

## EL AMPARO Y LA CASACIÓN

Iván ESCOBAR FORNOS

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos*. II. *La jurisdicción constitucional en Nicaragua*. III. *La casación*.

### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Sin penetrar en sus antecedentes norteamericanos, españoles y franceses, el amparo en Nicaragua tiene su origen en el amparo mexicano, que luego se trasladó a Centroamérica. El amparo fue regulado, primero, en El Salvador en 1886; después, en Nicaragua y en Honduras en 1894, y por último, en Guatemala en 1921.

La primera vez que se regula el recurso de amparo es en la Constitución de 1893, dándole carácter de ley constitutiva a la que lo reglamentó.

La evolución del amparo ha sido paralela con las diferentes Constituciones existentes en Nicaragua; es así que se aprueba la Ley de Amparo del 4 de octubre de 1894, que regulaba en forma unitaria el *habeas corpus*, el cual garantiza el derecho de la libertad personal; el amparo contra las leyes o actos de autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes constitutivas; asimismo, el amparo contra secuestros o restricciones a la libertad personal realizados por particulares.

El 10 de diciembre de 1905 se reforma la Constitución, donde se mantiene la exhibición personal; se suprimen el recurso por inconstitucionalidad y el artículo constitucional que declara constitutiva a la Ley de Amparo, y no contempla a las leyes constitutivas.

La Ley de Amparo del 31 de enero de 1912 es dictada posteriormente a la promulgación de la Constitución del 10 de noviembre de 1911. En ella se consagra el derecho al amparo, en el que se incluyen el *habeas corpus*, el recurso de amparo contra las autoridades que violen la Constitución o las leyes constitucionales, y el recurso directo de inconstitucionalidad contra leyes, el que se interponía ante la Corte Suprema de Justicia.

En la Ley de Amparo del 13 de abril de 1939, dictada una vez promulgada la Constitución del 22 de marzo de 1939, en forma unitaria regulaba —dentro del derecho de amparo— el *habeas corpus*; el amparo propiamente dicho; el amparo contra los particulares por restricción de la libertad personal, y el recurso de inconstitucionalidad contra leyes en perjuicio de las garantías constitucionales.

La Ley de Amparo del 5 de febrero de 1948, luego de la promulgación de la Constitución del 22 de enero de 1948, en forma unitaria regulaba el amparo protector de la libertad personal; el amparo contra el auto de prisión a favor del procesado; el amparo contra particulares por la restricción de la libertad, el que garantizaba las restantes disposiciones constitucionales y leyes constitucionales, y el recurso de inconstitucionalidad de la ley.

Por su parte, la Ley de Amparo del 8 de febrero de 1951, promulgada posteriormente a la Constitución del 10. de noviembre de 1950, en forma unitaria regulaba el amparo protector de la libertad personal; el amparo contra particulares por actos restrictivos de la libertad; el amparo contra el auto de prisión, el que garantizaba las restantes disposiciones constitucionales y leyes constitucionales, y el recurso de inconstitucionalidad de la ley.

Una vez aprobada y promulgada la Constitución del 13 de abril de 1974, se promulga la Ley de Amparo del 8 de febrero de 1951, que regulaba el derecho de amparo, el cual comprendía: el recurso de inconstitucionalidad de la ley; el amparo por violación de la Constitución y de las leyes constitucionales; la exhibición personal contra actos restrictivos de la libertad personal en contra de las autoridades y los particulares, y el amparo contra el auto de prisión.

En 1979, el amparo es consagrado en el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses del 21 de agosto de 1979; se concedió, principalmente, para reparar las violaciones a los derechos y a las libertades consagradas en ese Estatuto y en el Estatuto Fundamental del 20 de julio de 1979. El 4 de enero de 1980 se sanciona la Ley de Amparo que protege la libertad y seguridades personales, que comprendía el *habeas corpus* contra las autoridades por actos restrictivos de la libertad personal; el amparo contra el auto de prisión, y el que se concede contra los particulares por actos restrictivos de la libertad personal. El 28 de mayo de 1980 se sanciona la Ley de Amparo que regula el cumplimiento de las otras garantías, denominada amparo propiamente dicho. Todas los aspectos del amparo que contemplaban estas leyes no se reunieron en una sola por razones políticas, y además se excluyó el amparo dirigido contra leyes, dejando vacío el verdadero contenido de un amparo.

Es así que llegamos a la Ley de Amparo vigente, Ley 49, del 20 de diciembre de 1988, dictada posteriormente a la promulgación de la Constitu-

ción Política del 9 de enero de 1987, la que le otorga rango constitucional a la Ley Electoral, a la Ley de Emergencia y a la Ley de Amparo.<sup>1</sup>

Debe también señalarse que esta ha sido objeto de reformas, destacándose las siguientes: la del 29 de noviembre de 1995, que reformó los artículos que establecen las causales de improcedencia en el amparo; la del 23 de enero de 2008, en la que se agregó un título donde queda regulado por primera vez el conflicto de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, el cual le otorga la facultad a la Corte Suprema de Justicia de conocer y resolver los conflictos positivos y negativos de competencia o atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado, y la núm. 831, promulgada el 14 de febrero de 2013, en la que se reguló, entre otras reformas, el *habeas data*, ya reconocido por la jurisprudencia constitucional y ocupando de vía al amparo.

## II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN NICARAGUA

En primer término, hay que señalar que la Constitución Política vigente tiene carácter de norma suprema, colocándose en una posición de supremacía con relación a los demás actos y normas jurídicas, estableciendo como órgano superior del Poder Judicial y, sobre todo, como órgano encargado de la justicia constitucional a la Corte Suprema de Justicia, junto con los jueces y los tribunales inferiores de la justicia ordinaria.

Como puede observarse, el constituyente dio lugar a un instrumento dotado de características propias, con una influencia tanto del sistema estadounidense como del sistema europeo de control de constitucionalidad, otorgándole competencia para ejercer el control constitucional tanto al órgano supremo de esa jurisdicción como a órganos de la jurisdicción ordinaria, y legitimando al ciudadano a ejercer la acción de inconstitucionalidad de la ley dentro del plazo de sesenta días. En este sentido, se puede afirmar que el modelo imperante de jurisdicción constitucional en Nicaragua es mixto.

La Ley de Amparo vigente regula el control constitucional, por tal razón el artículo 1o. señala que es de rango constitucional, y que tiene como objeto mantener y restablecer la supremacía constitucional, según lo dispuesto en los artículos 182, 183, 187 y 196 de la Constitución Política de la República de Nicaragua; asimismo, regula los recursos por inconstitucionalidad, el mecanismo de control de inconstitucionalidad en casos concretos, el recurso de amparo, el recurso de exhibición personal, el recurso de *habeas data* y la solución de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes

<sup>1</sup> Artículo 184 de la Constitución Política.

del Estado, conforme a lo dispuesto en los artículos 163, párrafo segundo; 164, inciso 12; 187; 188; 189, y 190 de la Constitución. Posteriormente, con la reforma del 11 de febrero del 2008, en el artículo 5o. se señala que los representantes de los poderes del Estado promoverán el conflicto de competencia o de inconstitucionalidad cuando consideren que una ley, un decreto, un reglamento, un acto, una resolución o una disposición de otro poder invade sus competencias privativas constitucionales.

Un aspecto importante que hay que destacar es lo regulado en el artículo 7o., que establece que, de conformidad a los artículos 129, 141, 142 y 188 de la Constitución Política, no puede promoverse, admitirse, ni resolverse recurso de amparo en contra del proceso de formación de la ley, desde la introducción de la correspondiente iniciativa hasta la publicación del texto definitivo.

Siendo el modelo de jurisdicción constitucional en Nicaragua mixto, es importante destacar que los jueces y los tribunales de la justicia ordinaria civil, mercantil, penal, laboral, familiar, y en general todo lo atribuido a ella, tienen que aplicar de preferencia la Constitución en el caso que conocen, en la sentencia de fondo que dicten, la cual puede llegar hasta casación<sup>2</sup> —por violación a la Constitución— a través de una causal especial, del cual conoce la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.<sup>3</sup>

Ahora bien, la Ley de Amparo distribuye en forma descentralizada la justicia constitucional así:

Los jueces de distrito de lo penal son los competentes para conocer de la exhibición personal en el caso de los actos restrictivos de la libertad personal realizados por un particular contra otro particular.<sup>4</sup>

La Sala de lo Penal del Tribunal de Apelaciones respectivo conoce de la exhibición personal contra el funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución, por violación de la libertad, integridad física y seguridad.<sup>5</sup>

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conoce del recurso de amparo en contra de toda disposición, acto y resolución, y en general en contra de toda acción u omisión de todo funcionario, autoridad o agente de estos, que viole o trate de violar los derechos y las garantías consagrados en la Constitución.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Artículos 182 de la Constitución; 6o. de la Ley de Amparo; 194 del Código Procesal Civil, y 4o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>3</sup> Artículo 2057.1 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>4</sup> Artículos 56, 76 y ss. de la Ley de Amparo.

<sup>5</sup> Artículos 189 de la Constitución, y 54 y ss. de la Ley de Amparo.

<sup>6</sup> Artículo 188 de la Constitución, y 25 y ss. de la Ley de Amparo.

Las salas de lo Civil de los Tribunales de Apelaciones, como delegado legal, reciben los recursos de amparo; realizan algunos trámites; previenen al recurrente que llene omisiones, y pueden suspender el acto recurrido.

La Sala de lo Constitucional instruye y proyecta las resoluciones en materia del recurso de inconstitucionalidad, para que sean resueltos por la Corte Plena.<sup>7</sup> En el conflicto de competencias entre los poderes del Estado, la Sala de lo Constitucional, una vez trabado el conflicto, a petición de cualquiera de las partes, puede ordenar la remisión de las diligencias, bajo los apercibimientos legales; también podrá suspender la disposición, resolución o acto del conflicto, salvo que acarree perjuicio al interés general o sea notoriamente improcedente. Cuando el conflicto de competencias o constitucionalidad verse sobre una ley, un decreto legislativo, resoluciones, declaraciones legislativas y acuerdos legislativos, una vez publicados, la Sala de lo Constitucional iniciará el trámite y ordenará la suspensión del acto por el ministerio de la ley, elevando las diligencias a la Corte Plena, la cual conoce y resuelve los conflictos positivos o negativos de competencias o atribuciones constitucionales de los poderes del Estado.<sup>8</sup>

La Corte Plena conoce del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, decretos o reglamentos que se opongan a la Constitución, el que puede ser interpuesto por cualquier ciudadano.<sup>9</sup> También la Corte Plena conoce sobre las cuestiones de competencias constitucionales entre los poderes del Estado como señalamos anteriormente.

Las sentencias que dicte la Sala Penal o Civil, declarando la inconstitucionalidad de una ley, solo producen efecto entre las partes. Para que tenga efectos generales —sacándola de vigencia— tiene que ser elevado el expediente a conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia para que confirme la inconstitucionalidad; en caso contrario, continuará vigente.

### III. LA CASACIÓN

#### 1. *Origen de la casación*

Comenzaré señalando que el término “casación” ya se usaba en España, por lo que no es exclusivo de Francia. La historia de este término la expone a profundidad Piero Calamandrei,<sup>10</sup> por lo que me limito a unas cuantas pinceladas.

<sup>7</sup> Artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>8</sup> Artículos 27.1 de la Constitución, y 80 y ss. de la Ley de Amparo.

<sup>9</sup> Artículos 187 de la Constitución, y 80. y ss. de la Ley de Amparo.

<sup>10</sup> Calamandrei, Piero, *La casación civil. Historia y legislación*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, t. I, vol. I y vol. II, t. II; *Bosquejo*

Pasamos directamente al recurso de casación, sin referirnos al control absoluto del rey de Francia sobre los asuntos judiciales, los Establisements de Saint Luis y los Consejos del Rey, que conocían únicamente de la revisión del derecho y no de los hechos.

La Asamblea General de la Revolución francesa, inspirada en la teoría de la separación de poderes, estimó que era necesario crear un órgano que vigilara a los tribunales para que no violaran la ley, para lo cual creó un tribunal de casación, como apéndice del Poder Legislativo, por las leyes del 27 de noviembre y del 1.º de diciembre de 1790. Este tribunal fue concebido como un órgano político y no jurisdiccional, cuyo fin era garantizar la separación del Poder Legislativo y el Judicial, pues cuando el juez viola o interpreta una ley penetra en el campo del Poder Legislativo. Si en un principio se pretendía controlar el Poder Judicial por el Legislativo, su desarrollo original posterior pretendía el control del Poder Judicial por el Ejecutivo. El tribunal de casación no podía conocer el fondo del asunto, y cuando casaba enviaba el juicio a los tribunales de instancia para su decisión.

Este recurso fue evolucionando en el ordenamiento jurídico francés, hasta que por Ley del 1.º de abril de 1837 se configuró la casación como un verdadero recurso judicial, que tendía a la unificación de la jurisprudencia y el orden jurídico (*ius constitutiones*).

## 2. *Sistemas de casación*

### A. *Casación francesa*

En la casación francesa, el tribunal, una vez que casa la sentencia, envía el expediente al tribunal inferior para que resuelva el fondo del asunto, pues no puede entrar a conocer sobre él. Este tribunal inferior, llamado “de reenvío”, no está obligado a someterse a la doctrina del tribunal de casación; es más, puede fallar en contra de lo decidido en casación. La casación francesa, pues, no tiene ninguno de los dos efectos (suspensivo y devolutivo).

El reenvío presenta serios problemas: si la sentencia del tribunal de casación es obligatoria para el inferior, se le priva a este de su libertad, y si no se le otorga fuerza vinculante y el tribunal *a quo* vuelve a mantener su criterio,

*general de instituto*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayero Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Este es un complemento de los anteriores y se refiere a la casación unificada como funcionaba desde 1923, antes de que entrara en vigencia el actual Código Procesal Civil, acompañado de un apéndice de artículos del Código Procesal Civil de 1865, al que se refiere Calamandrei.

se pasa a un juego de ping pong de no acabar. Por tal razón, los códigos procesales iberoamericanos lo han suprimido, adoptando en su lugar al sistema español, en el que el tribunal de casación casa la sentencia y dicta la sentencia de fondo, salvo que el vicio sea del procedimiento, en cuyo caso se reenvía el proceso para su reposición o subsanación.

### B. Casación española

En el recurso por infracción de ley o doctrina (casación de fondo), el tribunal, al casar la sentencia impugnada, entra a conocer el fondo del asunto y dicta la sentencia que en derecho corresponda (casación de instancia).

Este es el sistema que consagra nuestro artículo 2069 del Código de Procedimientos Civiles (Pr., en adelante), que dice “Cuando la Corte Suprema invalida una sentencia por casación en el fondo pronunciará lo conveniente sobre la cuestión materia del juicio”; no existe, pues, reenvío. En una misma sentencia se invalida la sentencia recurrida y se dicta la que corresponde conforme a derecho. En otras legislaciones se hace en resoluciones separadas.

La mayoría de los países latinoamericanos siguen el sistema de la casación española.

Además del recurso de casación en interés de las partes (*ius litigatores*), se establece también el recurso de casación en interés de la ley (*ius constitutiones*). En nuestra legislación fue establecido por el Código de Procedimientos Civiles de 1906, aún vigente. En el Código de Procedimientos Civiles de 1871 existían, entre otros, los recursos de súplica y de nulidad. El primero abría una tercera instancia, y el segundo era un recurso extraordinario de nulidad.

### C. Casación nicaragüense

En nuestro ordenamiento tenemos como antecedente remoto de la casación, en la forma, el recurso extraordinario de nulidad, que fue establecido en la Ley Reglamentaria para los Tribunales y Juzgados de la República de 1864 y en el Código de Procedimientos Civiles de 1871. Asimismo, se sostiene que el artículo 261, ordinal 9, de la Constitución de Cádiz, que se aplicó en Nicaragua, consagró el recurso de casación bajo el nombre de recurso de nulidad, y el real decreto del 4 de noviembre de 1838 lo reglamentó, aunque hay quien lo niega. Este recurso se concedía contra las sentencias, a fin de declarar las nulidades de procedimiento, y no impedía la ejecución de la sentencia, pero debía rendirse fianza para ello.

El doctor Ignacio Miranda H. en su tesis sostiene que el recurso de nulidad tiene cierta similitud con la casación en el fondo, porque cuando se falla-

ba con infracción de ley se anulaba la sentencia y, a su vez, se dictaba la que en derecho correspondía; a pesar de que en el artículo 1011 del Código de Procedimientos Civiles de 1871 se disponía de que si la nulidad consistía en haberse fallado contra ley expresa y terminante, se anulaba la sentencia sin dictar la conveniente. Existen diferencias fundamentales entre el recurso de casación y el de nulidad, pero es un antecedente del recurso de casación en la forma. El recurso de nulidad fue posteriormente suprimido por el artículo 8o. de la Ley del 6 de marzo de 1882.

El recurso de casación vino a sustituir a los recursos de súplica y de nulidad. Con la aplicación del recuso de casación y las prohibiciones de las Constituciones desde 1939 en adelante de no permitir la existencia de más de dos instancias, se terminó con la tercera instancia. No obstante, debe advertirse que en la casación en el fondo cuando la Corte Suprema casa la sentencia, dicta a su vez la sentencia que en derecho corresponde.

En la casación en el fondo no se examina la relación material directamente, sino el pronunciamiento de derecho contenido en la sentencia.

La diferencia entre la casación y la tercera instancia se encuentra en que en esta última se produce un examen del material de hecho y de derecho del proceso, mientras que en aquella se limita solo a lo segundo, salvo el error de hecho en la apreciación de la prueba.

Cuando el recurso de casación es acogido, encontramos dos fases: una (*iudicium rescindens*) cuando el tribunal *ad quem*, después de estudiar el caso, casa la sentencia impugnada, y la otra (*ius recissorium*), cuando reemplaza la sentencia por una ajustada a derecho.

La forma de realizar estas dos fases se diferencian, con relación al error *iudicando*, en el sistema francés, seguido en Italia, y en el español. En este último se fusionaron las dos etapas, se casa la sentencia y el mismo tribunal superior dicta la sentencia de fondo; en cambio, en el francés se reenvía la causa para que dicte la sentencia el tribunal *a quo*.

### 3. *¿Eliminación o modificación de la casación?*

Sobre la casación no solo se han expresado muchos elogios, sino también críticas, en las que se sostiene que se encuentra en crisis y proponen su sustitución por otros recursos, que no son más que casaciones encubiertas. Con relación a este tema interesante y delicado, trataremos brevemente.

#### A. *Emplazamiento de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo a don Jaime Guasp*

Ilustre procesalista español, hijo de Alcalá Zamora y Torres, ex presidente de la República española, dejó una gran escuela en América Latina, prin-



principalmente en México, donde preparó una pléyade de procesalistas, entre ellos Héctor Fix-Zamudio, líder del desarrollo del derecho procesal constitucional, rama vislumbrada, pero no cultivada, por Zamora y Castillo.

Don Jaime Guasp presentó al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal un extenso trabajo, en calidad de informe, sobre “El sistema de una ley procesal civil hispano-americana”. En este informe propone consagrar la revisión y suprimir la casación, no arraigada en los países hispánicos y fundada en una distinción artificial entre los hechos y el derecho,<sup>11</sup> y permitir al Tribunal Supremo tener acceso al conocimiento de los hechos.

Guasp expresa que en su ponencia

no se propone la conservación del instituto de la casación, sino, por el contrario, su desaparición. La casación no obedece ni se amolda al espíritu tradicional jurídico de los pueblos hispánicos; al contrario, está fundada en distinciones artificiales, no sentidas por ellos, como son la distinción entre el hecho y el derecho y la limitación del tribunal a un quebrantamiento del fallo impugnado, sin entrar en el fondo de la resolución que en su lugar debía dictarse. Estas limitaciones, que suelen gozar de una justificación histórica, no tienen por qué ser conservadas en nuestro derecho. Puestos a bautizar ese recurso supremo, parece que el nombre de *revisión* puede servir satisfactoriamente para albergar todas las motivaciones fundamentales que deben tener acceso ante un Tribunal Supremo. Por ello se considera que el recurso de revisión es la institución última sistemáticamente, de todos los procesos impugnativos.

Este autor continúa y propone un proceso de revisión ordinario y otro extraordinario, según si sus motivos están dentro o no del proceso.

Para Zamora y Castillo, esta solución no es nada recomendable, y equivale a la implantación de la revisión germánica. Igualmente, este autor agre-ga que Guasp dictó la sentencia de muerte contra la casación, institución con arraigo en España y Latinoamérica, con antecedente en la Constitución de Cádiz de 1812 (recurso de nulidad),<sup>12</sup> y que la distinción entre el hecho y el derecho está presente en la demanda y su contestación, en la prueba y en la sentencia.

Don Jaime Guasp, en la segunda edición de su obra *Derecho procesal civil*,<sup>13</sup> ya no insiste, al no encontrar eco, en sustituir la casación por la revisión, y en distinguir entre revisión ordinaria (casación), en la que el vicio que corrige es

<sup>11</sup> *Revista de Derecho Procesal Española*, núm. 1, 1956, pp. 69-166.

<sup>12</sup> “A propósito de una planeada Ley Procesal Civil Hispanoamericana”, *Boletín Judicial de Derecho Comparado de México*, septiembre-diciembre de 1956, pp. 35-37.

<sup>13</sup> Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 1421.

únicamente al proceso en que se dictó la sentencia, y la revisión extraordinaria, que se funda en motivos trascendentales situados fuera del proceso en que se dictó la sentencia que ahora se impugna (documento falso en que se funda la sentencia impugnada, etcétera).

Sobre su naturaleza, importancia y fines de la casación, Guasp expresa lo siguiente:

es indispensable en cualquier ordenamiento procesal bien organizado, un recurso supremo, ante la autoridad máxima judicial, dirigido contra una resolución; esto caracteriza a la casación; no trata de facilitar otro proceso, por el contrario trata de evitarlo al corregir los errores; es de índole procesal, una obra judicial, al margen de preocupaciones políticas y no judiciales, a que obedeció en su origen; casación y revisión no son la misma cosa; puede comprender el hecho y el derecho, como en España para que ambos vicios se encuentran entrelazados, lo que no desnaturaliza a la casación, pues no son atendibles los límites al derecho y al quebrantamiento o ruptura del fallo (reenvío); apartarse de esos límites no puede llevarnos a convertir a la casación en otro tipo distinto de recurso, pues caer en esa averiguación sería entrar en el terreno terminológico intrascendente.

### B. *El amparo*

Se ha pensado equivocadamente en nuestro país (*de lege ferenda*) que el amparo puede sustituir a la casación, e incluso que la podría absorber como sucede en México; pero en realidad seguiría siendo casación. Un cambio de esta naturaleza trastornaría gravemente nuestro sistema impugnativo.

En México se concede el amparo en materia civil, penal, laboral y otras materias, y es estimado como amparo judicial o amparo-casación, que según Fix-Zamudio

sin utilizarse este nombre debe considerarse como un recurso de casación federal (de acuerdo con el modelo francés, es decir, con reenvío cuando se anule el fallo impugnado en cuanto al fondo), por medio del cual pueden impugnarse todas las resoluciones judiciales del país. Pronunciadas tanto por los jueces locales como los federales en las distintas materias, por conducto de un procedimiento de una sola instancia, ante los tribunales colegiados de circuito, que en la actualidad pueden considerarse como organismos jurisdiccionales de casación, pero con la posibilidad de que las salas de la Suprema Corte puedan determinar el criterio obligatorio que debe imponerse cuando existan contradicciones de tesis sobre la misma cuestión entre los citados tribunales

colegiados (artículos 107, fracción V, de la Constitución Federal; 158, 159 y 160 de la Ley de Amparo).<sup>14</sup>

Esta opinión la comparten otros procesalistas mexicanos y Alcalá Zamora;<sup>15</sup> por tal razón, lo denomina “amparo-casación”. Nuestra tradición y la de algunos países rechazan el amparo contra las resoluciones judiciales, el cual está reservado a controlar a los otros poderes que en su actuación violan la Constitución.

En resumen, en México a la casación se le llama amparo, a la que se le ha quitado formalismo e incorporado otras modificaciones. En Nicaragua, el amparo no se permite contra las resoluciones judiciales, y como nuestro sistema de control constitucional es difuso, existe el recurso de casación en el fondo por violación directa a la Constitución (causal primera).

### C. *La revisión germánica*

La revisión germánica no puede sustituir a nuestra casación, que es de origen inmediato español y mediato francés, porque es descendiente en línea recta y en primer grado de consanguinidad con la casación francesa, y solo ha tenido atención académica y sin aceptación en estas tierras. Por el contrario, la casación está arraigada y conocemos bien su naturaleza y técnica.

Numerosos autores que han traducido las obras alemanas de derecho usan el término “casación” para referirse a la revisión germánica, con frecuencia usan el término “casación” y entre paréntesis “revisión”.<sup>16</sup>

La revisión germánica tiene las características siguientes: sirve al interés de la parte agraviada y su objetivo es la evolución y la unificación jurídica, lo mismo que el aseguramiento de la unidad de la jurisprudencia; a diferencia de la apelación, no abre una nueva instancia sobre los hechos y se

<sup>14</sup> *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2011, pp. 306 y 307; *Juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 65, y *Ensayos de derecho procesal*, México, Porrúa, pp. 198 y ss. Hernando Devis Echandía afirma que personalmente Fix-Zamudio le manifestó en 1977 que debía “implantarse la casación limitando en cuanto a lo que a ésta se le asigne, el ámbito del amparo, cuya excesiva extensión lo hace deficiente en muchos aspectos” (*Estudios de derecho procesal. Presente y futuro de la casación*, Buenos Aires, Zavalia, 1985, p. 86). La facilidad para interponer el amparo y sus efectos influyó en el ánimo de los juristas mexicanos para suprimir la casación y sustituirla por el amparo.

<sup>15</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Clínica procesal*, México, Porrúa, 1982, p. 229.

<sup>16</sup> Schönke, Adolfo, *Derecho procesal civil*, 5a. ed., trad. de L. Prieto Castro *et al.*, Barcelona, Bosch, 1950; Wach, Adolfo, *Conferencia sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas. Europa-América, 1958; Leible, Stefan, *Proceso civil alemán*, trad. de Rodolfo E. Witthaus, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1999; Kisch, *Elementos de derecho procesal civil*, trad. de L. Prieto Castro, Madrid, 1940.

examina la sentencia desde el punto de vista jurídico; el tribunal de revisión se limita a juzgar sobre los hechos incorporados al proceso en la instancia de apelación, además de que no existen hechos nuevos, salvo en escasos supuestos, y no se puede juzgar si el hecho viejo es cierto o erróneo ni tampoco nuevas pretensiones; se conceden, en una disposición única por infracción a la ley, en esa disposición los errores *in iudicando* y los errores *in procedendo*, siempre que sean errores de derecho; cuando se admite la revisión por vicios de forma, se revoca la sentencia y se envía el asunto al tribunal de instancia, pero si en la sentencia de primera y segunda instancia existen vicios, se enviará el proceso a la primera instancia; cuando un proceso es reenviado a la controversia, este se abre y las partes pueden aportar nuevos hechos y pruebas, en cuyo caso la sentencia revocada ya no obliga al tribunal de instancia —salvo en cuanto a la interpretación en que descansa la sentencia revocatoria— para así evitar el ir y venir entre ambos tribunales, que con reiteración demoran la conclusión del proceso, lo que le quita valor al proceso y conduce a la desesperación a las partes; excepcionalmente, el tribunal de casación conoce del fondo del asunto después de casar la sentencia, solo cuando la sentencia casada por infracción de la ley se dicta en un juicio cuyos hechos ya se encuentran probados y la contienda está en condiciones de ser decidida, y cuando el tribunal de casación estima conveniente, dadas las circunstancias específicas del caso, fallar el fondo; igualmente, se permite la casación *per saltum*.

Después de referirnos a la casación francesa (creación original del genio francés), la española, la crítica a Guasp y su reconsideración, y la revisión alemana, podemos afirmar que la casación tiene aceptación y vigencia en muchos países, y solo ha sido modificada para perfeccionar su funcionamiento.

La revisión germánica no es original, es un paso adelante en el perfeccionamiento de la casación francesa. Así lo expresa Piero Calamandrei:

Llegaremos a decir que quien quiera encontrar la fiel efigie de la casación francesa debe buscarla no ya en las leyes francesas, las cuales contienen entumecidos los rasgos de un instituto hoy en día superado, sino en el Ordenamiento procesal germano, el cual ha sabido recoger el último producto de la vida jurídica francesa: en efecto, mientras en Francia, donde la evolución se ha producido sin cambios bruscos, el instituto se encuentra todavía en parte bajo el influjo de la primitiva concepción que le atribuía una posición de control político situado fuera del ordenamiento judicial, en Germania una legislación procesal reconstruida ab initio ha podido llevar a cabo una selección de las diversas normas y aceptar solamente aquellas que responden a la Casación del segundo tipo, instituto judicial destinado a mantener la uniformidad de la jurisprudencia. De suerte que, mientras quien compare las leyes que regulan

en Francia la Casación con las que en Alemania regulan la revisión, podrá creer que se encuentra en presencia de institutos profundamente diversos, los dos institutos, en su funcionamiento práctico, están mucho más próximos de lo que pudiera creerse; la revisión, en efecto, no es más que la traducción en normas escritas del instituto que en Francia está todavía en gran parte confiado a la costumbre: diversidad, pues, en la formulación técnica de las normas, no en su contenido esencial.<sup>17</sup>

#### D. *El recurso extraordinario en Argentina*

En Argentina no aceptan a nivel federal la casación, aunque sí a nivel provincial, donde también se regulan recursos similares. En la Constitución de 1949 se aceptaba la casación, pero no funcionó, y después se derogó en el régimen constitucional.

A nivel provincial se regula como recurso similar a la casación el denominado “recurso de inaplicabilidad de la ley”, del cual conoce la Corte Suprema de la Provincia, que declara la norma que es aplicable al caso sometido a su competencia y no existe reenvío, siguiendo en esto el modelo español.

Partiendo de la arbitrariedad que puede desprenderse de la sentencia, la Corte Suprema Nacional ha creado (creación pretoriana) el recurso extraordinario de apelación, en la que este tribunal, según Hugo Alsina, tiene funciones de una verdadera corte de casación. Asimismo, Hugo Alsina agrega que tiene la ventaja sobre el modelo francés de que no solo puede anular la resolución recurrida, sino también pronunciarse sobre el fondo y hacer cumplir sus resoluciones.<sup>18</sup>

La Corte ha venido ampliando los casos en que existe arbitrariedad. Algunos ejemplos de ello son: cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresado por la ley, se omiten las pruebas fehacientes, o se aceptan las que no aparecen en el proceso; cuando la sentencia se funda en afirmaciones meramente dogmáticas o en conceptos imprecisos, los cuales no aparecen en las normas aplicadas, o cuando la sentencia es incongruente. La doctrina y la jurisprudencia va aumentando estos supuestos de arbitrariedad.<sup>19</sup>

Como podemos observar, el recurso extraordinario argentino no es más que una casación encubierta.

<sup>17</sup> *La casación...*, cit., t. I, vol. II, p. 251.

<sup>18</sup> *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Editorial Soc. Anon. Editores, 1961, t. IV, p. 264.

<sup>19</sup> Quiroga Lovié, Humberto *et al.*, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I., pp. 656 y ss.

E. *Eliminación de la casación en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil de Chile (2012)*

En este proyecto se realiza un profundo cambio en el proceso civil. Con relación a lo que interesa, este cambio es evidente en el sistema recursivo y se concede amplias facultades a la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, con este proyecto se elimina el recurso de casación en la forma y se crea un recurso de apelación que recoge las causales de aquel,<sup>20</sup> y además por su medio el tribunal de alzada revisa los hechos y el derecho de las resoluciones apeladas<sup>21</sup> dentro del sistema de apelación limitada, según se expresa en la exposición de motivos.

También en este proyecto se elimina el recurso de casación en el fondo por el recurso extraordinario, con lo que se completa el cambio y se le encarga a la Corte Suprema, altamente fortalecida, a velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales y dar coherencia y unidad a las decisiones de los tribunales, según la exposición de motivos.

Este recurso lo interponen las partes, las que expresaran los agravios y las razones por las cuales existe un interés general que justifique la intervención de la Corte Suprema, que, siguiendo en esto el modelo anglosajón del *leave to appeal inglés* y el *writ of certiorari*, se reserva el derecho de no conocer de ciertas materias en que no concurre el interés general, con lo que se descongestiona de asuntos la Corte Suprema.

La sentencia de la Corte Suprema indicará el interés general para admitir el recurso, y si se acogiere, indicará la infracción del derecho fundamental o la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico, y concluirá declarando la confirmación, la modificación, la revocación o la invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanara en su caso.<sup>22</sup> Si se anulare la sentencia, se dictará la sentencia de reemplazo; en cambio, si se anulare el juicio, se determinará el estado en que hubiere de quedar y se realizará un nuevo juicio.<sup>23</sup>

El artículo 409 del Proyecto señala taxativamente lo que debe entenderse por interés general, que haga necesaria la intervención de la Corte Suprema en este recurso. Estas causales son las siguientes: si se hubiere infringido en forma esencial en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emana un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución políti-

<sup>20</sup> Artículo 381 del Proyecto.

<sup>21</sup> Artículo 379 del Proyecto.

<sup>22</sup> Artículo 413.2 del Proyecto.

<sup>23</sup> Artículo 413.3 del Proyecto.

ca o en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, y en el caso en que se considere fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial.

La interposición de este recurso no suspende la ejecución ni los efectos de la sentencia.<sup>24</sup> Asimismo, la sentencia que falle este recurso no admite impugnación, salvo que contradiga otro fallo, si no se dejó constancia de haberse modificado la doctrina anterior; en cuyo caso se anula la sentencia y se procederá a una nueva audiencia.<sup>25</sup>

Este es un recurso *sui generis* que reúne elementos de la casación: la apelación asume la casación en la forma, la Corte Suprema se pronuncia sobre el fondo al admitir el recurso y se uniforma la jurisprudencia, y del amparo (instituto de la jurisdicción constitucional para la defensa de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución política); también el recurso extraordinario realiza su función.

Creo que los fines que se pretende con la reforma se podrían lograr mejorando la casación, pero son los juristas chilenos los que mejor pueden decidir de acuerdo a sus necesidades y circunstancias. Algunos destacados juristas chilenos reclaman a la casación, entre ellos Jordi Delgado Castro.<sup>26</sup>

#### F. Algunas reformas a la casación española

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 2000 suprimió el recurso de casación en la forma sustituyéndolo por el recurso extraordinario por infracción de la ley procesal, del cual conocen los tribunales superiores de justicia. Asimismo, esta ley conserva la casación en el fondo por motivos y resoluciones tasadas, del cual conoce el Tribunal Supremo.

De igual forma, son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas por las audiencias provinciales que se encuentren en los supuestos siguientes: cuando se dictaron para la tutela civil de derechos fundamentales, excepto las del artículo 24 de la Constitución; cuando la cuantía del asunto sea superior a los 150 000 euros, y cuando la resolución objeto del recurso presente interés casacional. Se entiende por interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o aplique normas que no lle-

<sup>24</sup> Artículo 414.1 del Proyecto.

<sup>25</sup> Artículo 414.2 del Proyecto.

<sup>26</sup> “El recurso extraordinario en el Proyecto de Código Procesal Civil”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, año 18, núm. 2, pp. 125-146.

ven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiera doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Las cuestiones de hecho están fuera de la casación, lo mismo que la valoración de la prueba efectuada por los tribunales de instancia. El Tribunal Supremo casa la sentencia y se pronuncia sobre el fondo —técnica tradicional de la casación española—.

Las normas que regulan el valor probatorio de los artículos 316, 318, 319 y 326.1 de la LEC son preceptos que deben ser atendidos por el juez de instancia para decidir sobre el fondo del asunto, según el Tribunal Supremo; pero también se ha expresado que su infracción debe denunciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal. El error de derecho, pues, es denunciado por ese recurso.

Las otras pruebas son valoradas por la sana crítica. El que valora la prueba es el juez y no la ley, por lo que la disconformidad del recurrente con la valoración no es con la que expresa la ley, sino con el valor que le dio el juez. Esta valoración es discrecional del juez (él es, por ejemplo, quien vio y escuchó al testigo) y no es impugnabile en casación, lo mismo sucede con la prueba pericial y la declaración de partes. Pero se acepta la revisión en casación de tales valoraciones cuando son irracionales o no ajustadas a la lógica.

Esta decisión de dividir el recurso de casación ha sido criticada por algunos procesalistas españoles. Esta reforma no representa una eliminación de la casación, sino un intento de fortalecimiento de la justicia española de acuerdo a sus circunstancias. En este sentido, Julio Piscatoste Bobillo, J. Maldonado Ramos, J. L. Seoane Spiegelberg y A. Villagómez Rodil, magistrados españoles, critican esta escisión de la casación, sometiendo el recurso extraordinario por infracción procesal al conocimiento de los tribunales superiores de justicia y no al Tribunal Supremo, como resulta lo correcto en el buen orden casacional, lo cual se realiza al margen del artículo 123 de la Constitución. Estos magistrados agregan que la misma reforma al regular el recurso extraordinario por infracción procesal emplea la palabra “casar”, propia del recurso de casación, y en el primer Anteproyecto lo denomina “recurso de amparo judicial”, lo que parece ser lo más adecuado; además, no encuentran justificación de la división para descargar de trabajo a la Sala Civil del Tribunal Supremo, pues no ocurre tal cuestión en este momento, y si en el futuro resulta que es estimado el recurso extraordinario y saneado el defecto, se puede interponer el recurso de casación para resolver el fondo de la controversia, razón por lo cual deben buscarse otras soluciones, lo que requiere un estudio serio y participativo de todos los interesados; por ejemplo,



los doctrinarios apuntan a la aplicación de la propuesta de Cappelletti en su *Dictamen iconoclastico sobre la reforma al proceso civil italiano*, y que consiste en conceder al tribunal de casación la posibilidad de seleccionar los recursos, tal y como sucede con el Tribunal Supremo norteamericano, y con respecto a Alemania, el Tribunal de Casación puede rechazar los asuntos que carecen de importancia, salvo que contradiga la jurisprudencia.<sup>27</sup>

Vicente Gimeno Sendra, catedrático español, menciona la causa por la que no pudo entrar en vigencia el recurso extraordinario (*non nato*), y señala las dudas sobre la constitucionalidad de la nueva regulación de los tribunales superiores de justicia como tribunales de casación, en su función de aplicar e interpretar de una manera definitiva e irrevocable la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sendra señala tres dudas que resumimos así: a) la atribución de un recurso de casación a los tribunales superiores de justicia solo puede legitimarse en un Estado federal, como en Argentina, en el cual la Constitución otorga a los poderes legislativos autonómicos competencia para promulgar códigos procesales civiles con un ámbito de aplicación circunscrito al Estado federado, solución que no es aplicable por la configuración que hace la Constitución del Estado español, que aunque es descentralizado, mantiene una forma unitaria; b) de acuerdo con la Constitución, al Tribunal Supremo le corresponde conocer de todos los motivos de los recursos de casación, y c) la supuesta función de los tribunales superiores de justicia para emitir doctrina legal procesal en sus diecisiete demarcaciones provocará en la práctica la vulneración del artículo 14 de la Constitución, en su manifestación de igualdad en la aplicación de la ley.<sup>28</sup>

La identidad con que navegó a ultramar la casación española se ha perdido, solo conserva la eliminación del reenvío, sustituyendo la casación en la forma por el recurso extraordinario de nulidad, y eliminando el error de hecho en la valoración de la prueba; sin embargo, en Latinoamérica su identidad original hecho raíces profundas que siguen vivas. Muchos de estos países aceptan las tres características de la casación española: casación de fondo y de forma —hoy reunidos en un solo artículo, interpuestos en el mismo escrito, tramitados conjuntamente, fallados en la misma sentencia, con preferencia el de forma, pero con diferentes efectos— y error en la apreciación de

<sup>27</sup> *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 413-416.

<sup>28</sup> *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Colex, 2012, pp. 629 y 630.

la prueba (Costa Rica,<sup>29</sup> Guatemala,<sup>30</sup> Panamá,<sup>31</sup> Bolivia,<sup>32</sup> Cuba).<sup>33</sup> Existen otros que permiten restrictivamente la revisión de los hechos en casación: Uruguay,<sup>34</sup> Honduras,<sup>35</sup> Venezuela,<sup>36</sup> Ecuador,<sup>37</sup> Chile,<sup>38</sup> El Salvador,<sup>39</sup> República Dominicana<sup>40</sup> y Paraguay<sup>41</sup> no regulan la revisión de los hechos.

### G. Amparo y justicia ordinaria

El amparo no solo ha pretendido sustituir a la casación, sino también penetrarlo y funcionar conjuntamente.

Este es un tema que inquieta a juristas y legisladores, objeto de detenido estudio y valoración.

En nuestro país no se ha permitido el amparo contra las resoluciones judiciales en asuntos de su competencia, por disposición expresa del artículo 53, inciso 1, de la Ley de Amparo, que dice “No procede el recurso de amparo: 1. Contra las resoluciones de los Funcionarios Judiciales en asuntos de su competencia”. Pero recientemente, interpretado a contrario sensu por la Corte Suprema de Justicia, se sostiene que cabe en asuntos que no son de competencia de los tribunales ordinarios.<sup>42</sup> Esta es la primera ventana que se le abre al amparo en materia judicial.

Las partes del proceso, ya sea con el afán de encontrar un nuevo medio para discutir el caso, ya sea para corregir groseras violaciones de la ley, de

<sup>29</sup> Artículos 594 y 595 del Código Procesal Civil.

<sup>30</sup> Artículos 621 y 622 del Código Procesal Civil y Mercantil.

<sup>31</sup> Artículos 1152-1155.

<sup>32</sup> Artículos 252-255 del Código de Procedimiento Civil, y 273 del Proyecto. Los procesalistas latinoamericanos señalan al libertador Simón Bolívar como el primero que propuso el establecimiento de la casación, quien envió en 1817 un mensaje al Congreso de Angostura (1819) un proyecto de Constitución, en el cual se creaba una Alta Corte de Justicia, que contaría con una Sala de Apelaciones y otra de Casación (Vescovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios de impugnación en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 235)

<sup>33</sup> Artículo 630.9 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

<sup>34</sup> Artículo 270 del Código General del Proceso.

<sup>35</sup> Artículo 720 del nuevo Código Procesal Civil.

<sup>36</sup> Artículos 313, 320 y 386 del Código Procesal Civil.

<sup>37</sup> Artículo 3.3 de la Ley de Casación.

<sup>38</sup> Artículo 677.

<sup>39</sup> Artículo 522.

<sup>40</sup> Artículo 1o. de la Ley sobre Procedimiento de Casación.

<sup>41</sup> Artículo 420, bis 7, de la Ley Creadora del Recurso de Casación.

<sup>42</sup> Sentencia del 2 de abril de 1976, *Boletín Judicial*, p. 79.

fondo o de forma, o bien para atrasar el juicio, interponen el recurso de amparo contra las resoluciones judiciales con mucha frecuencia, lo que aumenta cuando la autoridad correspondiente va abriendo ventanas. Esta delicada situación obliga a la meditación y respuesta clara sobre el tema.

En el derecho comparado se pueden observar varias soluciones.<sup>43</sup> En Argentina no se permite el amparo en contra de las resoluciones judiciales, mientras que en México se permite con gran amplitud este tipo de amparo, pero que en realidad es un amparo-casación, que funciona en los amparos directos. Por su parte, en Brasil y en Perú solo se admite el amparo contra resoluciones judiciales en ciertos casos. Por otro lado, en España se admite el amparo contra las resoluciones judiciales después del agotamiento de todos los recursos e instancias, incluyendo el recurso de casación por violación de derechos fundamentales. Este es subsidiario, porque deben agotarse las vías ordinarias y no se permite la revisión de tales resoluciones, ni es una nueva instancia.

En nuestro país no cabe el amparo contra las resoluciones judiciales por las razones siguientes: el inciso 1 del artículo 53 lo que en realidad expresa es que en asuntos de jurisdicción ordinaria no cabe el amparo y así debe interpretarse, porque cuando de cuestiones de competencia se trata, el Código de Procedimiento Civil señala a la declinatoria y a la inhibitoria como vías para solucionar el conflicto, y el Código Procesal Penal establece la declinatoria, por lo cual no es preciso recurrir al amparo, el que se usa en subsidio de los recursos o reclamaciones ordinarias; en este sentido, no existe, pues, un vacío que puedan llenar este tipo de interpretación. Igualmente, está arraigada en nuestra tradición la improcedencia del amparo contra las resoluciones judiciales, y para justificarla se creó un sistema mixto de control de la constitucionalidad, en virtud del cual todos jueces ordinarios son jueces constitucionales y pueden, desde la más baja jerarquía, declarar en el caso concreto la inconstitucionalidad en su sentencia, y además existen para ello la causal de casación de fondo; el amparo y el recurso de inconstitucionalidad de la ley o decreto ante la Sala Constitucional y la Corte Plena, respectivamente; la casación en la forma para conocer los vicios del procedimiento, y el recurso de casación en interés de la ley.

Los ordenamientos jurídicos americanos están divididos al respecto. En este sentido, se admite el amparo contra las resoluciones judiciales en

<sup>43</sup> García Belaunde, Domingo, "El amparo contra resoluciones judiciales", *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 156 y ss; Brewer Carías, Allan R., *Derecho procesal constitucional*, San José, Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 353.

El Salvador,<sup>44</sup> Colombia,<sup>45</sup> Panamá,<sup>46</sup> Guatemala,<sup>47</sup> México, Venezuela,<sup>48</sup> Perú<sup>49</sup> y Bolivia,<sup>50</sup> mientras que no se admite este tipo de amparo en Argentina, Nicaragua, Uruguay,<sup>51</sup> Chile,<sup>52</sup> Costa Rica,<sup>53</sup> Ecuador<sup>54</sup> y Honduras.<sup>55</sup>

Si echamos a andar todo el sistema quizá no se tenga necesidad de abrirnos a la revisión de las resoluciones judiciales cuando violen los derechos fundamentales, pero sí esto no funciona, tenemos que pensar bien en una

<sup>44</sup> Montecino Giralt, Manuel Arturo, “El amparo en el Salvador”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006, pp. 351 y 352.

<sup>45</sup> Ortíz Gutiérrez, Julio César, “La acción de tutela en la Carta Política de 1991”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 239. La acción de tutela equivale al amparo y solo procede por las vías de hecho contra las resoluciones judiciales.

<sup>46</sup> Artículos 2615-2632 del Código Judicial. Véase Hoyo, Arturo, “El proceso de amparo de derecho fundamentales en Panamá”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, pp. 351 y 352.

<sup>47</sup> Artículo 10 de la Ley de Amparo. Véase García Laguardia, José María, “Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala, *habeas corpus* y amparo”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 407.

<sup>48</sup> Artículo 4o. de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Véase Ayala Corao, Carlos M. y Chavero Gazdik, Rafael, “El amparo constitucional en Venezuela”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, pp. 664 y 665.

<sup>49</sup> Artículo 4o. del Código Procesal Constitucional. Véase García Belaunde, Domingo y Eto Cruz, Gerardo, “El proceso de amparo en el Perú”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 604.

<sup>50</sup> Artículo 129.2 de la Constitución.

<sup>51</sup> Artículo 1o. de la Ley 16.011 del 19 de diciembre de 1988. Véase Gros Espiell, Héctor, “El derecho de amparo en el Uruguay”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 635.

<sup>52</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 190. Este autor señala que contra las resoluciones judiciales existen los recursos correspondientes, además de que la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha aceptado las acciones de protección contra sentencias que han vulnerado manifiestamente las normas del debido proceso, o cuando se produce un perjuicio irremediable por otra vía procesal, cuando ellos afectan a un tercero ajeno al proceso que no ha participado ni ha tenido derecho a una defensa en el proceso jurisdiccional, lo cual aplaude y propone que debe dársele al Tribunal Constitucional la potestad para revisar las sentencias judiciales, tal y como sucede en otros países.

<sup>53</sup> Artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Véase Hernández Valle, Rubén, “El recurso de amparo en Costa Rica”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, pp. 268 y 269. Este autor pide que se conceda contra las resoluciones judiciales. También véase Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Juricentro, 2001. pp. 223-226.

<sup>54</sup> Artículo 88 de la Constitución.

<sup>55</sup> Artículo 46.7 de la Ley de Amparo.

reforma para realizar esa revisión, con el cuidado de no interferir en la potestad del juez ordinario de aplicar la ley ordinaria y reservar a la jurisdicción constitucional la potestad de revisar si se violaron los derechos constitucionales. ¿Con la reforma a favor del control de las resoluciones judiciales a través del amparo podríamos apaciguar la crítica del llamado “gobierno de los jueces constitucionales”?

La primera queja del gobierno con respecto a los jueces proviene de Roosevelt (Theodoro), en contra de las sentencias de la Corte Suprema en las que se rechazaba toda intervención legislativa en la vida económica. Después, Lambert publicó en 1921 su famoso libro *El gobierno de los jueces*, donde sostenía la misma tesis. Posteriormente, el otro Roosevelt (Franklin Delano) fue más enérgico, cuando su política del *New Deal* entró en conflicto con la Corte Suprema en materia política y social. Creo que este control judicial debe ir amparado en la vigencia efectiva del Estado de derecho.

#### H. *Fortaleza de la casación*

La casación todavía tiene una gran fortaleza y es aceptada por muchos de nuestros países, como Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Venezuela, Perú, Chile, Uruguay, Paraguay, Ecuador, República Dominicana, Bolivia y Cuba, en Argentina a nivel provincial, y en el Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante.

Los recursos que la han querido sustituir no son más que casaciones encubiertas, y la tercera instancia ya ha sido suprimida. Por otra parte, se ha ido mejorando y superando los inconvenientes de la casación francesa, pero sin desnaturalizarla.

Por vía de ejemplo podemos citar, entre otras, las siguientes mejoras con relación a la casación: se pueden simplificar sus trámites y moderar el formalismo que la rodea; suprimir el reenvío y pronunciarse sobre el fondo del asunto el tribunal de casación; facultar al tribunal para conocer sobre el material de hecho cuando existe un error de hecho protuberante, como en el supuesto de aceptar como prueba un hecho no probado o ignorar el probado, o deducir de la prueba testifical o pericial algo que no se expresa o está reñido con su contenido, y también para corregir el error de derecho por negarle valor a la prueba legal o darle el que no tiene; aceptar en la casación las pruebas para mejor proveer, pero sin desnaturalizarla;<sup>56</sup> pedir la nulidad de la sentencia de la Corte Suprema cuando no se exprese el cambio de jurisprudencia y sea contraria a la anterior; establecer el interés

<sup>56</sup> Devis Echundia, Hernando, *Estudios de derecho procesal...*, cit., pp. 9-104.

casacional, como en España y el Anteproyecto del Código Procesal Civil de Nicaragua, con objeto de uniformar las jurisprudencias cuando la sentencia del juez de distrito o Tribunal de Apelaciones se oponga a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, cuando la sentencia de un juez de distrito resuelva cuestiones sobre la que exista una contradicción con lo resuelto por otro juez de distrito, o cuando la sentencia de un tribunal de apelaciones se contradiga con lo resuelto por otro tribunal de apelaciones; establecer una causal para recurrir de casación por violación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, como en Nicaragua; facultar al tribunal de casación para seleccionar a su criterio los casos trascendentales. Así pues, el amparo y la casación no son incompatibles, sino que pueden funcionar al mismo tiempo, pues son dos instituciones distintas, tal y como funcionan en Nicaragua.

Todas estas mejoras pueden servir para mantener la casación y no usar otros recursos para sustituirla o mejorarla.