en dicha ley. Pero como no lo ha hecho, desde el año de 1938 la Corte ha mantenido jurisprudencia constante de que en el recurso de casación no tiene cabida la revocatoria.

### 5.- FASE DE SUSTANCIACION.

Si el recurso fuere admitido, por haber sido concedido mediante la concurrencia de las circunstancias exigidas en el artículo 24, la Corte Suprema lo declarará así y señalará día y hora para la audiencia pública. No obstante, cuando en el juicio el Ministerio Público deba ser oído por disponerlo así la ley -como en el de divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, etc.-; la Corte, antes de fijar fecha y hora para la audiencia, le dará traslado del negocio al Procurador General de la Nación, por el término de cincodías, y una vez vencido dicho término señalará el día y la hora para la audiencia (art. 25).

---

(128) Registro Judicial nº 5 de 1947, pág. 2.

(129) Registro Judicial nº 9 de 1947, pág. 11.

Como podrá observarse, al Ministerio Público no se le da en traslado los autos para que dictamine sobre si el recurso es o no admisible, como en otras legislaciones, sino que es oído después que nuestro máximo tribunal ha declarado su admisibilidad. En los recursos de casación en asuntos civiles, por lo tanto, salvo en los casos de sentencia contradictoria, el Procurador General de la Nación se limita a exponer, por medio de un escrito, si la resolución debe o no ser casada y los fundamentos en que apoya su criterio. He allí toda su intervención. Sin embargo, es costumbre permitirle asistir a la audiencia, en aquellos negocios en que deba intervenir por mandato de la ley.

En nuestra opinión, el legislador panameño al regular el recurso de casación ha desestimado al Ministerio Público, pues, teniendo por objeto principal el recurso, no el enmendar los agravios inferidos a las partes en las resoluciones judiciales, como creemos haberlo demostrado, sino velar por la exacta aplicación de las leyes y la uniformidad de la jurisprudencia nacional, lo menos que se podía esperar es que se le diera mayor participación al representante de los intereses sociales, que por ley se le ha asignado, entre otras, las funciones de promover el cumplimiento o la ejecución de las leyes, y la de defender los intereses de la Nación.

Si no es porque la Ley de casación le concede una intervención, aunque mínima, al Ministerio Público, muy bien habríamos podido preguntarnos como Castro y Orozco: ¿Qué es el recurso de casación? ¿No es siempre un juicio en que se trata de la inteligencia que debe darse a una ley? ¿No es muchas veces un juicio sobre su más recta interpretación? Y siendo todo esto un recurso de casación, agrega, ¿cómo es que no interviene en él, que ni siquiera sabe de oficio que existe, cuando no ha sido actor, reo, o coadyuvante, el mandatario de un gobierno, encargado según la constitución de la potestad de hacer ejecutar las leyes? Entre nosotros -continúa al referirse a la legislación vigente en España antes de la promulgación de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881- se oye al fiscal para decidir la más insignificante competencia entre distintas jurisdicciones, y no se le oye para decidir las más arduas cuestiones sobre legislación, cuando van a salir definitivamente resueltas en forma de jurisprudencia (130).

Si bien estamos conformes en que a los agentes del Ministerio Público se les limite la facultad de interponer el recurso a los asuntos en que sean parte o en que deban intervenir por mandato de la ley, ya que sería utópico pretender que lo interpusiesen en aquellos negocios de cuya existencia ni siquiera tienen conocimiento por no haberseles dado en traslado, creemos que en la sustanciación de la casación el Procurador General de la Nación debería ser oído en todos los recursos que se interpongan, y además se le debería permitir concurrir a la audiencia cuando lo estimase conveniente.

### La Audiencia.

En la audiencia cada parte puede hacer uso de la palabra dos veces, por un término no mayor de una hora en cada ocasión. Primero hablará el recurrente y luego el opositor, y en aquellos recursos en que deba intervenir el Ministerio Público es costumbre concederle la palabra al Procurador General

---

(130) Castro y Orozco, José.- Examen del recurso de casación en España. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1858, págs. 27 y 28.

de la Nación en último lugar. En los alegatos orales las partes no podrán dar lectura a piezas del proceso.

Si el recurrente deja de concurrir a la audiencia sin excusa legal presentada oportunamente, la Corte declarará desierto el recurso y condenará a dicha parte al pago de una indemnización de 25 a 100 balboas a favor de la contraparte (art. 28).

La ley no se refiere al supuesto de que dejen de concurrir la parte opositora o el Procurador General de la Nación, en los recursos en que se acusan resoluciones proferidas en juicios en que es parte o en que debe intervenir por mandato de la ley. La jurisprudencia, no obstante, ha determinado que si dejan de concurrir al acto de la audiencia oral, habiendo sido oportunamente notificados, sus inasistencias no determinan la suspensión del acto. Estas consideraciones, desde luego, no rigen para el Procurador en aquellos casos en que el Ministerio Público interpone el recurso (131).

Son justas causas para no comparecer a la audiencia las señaladas en el artículo 775 del Código Judicial:

1.- grave enfermedad del recurrente o de alguna de las personas de su familia dentro del segundo grado de consanguinidad o de alguna persona con quien viva; 2.- muerte de alguna de las referidas personas, acaecida dentro de los siete días anteriores al fijado para la celebración de la vista oral; y 3.- fuerza mayor.

Vale la pena repetir, que el artículo 28 de la Ley 86 de 1941 sólo es aplicable al recurrente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) que deje de asistir a la audiencia oral, y
- b) que no presente la excusa legal antes de la hora fijada para el acto.

Pero cuando se alega, por ejemplo, un accidente súbito del actor en el momento de dirigirse a la Corte o algo por el estilo, la prueba de fuerza mayor debe comprender, por consiguiente, además de la imposibilidad de concurrir a la audiencia, la imposibilidad de presentar la excusa antes de la hora fijada para el acto. En estos casos, por lo tanto, el recurso no será declarado desierto, aunque la presentación de la excusa legal no haya sido previa (132).

Surtida la audiencia las partes podrán presentar dentro de los tres días siguientes un resumen, por escrito, de sus alegaciones orales.

## 6.- FASE DE DECISION.

Pasada la audiencia, el Secretario pondrá el expediente a disposición del Magistrado sustanciador, una vez que haya sido extendida y firmada la diligencia respectiva, para que prepare el proyecto correspondiente. El sustanciador tendrá el término hasta de veinte días para su presentación, y la Corte decidirá acerca de ese proyecto dentro de los treinta días siguientes al de la presentación, que será anotada por el Secretario.

La Corte en la decisión que pronuncie examinará con la debida separación cada una de las causales en que se funda el recurso y cada uno de los motivos en que se apoya la causal, y le está vedado tomar en consideración causales de casación

(131) Goytía, op. cit., pág. 53.

(132) Ver auto de 16 de abril de 1948. Goytía, op. cit., pág. 44.

cuentra justificada una causal de casación, no será necesario que la Corte entre a considerar las otras causales alegadas; con el sólo fin de reforzar la invalidación del fallo, lo que habrá de proceder de la causal justificada.

Lo que sigue, pertenece a los efectos de la sentencia de casación que estudiaremos en el capítulo siguiente, pero antes, vamos a presentar algunas consideraciones sobre la tramitación que se sigue en los casos de sentencia contradictoria en que interviene la Corte que, como se ha dicho, es el único recurso que sigue un procedimiento distinto.

#### INTERVENCION DE LA CORTE EN LOS CASOS DE SENTENCIA CONTRADICTORIA.

Ya hemos visto que los propios Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Fiscales de dichos tribunales y el Procurador General de la Nación son quienes pueden interponer esta modalidad. Y vimos igualmente que su finalidad es la de solventar el antagonismo que pudiera existir entre dos sentencias de segunda instancia dictadas, en asuntos civiles y en juicio ordinario o que hubiere asumido el carácter de tal, por un mismo tribunal superior o por tribunales superiores distintos.

Al velar esta forma de recurso por la recta interpretación de la ley, tiende a mantener exclusivamente la uniformidad de la jurisprudencia, fin principal de la casación; y por ello la decisión que profiera la Corte no puede alterar la ejecutoria de la sentencia ni afectar el derecho de las partes.

Se interpone directamente ante la misma Corte por medio de un escrito en que se ponga de manifiesto la contrariedad de las dos sentencias, las cuales deben acompañarse en copia auténtica (133), y como no está sujeto, como en los otros casos, a un término se podrá promover en cualquier tiempo. Presentados el memorial y las sentencias contradictorias la Corte, previo repartimiento del expediente, pronunciará dentro de treinta días la decisión que corresponda; ya fijando la genuina inteligencia de las leyes aplicadas, ya determinando las que han de aplicarse, ya haciendo ver que los hechos en que las sentencias se fundan no son idénticos.

Para que la Corte pueda ejercer las atribuciones anteriores es indispensable que cada una de las sentencias contradictorias infrinjan la ley sustantiva en cualquiera de sus modalidades.

---

(133) A solicitud del tribunal que intente promover el recurso o de cualquiera de los funcionarios expresados, los Tribunales deben expedir dichas copias en papel común sin demora alguna, o autenticar el ejemplar del periódico oficial en que se hayan publicado (art. 53).

## CAPITULO XI

### EFFECTOS DE LA SENTENCIA DE CASACION

A pesar de que, salvo en los casos de sentencia contradictoria, el procedimiento en casación es uniforme, al estudiar los efectos de las sentencias resolutorias es necesario distinguir entre los distintos tipos de recurso, ya que aquellos difieren, según la naturaleza del vicio alegado.

#### a) Casación en el fondo:

Si la Corte no encuentra justificada ninguna causal, al declarar que no es el caso impugnar la resolución materia del recurso, ésta quedará ejecutoriada prestando, en consecuencia, mérito ejecutivo. El expediente será devuelto al tribunal de su procedencia y será condenado el recurrente al pago de las costas procesales. No habrá lugar a costas, como es natural, cuando el recurrente lo sea el Agente del Ministerio Público (art. 31, inciso 3º y art. 32).

Mayor atención requiere el supuesto de que la Corte encuentre justificada una o más causales de las de fondo alegadas, porque entonces invalidará el fallo acusado y procederá a dictar el que deba reemplazarlo conforme a la ley y al mérito de los hechos, tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, salvo que la causal alegada sea la de error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba o la de derecho en la apreciación de ella (art. 35, inciso 1º).

De lo anterior se desprenden dos consideraciones de importancia. La primera es que en nuestro derecho, como en el derecho español, el tribunal que conoce del recurso no se limita a preferir el fallo de casación, esto es, a rescindir la resolución que infringe la ley sustantiva, sino que, como tribunal de instancia, profiere el que debe sustituirlo. Sin embargo, mientras que en la dogmática española casada la sentencia "acto continuo, y por separado" se dicta la que corresponda..., en la panameña, tanto el fallo de casación como el de instancia se expiden en la misma pieza. "La Corte cuando invalida una sentencia -dice la de 15 de septiembre de 1953- entra a fallar el negocio como tribunal de instancia, pero el fallo que se profiera es uno sólo, constituye una unidad, y no puede ser rescindido". (133)

Distinguidos procesalistas, al criticar los sistemas como el nuestro que no aceptan la casación con reenvío, estiman que al permitírsele al Tribunal de casación la facultad de fallar el fondo del asunto, se vulnera la doctrina que establece que en la casación no se puede entrar a dilucidar sobre el fondo del litigio, se convierte el recurso en una tercera instancia, y que no se fija el recurso dentro "de sus justos límites y de sus naturales condiciones intrínsecas".

Manresa y Navarro al exponer su modo de pensar, que en parte no compartimos, no niega que si ha de atenerse al rigorismo doctrinal, el Tribunal de casación, cuya finalidad es la de velar por la observancia y recta aplicación de la ley, debiera concretarse a determinar si ésta ha sido o no violada; pero agrega, "que es frecuente en jurisprudencia prescindir de ese rigor, y se prescinde en efecto cuando no puede adoptarse otro sistema más ventajoso al interés público y privado, cuya conveniencia, más bien que las de escuela, debe consultar el legislador en todo caso, y como puede desconocerse -termina

diciendo- que el sistema adoptado por la nueva Ley de enjuiciamiento civil lleva sobre este punto grandes ventajas al francés?" (134)

No se puede dudar que el sistema español, al igual que el nuestro, es más práctico que el francés y tiene las ventajas de ser más rápido y económico. Pero ésta no es la única réplica que, como cree Manresa, se le puede oponer a los defensores de la casación con reenvío. Nuestros sistemas no se oponen a la doctrina ni convierten la casación en una tercera instancia, de manera que no es posible afirmar que el recurso ha sido establecido fuera de sus justos límites y de sus naturales condiciones intrínsecas. Ya hemos visto que la función de la Corte, como tribunal de casación, es la de determinar si la resolución acusada infringe la ley sustantiva. La Corte no entra a conocer el fondo de la controversia, se limita a investigar si la norma de derecho ha sido o no violada y a rescindir el fallo, según el caso. Allí termina su misión, no puede ir más lejos, pues ya ha cumplido con los objetivos del recurso, y por eso es que cuando procede a dictar el fallo que ha de reemplazar al que invalida, en el supuesto de que encuentre justificadas una o más causales de las de fondo alegadas, ya no actúa como tribunal de casación sino como tribunal de instancia, sustituyendo al Tribunal Superior respectivo, subrogándose en el lugar de éste. Y aunque es cierto que estas consideraciones tienen, como dice de la Plaza, más de aparente que de real, no por ello dejan de ser verdaderas.

La segunda consideración que se desprende de la lectura del inciso primero del artículo 35, es que, salvo los casos de que la sentencia recurrida se case por errores de hecho en cuanto a la existencia de la prueba o de derecho en la apreciación de ella, la apreciación de los hechos hecha por el tribunal a que es considerada correcta, por lo que la sentencia de fondo ha de apoyarse en ella, porque, como anota Ruíz García de Hita, "otra cosa sería convertir al Supremo en un Tribunal de instancia, con una trascendencia superior de lo que a primera vista pudiera imaginarse" (135).

Siguiendo con nuestra exposición tenemos que según el artículo 37 si los vicios aducidos existen pero no influyen en la justicia de la decisión, o como dice la ley, si habiendo lugar a invalidar el fallo, la Corte llegare a las mismas conclusiones a que llegó el inferior, por razones diferentes, se casará la sentencia y se dictará el fallo fundándolo en estas razones. Cabe observar que en el derecho italiano, aunque aparentemente se siga en este punto un sistema distinto, en el fondo es el mismo, pues, en aquella legislación "cuando los errores alegados existen pero no tienen trascendencia respecto a la justicia de la decisión", deberá rechazarse el recurso y corregirse la motivación de la resolución impugnada, es decir, se debe "manifestar el error y sustituir el motivo erróneo por el justo", lo que equivale, como advierte Carnelutti, a una verdadera casación escondida bajo la apariencia de la denegación (136).

(134) Manresa y Navarro, Ley de....., op. cit., pág. 372.

(135) Ruíz García de Hita, citado por de la Plaza, La casación....., op. cit., pág. 482.

(136) Carnelutti, Instituciones....., op. cit., pág. 477.

El sistema seguido por el art. 37 se ajusta más, a nuestro modo de ver, al recurso, porque lo que la Corte debe tener en cuenta al casar la sentencia es si ésta infringe la ley y no si es justa o injusta.

Finalmente, el fallo que dicta la Corte, una vez invalidada la resolución recurrida, ha de contener en su parte resolutive todas las soluciones requeridas por la demanda, cuando en ésta no haya habido acumulación de acciones, o las acumuladas tengan conexión. Si hubiere habido acumulación y no existe entre las acciones acumuladas conexión tal que el fallo que recaiga a la una afecte a la otra, se decidirá tan sólo acerca de la acción sobre que recayó la decisión que ha dado lugar al recurso (art. 35, inciso 2º).

La ley guarda silencio en materia de costas, pero la jurisprudencia -siguiendo la regla consignada en el ordinal 1º del artículo 632 del Código judicial que dice: En toda sentencia o auto se condenará en costas a la parte contra la cual se pronuncie cuando, a juicio del tribunal, haya sido notoria la injusticia de la pretensión en la acción, excepción o cuestión de cualquiera clase sostenida por dicha parte- ha suplido esta omisión estableciendo que en el recurso de casación, cuando se casa la sentencia y se entra en las consideraciones de ley, como tribunal de instancia, sólo se condenará en costas si ha habido temeridad o notoria injusticia en la pretensión de la parte agraviada con el fallo (137).

#### b) Casación en la forma:

Si la Corte conceptúa que no se ha incurrido en los motivos de impugnación alegados, declarará que no es el caso de invalidar la resolución recurrida, devolverá el expediente al tribunal de su procedencia y el recurrente será condenado al pago de las costas, salvo que lo sea el Agente del Ministerio Público.

Quando hay lugar a casar la resolución los efectos varían de acuerdo con la causal invocada, por lo que habrá que distinguir:

Primero.- Cuando las causales alegadas fueren las marcadas con los ordinales 1), 2), 3), 7), 8) y 10) del artículo 13 (Supra pág. 71), la Corte invalidará la resolución dictada y dispondrá que se devuelva el proceso al tribunal de su origen, determinando el estado en que queda el proceso para que ante dicho tribunal promuevan las partes lo que estimen de lugar.

Segundo.- Con relación a la cuarta causal del artículo 13, la Corte examinará y resolverá acerca de la incongruencia entre la demanda y la sentencia. Si la incongruencia proviene de omisión tal en la resolución de alguna o algunas de las pretensiones aducidas oportunamente por la parte, que en el fondo haya habido abstención de fallar sobre alguno de los capítulos o acciones aducidas, la Corte invalidará el fallo y procederá a dictar una resolución que subsane las deficiencias o incongruencias. En caso de ultra petita la Corte se limitará a modificar la sentencia haciendo las restricciones del caso.

Tercero.- En el caso de la causal quinta del artículo 13 se procederá de una manera análoga a la establecida con relación a la causal cuarta, y

Cuarto.- Respecto de la causal novena del mismo artículo, si el tribunal no ha debido abstenerse de conocer en el asunto la Corte invalidará el fallo en que se haya incurri-

---

(137) ver sentencia de 1 de julio de 1954. Linares, op. cit., pág. 180.

do en abstención y devolverá el expediente al tribunal para que dicte el fallo que corresponda al caso.

Resumiendo tenemos que, excepto en los casos en que el vicio provenga de la inejecución de preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad de decisión que serán subsanados por el mismo tribunal que conoce del recurso, en los errores in procedendo la Corte se limita a invalidar la resolución y devuelve el proceso al tribunal respectivo. La razón de esta excepción tiene un fundamento racional y lógico, pues, cuando el juzgador resuelve sobre punto que no ha sido objeto de la controversia o cuando condena a más de lo pedido, etc., el error motivo de casación no se manifiesta, como en los demás vicios in procedendo, en el curso del procedimiento, sino en la parte dispositiva de la resolución acusada. De ello resulta que cuando la Corte, como tribunal de casación, rescinde el fallo el negocio queda en estado de ser decidido nuevamente, y como entre nosotros no existe el sistema de casación con reenvío, tócale al propio Tribunal de casación la tarea de proferir la resolución que debe reemplazar a la que invalida.

Distinta es la situación que se produce en los demás vicios in procedendo, porque como en estos casos la infracción se comete en el curso del procedimiento, es decir, antes de que sea expedido el fallo que va a ser objeto del recurso, una vez rescindida la resolución no basta para enmendar el error, dictar un nuevo fallo, sino que es preciso reponer el proceso al estado en que se encontraba antes de que se cometiera la infracción, puesto que, como a partir del momento en que se quebrantó alguna de las formas más esenciales del juicio todos los actos posteriores son nulos, es necesario reconstruir -valga el vocablo- el procedimiento para poder llegar a una nueva sentencia.

En materia de costas rige el mismo criterio expuesto al examinar los efectos de las sentencias resolutorias del recurso de casación en el fondo, o sea, sólo se condenará en costas si ha habido temeridad o notoria injusticia en la pretensión de la parte agraviada con el fallo.

#### c) Casación contra las sentencias dictadas por los árbitros:

Si la Corte declara no haber lugar a casar la sentencia devolverá el expediente al Tribunal Arbitral y condenará al recurrente al pago de las costas procesales.

En caso contrario, es decir, que exista el error alegado hay que distinguir:

Primero.- Si la resolución ha sido invalidada por algún vicio in judicando la sentencia resolutoria producirá los efectos propios a esta clase de infracción.

Segundo.- Si la resolución ha sido invalidada por algún vicio in procedendo los efectos de la sentencia resolutoria, como en la casación por quebrantamiento de forma, derivarán de la causal invocada.

#### d) Intervención de la Corte en los casos de sentencia contradictoria:

Siendo el objetivo exclusivo de este recurso mantener la uniformidad de la jurisprudencia nacional, la Corte se limitará a resolver sobre la contrariedad entre las dos sentencias, ya fijando la genuina inteligencia de las leyes aplicadas, ya determinando las que han de aplicarse, ya haciendo ver que los hechos en que la sentencia se funda no son idénticos; pero no podrá entrar a conocer el fondo del negocio, ya

que el interés de las partes está al margen de cualquier consideración.

Como los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Fiscales de dichos tribunales y el Procurador General de la Nación son quienes pueden interponerlo no habrá condena en costas, cualquiera que sea la decisión de la Corte.

e) Casación en la forma y en el fondo:

Si contra una misma resolución se interpone conjuntamente el recurso de casación en la forma y en el fondo, se resolverá previamente el primero, y en caso de invalidarse la resolución en razón de ello, se tendrá como no interpuesto el segundo recurso. Además, la sentencia resolutoria producirá los efectos correspondientes a la casación en la forma.

Si se declara sin lugar el recurso en cuanto a la forma, se entrará a conocer el del fondo, sin nuevo trámite, y si se invalida la resolución la sentencia resolutoria producirá los efectos correspondientes a la casación en el fondo.

De más está decir que si la Corte no encuentra justificadas ninguna de las causales alegadas declarará que no es el caso de impugnar la resolución materia del recurso, devolverá el expediente al tribunal de su procedencia y condenará en costas al recurrente, salvo que lo sea el Agente del Ministerio Público.

CONCLUSIONES.

Si recogemos las ideas más importantes que en el curso de este trabajo hemos ido exponiendo acerca de las reformas que, en nuestra opinión, deberían hacerse a la ley que regula el recurso de casación en Panamá, muy bien podríamos arribar a las siguientes conclusiones:

I) El artículo 2 de la Ley 86 de 1941, se aparta de los verdaderos fines de la casación al establecer que este recurso tiene por objeto principal enmendar los agravios inferidos a las partes en las resoluciones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada y en las que, aún sin esa circunstancia, pueden causar perjuicios irreparables o graves por razón de la naturaleza de los negocios en que han sido dictadas. Defender el derecho objetivo y uniformar la jurisprudencia son los altos fines que persigue el Estado con este medio de impugnación, y por ello es por lo que hemos solicitado, con singular vehemencia, la derogación del mismo y la reforma del inciso primero del artículo 3, en la siguiente forma: "El recurso de casación tiene por objeto mantener la exacta observancia de las leyes por parte de los tribunales y uniformar la jurisprudencia nacional".

Siendo la casación una institución eminentemente teológica, con la reforma solicitada el inciso primero del citado artículo -según el cual también tiene por objeto principal el recurso de casación uniformar la jurisprudencia nacional- nos daría una idea exacta de la misma, pues, aparte de poner de relieve la finalidad de nomofilaquia, evidenciaría que la función de control que ejerce el Tribunal de casación no recae sobre la conducta de los particulares, sino sobre la actividad de los propios órganos de la jurisdicción.

II) A fin de evitar dudas y vacilaciones la ley debería establecer en forma expresa y clara las causales que dan lugar al recurso contra las sentencias proferidas por árbitros en negocios cuya competencia esté atribuida a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Además, debería consignarse como motivo de casación, para esta forma de recurso,

el supuesto de que la resolución sea dictada fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso, siempre que las partes, como es natural, no hayan prolongado el término para fallar.

III) Habiendo aumentado considerablemente en los últimos años el número de negocios de que debe conocer la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Nacional debería aprobar el proyecto de "Acto Legislativo" reformativo de la Constitución (que le ha sido sometido para su consideración); en virtud del cual se aumentan de cinco a nueve los magistrados que integran la Corte y se dispone que la ley dividirá dicha corporación en salas y determinará sus atribuciones.

IV) El ordinal primero del artículo 5, según el cual, la primera circunstancia indispensable que debe concurrir para que el recurso de casación pueda ser interpuesto es que la resolución contra la cual se interpone se funde o haya debido fundarse en leyes que rijan o hayan regido en la República a partir de la vigencia del artículo 147 de la Constitución Nacional de 1904 ó en leyes del extinguido Estado Soberano de Panamá, que sean idénticas, en su esencia, a las nacionales que estén en vigor, debe ser derogado por innecesario y superfluo.

V) Para proteger en toda su integridad el derecho nacional, no sólo debe limitarse el recurso de casación a las violaciones de ley, en sentido estricto, sino que la costumbre, los principios generales de derecho y, en fin, todas las disposiciones que tienen el carácter de norma jurídica, deberían ser objeto de la función de control que ejerce la Corte de casación.

VI) Por cuestiones de conveniencia y de mejor técnica legislativa, el artículo 13 debería seguir, en su orden, los errores in procedendo que infringen las distintas fases del proceso, colocando, en primer lugar, los vicios que vulneran la constitución de la relación procesal; luego, los que inciden en alguna norma de vital importancia en el desarrollo del proceso; y, finalmente, los que contravienen disposiciones que regulan la decisión. Además, debería permitirse la interposición del recurso por quebrantamiento de forma, cuando el error sobre la jurisdicción sea de naturaleza negativa, esto es, cuando el tribunal deje de conocer de un negocio porque no cree tener la jurisdicción que realmente le ha sido atribuída.

VII) A pesar de que el artículo 325 del Código Judicial al referirse a las personas naturales y jurídicas que pueden comparecer en juicio se remite a la ley sustantiva, las cuestiones relativas a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal -que no hay que confundir con la capacidad de derecho o de goce y con la capacidad de obrar o de ejercicio del derecho civil- son de derecho procesal y, por lo tanto, la infracción de alguna de las disposiciones que la determinan debería ser censurada en casación por quebrantamiento de forma.

VIII) Como el doble examen, que tiene por finalidad reducir al mínimum la posibilidad de error, ha causado en la práctica más mal que bien, somos de opinión de que los Tribunales Superiores al conceder el recurso, únicamente deberían examinar si ha sido interpuesto oportunamente y por persona hábil, tocándole a la Corte, en consecuencia, el deber de examinar prolijamente el escrito, a fin de determinar si la resolución objeto de casación es de aquéllas contra las cuales se concede, si el escrito de formalización reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 17, y si la causal expresada es de las señaladas por la ley.

Cuando el recurso no fuere admitido por mero defecto de forma del escrito de formalización, se le podría conceder al recurrente un término de diez días para que dentro del mismo lo corrija, y así no se le privaría del derecho que en la actualidad le concede la ley.

IX) El Procurador General de la Nación debería intervenir en la sustanciación de todos los recursos que se interpongan y, además, se le debe permitir concurrir a la audiencia cuando lo crea oportuno.

## BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Almeida, Fernando Leopoldo.- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL COMENTADA, ANOTADA Y ALGUNOS JUICIOS CRITICOS. Cultural, S. A. La Habana. Tomo VI.
- Alsina, Hugo.- TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda. Buenos Aires, 1942. Tomo II.
- Alvarez Suarez, Ursicino.- CURSO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Artes Gráficas. Madrid, 1948.
- Arias Ramos, J.- DERECHO ROMANO. Quinta edición. Editorial Re vista de Derecho Privado. Madrid.
- Arangio-Ruiz, Vicente.- HISTORIA DEL DERECHO ROMANO. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1943.
- Bentham, Jeremías.- TRATADO DE LAS PRUEBAS JUDICIALES. Segunda edición, traducción de Diego Bravo y Destouet. Madrid, 1947.
- Bonfante, Pietro.- HISTORIA DEL DERECHO ROMANO. Traducción completa y revisada por José Santa Cruz Teijeiro. Editorial Revis ta de Derecho Privado. Madrid, 1944. Vol. I.
- Calamandrei, Piero.- LA CASACION CIVIL. Traducción de Santiago Sentís Melado. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945.
- Caravantes, José de Vicente y.- TRATADO HISTORICO, CRITICO-FILOSOFICO DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CIVIL, SEGUN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores. Madrid, 1858. Tomo IV.
- Carnelutti, Francisco.- ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952.
- Carnelutti, Francisco.- INSTITUCIONES DEL NUEVO PROCESO CIVIL ITALIANO. Traducción de Jaime Guasp. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1942.
- Castillo Larrañaga, José y Rafael de Pina.- INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Perrua, S. A. México, 1950.
- Castro y Orozco, José.- EXAMEN DEL RECURSO DE CASACION EN ESPAÑA. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1858.
- Couture, Eduardo J.- FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Segunda edición. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1951.
- Chiovenda, Giuseppe.- INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Traducción del italiano de E. Gómez Orbaneja, segunda edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- Chiovenda, José.- PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Traducción de la tercera edición italiana de José Casais y Santalo. Instituto Editorial Reus. Madrid.
- De la Guardia, Erasmo.- LA CASACION: UN RECURSO INCOMPRENDIDO, Imprenta Nacional. Panamá, 1947.

- De la Plaza, Manuel.- DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL. Tercera edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- De la Plaza, Manuel.- LA CASACION CIVIL. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1944.
- De Pina, Rafael.- MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Primera edición, Editorial Reus, S. A. Madrid, 1936.
- Goldsm Schmidt, James.- DERECHO PROCESAL CIVIL. Traducción de la segunda edición alemana por Leonardo Prieto Castro. Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1936.
- Gómez de la Serna, Pedro y Juan Manuel Montalbán.- TRATADO ACADÉMICO-FORENSE DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES. Tercera edición. Imp. de D. F. Sánchez. Madrid, 1861. Tomo II.
- Gómez Orbaneja, José y Vicente Herce Quemada.- DERECHO PROCESAL. Cuarta edición. Artes Gráficas y Ediciones, S.A.
- Goytía, Victor F.- MI APOORTE A LA JURISPRUDENCIA. Imprenta Nacional. Panamá, 1948.
- Guasp, Jaime.- COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Segunda edición. M. Aguilar, Editor. Madrid, 1948. Tomo I.
- Kisch, W.- ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Traducción de la cuarta edición alemana por L. Prieto Castro. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940.
- Linares, Julio E.- RESUMEN POR MATERIAS DE ALGUNAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS AÑOS 1953, 1954 Y 1955. En Anuario de Derecho, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, año 1, nº 1. Panamá, mayo 1955-enero 1956.
- Manresa y Navarro, José María.- COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Cuarta edición. Editorial Reus, S. A. Madrid, 1921. Tomo VI.
- Manresa y Navarro, José María.- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL COMENTADA Y EXPLICADA. Imprenta de la Revista de Legislación y jurisprudencia. Madrid, 1858. Tomo IV.
- Mayr, Robert von.- HISTORIA DEL DERECHO ROMANO. Traducido directamente del alemán por Wenceslao Roces, segunda edición. Editorial Labor, S. A. Barcelona.
- Moscote, José D.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL PANAMEÑO. En Anuario de Derecho, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Año 1, nº 1. Panamá, mayo 1955-enero 1956.
- Mattirolo, Luis.- INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL VICIL. Traducción por Eduardo Avejero. La España Moderna. Madrid.
- Ortíz de Zúñiga, Manuel.- PRACTICA GENERAL FORENSE. Imprenta José Rodríguez. Séptima edición. Madrid, 1874.
- Osorio, Anibal M.- ESTUDIO SOBRE EL PROCEDIMIENTO CIVIL. Imprenta Imparcial. Bogotá, 1936. Tomo II.
- Pérez Vives, Alvaro.- RECURSO DE CASACION EN MATERIAS CIVIL, PENAL Y DEL TRABAJO. Segunda Edición. Librería Americana, Ediciones Lex. Bogotá, 1946.

Petit, Eugene.- TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Traducción de la novena edición francesa y aumentada con notas originales por José Fernández González. Editorial Saturnino Callejas, S. A. Madrid.

Prieto Castro, Leonardo.- DERECHO PROCESAL CIVIL. Librería General. Zaragoza, 1954.

Prieto Castro, L.- LOS HECHOS EN CASACION. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1944.

Sánchez Hernández, Fausto; Matías del Campo Domingo y Jerónimo Maillo Sánchez.- DERECHO PROCESAL. Talleres Tipográficos "Cervantes". Salamanca, 1943.

Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor, S. A., Madrid.

Enciclopedia Universal Ilustrada. Espasa-Calpe, S. A.

Exposición de Motivos que acompañó a la Ley 24 de 1937

Exposición de Motivos que acompañó a la Ley 86 de 1941

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia, Edición del año 1900.

Registros Judiciales, órgano del Poder Judicial de la República de Panamá.

## INDICE GENERAL

## Introducción

## CAPITULO I

Concepto	1
Antecedentes históricos	2
Sus primeros orígenes	3
Antiguo Derecho francés	5
Derecho francés a partir de la revolución	7
Su implantación en Panamá	9

## CAPITULO II

Fines de la casación	14
Defensa del derecho objetivo (finalidad de nomofilaquia)	17
La uniformidad de la jurisprudencia	19
Coordinación de los dos intereses públicos	21
El interés público y el interés privado	22
Naturaleza y caracteres:	25
1.- Carácter Supremo	25
2.- Carácter Público	26
3.- Carácter Extraordinario	26

## CAPITULO III

Las formas del recurso en la legislación panameña:	28
a) Casación en el fondo	28
b) Casación en la forma	28
c) Casación contra las sentencias dictadas por los árbitros	29
d) Intervención de la Corte en los casos de sentencia contradictoria	30
e) Casación en la forma y en el fondo	30
Organo Jurisdiccional	31
Legitimidad para recurrir	35

## CAPITULO IV

Resoluciones impugnables	38
--------------------------	----

## CAPITULO V

Los motivos de casación	43
A) Errores "in judicando":	45
a) Errores cometidos en la premisa mayor	46
b) Errores cometidos en la premisa menor	46
c) Errores cometidos en la conclusión	46
B) Errores "in procedendo"	47
Rigor formal	47
Los medios nuevos en casación	48

## CAPITULO VI

Los errores "in judicando"	50
Concepto de Ley en casación	50
Normas que integran la legislación positiva:	51
a) La Constitución	51
b) Las leyes y los decretos-leyes	52
c) Los decretos	53
A) Tratados Internacionales	54
B) Derecho Extranjero	57
C) Derecho Antiguo	57
D) Derecho Nuevo	57

Ley sustantiva y ley adjetiva	58
Modos de infringir la ley sustantiva:	61
a) Violación directa	62
b) Interpretación errónea	62
c) Indebida aplicación	63

## CAPITULO VII

Los hechos en casación	66
Error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba	66
Error de derecho en la apreciación de la prueba	67
Concurrencia del error de hecho y del error de derecho	70
Interpretación de los contratos	71
Interpretación de las disposiciones de última voluntad	72

## CAPITULO VIII

Los errores "in procedendo":	73
1.- Errores en la constitución de la relación procesal:	73
a) Carencia de jurisdicción	73
b) Incompetencia	74
c) Ilegitimidad de la personería	74
d) Falta de notificación	75
2.- Errores en el desenvolvimiento de la relación procesal	75
3.- Errores en la fase de decisión:	75
A) Defecto en la actividad de los órganos judiciales dirigidos a la formación del contenido jurídico de la decisión:	76
a) Inejecución de preceptos procesales que regulan la composición del órgano juzgador:	76
1.- Por estar integrado el tribunal en contravención de lo dispuesto por la ley	76
2.- Por haber sido pronunciada la resolución con la concurrencia de un magistrado legalmente impedido o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada legal por tribunal competente	76
3.- Por haber sido acordada en el tribunal respectivo por menor número de votos o pronunciada por menor número de magistrados que el requerido por la ley	77
b) Inejecución de preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad de decisión:	77
1.- Exceso total de poder	77
2.- Exceso parcial y defecto de poder	78
a) Exceso parcial de poder	78
b) Defecto de poder	79
B) Defecto en la actividad de los órganos judiciales dirigidas a dar forma de acto escrito al contenido de la decisión	79

## CAPITULO IX

El procedimiento en casación	80
1.- Fase de preparación	81
2.- Fase de interposición	81
a) El vicio o defecto	83

b) Causal o causales	85
c) Los motivos	86
d) Disposición o disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo han sido	87
3.- Fase de concesión	88
Recurso de hecho	89

## CAPITULO X

4.- Fase de admisión	90
Intangibilidad de la resolución que niega la admisión del recurso	92
5.- Fase de sustanciación	92
La audiencia	93
6.- Fase de decisión	94
Intervención de la Corte en los casos de sentencia contradictoria	95

## CAPITULO XI

Efecto de la sentencia de casación	96
a) Casación en el fondo	96
b) Casación en la forma	98
c) Casación contra las sentencias dictadas por los árbitros	99
d) Intervención de la Corte en los casos de sentencia contradictoria	99
e) Casación en la forma y en el fondo	100
Conclusiones	100
Bibliografía	103
Indice General	106