

CAPÍTULO OCTAVO

Casación

Sección I.	<i>Principios generales</i>	135
Sección II.	<i>Instituciones comunes (estudio comparativo)</i>	140
1.	<i>Motivos</i>	140
a)	<i>Primer motivo: Infracción a la ley</i>	144
b)	<i>Segundo motivo: Infracciones a la jurisdicción y a la competencia</i>	146
c)	<i>Tercer motivo: Falta de personalidad</i>	148
d)	<i>Cuarto motivo: Falta de publicidad y comunicación</i>	148
e)	<i>Quinto motivo: Pruebas</i>	148
f)	<i>Sexto motivo: Constitución irregular del juzgador</i>	149
g)	<i>Séptimo motivo: Fallos irregulares</i>	150
h)	<i>Octavo motivo: Contradicción de la cosa juzgada</i>	151
2.	<i>Depósito previo</i>	151
3.	<i>Contrarrecurso y recurso incidental (casación por adhesión)</i>	152
4.	<i>Casación per saltum</i>	153
5.	<i>Nuevas cuestiones</i>	154
6.	<i>Reenvío</i>	154

CAPÍTULO OCTAVO

CASACIÓN

SUMARIO: Sección I. *Principios generales*. Sección II. *Instituciones comunes (estudio comparativo)*. 1. *Motivos*. a). *Primer motivo: Infracción a la ley*. b) *Segundo motivo: Infracciones a la jurisdicción y a la competencia*. c) *Tercer motivo: Falta de personalidad*. d) *Cuarto motivo: falta de publicidad y comunicación*. e). *Quinto motivo: pruebas*. f). *Sexto motivo: constitución irregular del juzgador*. g). *Séptimo motivo: fallos irregulares*. h). *Octavo motivo: contradicción de la cosa juzgada*. 2. *Depósito previo*. 3. *Contrarrecurso y recurso incidental (casación por adhesión)*. 4. *Casación per saltum*. 5. *Nuevas cuestiones*. 6. *Reenvío*.

Sección I. *Principios generales*

La casación es un medio impugnativo que se dirige contra las sentencias definitivas o interlocutorias dictadas en segunda instancia (con excepción de la casación *per saltum* en que procede contra las sentencias de primer grado). En la casación es perfectamente apreciable la diferencia entre *iudicium residens* y *iudicium rescissorium*. El reenvío es la regla general, es decir, el *iudicium rescissorium* se sustancia ante un tribunal de segunda instancia y sólo excepcionalmente se decide sobre el recurso en corte de casación. El depósito en concepto de multa, para el caso de ser derrotado en la instancia de casación, es considerado un elemento indispensable para su prosecución, por lo que de no efectuarse, el recurso deviene inadmisibile. El conocimiento en la casación es más restringido que en apelación, ya que la primera se interpone contra violaciones cometidas sólo por errores de derecho particularmente graves. Las características anteriormente expuestas colocan a la casación entre los medios impugnativos extraordinarios.

A pesar de recibir diferentes denominaciones, en todos los ordenamientos jurídicos existe un recurso anulatorio que sólo procede con base en determinados motivos, establecidos taxativamente por el ordenamiento y que sólo puede interponerse contra resoluciones definitivas, no impugnables por ningún otro medio impugnativo y cuya resolución compete al órgano supremo de la organización judicial por lo que, para evitar la confusión provocada por la abundancia de denominaciones, se le dará el nombre del recurso que presenta tales características en España y Francia: "la casación". La casación

además de ser un recurso de conocimiento restringido tiene como función unificar, a través de la jurisprudencia, los criterios de aplicación e interpretación y proporcionar una dirección común a las decisiones de los tribunales.

Al igual que en el caso de la apelación, también con respecto de la casación existen ideas dogmáticas que injustificadamente pretenden tener una validez absoluta, por ejemplo, la idea de que la casación debe ser necesariamente una tercera instancia y que sólo cabe su interposición contra errores de derecho. En Alemania e Italia la casación procede en segunda instancia, tanto en los casos de casación *per saltum*, como en los casos en que la casación se interpone contra sentencias de primera instancia no impugnables en segunda instancia. Tampoco es del todo exacta la afirmación de que la casación únicamente procede contra los errores de derecho, pues en todos los ordenamientos jurídicos donde es posible la casación por errores *in procedendo*, necesariamente debe examinar el juzgador los actos del *a quo* y, por lo tanto, debe conocer sobre cuestiones de hecho.¹ En realidad, en los recursos casacionales, al contrario de lo que sucede con los medios revocatorios, se conoce preferentemente de los errores que afectan a las cuestiones de derecho y excepcionalmente de los errores que afectan a las cuestiones de hecho.

La casación tiene sus orígenes más remotos² dentro de cada uno de los países, en diversos recursos locales, como por ejemplo: "la segunda suplicación" y la "injusticia notoria" ante el Consejo de Castilla, después de Estado, en España;³ los recursos ante el Sacro Real Consejo del Reino de Nápoles o el Supremo Tribunal de Signatura del Estado Pontificio, en Italia;⁴ los recursos contra las sentencias del "Tribunal Cameral del Reich" (1654) y los recursos de tercera instancia, por errores *in iudicando*, contenidos en el *Corpus Iuris Fridericianum*, en Alemania (1781).⁵ No obstante, el prototipo de juicio casacional aparece en Francia con la Revolución. El Código Napoleón y el Senadoconsulto del 28 floreal del año XII otorgaron a la casación el carácter con que actualmente se le conoce.⁶

La casación se introduce en el derecho español a través de la Constitución de Cádiz.⁷ Sin embargo, sólo es objeto de una amplia reglamentación hasta

¹ Véase *infra*, sección I, número 1, letra a).

² Cfr., Plaza, Manuel de la, *La casación civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 43-44.

³ Cfr., *idem.*, pp. 91-93.

⁴ Cfr., Calamandrei, Piero, *Casación civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Buenos Aires, EJE, 1959, p. 29.

⁵ Cfr., Goldschmidt, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁶ Cfr., Calamandrei, *Casación civil*, cit., pp. 33-34.

⁷ Cfr., Fairén Guillén, Victor, *Recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)*, en sus: *Temas del ordenamiento procesal*, cit., t. 1, pp. 195 y ss.

la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en la que toma forma definitiva; posteriormente sufrió algunas reformas, pero en términos generales conserva las características con que se conoce en la actualidad. En nuestro derecho la casación penetra a través del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1884, y permanece en vigencia hasta el año de 1919, en que es derogada expresamente por el artículo 9º transitorio de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales de 1919, en el mismo año en que entra en vigor la Ley de Amparo, cuyo artículo 30 implícitamente hace desaparecer la casación. La existencia de la casación no fue del todo afortunada, debido a que su reglamentación fue exigua y excesivamente formalista, y finalmente fue absorbida por el amparo, integrando el juicio de amparo directo o uni-instancial.

La similitud del amparo y los recursos casacionales de otros países ha sido ampliamente probada, razón por lo que se estimó inútil la repetición de los argumentos en pro, mientras que los alegatos en contra carecen de interés, pues ninguno de ellos es definitivo, ya que cuando no son producto de la carencia de información, son causados por una exacerbación del localismo jurídico. Los más autorizados tratadistas han reconocido la estrecha vinculación que guardan la casación y el amparo. Burgoa define el amparo uni-instancial como un recurso extraordinario y afirma: "en efecto, dicho amparo coincide con el recurso de casación en su procedencia y teleología, pues es susceptible de entablarse contra sentencias definitivas por vicios de ilegalidad *in iudicando* e *in procedendo*".⁸

Fix-Zamudio se ha aplicado a demostrar ampliamente la equivalencia de dichas instituciones en varios de sus trabajos.⁹ Autores de reconocido prestigio internacional han coincidido con la opinión de los distinguidos especialistas citados, por ejemplo, Alcalá-Zamora y Mauro Cappelletti,¹⁰ incluso, la imposibilidad de escindir el binomio amparo-casación ha sido reconocida por tratadistas en países pertenecientes al sistema anglosajón.¹¹

⁸ Cfr., Burgoa, Ignacio, *Juicio de amparo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1970, pp. 171-200, en especial, pp. 197-200.

⁹ *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en: "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. xiv, núm. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 98-99; *Id.*, *Juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 258 y ss.; *Id.*, *Síntesis del derecho de amparo*, México, UNAM, 1965, p. 21.

¹⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Amparo y casación*, en: "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. xvi, núm. 61, enero-marzo de 1966; Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, 1966.

¹¹ Karst, Kenneth L., *Latin American Legal Institutions: Problems for Comparative Law*, Los Angeles, Latin American Center, University of California, 1966, pp. 627-629.

Por lo demás, cada una de las secciones consagradas a la casación, en cada uno de los ordenamientos jurídicos examinados en este trabajo, confirma la identidad de funciones del recurso de casación y el amparo uni-instancial o directo; desafortunadamente, no es posible llevar a cabo un amplio estudio del amparo porque por extenso que fuera, no sería mayor ni más completo que los realizados por los especialistas en la materia; a cambio, se intentará la exposición de aquellos aspectos en que es posible introducir algunas modificaciones que pudieran aportar ventajas para nuestro sistema impugnativo. En primer término, debiera ser suficiente con fundamentar el amparo directo en las hipótesis del artículo 159 de la Ley de Amparo, en vez de recurrir a una superflua y rimbombante justificación de violaciones al texto de la Constitución. En verdad, para pedir la casación de una sentencia no debiera ser necesario desplegar en la demanda toda una cátedra de derecho constitucional. Alcalá-Zamora ya ha señalado la inconveniencia de referir los motivos de casación a la Constitución:

concebido así, el amparo-casación no tendrá por qué continuar valiéndose como trampolín, o más bien como muleta, de preceptos constitucionales cuya supuesta violación tantas veces se invoca y en tan raras veces se acredita, para a través de ellos combatir la infracción de leyes ordinarias: evítase semejante rodeo y váyase directamente al grano.¹² En definitiva el resultado viene a ser el mismo, pero mientras la casación permite el ataque directo, el amparo obliga a un rodeo (empleo como trampolín de artículos tan socorridos como el 14, el 16, el 20, etc., de la Constitución).¹³

En segundo término, quizá fuera más conveniente separar el control de la legalidad del control de la constitucionalidad¹⁴ y el juicio uni-instancial del bi-instancial, como sea que estos dos últimos difieren absolutamente por lo que respecta a: resoluciones impugnables, motivos, órganos que conocen de la impugnación y procedimiento para la sustanciación y, consecuentemente, no debiera tratarse de mantener artificialmente unido en los cuerpos legales lo que en la práctica permanece desvinculado.

En el amparo el demandado es el órgano jurisdiccional; en cambio, en los recursos casacionales de Alemania, España, Francia e Italia el demandado es la parte que triunfó en la instancia en que su contraparte impugnó la resolución. En rigor, lo que se impugna por medio de la casación es un acto del órgano y no de la parte y, por ello, pudiera pensarse que en sentido estricto el demandado debía ser el órgano del que proviene la resolución. No obstante, la resolución no beneficia al juez, sino a la parte que triunfó; consecuentemente, es la parte quien tiene el interés en que se mantenga la

¹² Alcalá-Zamora, *Amparo y casación*, cit., p. 83.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Cfr., Cappelletti, *op. cit.*, pp. 79-82.

resolución y, por tal motivo, es el recurrido el que está en la disposición y en el ánimo de defender la resolución. Sin embargo, la situación del órgano impugnado es la inversa de la parte recurrida y, por lo tanto, su interés es escaso o nulo; por ello, en la práctica quien defiende la resolución impugnada es la parte recurrida, a quien injustificadamente y en contra de toda lógica se llama tercero perjudicado, siendo que el tercero (en todos los países y en todos los tiempos) ha sido definido como el sujeto ajeno a una relación jurídica.

Por otra parte, en todos los procesos impugnativos se ataca la resolución del juez, por ejemplo, en la queja y en la apelación, etcétera, pero no por ello concurre el tribunal de primera instancia en calidad de demandado y el contrarrecurrente en calidad de tercero. En el amparo directo, como en el resto de los medios impugnativos, se atacan actos de un órgano jurisdiccional; por lo tanto, debería adoptarse un criterio uniforme, *ubi eadem legis ratio, ibi idem dispositio*.

El órgano impugnado al que la ley denomina "autoridad responsable", prácticamente permanece ajeno al juicio de amparo, cosa que es perfectamente explicable en función de su falta de interés en la resolución del superior jerárquico. Generalmente la participación del pseudodemandaado se reduce a enviar el "informe con justificación", como lo ha hecho notar Fix-Zamudio: "la costumbre judicial ha consistido en que el tribunal señalado como responsable se limite, en la mayor parte de los casos, a remitir el expediente en el cual pronunció el fallo, en vía de informe con justificación".¹⁵ tan raquítica intervención suscita dos comentarios: primeramente, dicha intervención no justifica que el legislador le haya otorgado la calidad de parte al tribunal, en lugar de concedérsela a la verdadera parte; en segundo término, resulta superfluo que el legislador exija el informe con justificación al tribunal en los casos en que la resolución impugnada es una sentencia (artículo 149), teniendo en cuenta que también el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal exige la motivación y justificación de las sentencias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 constitucional (artículo 82). Además, Burgoa señala que la práctica judicial aludida: "nunca viene a colmar las exigencias teleológicas de la naturaleza misma del informe con justificación",¹⁶ pero admite que con respecto a las violaciones de fondo, es suficiente, aunque no en el caso de las violaciones de forma (en el procedimiento).

En adición a lo dicho sería conveniente instituir el depósito para multar al litigante temerario,¹⁷ cuidando que no impida la impugnación del liti-

¹⁵ Cfr., Fix-Zamudio, *Reflexiones . . .*, cit., p. 99.

¹⁶ Burgoa, *op. cit.*, p. 670.

¹⁷ Véase *infra*, sección II, número 2.

gante pobre y, en todo caso, sólo se haría efectiva la multa cuando el recurso fuera notoriamente infundado. Por último, también sería útil pensar en la posibilidad de adaptar a nuestro sistema las instituciones de la casación *per saltum* y de la casación por adhesión. La primera institución¹⁸ permitiría la simplificación de la impugnación, reduciendo las costas y el tiempo al permitir a las partes llevar directamente al amparo las cuestiones de derecho que de cualquier forma, tarde o temprano, llegarían a la Suprema Corte o a los Tribunales Colegiados, con la ventaja de liberar a los órganos de la segunda instancia de la labor inútil que implica conocer de un asunto que de todas maneras será llevado ante los órganos de la justicia federal. Por otra parte, la casación por adhesión haría posible la simplificación de algunas de nuestras complicadas reglas de acumulación.

Sección II. *Instituciones comunes (estudio comparativo)*

1. *Motivos.* Los motivos de la demanda de casación se fundan generalmente en la existencia de errores de derecho. La delimitación entre los errores de hecho y los errores de derecho se establece en relación con los procesos mentales a través de los que el juzgador produce el fallo. El error de hecho se presenta cuando la falsa apreciación del juzgador incide en las premisas del concepto que él mismo se forma sobre los datos que empíricamente recoge de los actos o hechos alegados por las partes, mientras que el error de derecho afecta únicamente a las premisas, a través de las que interpreta normativamente los hechos y actos que percibe, con objeto de calificarlos y enlazar, en su caso, la consecuencia prevista por la norma.

Dentro de la materia de jurisdicción y competencia se pueden encontrar varios ejemplos por medio de los que es posible ilustrar lo arriba expuesto. Por ejemplo, si el error hubiera afectado los datos o elementos que se deben tomar en cuenta para fijar la jurisdicción o la competencia, se está en presencia de un error de hecho; en cambio, cuando el error hubiera afectado la interpretación o aplicación de las normas que rigen tales materias, se tratará de un error de derecho. De lo dicho con anterioridad se explica por qué cuando la casación se interpone por errores *in procedendo* en materia de jurisdicción y competencia, se puede dar el caso de que se conozcan tanto de errores de hecho, como de errores de derecho.¹⁹

Los errores de derecho se dividen en errores *in procedendo* y errores *in iudicando*. Los primeros afectan a la conducción del procedimiento, y son una infracción al *iuris procedendi*, mientras que los segundos se presentan en el momento que se decide el fondo del negocio y afectan al *iuris decidendi*.

¹⁸ Véase *infra*, sección II, números 3 y 4.

¹⁹ Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *op. cit.*, p. 546.

Los errores *in procedendo* se originan cuando las conductas de los participantes en el juicio de primera instancia, incluyendo al juzgador, no se conforman con la conducta que prescriben las reglas del procedimiento, debido a un error en la interpretación de alcance y significado de las normas que prescriben los requisitos y la secuencia de los diversos actos que realizan los individuos dentro de un proceso judicial. Los errores *in iudicando* se presentan cuando la concatenación de las premisas que integran el proceso mental, a través del que decidió el juez sobre el asunto, no se conforman con las reglas contenidas en las normas jurídicas que rigen su estructura y manifestación.

Cuando el juez comete una infracción *in iudicando*, se dice que su resolución es válida, pero injusta, por cuanto que a pesar de haber observado los requisitos que la ley prescribe, su resolución no coincide con el criterio de justicia que priva en el orden jurídico. Sin embargo, atendiendo al punto de vista teórico que ha servido como marco al enfoque de este estudio, no se podría casar ninguna resolución injusta, sin antes demostrar que es anulable en función de haberse producido en infracción de una norma superior, que recoja el principio de justicia que se considere vulnerado; en virtud de que las normas que definen el concepto de justicia para un orden jurídico, en un lugar y tiempo determinados, deben tener fuerza legal, es decir, ser obligatorias para que su infracción sea relevante. Por lo que en todo caso, el concepto de justicia debe traducirse en un conjunto de normas positivas, ya sea que las hubiera creado el poder judicial o que sean de naturaleza consuetudinaria.

Únicamente cuando la conducta del juzgador se conforma a las normas que necesariamente deben regirla se puede decir que la sentencia, como norma concreta, es completamente válida; por lo que es posible inferir que la no observancia de las normas que definen la justicia para un sistema judicial puede provocar una resolución inválida y, por lo tanto, anulable; lo que implica el reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas obligatorias que se desarrollan a través de la práctica cotidiana de los órganos judiciales y cuya función consiste en complementar y llenar las lagunas de las normas generales; a tales normas eufemísticamente se les denomina "criterios de justicia que privan en un orden jurídico", con el propósito de evitar fricciones o caer abiertamente en un conflicto con el proceso legislativo, especialmente en aquellos órdenes que pretenden establecer una división estricta entre los poderes, semejante a las que se postularon en los albores de la teoría del Estado y que resultan impracticables en la actualidad.

La jurisprudencia ha intervenido en la definición del campo de los errores *in iudicando* y los errores *in procedendo*, por ejemplo, en Alemania las decisiones de los tribunales han establecido qué tipo de errores se producen

como resultado de la violación de determinados artículos. La infracción de los artículos 308 y 323 de la Z. P. O. (relativos a la *plus petitio* y a prestaciones futuras) se considera como error *in iudicando*, mientras que la violación de los artículos 134, 253, 261 y 519 de la misma Ordenanza (que contienen disposiciones relativas a: presentación de la demanda, señalamiento del término para la audiencia y motivación de la apelación) se consideran como error *in procedendo*.²⁰ La diferencia entre errores *in procedendo* o en el orden y errores *in iudicando* o en el fondo, no sólo es importante desde el punto de vista doctrinal, sino también en la práctica, ya que la casación *per saltum* no procede en el caso de interponerse contra errores *in procedendo*.

En el sistema impugnativo italiano, se consideran como errores *in procedendo* aquellos que afectan al pronunciamiento sobre la jurisdicción, así como las violaciones en materia de competencia y las nulidades que afectan a todo el procedimiento. A propósito de la distinción tradicional entre errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, Gómez Orbaneja y Herce Quemada afirman que en la práctica, al igual que en la jurisprudencia, se ha venido cometiendo la lamentable equivocación de asociar la comisión de errores en el fondo con las leyes materiales o sustantivas, de manera que en tales medios se ha generalizado la opinión de que la casación por infracción a la ley sólo procede contra las leyes sustantivas o materiales pero nunca contra las leyes procesales.

Pero ya sabemos (cfr. incisos 1) y 2)) que la ley sustantiva determina el "que" del fallo y que la referencia al "si" y del "como" de la actividad procesal y de la sentencia de fondo es siempre una norma procesal. La ley procesal ordena la congruencia de las demandas con la sentencia, que la decisión sea clara y exacta. Todo esto es imperativo de la ley procesal y concretamente del artículo 559 y por referencia del 362.²¹

Por lo tanto, si se tomase al pie de la letra el criterio oficial, sólo el primer inciso del artículo 1692 podría fundamentar la casación por errores *in iudicando* y el resto de los incisos debería ser forzosamente base para la impugnación de los errores *in procedendo*.

En efecto, la jurisprudencia española considera que las reglas del procedimiento y los preceptos de carácter procesal que no contienen normas materiales, en caso de ser vulnerados, no pueden fundamentar la casación por errores *in iudicando* (sentencia del 22 de febrero de 1964). Para terminar, Gómez Orbaneja y Herce Quemada agregan que una conveniente diferenciación entre la casación por errores *in iudicando* y por errores *in procedendo*,

²⁰ Cfr., Rosenberg, *op. cit.*, p. 411.

²¹ Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *op. cit.*, p. 545.

no sólo afecta las especulaciones de la doctrina, sino que trasciende a la práctica, pues cuando se estima el recurso por quebrantamiento de forma (*error in procedendo*) se repone el procedimiento por medio de reenvío, y cuando se estima el recurso por infracción, se dicta sentencia ajustada a derecho.²²

La casación española ofrece una peculiaridad en materia de motivos, que no comparte con las de Alemania e Italia, ya que la L. E. C., define los motivos de la casación en dos artículos diferentes, diferencia que sirve de base para distinguir dos tipos de casación, la primera se denomina casación por infracción de la ley o a la doctrina y la segunda casación por quebrantamiento de forma. La terminología no es del todo clara, pues dentro de la infracción se podría subsumir el quebrantamiento de forma, debido a que las formas en cuestión deben ser de observancia obligatoria para que su violación haga posible la anulación de la resolución de primera instancia. La distinción entre los dos géneros de casación se traduce en una reglamentación específica para cada uno de ellos; las secciones tercera, cuarta y quinta del título XXI, del libro segundo, se ocupan del procedimiento para sustanciar la casación por infracción a la ley o a la doctrina, mientras que la sección sexta se consagra a la sustanciación de la casación por quebrantamiento de forma.

Debido a la separación y determinación específica de cada uno de los tipos de casación, la enumeración de los motivos es más profusa en la legislación española que en los ordenamientos correspondientes de Alemania e Italia, donde la enumeración de motivos se reduce a un solo artículo dentro del que se incluyen ambos tipos de errores y se formulan conceptos generales, excepción hecha de los errores *in procedendo*, cuya mención es más específica, debido a que en este tipo de errores es considerablemente más difícil demostrar su trascendencia al resultado del fallo y, consecuentemente, se precisa la consignación explícita de los casos.

El error que se comete, ya sea *in procedendo* o *in iudicando*, debe ser tal que vicie la sentencia en tal forma que de no haberse presentado, la decisión hubiera sido totalmente diferente. Se puede decir que entre el resultado del juicio y la infracción cometida debe haber un nexo de causalidad.²³ La trascendencia de la infracción en la decisión del juez es mucho más fácil de precisarse en el caso de los errores *in iudicando*.²⁴ Por esto es que existen determinados motivos en que de presentarse una infracción *in procedendo* se considera, sin más, que influyó en la decisión final, se dice entonces

²² Cfr., *idem*, p. 546.

²³ Cfr., Schönke, *op. cit.*, p. 320; Goldschmidt, *op. cit.*, p. 422.

²⁴ Una resolución afectada por un error *in procedendo* grave puede ser, a pesar de todo, justa; en cambio, las resoluciones afectadas por un error *in iudicando* grave, siempre son injustas.

que existe una presunción legal de trascendencia y, por lo tanto, no es preciso probar el nexo de causalidad.²⁵

En seguida se analizarán los hechos y actos cuya existencia hace posible la interposición del recurso de casación, por encontrarse expresamente consignados en las legislaciones respectivas como motivos que pueden fundamentar el recurso de casación. La mayoría corresponde a errores *in procedendo*, debido a que la existencia de un error de esta naturaleza no presupone necesariamente que la resolución sea injusta, a menos que así se consigne. Consecuentemente, es necesario regular expresamente los motivos de casación por errores *in procedendo* en los que por la gravedad del mismo la ley presupone su trascendencia al resultado del fallo.

Por otra parte, la omisión de la regulación expresa de un motivo de casación no implica, necesariamente, que no proceda el recurso de casación, ya que en los tres ordenamientos se prevén supuestos de carácter general dentro de los que es posible encuadrar algunos casos que no han sido objeto de regulación expresa (artículo 549, Z. P. O.; artículo 360, C. P. C. y artículo 1692, L. E. C.).

a) *Primer motivo: infracción a la ley.* La infracción a la ley constituye la piedra angular del recurso de casación, debido a que dentro del género propio de los recursos extraordinarios, es el motivo que constituyendo la diferencia específica, caracteriza y define a la casación, distinguiéndola del resto de los recursos extraordinarios.

En estricto sentido, todos los motivos de la casación pueden subsumirse dentro de la infracción a la ley, salvo los errores de hecho, a los que no se considera como un fundamento habitual de la casación. En la mayoría de los casos la casación se reduce al examen y rectificación de los errores de derecho, esta limitación caracteriza a este recurso y le distingue de los demás medios impugnativos, sin embargo, dicha limitación no es absoluta, debido a que en el análisis de los errores *in procedendo* también se examinan cuestiones de hecho, por lo que sería más propio decir que en la casación se excluye la revisión de errores o cuestiones de hecho, a menos que se encuentren tan íntimamente relacionados con las cuestiones de derecho que fundamentan el recurso, que no sea posible dilucidar éstas sin desentrañar aquellos.

La infracción a la ley puede consistir en que presentándose los supuestos no se aplique la norma o que no presentándose se hubiera aplicado, así como si en la aplicación se hubieran transgredido los límites que circunscriben los ámbitos de validez de la norma. La doctrina alemana ha formulado

²⁵ Cfr., Goldschmidt, *op. cit.*, p. 422; Kisch, *op. cit.*, p. 300; Rosenberg, *op. cit.*, pp. 412-413.

en este respecto el concepto de error en la subsunción, al que Rosenberg define en los siguientes términos: "la subsunción es el juicio erróneo acerca de si los hechos están en correspondencia con la norma puesta como premisa mayor de la conclusión".²⁶

En la jurisprudencia española se encuentran algunos ejemplos que permiten aclarar los conceptos doctrinales de violación de alguna norma de la ley o la jurisprudencia. La violación de una norma o de la jurisprudencia implica el desconocimiento de su existencia, extensión o subsistencia (sentencia del 31 de enero de 1964); se incurre en la violación de una norma, cuando se niega su aplicación a un hecho existente al que necesariamente se debe aplicar (sentencia del 17 de enero de 1962); la errónea interpretación de una norma o de un precepto de la jurisprudencia se refiere a su contenido; por ello, se incurre en errores de interpretación cuando se equivoca el sentido del contenido de una norma (sentencia del 25 de febrero de 1964); la aplicación indebida y la interpretación errónea con respecto a un mismo precepto, se excluyen mutuamente, por lo tanto, no es posible su alegación simultánea (sentencia del 27 de septiembre de 1963); la jurisprudencia considera inadmisibles las casaciones que se funden en leyes y doctrinas que versen sobre los puntos no discutidos en el pleito o en extremos ejecutoriados o consentidos (sentencias del 8 y 9 de mayo, y 7 y 14 de junio de 1882).

Las normas generales y abstractas cuyas violaciones constituyen fundamento del recurso de casación son generalmente las leyes en sentido formal; sin embargo, también se incluyen, en ciertos casos, normas generales en sentido material. Por ello es que mediante la casación, no únicamente es posible impugnar las resoluciones que infringen las normas generales que provienen del poder legislativo, sino incluso aquellas normas generales de naturaleza consuetudinaria, particularmente en los países en que se permiten como un sistema paralelo al del derecho escrito; también se incluyen las normas de derecho internacional, cuando se encuentren incluidas en tratados que hayan sido convenientemente ratificados.²⁷ Las normas del derecho extranjero únicamente se tienen en consideración en los casos de conflictos de leyes y en este supuesto es necesario probar su existencia ante el tribunal, debido a que para el derecho extranjero no rige el principio *iura novit curia*, a menos que el texto se encuentre testimoniado en los autos. En España también se requiere la prueba del derecho consuetudinario (sentencia del 13 de enero de 1885 y de 26 de marzo de 1847). Alcalá-Zamora sostiene que no es necesaria la prueba del derecho consuetudinario, si está dentro

²⁶ Rosenberg, *op. cit.*, p. 410.

²⁷ Cfr., *ibidem*.

de las posibilidades del juez el conocimiento de la existencia de las normas cuya infracción se invoca.²⁸

Las normas que resultan de la interpretación que se da a las condiciones generales contenidas en los actos jurídicos que suscriben los particulares, por ejemplo, los contratos de seguro, los contratos de adhesión, etcétera, son susceptibles de tomarse en cuenta para los propósitos de la casación. La violación de las llamadas máximas de la experiencia pueden constituir un motivo suficiente para fundamentar el recurso en cuestión, siempre que sean recogidas por una norma jurídica, o sea cuando constituyen la premisa mayor para la aplicación de consecuencias de derecho, por ejemplo, las precauciones que debe tomar el hospedador para que los bienes de sus huéspedes estén debidamente custodiados.²⁹

Por último, es conveniente señalar que únicamente es posible impugnar una resolución por la vía casacional con fundamento en la infracción de normas de derecho imperativo, pues las resoluciones en que el juez hubiera hecho uso de las facultades discrecionales que le concede la ley no son impugnables, a menos que se alegue la transgresión de los límites dentro de los que se debió haber ejercido dicha facultad. El derecho español dispone una restricción a la casación por la infracción de lo que se puede considerar como una norma de carácter general que rebasa los límites del orden jurídico vigente, ya que la jurisprudencia ha establecido la improcedencia de la casación fundada en la infracción de los principios del derecho, así como cuando se alegue que la resolución es contraria a la opinión de los jurisprudenciosos (sentencias del 29 de noviembre y del 17 de mayo de 1918).

b) *Segundo motivo: infracciones a la jurisdicción y a la competencia.* La infracción de las normas que regulan la jurisdicción y la competencia, en sentido positivo, cuando el órgano que consideró indebidamente tener facultades para conocer de un asunto, como en sentido negativo, cuando se abstuvo de conocer de un asunto que le competía, constituye un fundamento suficiente para interponer la casación.

Antes de continuar es conveniente recordar la distinción entre jurisdicción y competencia, ya que en principio los dos conceptos se refieren a la facultad de un órgano del Estado para pronunciarse sobre la formulación de una norma concreta. No obstante, existe una distinción entre el grado de abstracción de las facultades de un órgano del poder judicial; de esta forma, cuando se trata de las grandes divisiones que separan a las diversas materias en que se divide el derecho, por ejemplo, derecho civil, penal, administrativo, se habla de jurisdicción, pues se trata del nivel más abstracto y general de

²⁸ Cfr., *La prueba en el derecho consuetudinario*, en sus: *Estudios...*, cit., pp. 429-460.

²⁹ Cfr., Goldschmidt, *op. cit.*, p. 420; Schönke, *op. cit.*, p. 320.

las facultades de un órgano, en cambio, cuando nos referimos al territorio, a la cuantía, al grado o a cualquiera otra de las distinciones que se dan dentro del marco general de la jurisdicción y que definen las facultades de un órgano en una forma más específica, nos referimos a la competencia.

La infracción de las normas que regulan las facultades de un órgano con respecto de la jurisdicción y la competencia es considerada expresamente como motivo de casación en los tres órdenes jurídicos, pero siendo en Italia donde más hincapié se ha hecho en la distinción entre jurisdicción y competencia, es en este sistema en el que se regula con mayor amplitud la violación de las disposiciones relativas a la materia en cuestión.

En Italia procede la casación (por errores *in procedendo*) contra las violaciones en materia de jurisdicción y, específicamente, por la infracción de los artículos 41, 363, 374, 382 y 386 (véase artículo 360, fracción I), también se admite la casación por causas vinculadas directamente con la jurisdicción, cuando se intenta en contra de las sentencias de apelación o de grado único que pronuncian los jueces especiales (artículo 362, fracción I), siempre que se interponga dentro del término de 60 días (artículo 325).

Cuando se trata de conflictos positivos o negativos de jurisdicción, entre jueces especiales o entre éstos y los jueces ordinarios, no se señala ningún plazo perentorio (artículo 362, fracción I); en el mismo caso se encuentran los conflictos negativos entre un juez ordinario y la administración pública (artículo 362, fracción II). En los conflictos positivos de jurisdicción ambos órganos pretenden conocer de un mismo asunto, mientras que en conflicto negativo sucede lo contrario.

La regulación de la casación en materia de jurisdicción es tan amplia que, según Carnelutti, admite implícitamente la impugnación por exceso de poder, toda vez que por esto último se entienda el ejercicio de una facultad más allá de los límites que se establecen en el ámbito de la jurisdicción.³⁰ La casación por violación de las normas que regulan la competencia sólo se admite cuando no está prescrito el recurso específico a través del cual se efectúa el regulamiento de la competencia (artículo 360, fracción II).³¹

En España la L. E. C. admite la casación por violación de las normas que rigen la jurisdicción y la competencia, incluyendo al primer caso dentro de las infracciones a la ley o a la doctrina, y al segundo entre las relativas al quebrantamiento de forma, sin que parezca haber razón suficiente para establecer tal escisión. La casación por violación a las normas sobre la jurisdicción procede cuando hubiera habido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción (artículo 1693, fracción VI); Gómez Orbaneja y Herce

³⁰ Cfr., Carnelutti, *op. cit.*, t. II, p. 251.

³¹ Véase *supra*, la regulación de la competencia.

Quemada consideran que con esta disposición se propone evitar el fenómeno denominado exceso de poder, tanto en sentido positivo como en sentido negativo.³²

La jurisprudencia española ha insistido en precisar que la casación interpuesta con fundamento en los motivos a que se viene haciendo referencia, sólo procede en razón de la materia y no de los diversos grados dentro de una misma jurisdicción (sentencia del 28 de junio de 1973). La casación por violación a las disposiciones que rigen en materia de competencia procede únicamente en el caso de que no hubiera habido pronunciamiento alguno del Tribunal Supremo sobre este punto, y cuando no se trate de ninguno de los supuestos que permiten la interposición de la casación por violación a las normas que rigen la jurisdicción (artículo 1693, fracción VI).

c) *Tercer motivo: falta de personalidad.* La falta de personalidad se considera un error *in procedendo* y constituye un fundamento de la casación, se le regula expresamente en Alemania y España y comprende tanto la hipótesis de falta de personalidad del representante, como el caso en que no se hubiera ratificado expresamente o en forma tácita la gestión procesal del que no hubiera tenido representación (artículo 551, número 5, Z. P. O., y artículo 1693, fracción II, L. E. C.).

d) *Cuarto motivo: falta de publicidad y comunicación.* En Alemania procede la casación cuando en los debates que anteceden a la sentencia se hubieran infringido los preceptos sobre la publicidad (artículo 551, número 6, Z. P. O.). La Ley de Enjuiciamiento Civil considera la falta de emplazamiento de aquellos que debieron haber sido citados para el juicio como un motivo suficiente para fundamentar el recurso en cuestión. Este motivo sólo puede hacerse valer por el que ignoró el emplazamiento y, consecuentemente, no pudo haberse defendido en el juicio. Los recursos interpuestos por los deudores solidarios no prosperan cuando se hubiera notificado a uno de ellos, de manera que los recursos que sometan con fundamento en la falta de emplazamiento son rechazados (sentencia del 6 de julio de 1887). La falta de citación para alguna diligencia de prueba o para sentencia resolutive, en cualquier instancia, también constituye motivo suficiente para hacer procedente la casación (artículo 1693, fracción IV, L. E. C.).

e) *Quinto motivo: pruebas.* La Ley de Enjuiciamiento Civil regula expresamente la casación por errores cometidos en materia de pruebas. La comisión de un error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas se considera como un error *in iudicando*; tratándose del error de hecho, se exige

³² Cfr., *op. cit.*, p. 547.

que éste resulte evidente a partir de los documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del juzgador (artículo 1692, fracción VII, L. E. C.).

La jurisprudencia española proporciona un criterio de diferenciación entre los errores de hecho y los errores de derecho en materia probatoria: se incurre en un error de derecho si en la apreciación de las pruebas no se les concedió el valor que la ley les atribuye (sentencia del 5 de julio de 1962). Sin embargo, Gómez Orbaneja y Herce Quemada consideran que la distinción entre error de hecho y error de derecho no es tajante, debido a que en todo caso el examen de hecho se resuelve en examen de derecho, desde el momento en que se debe apreciar en qué condiciones y respecto de qué extremos hace prueba el juicio.³³

El error de hecho resulta de documentos o actos auténticos que demuestren por sí mismos la realidad del hecho que se pretende demostrar, en oposición con el que reconoció el tribunal *a quo* (sentencia del 1º de julio de 1963). Se consideran como documentos auténticos los que hacen prueba por sí mismos; no se le otorga tal carácter a la confesión judicial, tampoco se consideran documentos auténticos los que son impugnados en el pleito (sentencias del 2 de abril de 1948 y del 26 de octubre de 1956). Por último, resulta conveniente señalar que la jurisprudencia española no permite la posibilidad de desarticular la apreciación conjunta de las pruebas; así, cuando las pruebas se hubieran apreciado en conjunto, no se puede impugnar por separado la apreciación de ningún aspecto en particular (sentencias del 18 de octubre de 1954 y del 30 de noviembre de 1957). A fin de evitar abusos, sólo se admite la apreciación conjunta cuando las circunstancias lo permiten. Por lo que si alguna prueba contradice a las demás, de manera que no sea posible conciliarlas, no procede la apreciación conjunta de las pruebas. Tampoco es posible la apreciación conjunta parcial, que tiende a la apreciación conjunta de parte de las pruebas, y que no tiene otra función que la de proteger al tribunal haciendo más difícil la impugnación.

f) *Sexto motivo: constitución irregular del juzgador.* Cuando el tribunal no se constituye conforme a derecho, se presume, sin más, que hubo un error *in procedendo* que trascendió al resultado del fallo, no siendo necesario probar el nexo de causalidad. Tanto la legislación alemana como la española consideran expresamente a la constitución irregular del juzgador como un motivo de casación, no así la legislación italiana, sin que esto implique, necesariamente, su exclusión como motivo del recurso en cuestión, pues en todo caso, al alegarla habrá de demostrarse el vínculo de causalidad entre la constitución defectuosa y el resultado del fallo.

La constitución irregular del órgano jurisdiccional, la participación en la

³³ Cfr., *ibidem*.

decisión del caso de algún juez que hubiera sido recusado exitosamente, así como la desestimación infundada de la recusación son supuestos que fundamentan la interposición del recurso de casación (artículo 551, números 1, 2, y 3, Z. P. O., y artículo 1693, fracciones I y VIII, L. E. C.).

g) *Séptimo motivo: fallos irregulares.* La motivación insuficiente o contradictoria del fallo permite la interposición de la casación, sin que sea necesario demostrar la existencia del vínculo de causalidad. La mera omisión de la fundamentación constituye un error *in procedendo*, mientras que la fundamentación errónea o deficiente constituye un error *in iudicando*.³⁴ Carnelutti señala que entre los prácticos, algunas veces se presenta el equívoco o deliberadamente se abusa de la confusión entre falta de razones y falta de buenas razones.³⁵

El derecho alemán incluye la falta de motivación como un error que fundamenta la casación, por lo que tampoco en este caso existe la necesidad de demostrar el vínculo causal con el resultado del fallo, ya que existe la presunción legal de su trascendencia al resultado del fallo (artículo 551, número 1, Z. P. O.). Sin embargo, la motivación insuficiente o contradictoria puede requerir la demostración de su trascendencia.

En Italia se regula expresamente la omisión de la motivación del fallo o su insuficiente o contradictoria motivación, por lo que no se requiere la demostración de su trascendencia al resultado del fallo, pero en todo caso, para los efectos de estimar el recurso, deberá probarse que afectó a algún punto decisivo de la controversia. El error en la motivación se puede hacer valer de oficio o a instancia de parte (artículo 360, fracción V, C. P. C.).

La Ley de Enjuiciamiento Civil se ocupa con mayor detenimiento de los errores del fallo que pueden fundamentar la casación. La segunda fracción del artículo 1692 se refiere a la incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por ejemplo, la jurisprudencia considera que existe incongruencia cuando la parte solicita que se decida sobre la propiedad de un aprovechamiento y el tribunal resuelve sobre la forma de emplear el aprovechamiento, en cambio no se considera incongruente la sentencia que incluye declaraciones sobre los extremos conectados implícitamente, por consecuencia lógica o por ser una cuestión accesoria, en tanto no se afecta a la cuestión principal (sentencias del 17 de noviembre de 1964 y del 4 de diciembre de 1964).

La tercera fracción del artículo antes mencionado contiene la hipótesis de la llamada *plus petitio*, que se presenta cuando el fallo otorga más de lo que se hubiera pedido, así como cuando contenga declaraciones sobre alguna

³⁴ Cfr., Redenti, *op. cit.*, p. 133.

³⁵ Carnelutti, *op. cit.*, t. II, p. 253.

pretensión que no hubiera sido oportunamente deducida en el litigio. Por último, la cuarta fracción se ocupa de los fallos con disposiciones contradictorias, como puede ser, por ejemplo, la contradicción que sea de tal manera patente que incluso dificulte la ejecución del mismo. Para Gómez Orbaneja y Herce Quemada las fracciones antes mencionadas del artículo 1692 sancionan la infracción del principio dispositivo.³⁶

h) *Octavo motivo: contradicción de la cosa juzgada.* La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone la casación de las sentencias cuyos puntos resolutorios sean contrarios a la cosa juzgada, siempre que esta excepción se hubiera alegado en el juicio (artículo 1692, fracción IV). La jurisprudencia ha completado la disposición anterior, señalando las condiciones para que proceda la casación. Primeramente, se exige que en la sentencia pasada bajo la autoridad de cosa juzgada se hubiera decidido sobre el fondo del negocio y que el recurrente considere que su contenido es contrario a lo decidido en la resolución que se impugna (sentencia del 1º de julio de 1944). Además, exige que entre la sentencia dotada con la fuerza de cosa juzgada y la resolución recurrida en casación exista una identidad de cosa, causa y personas (sentencia del 21 de diciembre de 1952; en realidad, esta sentencia no hace más que reiterar el contenido del artículo 1252 del Código Civil, que establece los límites de la cosa juzgada).

2. *Depósito previo.* El propósito de la casación, como recurso extraordinario de nulidad, es básicamente diverso del de la apelación, cuyos beneficios se dirigen a un gran número de procesos, en cambio, la casación sólo debe proceder en casos verdaderamente extraordinarios, cuando el juzgador ha infringido alguna norma a través de su actividad como órgano judicial, por la aplicación errónea de la ley. El legislador ha tratado de evitar que los litigantes desnaturalicen la función de la casación, recurriendo a este medio impugnativo con propósitos exclusivamente dilatorios, la función que desempeñan los depósitos es precisamente la de disminuir las posibilidades de que se utilice la casación para los fines señalados, sancionando a los litigantes con la pérdida del depósito, cuando la demanda haya sido infundada.

El derecho alemán excluye al demandante de la obligación de depositar; únicamente cuando se le hubiera concedido el beneficio de la justicia gratuita o cuando se le haya eximido del pago de las costas, en todos los demás casos, los litigantes deben demostrar que han cumplido con el depósito de la cantidad que se fija, de lo contrario, una vez que haya transcurrido el plazo que para tales propósitos se fija, el recurso se tiene por no motivado en forma legal y se le desestima (artículo 554, último párrafo, Z. P. O.).

³⁶ Cfr., *op. cit.*, p. 547.

El Código Procesal Civil italiano determina exactamente las cantidades que se deben depositar, haciendo depender el monto de las mismas de la categoría del órgano que hubiera pronunciado la resolución recurrida (artículo 364) y establece el plazo para efectuar el depósito en la secretaría (artículo 369, fracción I). Al igual que en el derecho alemán, se excluye del pago del depósito a aquellos que gozan del beneficio de la justicia gratuita, pero además, la exención se extiende a los recursos casacionales que se interponen por motivos vinculados con la jurisdicción y la competencia, así como en los casos de casación en interés de la ley.

La Ley de Enjuiciamiento Civil toma como criterio para fijar la tasa del depósito previo dos factores; la cuantía del asunto y el tipo de casación, según se trate de infracción a la ley o de quebrantamiento de forma. Los que disfrutan del beneficio de la justicia gratuita se encuentran exentos del depósito previo. La exención del depósito se extiende a los casos de infracción a la ley en que la sentencia de segunda instancia difiere de la de primera instancia (artículo 1698), en este respecto, la jurisprudencia considera que existe inconformidad aun cuando la Audiencia no confirme todos los pronunciamientos del juzgado, no obstante que hubiera estado de acuerdo en lo esencial (sentencia del 6 de febrero de 1964). Finalmente, tampoco se requiere depósito en los recursos de casación que se dirigen contra las sentencias de los amigables compondores y contra las pronunciadas en jurisdicción voluntaria.

3. *Contrarrecurso y recurso incidental (casación por adhesión)*. En Alemania la casación por adhesión se regula en parte por el régimen de la apelación incidental, debido a que el artículo 556 remite a los artículos 521, 522, 553 y 554, que corresponden al capítulo de apelación. La casación por adhesión puede interponerse mientras no se haya cerrado el plazo que se concede para motivar la casación principal (artículo 556, número 1). No obstante, Rosenberg afirma que la motivación de la apelación incidental puede admitirse hasta en tanto no se declare cerrado el debate oral.³⁷

En Italia, una vez que el recurrido se persona en el juicio casacional, excluyendo la posibilidad de que se allane o transija, puede adoptar una conducta pasiva y reducirse a negar las afirmaciones del recurrente. En el derecho italiano se denomina resistente al sujeto que se encuentra en el caso anterior y tiene derecho a participar en el debate oral, si bien no puede presentar memorias (artículo 370, primera parte, C. P. C.). En segundo lugar, puede asumir una conducta más bien activa, pero siempre dentro de los límites del recurso principal. Esta última se logra mediante la interposición del contrarrecurso, cosa que autoriza al recurrido a presentar memorias, a opo-

³⁷ Cfr., Rosenberg, *op. cit.*, p. 417.

nerse a las pretensiones del recurrente y, en términos generales, le permite una actividad más dinámica de la que se autoriza al resistente.

El contrarrecurso se interpone mediante su notificación al recurrente, dentro del plazo de veinte días contados a partir del vencimiento del plazo para el depósito del recurso principal (artículo 370, C. P. C.). El artículo arriba mencionado dispone la aplicación de los artículos 365 y 366 para el contrarrecurso, ambos sobre los requisitos y condiciones del recurso principal. Se debe proceder al depósito del recurso en un plazo de veinte días contados a partir de su notificación al recurrente, los documentos que requiera el contrarrecurso deben depositarse junto con el poder especial del representante, cuando se hubiera otorgado por documento separado.

La forma y tiempo de interposición del recurso incidental se encuentran regulados por las disposiciones del contrarrecurso por orden expresa del artículo 371 C. P. C., con excepción de los recursos que incidentalmente propongan aquellos que son llamados a integrar el contradictorio, de acuerdo con lo previsto por los artículos 331 y 332 del mismo ordenamiento, en cuyo caso el plazo para notificar la interposición es de cuarenta días.

A diferencia del contrarrecurso, para el recurso incidental rigen los artículos 364, sobre depósito para el caso de ser derrotado en la instancia, y 369, que contiene la enumeración de los documentos que se requieren en el depósito del recurso principal.

La última conducta posible del recurrido consiste en no únicamente contradecir u oponerse a las pretensiones del recurrente, sino, a su vez, plantear pretensiones diversas a las contenidas en el recurso principal, no sólo porque en las primeras se impugnen extremos de la sentencia que no se impugnaban en la segunda, sino incluso porque se impugnen otras resoluciones diversas de las que fueron objeto de impugnación por el recurso principal.

4. *Casación per saltum*. La casación *per saltum* es una figura jurídica originada en el derecho alemán, donde se introdujo a través de la Novela de 13 de febrero de 1924; su función consiste en permitir la impugnación en casación de las sentencias de primera instancia (de los juzgados regionales) directamente ante el Tribunal Supremo, saltando por encima del procedimiento de segunda instancia (que se sustancia ante los tribunales superiores), cuando en virtud de tratarse de motivos de que se conoce especialmente y en forma definitiva en casación, la instancia de apelación podría resultar superflua.

La casación *per saltum* sólo procede cuando se trata de impugnaciones fundadas en cuestiones de derecho, principalmente por infracción a la ley y siempre que se trate de errores *in iudicando*. Además, las partes deben convenir en llevar el litigio directamente a la casación, salvando la segunda instancia. El convenio por el que las partes acuerdan recurrir a la casación

per saltum debe acompañar al escrito por medio del cual se interponga el recurso.

De entre los sistemas objeto de estudio únicamente el derecho español no ha adoptado la casación *per saltum*. Posiblemente no se le haya incorporado en otros sistemas jurídicos por no coincidir con el concepto que se ha formado de la casación, ya que ciertamente resulta difícil conciliarla con la idea de que la casación es por antonomasia una tercera instancia, sin embargo, quizá en el futuro se extienda esta institución a otros ordenamientos, a medida que el criterio práctico cobre relevancia frente a las ideas preconcebidas que se mantienen merced al rigor de la tradición.

5. *Nuevas cuestiones*. La aceptación de nuevas cuestiones en casación es excepcional, a diferencia del procedimiento de segunda instancia, donde su planteamiento no reviste un carácter extraordinario. Los supuestos en que procede el planteamiento de nuevas cuestiones se reduce a sólo cuatro casos de los que dos son comunes tanto al ordenamiento alemán como al italiano. El primero se refiere al ofrecimiento de pruebas en relación con la nulidad de la sentencia impugnada, por la falta de algún presupuesto procesal.³⁸ En Italia, las pruebas sobre la nulidad de la sentencia deben entregarse al tiempo de realizar el depósito del recurso (artículo 369, C. P. C.). También se acepta el planteamiento de nuevas cuestiones cuando se vinculan con la procedencia del recurso, como en el caso de infracciones al procedimiento, o de hechos que afecten al mismo en forma definitiva, por ejemplo, la renuncia de la acción y la renuncia de la instancia de casación (artículos 584, fracción I; 590, fracción III, y 580, fracción IV, Z. P. O., y artículo 372, C. P. C.).

Por último, el derecho alemán contempla dos posibilidades adicionales, cuando las nuevas cuestiones sirviesen para fundar o rechazar la pretensión de indemnización que se plantea en la instancia de casación, de acuerdo con los artículos 302, fracción IV; 600, fracción II, y 707, fracciones II y III. Además, según Rosenberg, en el procedimiento casacional se permite el ofrecimiento de pruebas sobre el derecho extranjero y el derecho consuetudinario.³⁹

6. *Reenvío*. En la casación resulta claramente perceptible la diferencia entre el *iudicium rescidens* y el *iudicium rescissorium*, en particular por lo que se refiere a los sistemas jurídicos de Alemania e Italia, donde el reenvío se presenta como regla y la decisión en sede de casación como excepción.

En el derecho procesal alemán únicamente se decide el juicio en sede

³⁸ Cfr., *idem*, p. 423.

³⁹ Cfr., *ibidem*.

de casación cuando la causa se encuentra en condiciones de ser fallada, por tratarse de cuestiones vinculadas exclusivamente con subsunción o interpretación de normas y, habiendo sido probados convenientemente los hechos en las instancias anteriores del litigio, no sea necesaria ninguna diligencia que tenga por objeto el examen de cuestiones de hecho; tampoco se efectúa el reenvío cuando se trata de aquellos casos en que se hubiera declarado inadmisibile la vía judicial. Sin embargo, fuera de los casos anteriores, el reenvío no se considera obligatorio, merced a que el artículo 564 de la Z. P. O., donde se regulaba, ha sido derogado.

En Italia, se efectúa el reenvío siempre que la ley no disponga lo contrario. La Corte decide el juicio en sede de casación cuando se trata de cuestiones vinculadas con la jurisdicción y la competencia, estatuyendo en la resolución sobre dichas materias y designando al tribunal que estime competente; tampoco se efectúa el reenvío cuando el tribunal estime que su realización es imposible (artículo 382).

El reenvío se realiza generalmente a un órgano del mismo nivel al que correspondía el órgano cuya resolución fue impugnada, salvo que se trate de casación *per saltum*, en cuyo caso se adoptan sistemas diversos. El derecho alemán envía el juicio al tribunal de primera instancia, para que sea éste el que lleve a cabo el *iudicium rescissorium*; mientras que en Italia se efectúa por el tribunal de segunda instancia que debió haber conocido el juicio. No obstante, el mismo ordenamiento italiano prevé un caso excepcional de reenvío a un tribunal de primera instancia, en los casos en que la Corte encuentre que la relación procesal se vio afectada por una nulidad proveniente de la primera instancia y en virtud de la cual el órgano de segunda instancia debió haber remitido el juicio al juez de primera instancia (artículo 383, C. P. C.).

Con el objeto de asegurar la observancia por parte del tribunal de reenvío de los principios de derecho establecidos por la Corte, el juez queda vinculado por el criterio del tribunal casacional. El derecho alemán dispone expresamente la vinculación del tribunal de reenvío (artículo 562, fracción II), excepto que se hubieran planteado nuevos hechos, en cuyo caso el tribunal de reenvío podría diferir del criterio de su superior, tomando en cuenta las variantes que incorporen los nuevos hechos.

En Italia, el juez de reenvío queda vinculado por la decisión de la Corte cuando la casación se hubiera interpuesto por falsa interpretación o aplicación del derecho. El artículo 384 dispone que la Corte al sentenciar, formule los principios de derecho cuya observancia sea obligatoria para el reenvío. También queda vinculado el órgano de reenvío por las cuestiones dilucidadas en casación, de modo que no cabe la alegación de nuevos hechos o pruebas, a menos que de la sentencia de casación se desprendiera la

necesidad de llevarlas a cabo (artículo 394, tercera parte, C. P. C.). Con el propósito de asegurar que el juez de reenvío se mantenga dentro de los límites fijados por lo decidido en la sentencia casacional, se hace posible la reiteración del recurso de casación contra las sentencias de reenvío.⁴⁰

Al reenvío se aplican las disposiciones que normalmente rigen las actuaciones del órgano al que la causa es reenviada. El juicio de reenvío debe iniciarse dentro de un año contado a partir de la fecha en que fue publicada la sentencia de casación, de lo contrario, caduca el juicio en todas sus instancias (artículos 392 y 393, C. P. C.).

Sin embargo, si el juicio se restablece mediante interposición de una nueva demanda, lo decidido en la sentencia de casación del primer juicio, a pesar de haber prescrito, deviene obligatorio nuevamente. Con respecto de la caducidad de todas las instancias, por efecto de la caducidad de una de ellas, se dice que esta inusitada consecuencia de la inactividad de las partes no es más que el resultado lógico de la indisoluble unidad de todas las fases y procedimientos que se pueden dar dentro de una misma relación jurídico-procesal. No obstante, más que una justificación es una muestra objetiva del grado en que puede ser nociva una especulación irresponsable, que en su afán de preciosismo olvida las repercusiones que pudieran presentarse en la práctica, pasando por alto que el derecho tiene como función resolver, o por lo menos simplificar los problemas que plantea la interrelación social, pero de ningún modo complicarlos todavía más.

En efecto, la desafortunada medida que se comenta, no sólo tiene el inconveniente de requerir una reiteración de un arduo y pesado trabajo llevado a cabo con anterioridad, sino que implica una nueva erogación, además de la pérdida económica sufrida en el primer litigio. Redenti señala que sobre ser una elaboración teórica confusa, provoca algunos problemas en la práctica, por ejemplo: a) cuando a pesar de haberse interpuesto en tiempo ante el tribunal de reenvío, la demanda fuera declarada nula posteriormente; b) cuando el proceso se hubiera bifurcado en dos procedimientos por haberse interpuesto la casación contra una sentencia interlocutoria, suponiendo que no se suspendiera la sustanciación del litigio en segunda instancia, y que en el juicio de reenvío de la interlocutoria impugnada se presentara alguna de las causas que provocan la extinción (la interposición fuera de tiempo o la inactividad procesal); c) finalmente, cuando la disposición que ordena la subsistencia de la sentencia casacional en el nuevo juicio sólo es aplicable en el caso de que el recurso se hubiera interpuesto con fundamento en el tercer inciso del artículo 360 (por falsa interpretación o aplicación

⁴⁰ Cfr., Redenti, *op. cit.*, p. 168.

de las normas jurídicas), pues resulta obvio que tanto los errores *in procedendo*, como la interposición de la demanda ante un tribunal que no era competente o no tenía jurisdicción pueden no repetirse en el nuevo juicio.⁴¹

⁴¹ Cfr., *ibidem*.