



**UNIVERSIDAD NACIONAL
FEDERICO VILLARREAL**

**Vicerrectorado de
INVESTIGACION**

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO
**“ALCANCES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL EN EL PERÚ.
ACTUALIDAD Y FUTURO”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE:
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

AUTOR

TOHALINO ALEMAN VICTOR MANUEL

ASESOR:

DR. CRISTIAN GUILLERMO ANGELUDIS TOMASSINI

JURADO:

DR. JOSE JAUREGUI MONTERO

DR. GASTÓN QUEVEDO PEREYRA

DR, PEDRO ANTONIO MARTÍNEZ LETONA

LIMA - PERU

2019

DEDICATORIA

Este trabajo es en honor a toda mi familia, que gracias a su constante apoyo, estoy cumpliendo mis metas.

RESUMEN

Aplicando un método dogmático y funcional, se analiza si los objetivos tradicionales del recurso de casación civil (nomofilaquia, unificación de la jurisprudencia y dikelógico) deben ser replanteados dentro de un estado constitucional de derecho, trasladando esa discusión al modelo peruano.

En ese sentido, se revisan las principales modificaciones hechas al recurso de casación civil peruano el año 2009, determinando si han sido pertinentes a los fines que debe tener dicho recurso en el modelo constitucional actual. Proponemos, además, las modificaciones necesarias para una real mejora del recurso.

Se concluye, también, que una reforma aislada del recurso de casación es inútil si no es acompañada de una reforma que redefina las funciones de la Corte Suprema nacional.

Para ello, se revisan no sólo los antecedentes del recurso de casación en el Perú, sino en el derecho francés de donde se originó, creado como consecuencia de un contexto histórico y político muy diferente a lo tiempos y necesidades actuales.

PALABRAS CLAVE: Casación, evolución del recurso de casación, Corte Suprema, nomofilaquia, unificación de la jurisprudencia – fin dikelógico

ABSTRACT

Applying a dogmatic and functional method, it is analyzed if the traditional objectives of the civil appeal (nomofilaquia, unification of the jurisprudence and dikelógico) must be reconsidered within a constitutional state of law, transferring that discussion to the Peruvian model.

In this regard, the main modifications made to the Peruvian civil appeal in 2009 are reviewed, determining if they have been relevant to the purposes that this resource must have in the current constitutional model. We also propose the necessary modifications for a real improvement of the resource.

It is also concluded that an isolated reform of the appeal is useless if it is not accompanied by a reform that redefines the functions of the national Supreme Court.

To do this, not only the antecedents of the cassation appeal in Peru are reviewed, but in the French law from which it originated, created as a result of a historical and political context very different from the current times and needs.

KEY WORDS: Cassation, evolution of the cassation appeal, Supreme Court, nomofilaquia, unification of jurisprudence - dikelógico end

INDICE

DEDICATORIA	ii
ABSTRACT	iv
INTRODUCCIÓN	vii
CAPITULO I	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Antecedentes	1
1.2. Descripción y formulación del problema	3
1.3. Objetivos	6
1.4. Justificación e importancia	7
1.5. Limitaciones de la investigación	9
CAPÍTULO II	11
MARCO TEÓRICO	11
2.1 Bases teóricas	11
2.2. Marco conceptual.	16
2.3 HIPÓTESIS	17
2.4. Variables e Indicadores	18
CAPÍTULO III	20

METODOLOGÍA	20
3.1 Tipo de la investigación	20
3.2Diseño de investigación.	23
CAPITULO IV	26
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	26
4.1 CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	26
4.2 EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ	72
CAPITULO V	102
5.1 CONCLUSIONES	102
5.2 RECOMENDACIONES	108
CAPITULO VI	110
BIBLIOGRAFIA	110
CAPITULO VII	116
ANEXOS: ANEXO 1 MATRIZ DE CONCISTENCIA	116

INTRODUCCIÓN

En el mundo del derecho pueden existir pocas instituciones cuya solemnidad o naturaleza extraordinaria se tienen por ciertas y sus beneficios por sentados, una de ellas es el recurso de casación.

Una institución jurídica cuya doctrina ha sido tan sólida desde sus orígenes en el derecho francés, y sus bondades, como el resguardo por la aplicación de la ley, la uniformidad de la jurisprudencia y el logro de la justicia del caso concreto, estamos seguros que muchos tenían por sentado lo establecido en dicho recurso.

La realidad, nuevamente, que es la que nos lleva a ver cómo funcionan en la realidad las instituciones cuya solidez doctrinaria se materializaba en las aulas universitarias. Y es precisamente la realidad la que nos ha llevado a comprender que el recurso de casación podía –y debía- estar sujeto a crítica para su reorganización o-incluso- a su desaparición.

En efecto, la exagerada dilación de los procesos judiciales, la sobre carga procesal de nuestra Corte Suprema, han terminado por desmoronar la solidez doctrinaria del recurso, sea por una mala regulación del mismo –combinación del *ius litigatoris* con el *ius constitutionis*, como se verá-, la mala praxis de muchos litigantes, la propia aplicación de nuestros jueces, en fin, la propia naturaleza del aplicador del derecho nacional, acentuado por años de una tradición jurídica que alienta el litigio y la consideración de la Corte Suprema como una tercera instancia.

Luego del presente trabajo estamos conscientes que ninguna institución jurídica está aislada, sino siempre interconectada con muchas otras. En este caso, si deseamos una

reforma efectiva del recurso de casación, es necesario que vaya de la mano con otra, cual es la de la Corte Suprema nacional.

El presente trabajo no es definitivo, pero sí busca poner la ruta del debate: hacia dónde se debe orientar la reforma del recurso de casación y de la Corte Suprema, que es lo que falta modificar y en qué se ha avanzado.

El primer capítulo busca definir los términos del trabajo, una serie de conceptos que nos ayudarán a entender determinadas instituciones jurídicas como los medios impugnatorios. Con ello, el origen de la casación en el derecho francés.

En el segundo capítulo ya vemos la finalidad del recurso de casación y las dificultades contemporáneas, con un amplio debate sobre los temas más álgidos. Nuestra posición es por mantener el recurso de casación, pero con determinados criterios que sólo redundaran en la mejora de la administración de justicia.

El tercer capítulo entra a analizar el caso peruano, los antecedentes constitucionales y legislativos, la regulación del recurso de casación la reforma del año 2009 y las reformas aún ausentes.

Reiteramos, el presente trabajo no es definitivo, después del mismo nacen más preguntas que respuestas, pero sí consientes de hacia dónde debe ir una reforma profunda, sus objetivos y sus primeros pasos.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Antecedentes

Tradicionalmente se nos ha enseñado en las aulas universitarias que el recurso de casación tiene 3 funciones: la nomofilaquia (determinar la correcta interpretación de la ley), la unificación de la jurisprudencia y la dikelógica (buscar la justicia del caso concreto) (HURTADO REYES , 2012, págs. , IDEMSA, 2012, p. 112, 113 y 117). Así ha sido plasmado inclusive en nuestra legislación, conforme a lo establecido en el Código Procesal Civil, en su Artículo N° 384, el cual determina que *“El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.”*¹

Si bien sólo se observan dos funciones, tenemos que de una interpretación sistemática con el texto original del artículo 396, inciso 1 mediante el cual se puede reconocer el fin dikelógico, conforme a lo establecido en el artículo 396 del CODIGO PROCESAL CIVIL, en concordancia con el Artículo 386.

El reconocimiento de las tres finalidades también se reconoce luego de la modificación de toda la regulación del recurso de casación por la ley 29364 del año 2009. Veamos el nuevo texto del artículo 384, del mismo cuerpo normativo, en el cual nos indica *“El recurso de*

¹ Código Procesal Civil de 1993, artículo N° 384; Fines de la casación.

casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.”²

Así pues, la doctrina nacional y la legislación concordaron durante mucho tiempo en la necesidad del reconocimiento de las tres finalidades, las mismas que daban al recurso de casación la caracterización de extraordinario y monopolio competencial de la Corte Suprema.

Sin embargo, era fácil notar que la característica extraordinaria del recurso de casación, no se plasmaba en la realidad de cada proceso judicial, pues bastaba ver no sólo el hacinamiento de expedientes en las salas supremas, sino los reportes sobre la excesiva carga procesal de éstas, situación que las convertía en una instancia más, utilizando muchos litigantes este recurso supuestamente extraordinario con puros fines dilatorios. Además, la pretendida unificación de la jurisprudencia evidentemente no se cumplía, y sobre ello nos podemos remitir a la publicación masiva y desarticulada de ejecutorias supremas en El Peruano, muchas veces contradictorias entre sí.

Sobre este último hecho, además, tenemos que en su momento novedoso artículo 400 del CPC, sumillado como doctrina jurisprudencial, sólo pudo dar a luz un solo precedente poco antes de los 10 años de vigencia de dicha disposición.

Era evidente pues, que algo no funcionaba con el recurso de casación civil, habida cuenta sus importantes finalidades para el sistema jurídico.

Dados estos hechos, es que nace el impulso de investigar sobre la necesidad –o no- de una reforma o, incluso, la desaparición del recurso de casación. Una vez iniciada ésta, lo que llamó la atención fue la preocupación a nivel legislativo por una pronta reforma, dada la

² Código Procesal Civil DE 1993, artículo N° 384; Fines de la casación.

cantidad de proyectos de ley de todas las bancadas políticas, sin que pueda plasmarse en una modificación del recurso de casación hasta el año 2009.

¿Era necesaria la reforma del recurso de casación civil?, ¿cuáles deberían ser los alcances de ésta? y dada la reforma del año 2009 ¿fue exitosa o era necesario mayores o mejores modificaciones?, éstas eran algunas de las preguntas preliminares. El tema tenía una absoluta relevancia, ya que podía influir notablemente en la duración de los procesos y en el desarrollo de una jurisprudencia sólida y realmente unificadora de criterios, convirtiendo a la Corte Suprema en un verdadero órgano de gobierno del Poder Judicial y en la instancia capaz de establecer las directrices jurisprudenciales, en lugar de estar sumida en un mar de expedientes que no le permitían desarrollar las importantes funciones que debe tener una Corte Suprema.

1.2. Descripción y formulación del problema

1.2.1. Descripción del Problema

Como sostiene RAMOS NÚÑEZ, el problema en una tesis *“es el núcleo central de la investigación”* (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 121). El problema es definido por el mismo autor como la *“(…) dificultad producto de una reflexión madura que no puede resolverse automáticamente, con la sola acción de nuestros reflejos (...) o mediante los recursos que hemos aprendido anteriormente sobre un acto, institución o asunto jurídico.”* (RAMOS NÚÑEZ, 2000)

Por otro lado, MARCIAL RUBIO sostiene que, ante una investigación, existe un problema principal y problemas accesorios. Mientras el primero resuelve el caso planteado, los segundos contribuyen a resolver el primero. (RUBIO CORREA, 2009, pág. 331) Dice, además: “Los problemas deben ser formulados clara y distintamente

(...) y analizados hasta sus unidades de problema más elementales” (RUBIO CORREA, 2009)

En este sentido, siguiendo a MARCIAL RUBIO, el problema lo dividiremos en problema principal y en problemas específicos

Además, como sostiene RAMOS NÚÑEZ plantear el problema de tesis supone tres elementos relacionados entre sí: los objetivos, las preguntas y la justificación. (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 123). Pues bien, como quiera que lo relacionado a objetivos y justificación de la tesis, forman parte de acápites posteriores, presentaremos el problema en forma de pregunta.

Nos parece importante formular los problemas en forma de preguntas en tanto y en cuanto, como sostiene WITKER y LARIOS:

“El arte de formular preguntas y de probar respuestas es la esencia del método científico, y por tanto, es cualquier cosa menos un conjunto de recetas que puedan llegar a sustituir el trabajo creativo de las mentes hechas para la ciencia.” (WITKER & LARIOS, 1997, pág. 122)

1.2.2. formulación del Problema

Problema General

- ¿Cuáles deben ser las características del recurso de casación civil peruano dentro de un estado de derecho constitucional?

Problemas Específicos

- Las funciones de nomofilaquia, uniformización del derecho y dikelógica, ¿nacieron junto con el recurso de casación? ¿qué se debe entender por cada una de dichas funciones?
 - En todo caso, ¿cuáles eran las funciones de la casación en el momento de su creación? ¿cómo se incorporaron posteriormente las otras funciones?
- El recurso de casación fue creado en el siglo XVIII, ¿responde a las necesidades del siglo XXI?
- ¿Qué modelo de estado estaba vigente en el siglo XVIII? ¿Cuáles son las características del estado del siglo XXI?, específicamente ¿cuáles son las características del estado de derecho constitucional?
 - ¿Qué se debe entender por *ius constitutionis* y *ius litigatoris* en relación con las funciones del recurso de casación? ¿deben tener, o no, alguna primacía en un recurso de casación que responda a los retos de un estado de derecho constitucional?
 - Ahora bien, aplicando lo anterior, ¿cómo se reconoció el recurso de casación en el Perú?
 - ¿Cuáles fueron sus antecedentes en el Perú, si los tuvo?
 - ¿Cuál fue el marco legislativo y constitucional originales del recurso de casación civil en el CPC de 1994?
 - ¿Cuáles fueron los objetivos y características de la reforma de la ley 29364 del año 2009?

- Dadas las modificaciones introducidas el año 2009 al modelo de casación civil peruano ¿han cumplido su finalidad o son necesarias nuevas modificaciones?
- ¿Qué tipos de modificaciones son necesarias?

1.3. Objetivos

1.3.1 Objetivo General

- Determinar qué modificaciones legislativas son necesarias para que el recurso de casación civil peruano cumpla con las finalidades acordes a un estado constitucional de derecho.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Determinar las características de los medios impugnatorios, para luego determinar cuáles son aplicables a un recurso de casación.
- Determinar el origen histórico del recurso de casación y analizar el contexto histórico –político, social y jurídico- en el que se generó.
- Analizar las funciones del recurso de casación - nomofilaquia, uniformización del derecho y dikelógica. Sus contenidos y el momento en que se generaron.
- Determinar cuáles son los retos a los que debe responder el recurso de casación ahora en el siglo XXI, teniendo en cuenta que fue creado en el siglo XVIII.
- Determinar las características del estado de derecho constitucional, a fin de determinar cuáles son los retos que debe lograr el recurso de casación.

- Analizar y determinar los conceptos de *ius constitutionis* y *ius litigatoris* en relación con las funciones del recurso de casación.
- Determinar si dichos conceptos pueden dentro de un estado constitucional de derecho convivir en un modelo de recurso de casación o son excluyentes.
- Trasladar el debate doctrinario anterior a nuestro modelo de recurso de casación civil.
- Determinar los antecedentes del recurso de casación en el Perú.
- Determinar el marco legal del recurso de casación en las Constituciones de 1979, 1993 y en el CPC de 1993.
- Determinar si la reforma de la ley 29364 del año 2009 ha sido exitosa y ha cumplido con sus metas.
- Determinar si son necesarias nuevas modificaciones y cuáles son éstas.
- Determinar si las modificaciones introducidas en el año 2009 han cumplido con su finalidad o son necesarias nuevas modificaciones.
- Determinar qué tipos de modificaciones son necesarias

1.4. Justificación e importancia

1.4.1. Justificación

La justificación está dada por las razones que le dan importancia a la investigación.

Responde a la pregunta de ¿para qué? Se hace la tesis (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 126)

Sobre ello, tenemos las siguientes razones:

1. Las finalidades del recurso de casación lo convierten en una necesidad en nuestro sistema legal. En efecto, la función nomofiláctica (dar la interpretación correcta de la ley), la uniformización de la jurisprudencia y la justicia del caso concreto (función dikelógica), son características que confieren previsibilidad y flexibilidad al derecho las que, a su vez, son elementos necesarios en todo sistema jurídico.

Como se puede concluir, la previsibilidad está relacionada a la seguridad jurídica, de este modo, todos los operadores jurídicos pueden saber –más o menos- cómo serán solucionadas sus pretensiones jurídicas una vez sean planteadas en el Poder Judicial, lo que les servirá para tomar mejores decisiones en sus controversias.

Por otro lado, la flexibilidad, de a un sistema jurídico la capacidad de adaptarse a situaciones nuevas. En este sentido, la jurisprudencia –antes que la ley- es la más apta para responder a esas nuevas situaciones, en la medida que resuelven el caso concreto mucho más rápido que una ley, la cual necesita de un procedimiento político y formal para poder adaptarse.

2. La mejora del recurso de casación implica necesariamente la mejora de la Corte Suprema peruana, hoy sumida en una sobre carga procesal y un excesivo trabajo que impide la mejor realización de las altas funciones a las que esta llamada: gobierno del Poder Judicial y determinar los grandes lineamientos jurídicos nacionales.
3. El recurso de casación es actualmente utilizado, por muchos litigantes, como una tercera instancia más, es decir, con fines puramente dilatorios, con la consecuencia

de la sobrecarga procesal de la Corte Suprema y la excesiva demora de los procesos judiciales, lo cual ocasiona un perjuicio al derecho a una tutela procesal efectiva.

4. En suma, una adecuada regulación del recurso de casación beneficiaría al sistema nacional de justicia: la actuación del Poder Judicial y a los litigantes.

1.5. Limitaciones de la investigación

Al momento de revisar la presente tesis, se deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. La investigación se desarrolló en torno al recurso de casación en materia civil, por tanto, se excluye el recurso de casación regulado en el Perú en las otras áreas del derecho.
2. Se trata de un análisis de la legislación peruana, esencialmente, por lo que la investigación no se puede decir que es de derecho comparado, a pesar que se toma en cuenta las regulaciones sobre el recurso de casación en Italia y España.
3. Dado que se trata principalmente de un análisis del recurso de casación civil en el Perú, sólo se ha hecho uso de bibliografía en idioma castellano.
4. A pesar que se expone sobre los orígenes del recurso de casación en Francia, se ha trabajado con bibliografía publicada en el siglo XX y XXI. Si bien hay citación de fuentes del siglo XVIII, ellas se hacen de modo indirecto, es decir, en la medida que son citadas por la bibliografía consultada.
5. Como se especificará más adelante, el método de trabajo de nuestra tesis es primordialmente de naturaleza dogmática y funcional, y, en menor intensidad, exegética, por lo que no hay uso de encuestas ni de trabajos de campo.

1.5.1. Alcances.

- Se hace una revisión y análisis detallado de los conceptos involucrados en la teoría de los medios impugnatorios.
- Se analiza las circunstancias históricas que motivaron la génesis del recurso de casación en el derecho francés.
- Se analiza si el modelo del recurso de casación funciona o no dentro de un modelo de estado de derecho constitucional. Para lo cual se analizan las características de este modelo.
- Se analizan las funciones que tradicionalmente se asignan al al recurso de casación.
- Se analizan los antecedentes del recurso de casación en el Perú.
- Se analiza el modelo de la casación en el CPC antes y después de la modificación del año 2009.
- La tesis pretende ser específica en las necesidades normativas que deben ser modificadas en el marco legal actual del recurso de casación en el CPC.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Bases teóricas

Sobre el marco teórico, RAMOS NÚÑEZ sostiene, de una manera breve y clara, que se trata “*la teoría que se dispone sobre el tema*. (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 135). Su calidad se mide a través de la actualidad y calidad de las fuentes de información que se consulta.

De manera más detallada, se puede decir que el marco teórico:

“comprende una mirada alrededor para conocer que antecedentes públicos o privados, escritos o acciones se han concretado en torno al problema de estudio. Este paso le servirá al autor para situarse y ver lo más claro posible dónde se inserta y encaja s investigación. Es imprescindible para iluminar su trabajo. Le da una perspectiva más amplia y le permite seleccionar la teoría o teorías adecuadas para fundamentar el estudio del problema y su manejo metodológico. Es necesario cuidar que la presentación de estas fuentes de consulta esté ordenada, esto es, con referencias claras y precisas.”
(CABREJOS DÍAZ, 2014)

Bajo estas pautas, procederemos a elaborar el marco teórico.

2.1.1. Teorías generales relacionadas con el tema.

El recurso de casación civil en el Perú nunca ha estado exento de críticas y propuestas de modificación, y es que al tratarse de una institución creada en la Francia revolucionaria del siglo XVIII, se ha visto en la necesidad de adaptarse a los cambios históricos sucedidos hasta nuestros días.

Pero para entrar a entender la institución jurídica del recurso de casación, es necesario tener algunos conceptos claro, sobre todo relacionados a la teoría de los medios impugnatorios, sus clases, sus características y sus efectos. Sobre ello, se consulta esencialmente a Eugenia ARIANO DEHO (*Impugnaciones procesales*, Lima, Instituto Pacífico, 2015).

Sobre las nociones generales del recurso de casación civil (historia, evolución y funciones), tenemos el texto elaborado por Martín HURTADO REYES (*La casación civil*, Lima, IDEMSA, 2012), se trata de un trabajo muy completo sobre todos los alcances o instituciones involucrados cuando un investigador quiere aproximarse al estudio del recurso de casación.

Sobre la crisis del recurso de casación, que habiendo nacido bajo los cánones del estado de derecho del siglo XVIII (centralización del poder estatal, unificación normativa bajo el culto a la ley, división formal en tres poderes), debía adaptarse a los cambios de un estado de derecho constitucional concebido luego de la Segunda Guerra Mundial (pluralista, carga vinculante de la constitución como eje de toda la producción normativa, división de poderes pero con un gran protagonismo del Poder Judicial), un autor nacional es Carlos GLAVE MAVILA (*El Recurso de Casación en el Perú*, en: Derecho y Sociedad, Lima, No. 38, 2012), quien proporciona por una visión panorámica sobre ese tema.

Dicho texto nos refiere apuntes importantes sobre la necesidad de un recurso de casación que se adecúe a las exigencias de un estado de derecho constitucional. Sobre todo la importancia de una interpretación en defensa de los derechos fundamentales.

También tenemos artículos especializados sobre el tema de la casación a nivel de derecho comparado y en el derecho nacional en las Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución (*El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*, Lima, Palestra, 2015).

Allí podemos encontrar posiciones muy interesantes sobre la actualidad del recurso de casación y las modificaciones necesarias.

Del mismo modo, resultan especialmente relevantes los proyectos de ley presentados en el Congreso de la República por distintos partidos y movimiento políticos, con propuestas muy diversas para mejorar el recurso de casación en dos aspectos fundamentales:

- a. Eliminación de la utilización del recurso de casación como una tercera instancia ante la Corte Suprema.
- b. Fortalecimiento de la función de la unificación de la jurisprudencia por el recurso de casación.

B.2. Bases teóricas especializadas sobre el tema.

Sobre ello, se hará una revisión de los inicios de la investigación en cuanto a las principales teorías que defienden diversos aspectos del recurso de casación. Es decir, las posiciones que existen .o se han investigado- en torno a los temas controvertidos que se analizará dentro del recurso de casación.

Un primer extremo de debate es sobre cómo determinar la naturaleza del recurso de casación como recurso extraordinario o recurso ordinario.

Sobre este tema, la casi totalidad de la doctrina –junto con la legislación y la jurisprudencia- considera que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario. En la doctrina nacional, la autora Eugenia ARIANO DEHO sostiene, por el contrario, que el recurso de casación es uno ordinario, ciertamente amparada en doctrina extranjera que cita para apoyar su tesis.

Uno de los temas que abordaremos, será considerar si el recurso de casación es uno de naturaleza ordinaria o extraordinaria, lo que podría suponer replantear las clasificaciones sobre medios impugnatorios que se nos ha estado enseñando desde las aulas universitarias.

Los orígenes del recurso de casación actualmente no es un tema de debate, como lo fue hace muchos años –entre un origen francés o un origen romano-. La doctrina actual es unánime en reconocer el origen francés de la casación civil, no en los años de la Revolución Francesa, sino inclusive mucho antes de ella, durante el Antiguo Régimen.

Ciertamente la presente tesis no pretende un estudio del origen del recurso de casación. Más bien se reconoce su origen francés, pero lo que se aborda en detalle es cómo la Revolución la mantuvo y perfeccionó con la finalidad de demoler algunos rezagos del Antiguo Régimen y, también, como se sirvió de dicho recurso para cimentar y centralizar su poder.

El estudio de las finalidades del recurso de casación (nomofilaquia, unificadora y dikelógica) también será abordado en la presente tesis desde varios aspectos. En la bibliografía preliminar se puede observar un intenso debate al respecto (Martín HURTADO REYES, *La casación civil*, Lima, IDEMSA, 2012 y Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, *El rol de las Altas Cortes y el*

derecho a la impugnación, Lima, Palestra, 2015). Pues bien, las finalidades serán abordadas desde:

- a. Su origen histórico. Sobre ello no hay mucho debate en lo que respecta a la génesis de cada una de las finalidades del recurso.
- b. Su concepto y alcances. Sobre este tema tampoco hay mayores discusiones, la doctrina es uniforme en sus definiciones.
- c. Su importancia en la actualidad. Este tema, en cambio, es sujeto a un intenso debate en nuestros días.

En efecto, si bien legislativa y jurisprudencialmente se verá que se reconoce la vigencia e importancia de las tres finalidades, ello no se traslada fácilmente en el debate doctrinario.

En efecto, mucho aún se plantea en la vigencia de las tres finalidades. En cambio otro sector, que se va haciendo mayoritario en la doctrina, considera que la importancia debe ser actualmente la función unificadora y no la dikelógica, ni la nomofilaqta. Finalmente existe una tercera posición que plantea la eliminación de la función dikelógica y tan sólo mantener la función pública de la casación que agrupa la función de nomofilaquia y de unificación de la jurisprudencia. Es evidente que un objetivo de la presente tesis es adoptar una de las tres posiciones y argumentar ello.

Un siguiente punto será incorporar el debate de las finalidades del recurso de casación en el Perú, lo que ciertamente no es una novedad. Nuestro aporte se centra en definir qué tipo de modificaciones sí se hacen necesarias. En efecto, los aportes desde la doctrina y el

Congreso son de las más variadas, pero no todas son necesarias y no todas resultarán en cumplir los objetivos deseados.

Un punto de análisis será si las modificaciones introducidas al recurso de casación civil del CPC el año 2009 cumplen las finalidades esenciales para las que fueron aprobadas:

- Eliminar el mal uso que se hace del recurso de casación como una tercera instancia.
- Disminuir la sobrecarga procesal de la Corte Suprema.
- Utilizar al recurso de casación como un medio para la unificación de la jurisprudencia nacional.

2.2. Marco conceptual.

En este acápite se pretende indicar cuáles serán los conceptos centrales que nos permitirán avanzar en el trabajo de tesis. Dichos conceptos serán definidos en el trabajo y sólo señalaremos cuáles son:

- Medio impugnatorio.
- Recursos ordinarios y extraordinarios.
- Recursos propios e impropios.
- Recursos sustitutivos y rescindentes.
- Impugnaciones devolutivas y no devolutivas.
- Impugnaciones suspensivas y no suspensivas.
- Recurso de casación.
- Función de nomofilaquia
- Función unificadora
- Función dikelógica

- *Ius constitutionis y ius litigatoris*

2.3 HIPÓTESIS

Las hipótesis están referidas a los aspectos que serán examinados y que intentamos probar o descartar en la tesis, y que se traducirá en las conclusiones del trabajo (RAMOS NÚÑEZ, 2000, págs. 147-148)

Trabajaremos con las siguientes hipótesis:

1. Una modificación del recurso de casación en el Perú supone, para que sea eficiente, una modificación de las finalidades de la Corte Suprema.
2. El *ius constitutionis*, o finalidad pública del recurso de casación, debe presentarse como finalidad exclusiva del mismo. Por tanto, debe excluirse el *ius litigatoris* de una reforma del recurso de casación civil en el Perú.
3. El *ius constitutionis* supone una descarga del recurso de casación en la Corte Suprema. La sobre carga no permite el ejercicio de sus altas funciones.
4. Actualmente existen retos a los que debe responder el recurso de casación ahora en el siglo XXI, teniendo en cuenta que fue creado en el siglo XVIII.
5. Para potenciar la finalidad de unificación de la jurisprudencia se debe procurar una modificación del recurso de casación no sobre la base de aspectos formales que impidan el conocimiento de temas jurídicos que sí tienen relevancia para el sistema jurídico, sino sobre la base de temas que, precisamente, ya han sido resueltos por la Corte Suprema y sin perjudicar la duración del proceso y la ejecución de las sentencias en un plazo razonable.

6. Existen características propias del estado de derecho constitucional, a fin de determinar cuáles son los retos que debe lograr el recurso de casación.
7. El *ius constitutionis* y *ius litigatoris*, pueden convivir dentro de un estado de derecho constitucional.
8. Son necesarias nuevas modificaciones relacionadas al recurso extraordinario de casación.
9. Las modificaciones introducidas en el año 2009 han cumplido en cierta medida con su finalidad sin embargo son necesarias nuevas modificaciones.

2.4. Variables e Indicadores

Como sostiene RAMOS NÚÑEZ, una variable *“no es otra cosa que una propiedad o condición que puede variar y cuya variación es susceptible de ser medida. (...) serán las variables las unidades que guiarán nuestro análisis comprobatorio”* (RAMOS NÚÑEZ, 2000, págs. 137-138)

Las variables son esenciales en el campo científico:

“(...) son factores que influyen en el problema que es objeto de estudio, y que por ende son susceptibles de variación. Las variables están ligadas con un concepto muy importante dentro de la investigación científica, con el de operacionalización.” (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 138)

A su vez, dicho concepto de operacionalización, está relacionado con la descomposición de las variables en elementos que nos llevan a subdividirla en independientes y dependientes (RAMOS NÚÑEZ, 2000)

Ahora bien, el uso de variables no es pertinente en toda investigación jurídica. RAMOS NÚÑEZ afirma:

“(…) debemos considerar que el uso de las variables en el campo de las investigaciones jurídicas, es pertinente cuando se trata de trabajos de campo, a saber, la medición de la población penitenciaria, el establecimiento estadístico de la violencia doméstica en cierta área geográfica (...). El uso de variables en investigaciones de índole dogmático, filosófico, histórico es un despropósito (...)” (RAMOS NÚÑEZ, 2000)

Por tanto, habida cuenta que, como adelantamos, nuestro trabajo es esencialmente dogmático y funcional, y, en mucha menor medida, exegético; no va a ser necesario el uso de variables. Sin embargo, nos parece importante dejar en claro su definición e importancia en determinados trabajos jurídico-científicos, pero que utilizan un método –o métodos- de investigación muy diferente al nuestro.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Tipo de la investigación

En la presente tesis se utiliza, esencialmente, los métodos dogmático y funcional. En una menor medida el método exegético. Veamos a qué se refiere cada método.

Para el método dogmático, el derecho está formado por “*instituciones*” (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 111), en este sentido, el derecho se explica así mismo o “*se agota en las normas jurídicas*” (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 111), por lo que deben eliminarse todas las consideraciones no jurídicas, como los elementos éticos, históricos, sociológicos o políticos, que deben ser estudiados por la filosofía del derecho, la historia del derecho, la sociología jurídica o la ciencia política (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 111)

“(…) la dogmática jurídica en general se inscribe en el ámbito de pensamiento que ubica al Derecho como una ciencia o técnica formal y, por consiguiente, como una variable independiente de la sociedad, dotada de autosuficiencia metodológica y técnica.

Una tesis (...) que se inspira en el método dogmático visualizará el problema jurídico solo a la luz de fuentes formales (...). No serían parte de su labor inquisitoria los factores reales que han generado esa normatividad.” (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 112)

A diferencia del método dogmático, el método funcional trabaja con el lema “*una cosa es lo que ella hace*” (RAMOS NUÑEZ, 2006, pág. 115), es decir, qué consecuencias prácticas podrían derivarse de una construcción lógica, cómo funciona una propuesta conceptual en la arena de los hechos. En consecuencia, una investigación jurídica que opte por éste método partirá siempre del trato directo con la realidad concreta, que es materia de análisis, hasta lograr una generalización (RAMOS NÚÑEZ, 2000, pág. 112).

“Las tesis funcionales se preocupan en descubrir la trama de intereses políticos, económicos o ideológicos que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas” (RAMOS NUÑEZ, 2006, pág. 115)

Dado lo anterior, nos ratificamos que nuestra tesis plantea ser no sólo dogmática, sino funcional.

En efecto, el objeto de estudio de la tesis será el recurso de casación civil en el Perú, para lo cual nuestro método de estudio contempla no sólo un estudio y análisis de diversas instituciones jurídicas (por ejemplo, los medios impugnatorios, el propio recurso de casación, la jurisprudencia, mecanismos para reducir la carga procesal; con todas sus características y variables), sino que también plantea un análisis histórico para comprender el contexto político y jurídico que explica no sólo cómo nació el recurso de casación, sino para qué o con qué finalidad fue creado.

Este aspecto es esencial en la presente tesis, ya que como creemos, la institución del recurso de casación nació para cumplir determinados fines jurídicos y políticos –centralizar

el poder, a través del control- en un modelo de estado de derecho del siglo XVIII. Ahora bien, en el siglo XXI nos encontramos ante otro contexto histórico, jurídico y diferente al del siglo XVIII, que damos en llamar estado de derecho constitucional, lo que obliga a preguntarse si el recurso de casación, habida cuenta los cambios históricos, debe permanecer incólume, replantearse o desaparecer.

Para saber ello, es necesario observar y comparar cómo se debe aplicar, concebir o utilizar el recurso de casación, frente a cómo es utilizado, concebido o aplicado en el Perú. Ello también ha propiciado una revisión de la doctrina en estos aspectos.

Unos aspectos importantes a tener en cuenta son las llamadas instituciones del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*, como expresión de las funciones del recurso de casación, y es al estudio de ambas que también determinaremos si deben convivir o separarse en un modelo de estado constitucional.

El trabajo no desea quedarse en el sólo estudio dogmático de la casación, sino que las modificaciones propuestas tengan un real efecto en la sociedad. Es decir, se busca determinar cuáles son las modificaciones necesarias que no sólo hagan funcionar mejor el recurso de casación, sino la básica comprensión que esas modificaciones no pueden estar aisladas de otra modificación importante como es la Corte Suprema, pero, más aún, que tengan un efecto importante y real en la realidad judicial de todas las personas.

Por todo ello, decimos que la tesis se aplicará un método dogmático y funcional.

Por último, en menor medida utilizaremos un método de investigación exegetico:

“(…) constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno cerrado y sin lagunas”³

Sobre este método hay que tener reparos, pues si bien puede ser utilizado en una tesis, de ninguna manera puede ser el único, dada “*su simplicidad y llaneza*”⁴.

Precisamente, el método exegético creemos debe estar reducido a la interpretación literal de las disposiciones que comentemos en el trabajo, por ejemplo, las pertinentes del CPC sobre el recurso de casación civil, antes y después de las modificaciones del año 2009.

3.2 Diseño de investigación.

El diseño de la investigación está referida a cómo se sistematizarán los datos o la información recabada, para llegar a las proposiciones finales que sustentarán las conclusiones y recomendaciones del trabajo.

Al no tratarse de un trabajo de campo ni sustentado en encuestas –no experimental-, no habrá referencia alguna a variables.

En este sentido, el diseño se sustentará en la respuesta progresiva a las preguntas accesorias antes formuladas, para así llegar a la absolución de la pregunta o problema principal. Se trata de un análisis inductivo y de correlación de conceptos para llegar a una premisa mayor.

³ Ibidem, p. 109

⁴ Ibidem, p. 110

Por otro lado, no sólo habrá un diseño descriptivo, sino crítico y de asunción de posiciones en determinados casos, por ejemplo:

1. ¿El recurso de casación es, o no, un recurso extraordinario?
2. ¿Debe mantenerse, o no, las funciones del *ius contitutionis* y del *ius litigatoris* en el recurso de casación civil actualmente dentro de un estado de derecho constitucional?

En este sentido, se trata de un diseño metodológico no sólo descriptivo, sino de correlación de conceptos, y la explicación de la razón de ser de determinadas instituciones jurídicas, como el propio recurso de casación.

C.3. Estrategia de prueba de hipótesis.

Las hipótesis se contrastaran con la bibliografía consultada.

En efecto, en cada literatura donde se proponga una solución o hipótesis diferente, se tendrá un debate –que puede materializarse o no en la tesis- sobre la pertinencia de la fuente o su hipótesis propia. Se deberá determinar cuál es la solución.

C.4. Variables, población, muestra.

Dado el tipo de investigación de la presente tesis (dogmática, funcional y exegética), no es necesario –como ya adelantamos- presentar variables. Por conexidad, tampoco es necesario datos sobre población ni muestras.

C.5. Técnicas de investigación, instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos.

Sobre la técnica de investigación, tenemos que se trata de recurrir a la información legislativa, literatura jurídica (doctrina) y jurisprudencia, como fuentes principales de información y datos, las que serán revisadas en biblioteca, hemeroteca, sala de periódicos y

revistas e internet. Para la recolección de datos se utilizará el fichaje de las fuentes (en bibliográficas, resumen y textuales).

El procesamiento de la información se hará en base a las preguntas de la investigación, de tal modo que, a la información de la que se tenga acceso se irá fichando conforme a si proporcionan o no una respuesta a la pregunta formulada. Es decir, el título de la ficha de resumen o textual, será su relación con las preguntas o problemas que se han planteado líneas arriba.

Una vez culminado el proceso de acopio de datos e información, se agruparán y procesarán conforme las preguntas que vayan respondiendo.

El análisis de datos se hará con criterio, es decir, se utilizará como filtro, el autor, la editorial y el año de publicación. Mención aparte se debe hacer al sistema de recolección de información por internet, ya que la información no sólo es dispersa, sino que muchas veces puede venir de fuente no confiable o de muy baja calidad. En este sentido se tomará en cuenta la información de páginas oficiales, cuando se trate de información relacionada con organismos públicos –como el Poder Judicial o el Congreso de la República- y siempre de páginas donde se cite de modo correcto a sus fuentes.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

EL RECURSO DE CASACIÓN: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

Como se ha explicado en la introducción de la presente investigación, pretendemos dar algunos alcances y soluciones a la actual situación del recurso de casación, sin embargo, ello no va a ser posible si no se explican algunas definiciones sobre las que se desarrollará toda la investigación y, más aún, no será posible si no se explican los orígenes y evolución de dicho recurso, hasta nuestros días en los sistemas jurídicos más importantes y, particular y necesariamente, en el Perú.

1. Definiciones previas:

A lo largo del trabajo utilizaremos varias definiciones, que pretendemos desarrollar en las líneas que siguen.

1.1. Los medios impugnatorios.

En definitiva, el recurso de casación es un medio impugnatorio, lo que nos lleva a algunas características esenciales de éstos.

La doctrina revisada establece que los medios de impugnación son correctivos que surgen de la voluntad de las partes -y terceros legitimados, para eliminar vicios e irregularidades de los actos procesales (LEDESMA NARVÁEZ, 2008, pág. 122)

En una opinión similar, JUAN MONROY GALVEZ, al respecto nos señala que: *“Podemos definir este instituto procesal como el instrumento que la ley concede a las partes o a*

terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin que se anule o revoque éste, total o parcialmente.” (MONROY GÁLVEZ, 1992, pág. 21)

Nuestro Código Procesal Civil (CPC) en su artículo 356 nos proporciona una clasificación de los medios impugnatorios⁵ siendo éstos o remedios –si se formulan contra actos no contenidos en resoluciones-, o recursos -si se formulan contra una resolución-. Ahora bien, es claro que esta clasificación es legislativa y, por ello mismo, no se puede colegir que sea unánime, ni en la doctrina, ni en la legislación comparada.

Así por ejemplo, en la legislación procesal alemana el concepto de recurso se circunscribe a aquellos casos en los cuales se pide revisar una resolución judicial ante el superior jerárquico del que la dictó, mientras que un remedio busca revisar una resolución ante el mismo órgano que la dictó (LEDESMA NARVÁEZ, 2008, pág. 126); es decir, tanto recursos como remedios atacan resoluciones judiciales, sin entrar a la distinción de ser actos contenidos o no en resoluciones.

En la propia doctrina nacional no existe unanimidad, así, ARIANO DEHO establece que los medios de impugnación sirven para cuestionar actos específicos del juez: las resoluciones judiciales (ARIANO DEHO, 2015, pág. 31)

No es propósito de la presente investigación entrar a determinar cuál es la verdadera naturaleza de un remedio o un recurso, tampoco establecer si la clasificación del CPC es correcta, más sí –y será el propósito de las líneas que siguen- proporcionar conceptos que nos ayuden a entender la naturaleza y alcances del recurso de casación.

⁵ CÓDIGO PROCESAL CIVIL, artículo N° 356.- Clases de medios impugnatorios.

Pues bien, para ser objeto de un medio de impugnación –o recurso, según el CPC-, las resoluciones judiciales deben de adolecer de algún error o defecto. Así tenemos: (CARRIÓN LUGO, 2012)

- a. Error en la apreciación y calificación de los hechos aportados al proceso.
- b. Error en la apreciación y valoración de los medios probatorios utilizados en el proceso para acreditar los hechos alegados en él.
- c. Error en la determinación de la norma de derecho material para dirimir la controversia –se aplica una disposición impertinente-.
- d. Error en la interpretación de la norma de derecho material pertinente para resolver el conflicto –se da a la norma un sentido que no tiene-.
- e. Error derivado de la no aplicación de la norma material pertinente para resolver la controversia.
- f. Error en la aplicación de los elementos reguladores del debido proceso.
- g. Error en la motivación de la resolución judicial.

Esta no es la única clasificación, por cierto. Así, una más didáctica es la siguiente (ARIANO DEHO, 2015):

- a. La resolución judicial puede ser defectuosa en su “*construcción*” (*error in procedendo*), por lo que aquí se cuestiona su validez.
 - a.1. Cuando el defecto está en la resolución misma (por ejemplo, no está motivada o no está firmada).
 - a.2. Cuando el defecto se ha producido en la secuencia procesal, antes de la emisión de la resolución.

b. La resolución judicial puede ser defectuosa en lo que “*decide u ordena*” (*error in iudicando*), por lo que aquí no se cuestiona la validez de la resolución, sino su “*corrección*” o su “*justicia*”. En otras palabras, se atacan defectos en los que “*el juez juzga, pero juzga mal*”.

b.1. Errores *in iudicando* de hecho. Se juzga mal al fijar los hechos invocados por las partes, o en la operación de interpretación y valoración de los medios de prueba.

b.2. Errores *in iudicando* de derecho. (i) Error de subsunción: se aplica una norma equivocada; (ii) error interpretativo: interpreta mal la norma aplicada.

Como se puede ver, los errores en que puede incurrir una resolución judicial, se pueden resumir en errores *in iudicando*, o errores *in procedendo*, cada uno –de declararse-afecta de diferente modo a la resolución, o bien se afecta su validez, o su corrección, respectivamente.

I.1.2. Clasificaciones de los medios impugnatorios –o recursos-.

En el presente acápite dejamos varias clasificaciones, unas más controvertidas que otras, sobre los medios impugnatorios.

1.2.1. Recursos ordinarios y extraordinarios.

Para CALAMANDREI, hay varios aspectos que diferencian a los recursos ordinarios de los extraordinarios, así tenemos: (HURTADO REYES & CALAMANDREI, La Casación Civil LimA, 2012, pág. 85)

a. Por las causas que motivan la impugnación. Es ordinario el no sujeto a determinado motivo de impugnación, en tanto el extraordinario sí lo está.

- b. Sobre la facultad de enjuiciamiento del tribunal. El ordinario admite un pronunciamiento integral de la litis, en cambio en el extraordinario, hay limitación a determinados aspectos, jurídicos propiamente.
- c. Por la suspensión de la ejecución. El ordinario suspende la ejecución de lo decidido, el extraordinario por lo general no tiene efecto suspensivo.
- d. En los extraordinarios para su procedencia se requiere que el impugnante haga un depósito dinerario para evitar el rechazo del recurso.
- e. La cosa juzgada diferencia al recurso extraordinario del ordinario.

Así pues, conforme a CALAMANDREI podemos entender que esta clasificación admite varios matices. Por ejemplo, la tradicional es establecer que:

“(...) los recursos ordinarios son aquellos que se conceden bastando argumentar que la resolución impugnada ha sido expedida con vicio o error. Sin embargo, hay otros recursos respecto de los cuales la legislación aplicable exige cierto número y tipo de requisitos de admisibilidad y, sobre todo, de procedencia, que determinan que su concesión sea una situación excepcional, éstos son los extraordinarios. Ejemplos clásicos de cada uno serían, sin duda, la apelación para los ordinarios y la casación para los extraordinarios.”
(MONROY GÁLVEZ, 1992)

Además, esta es la posición adoptada por la Corte Suprema nacional, como se puede apreciar en la Casación 1606-2009 La Libertad, que es solo un ejemplo de lo que constituye una tendencia jurisprudencial uniforme:

“(…) su fundamentación, por parte el recurrente, debe ser clara, precisa y concreta, indicando ordenadamente cuales son los agravios que configuran la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial denunciado” (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 88)

Sin embargo, otro matiz es proporcionado por ARIANO, quien citando a LIEBMAN:

“Son ordinarios aquellas [impugnaciones] que, mientras son proponibles o están pendientes, impiden [...] la formación de la cosa juzgada y dan lugar por eso, cuando son propuestas, a una prolongación del mismo proceso, del cual abren una nueva fase. (ARIANO DEHO, 2015, pág. 36)

Según esta clasificación, los recursos ordinarios serían la reposición, la apelación, la queja y la casación, es decir, todos los recursos así denominados en el CPC.

Por otro lado, la misma ARIANO vuelve a citar a LIEBMAN para definir a los recursos extraordinarios:

“(…) además de ser de empleo poco frecuente, se dirigen contra un acto jurisdiccional que la ley considera como normalmente no sujeto ya a control o nuevo examen. Su proposición da vida a un nuevo proceso, distinto de aquel en que se pronunció la sentencia que se impugna, pero vinculado al mismo con modalidades y efectos diversos.” (ARIANO DEHO, 2015)

Según lo expuesto, para ARIANO serían extraordinarios el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178 CPC) y la acción de revisión penal (artículos 439 y siguientes del nuevo Código Procesal Penal).

Sin tener como objetivo una solución final en este aspecto, debemos decir que la posición de ARIANO se basa en una característica más objetiva, cual es si el recurso ataca la cosa juzgada adquirida en un proceso ya finalizado, o no. Por otro lado, ello no sucede si el criterio diferenciador es la cantidad de requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, es decir, no es un criterio objetivo, no es claramente diferenciable cuando estamos ante muchos o pocos requisitos para decir cuándo estamos ante un recurso ordinario o extraordinario.

1.2.2. Recursos propios e impropios.

Esta clasificación se trata de lo siguiente:

“Son propios cuando van a ser resueltos por el órgano jurisdiccional superior a aquél que expidió la resolución impugnada. Apréciase que este criterio no toma en cuenta el juez ante quien se interpone el recurso, sino más bien el juez que lo resuelve. Por esa razón, tienen la calidad de recursos impropios aquéllos que (...) son resueltos por el mismo juez que expidió la resolución impugnada.” (MONROY GÁLVEZ, 1992, pág. 23)

1.2.3. Recursos sustitutivos y rescindentes.

Esta clasificación es especialmente importante al hablar del recurso de casación, por lo efectos que puede tener éste una vez resuelto.

Pues bien, los recursos son sustitutivos cuando:

“Conducen directamente a una nueva decisión de la causa, destinada a tomar el lugar de la sentencia impugnada y a sobreponerse en todo caso a la eficacia de esta última; en todo caso, en el sentido que la sustitución es efecto tanto de la reforma como de la confirmación.” (ARIANO DEHO, 2015, pág. 38)

En este sentido, según ARIANO serán sustitutivas la queja y la reposición del CPC, la apelación en determinados supuestos tan igual como la casación, cuando haya infracción normativa de derecho material (ARIANO DEHO, 2015)

Por otro lado, serán rescindentes:

“(…) tienden, exclusivamente o por lo menos principalmente, a un juicio sobre el pronunciamiento impugnado, dando lugar a disponer o viceversa negar su eliminación.” (ARIANO DEHO, 2015)

Estamos hablando de vicios en la resolución que, de existir y declararse, dan lugar a la anulación de ésta y el pronunciamiento de una nueva decisión. En este tipo tenemos en el Perú, a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, la acción de revisión penal y la casación cuando haya infracción normativa al derecho a la tutela jurisdiccional o al debido proceso. (ARIANO DEHO, 2015)

Esta clasificación también responde a otras denominaciones. Por ejemplo, HURTADO REYES refiere a los conceptos de *iudicium rescindens* y *iudicium rescisorium*. En este caso, el efecto de *iudicium rescindens* está relacionado con el efecto de anular la resolución que se califica –relacionado al recurso rescindente, mencionado líneas arriba-, por tanto, se

relaciona a causales de afectación de normas procesales –vicios *in procedendo*–, en cuyo caso el efecto será el denominado reenvío (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 78) o devolución al órgano jurisdiccional que emitió la decisión anulada-.

De otro lado, cuando hablamos de *iudicium rescisorium* estamos ante el hecho de dejar sin efecto la decisión recurrida y se emite una nueva decisión corrigiendo el error –el recurso sustitutivo de líneas antes-. Se evita el reenvío y, por consiguiente, está relacionado a los vicios *in iudicando* (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012).

Finalmente, el recurso sustitutivo o de *iudicium rescisorium*, también se les puede denominar positivos:

“Son positivos aquellos recursos en los que el juez superior está facultado a declarar la ineficacia del contenido de la resolución impugnada (y de éste, por extensión) y, además, a declarar el derecho que corresponde, sustituyendo a aquél declarado ineficaz (MONROY GÁLVEZ, 1992, pág. 23)

Del mismo modo, el recurso rescindente o de *iudicium rescindens*, puede ser denominado negativo:

“Los recursos negativos, en cambio, sólo facultan al juez superior a dejar sin efecto el contenido de la resolución impugnada, es decir, sólo anulan o revocan, aun cuando autorizan adicionalmente a ordenar al inferior expida una nueva decisión. Entre los negativos incluso se presenta una subclasificación

muy ligada a lo que el ordenamiento jurídico opta en cada caso. Así, hay algunos recursos negativos que le imponen al inferior una manera de decidir; en cambio, hay otros en los que el juez puede -si así lo considera- ratificar su decisión en el sentido de la resolución impugnada original, pudiendo determinarse así una nueva e idéntica impugnación⁶ (MONROY GÁLVEZ, 1992, pág. 26)

I.1.2.4. Impugnaciones devolutivas y no devolutivas.

“(…) el juez de una impugnación devolutiva es un juez que re-enjuicia la controversia (o la cuestión incidental) ex novo, mientras que el juez de una impugnación no devolutiva no reenjuicia la controversia (o la cuestión incidental) resuelta en la resolución impugnada sino que revisa (o mejor, controla) si la resolución impugnada padece o no del “defecto” invocado por el impugnante como, justamente, motivo de impugnación.” (ARIANO DEHO, 2015, pág. 41)

Bajo este criterio, en el Perú serían devolutivas la apelación, la reposición, la queja. Es no devolutivo el recurso de casación y la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta (ARIANO DEHO, 2015)

⁶ Este último caso, ya poco frecuente, se dio con ocasión del modelo original del recurso de casación creado en 1790, como veremos más adelante.

I.1.2.5. Impugnaciones suspensivas y no suspensivas.

“Una impugnación es suspensiva si los efectos de la resolución impugnada vienen “congelados” como consecuencia de la interposición del recurso, tal cual como si no hubiera sido emitida, mientras que, (...) no son suspensivos aquellos medios de impugnación que no suspenden los efectos de la resolución.” (ARIANO DEHO, 2015, pág. 42)

En el Perú son suspensivas las apelaciones de sentencia y autos “finales” y la casación. No es suspensiva la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, ni la apelación de autos interlocutorios, ni la queja (ARIANO DEHO, 2015, pág. 42)

I.2. Sobre la naturaleza del recurso de casación:

Todo lo antes expuesto, nos proporciona alcances sobre la naturaleza de recurso de la casación nacional como, en nuestra opinión, un recurso ordinario, sustitutivo (cuando se trata de vicios *in iudicando*) y rescindente con renvío (cuando se trata de vicios *in procedendo*), de efectos suspensivo, no devolutivo y propio.

Por otro lado, y en relación con la naturaleza sustitutiva y rescindente, tenemos que la doctrina se ha dado en llamar “*casación pura*” a aquella en la que hay reenvío, es decir, se deja al inferior el pronunciamiento sobre la solución del litigio. Por otro lado, se denomina “*casación bastarda*” en aquellos modelos en donde no hay reenvío, es decir, se detecta el error incurrido por la sentencia revisada y, sin hacer reenvío, se resuelve el conflicto (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 82)

Como se verá más adelante, el recurso de casación proviene del vocablo francés *cassation*, derivado de *casser*, que significa anular, romper, quebrantar, dejar sin efecto: *“El objeto de este recurso es la búsqueda de la corrección de las sentencias que contienen una infracción normativa sustancial (llamado error en juicio o in iudicando) o procesal (violación de normas procesales reguladoras del proceso o error in procedendo) y la unificación jurisprudencial.”* (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 86)

Citando a HURTADO REYES DE LA RUA manifiesta, *“...es un medio de impugnación por el cual, usando motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio.”* (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 87)

JORGE CARRIÓN LUGO ensayando un concepto del recurso de casación, nos indica: *“...remedio procesal extraordinario que procede contra resoluciones judiciales definitivas (en el sentido de que ponen término al litigio) con el objeto de anularlas (...), por haber sido dictadas con infracción de derecho positivo, reestableciendo la vigencia del derecho (...)”* (CARRIÓN LUGO, 2012)

Como se puede ver, el recurso de casación contiene actualmente muchas características que, para gran parte de la doctrina, lo convierten en un recurso extraordinario. Sin embargo, estas definiciones distan mucho de lo que el recurso de casación era en su modelo inicial, por lo que se hace necesario revisar sus orígenes para desde allí poder entender su

evolución hasta la fecha, evolución que ha respondido –o dejado de responder- a las complejas y múltiples necesidades actuales del derecho y nuestra sociedad.

3. Origen y evolución del recurso de casación.

3.1. Antecedentes del recurso de casación.

JORGE CARRION LUGO, refiere que el término “*casación*” proviene del vocablo latino “*quassare*”, que significa “*anular, abrogar, deshacer, suprimir, invalidar, quebrantar, romper, dejar sin efecto.*” (CARRIÓN LUGO, 2012), sin embargo, a pesar del origen latino –o romano- del término, ello tiene poco que ver con el origen del recurso de casación.

En efecto, actualmente existe prácticamente uniformidad en la doctrina en que el nacimiento del recurso de casación lo tenemos en el derecho francés, durante la Revolución Francesa.

Aún más, sostiene CALAMANDREI que el antecedente del recurso de casación se encuentra en la Francia pre revolucionaria, y tenía la finalidad de solucionar los conflictos entre los Parlamentos y el Rey, es decir, durante el Antiguo Régimen (GLAVE MAVILA, 2012, pág. 104). En efecto, sucede que los *parlements* franceses eran los encargados de las funciones jurisdiccionales en nombre del Rey; sin embargo, en muchos casos aquéllos contrariaban la autoridad del monarca, por lo que éste, a fin de fortalecer e imponer su autoridad, concedía a las partes un recurso que tenía como objetivo revisar y anular las decisiones contrarias a su voluntad o disposiciones.

Dicho recurso era conocido por el denominado *Conseil des parties*, órgano jurisdiccional creado –como ya dijimos- durante el Antiguo Régimen y que tenía como finalidad imponer la voluntad del Rey sobre las decisiones, también jurisdiccionales, que emitían los

parlements a lo largo del territorio francés. (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 24)

El *Conseil des parties* fue creado en 1578, época en la cual Francia estaba organizada bajo un sistema feudal que confería mucho poder a los nobles franceses, en desmedro de la autoridad central del Rey. En este sentido, cada *parlement* decidía, en última instancia, cómo resolver los conflictos que conocía, muchas veces contraviniendo la voluntad real.

Así, tenemos que el *Conseil des parties* era un “*tribunal real*” (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012) que conocía aquellos casos donde no se cumplía con la voluntad real por la vía de un recurso “*con afinidad al moderno recurso de casación*” (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012)

“(…) podemos admitir (…) el origen francés de la casación moderna. Surge en el “*Conseil des parties*”, división del “*Conseil du Roi*”, que mantiene la competencia en los asuntos judiciales, mientras que al otro, Consejo de Estado, le pertenecían los asuntos políticos.

En la lucha entre el poder real y los parlamentos, se afirma la potestad real, en defensa de sus prerrogativas, atribuyéndose el poder de anular (“*casser*”) las sentencias de dichas cortes soberanas, en especial cuando eran dictadas en contravención a las ordenanzas, edictos y actos reglas. Nace así la demanda en casación, cuyo ejercicio se disciplina por un Reglamento de 1738 como medio de impugnación. Este instrumento lo remonta a la Revolución Francesa, transformándolo en un elemento para la defensa de la ley, del Poder Legislativo, frente a las posibles transgresiones de los jueces. Nace, entonces, el “*Tribunal de Cassation*”, inspirado en las ideas revolucionarias de la

omnipotencia de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos, ante ella, creándose por decreto de noviembre de 1790 como órgano de control constitucional al lado del Poder Legislativo.” (CARRIÓN LUGO , Recurso de Casación, 2012)

I.3.2. Nacimiento del recurso de casación. El Tribunal de Casación.

Por decreto emitido por la Asamblea Nacional francesa el 27 de noviembre de 1790 se creó el Tribunal de Casación (en reemplazo del *Conseil des parties*), el cual tuvo como función velar por la supremacía de la ley casando toda sentencia emitida por los jueces ordinarios que contravenga el texto expreso de la ley, es decir, anulando dicha sentencia y reenviándola a los jueces ordinarios para un nuevo pronunciamiento. (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 24)

Este tribunal era un “*órgano político ‘anexo’ al legislativo*” (ARIANO DEHO, Resoluciones Judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos, 2016, pág. 265) y no jurisdiccional, pues dado los ideales revolucionarios sobre la separación de poderes, se consideraba que la aplicación de la ley correspondía únicamente al Poder Judicial, mientras que la interpretación de la misma era de exclusiva prerrogativa del Legislativo; ello, además, en el marco de una época de profunda desconfianza a la labor de los jueces, por lo que no era gratuita la expresión de considerarlos como meros aplicadores de la ley, dando nacimiento a la expresión que ellos eran “*boca de la ley*”.

La casación era pues, expresión de las ideas revolucionarias de la división de poderes, supremacía de la ley e igualdad de las personas. Así, el Poder Judicial sólo aplicaba la ley,

no podía interpretarla y esta tarea no podía estar en manos de un órgano judicial –pues sería juez y parte- sino de un órgano político, que asumía la obligación de vigilar la actividad judicial (CARRIÓN LUGO , Recurso de Casación, 2012, pág. 14)

PIERO CALAMANDREI, refiere que *“El Tribunal de Casación nació, precisamente, al objeto de impedir que un poder público se salga del propio dominio; pero su control, en lugar de extenderse a las relaciones entre los tres poderes en todos los campos de la Constitución, se limita a las relaciones que tienen lugar entre dos de estos poderes, el legislativo y el judicial.”* (CARRIÓN LUGO j. , 2012)

Sobre ello, MERRYMAN, al respecto nos indica que: *“(…) en Francia, la aristocracia judicial era uno de los blancos de la Revolución, no solo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre aplicación de la ley y elaboración de la ley (...). Los tribunales se negaban a aplicar las leyes nuevas, las interpretaban en forma contraria a su intención o frustraban los esfuerzos de los funcionarios por administrarlas.”* (ZELA VILLEGAS , 2010, pág. 197)

En el mismo sentido sostiene ASENCIO MELLADO: *“Su finalidad [del recurso de casación] fue, en el marco del positivismo imperante y de la moderna noción de la división de poderes, crear un órgano no jurisdiccional, político por tanto, con la finalidad no negada de evitar que los jueces del Antiguo Régimen (...), pudieran oponerse a los designios del Poder Legislativo democrático (...)”* (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 479)

Así, el recurso de casación fue creado con una finalidad: el control de, en este caso, un poder judicial opuesto a las ideas revolucionarias:

“Antes de la revolución francesa, los miembros del poder judicial francés constituían una clase aristocrática no solo sin algún compromiso con los valores de igualdad, de fraternidad y de libertad (...). En esa época, los cargos judiciales eran comprados y heredados, lo que hacía suponer que el cargo de magistrado debería ser usufructuado como si fuese una propiedad particular capaz de rendir frutos personales.

Los jueces pre revolucionarios se negaban a aplicar la legislación que era contraria a los intereses de sus protegidos e interpretaban las nuevas leyes de cara a mantener el status quo y a no permitir que las intenciones progresistas de sus elaboradores fuesen alcanzadas.” (ARINON, 2013, págs. 54-55)

Agrega MARINONI que la necesidad de controlar a un Poder Judicial rebelde terminó por imponer las ideas de Montesquieu sobre la separación de poderes y la clara distinción de las funciones del legislativo y del judicial, subordinando éste a aquél, que detentaba la representación del pueblo (ARINON, 2013, págs. 54-55)

“De acuerdo con Montesquieu, el “poder de juzgar” debería ser ejercido a través de una actividad puramente intelectual, cognitiva, no productiva de “derechos nuevos” (...). En este sentido, el poder de los jueces quedaría limitado a afirmar lo que ya había sido dicho por el legislativo, debiendo el juzgamiento ser solo “un texto exacto de la ley”. Por eso (...) acabó concluyendo que el “poder de juzgar” era, de cualquier forma, un “poder nulo” (...).

(...) La prestación judicial debería restringirse a la mera declaración de la ley (...).”

El recurso tenía, pues, una función política: preservar la división de poderes y, con ello, evitar que los jueces inapliquen la ley. Como sostiene CALAMANDREI, el Tribunal de Casación fue creado “*para prevenir las desviaciones de los jueces frente al texto expreso de la ley*” (CALAMANDREI , 1968, pág. 33). En ese sentido, al momento de crearse el Tribunal de Casación (el 27 de noviembre de 1790), se estableció que, al ser un órgano adscrito al legislativo, su pronunciamiento sería de última instancia y únicamente anulando las sentencias viciadas por “*une contravention expresse au texte de la loi*”

Hacemos hincapié en que en sus orígenes, el Tribunal de Casación anulaba las sentencias en contravención expresa al texto de la ley, es decir, tenía una función puramente negativa, sin poderse pronunciar sobre “el fondo” del asunto, pues no podía invadir la función del judicial –por la estricta separación de poderes- que consistía en declarar el derecho.

Por tanto, en su modelo original, el recurso de casación fue puramente rescindente –o negativo- y, por tanto, con reenvío, sin ninguna función sustitutiva o rescisoria -a diferencia de su naturaleza actual-. Su función era política, de puro control y, por tanto, poco interesaba la solución justa del caso concreto –ni siquiera se pronunciaba sobre el fondo de la casusa. Como veremos más adelante, a estas alturas, no se buscaba una función de beneficio a las partes, sino una finalidad pública o puramente *ius constitutionis*.

Precisamente sobre el reenvío, tenemos que cuando el Tribunal de Casación tomaba la decisión de anular la sentencia del juez ordinario, ésta no tenía carácter vinculante. En

efecto, una vez reenviada la decisión casatoria al Poder Judicial, éste, con una nueva composición (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 25), debía resolver, pero no estaba obligado a acatar la referida decisión.

En este sentido, se podían dar casos en el que nuevo juez ordinario que recibía la decisión casatoria podía mantener su posición y, con ello, proceder un nuevo recurso. En estos casos de conflicto, y producida la tercera casación del Tribunal de Casación, éste debía enviar el caso al Poder Legislativo (vía Recurso de Urgencia Obligatorio) para que emita una interpretación auténtica de la ley, interpretación que sí era obligatoria para el juez (GLAVE MAVILA, 2012, pág. 104)

En caso el Tribunal de Casación tuviera duda en la interpretación de la ley, podía llevar el tema al Poder Legislativo directamente (vía Recurso de Urgencia Facultativo), para que interprete la ley (GLAVE MAVILA, 2012)

De este modo, el modelo original del Tribunal de Casación, tuvo las siguientes características:

- a. Tenía como finalidad proteger la voluntad de la ley, como expresión máxima de la soberanía popular, la que se erigió en el nuevo poder absoluto –como antes la voluntad del rey-, al cual los jueces debían obedecer sólo aplicándola, mas no interpretándola (GLAVE MAVILA, 2012)

Esta es la característica fundamental del recurso de casación, la misma que, podemos decir, se mantiene hasta nuestros días: “*concentrar el poder*” (GLAVE MAVILA, 2012)

- b. Era un órgano político, no jurisdiccional.
- c. Como ya dijimos antes, su efecto era puramente rescisorio. Sólo anulaba las decisiones judiciales que no aplicaban o desconocían al texto expreso y claro de la ley.
- d. Las decisiones casatorias no eran vinculantes para los jueces. Sólo cuando había un pronunciamiento de Poder Legislativo, el juez estaba obligado a acatar dicha decisión.

No existía interés alguno en uniformizar la jurisprudencia –por lo menos no directamente– ni en lograr la justicia del caso concreto, lo que sólo se buscaba era mantener la separación de poderes y subordinar el judicial al legislativo (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 481)

Sin embargo, poco después se inicia la “*evolución*” de órgano legislativo a órgano jurisdiccional, lo que se va materializando con el Senado Consulto del 28 Floreal del año XII (18 de mayo de 1804) (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 25), con el cual se creó la *Cour de Cassation*.

Con la Cour de Casation se abolió “*la absurda prohibición de interpretación judicial y el referé legislatif*” (QUIROGA LEÓN, 1999, pág. 715), que vio extendido su control antes limitado a la contravención expresa de la ley, a la interpretación errónea y a la falsa aplicación de la ley, hasta llegar a los errores de derecho *in iudicando* (QUIROGA LEÓN, 1999)

Dicha transición a órgano jurisdiccional es unánime en toda la doctrina, la Corte de Casación, ya como órgano jurisdiccional, es ubicada en el vértice de la organización judicial, aunque mantenido la sola competencia negativa, con reenvío (ARIANO DEHO, Resoluciones Judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos, 2016)

Tan solo medio siglo después, se derogó el Recurso de Urgencia Obligatorio, convirtiendo la decisión de la Corte en vinculante para el juez. Así, tan solo a la segunda casación –ya no a la tercera-, el juez ordinario debía cumplir con lo establecido por la Corte, perfilándose ya los rasgos jurisdiccionales del recurso (GLAVE MAVILA, 2012, pág. 105)

Según HURTADO REYES, recién por ley del 1 de abril de 1837, se puede decir que, en definitiva, el recurso de casación tuvo una naturaleza propiamente jurisdiccional (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 25)

Por tanto, conforme a lo dicho, el siglo XIX es una etapa de transición del recurso de casación a ser entendido como un medio de impugnación de decisiones judiciales ante un órgano legislativo a uno netamente jurisdiccional.

¿A qué se debió dicha transición? A criterio de GLAVE, ello pudo deberse a dos motivos:

- a. La codificación del derecho positivo.
- b. La progresiva desaparición de la desconfianza hacia el juez, por lo que se reconocía -lo evidente- *“su labor interpretativa, que colaboraba con la labor legislativa, con lo que se dejó ver la gran importancia de la uniformidad jurisprudencial como fin casacional”* (GLAVE MAVILA, 2012, pág. 104)

En efecto, durante el siglo XIX se va admitiendo que el juez no es sólo “boca de la ley”, sino que tiene cierta función interpretativa e integradora de la norma, por lo que la casación se adoptó a esa nueva realidad jurídica. Así, la casación realiza una actividad revisora de sentencias *“en la aplicación e interpretación de la ley, tanto las infracciones que atentan a esta última y que fueron contrarias a ella en su letra o en su espíritu, así como su equivocada interpretación”* (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 481)

Así, el paso de órgano político a jurisdiccional se completaba, ubicándose en la cúspide de la organización judicial, con decisiones vinculantes y cobrando importancia una nueva función -al lado de la denominada nomofiláctica-, cual es la uniformadora:

“(…) como se ha dicho, la función de uniformización va inseparablemente ligada a la necesidad de sujeción a la doctrina del órgano superior.”

(ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 481)

Pues bien, hasta el momento, hemos podido determinar no sólo algunos conceptos necesarios para poder analizar el recurso de casación, sino que, además, determinar su alcance y naturaleza. Junto a ello, los orígenes del instituto y su modelo inicial.

Sin embargo, como hemos visto, el modelo inicial del recurso de casación no se mantuvo, y ante la necesidad de responder a los cambios de la época, pudo adaptarse y responder a esas nuevas realidades. De allí, tenemos la evolución de un modelo puramente político a un modelo netamente jurisdiccional (proceso que se vino dando durante el siglo XIX).

Del mismo modo, de la sola y originaria función de vigilar la supremacía de la ley, estamos que durante el siglo XIX, con el desarrollo de las sociedades (en tamaño y complejidad), y la cada vez mayor importancia de la actividad jurisdiccional, una nueva función se hizo necesaria: la uniformidad de la jurisprudencia.

Por tanto, hemos visto que la casación –la civil, que estamos estudiando- sí pudo (siglos XVIII y XIX) adaptarse a la nueva realidad.

Ahora bien, durante el siglo XX y los inicios del siglo XXI, las cada vez más complejas sociedades imponen a todo instituto jurídico –incluyendo a la casación- mayores

exigencias. La pregunta que pretendemos responder en el siguiente capítulo, es determinar si la casación, frente a los retos contemporáneos, los viene superando satisfactoriamente o, por el contrario, ya se ha visto desbordada y qué cambios –radicales o moderados- deberían ser necesarios.

4.2 NUEVOS RETOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

¿Responde el actual modelo casatorio a las necesidades de nuestras cada vez más complejas sociedades?, es la pregunta que pretendemos solucionar en las líneas que siguen.

II.1. Funciones de la casación.

La doctrina ha establecido cuáles son las funciones clásicas del recurso de casación –unas más clásicas que otras-, las cuales respondieron a un momento histórico determinado, sin embargo, es necesario tener presente cuáles son y que implican, en la medida que ya en el marco de un modelo de Estado Constitucional, es necesario saber si responden eficientemente a los nuevos estándares sociales y jurídicos que dicho modelo de estado supone.

Son las funciones tradicionalmente asignadas al recurso de casación:

- a. Función de velar por la correcta aplicación de la ley o función de nomofilaquia.
- b. Función de uniformización de la jurisprudencia.
- c. Función de lograr la justicia del caso concreto o función dikelógica.

II.1.1. Función de nomofilaquia.

El vocablo “*nomofilaquia*” fue “*creado*” por el mayor estudioso del recurso de casación, el italiano Piero CALAMANDREI en su obra “La Casación Civil”, vocablo que significa “*custodia de la ley*” (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 268)

El uso de este vocablo se extendió rápidamente, incluso en los países de habla castellana, a pesar que en el Diccionario de la Real Academia Española el término correcto sería “*nomofilaxis*”, que significa “*protección de la norma jurídica*” (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 268)

Ahora bien el término “*nomofilaquia*” proviene de los vocablos griegos “*nomos*”, que significa “*norma*”, y “*filaké*” (o “*philasso*”, según otros autores), que se orienta a “*salvaguarda o defensa*” (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 100)

Como hemos visto, esta función nace con el propio recurso de casación en el año 1790, al ser éste un medio para velar por la correcta aplicación del derecho (la ley, como expresión de la voluntad popular), ante la renuencia de los jueces ordinarios a aplicar las leyes revolucionarias.

Doctrinariamente, esta función se ha relacionado con una función pública del recurso de casación. En efecto, la defensa del derecho objetivo, o el establecer la correcta aplicación o interpretación de una disposición, es un la función que interesa a la sociedad, a fin de generar previsibilidad y seguridad jurídica, por ello es de interés público el eficiente cumplimiento de esta función, la misma que se relaciona con el *ius constitutionis*. Como vimos antes, la función pública esta históricamente relacionada a la nomofilaquia, y se expresa en la función política de control, antes para la defensa de una forma de gobierno revolucionario y actualmente, como sostiene HURTADO para la defensa del derecho

objetivo para lograr la unidad jurídica (HURTADO REYES , La Casación Civil, 2012, pág. 100)

II.1.2. Función uniformadora.

Como hemos establecido, durante el siglo XIX, luego de creada la *Cour de Casation*, y bajo el entendido de lo insostenible de la concepción revolucionaria de que un juez sólo aplica y no interpreta la ley, es que cobra importancia el segundo fin tradicional del recurso de casación: la uniformidad de la jurisprudencia.

Esta función también está asociada a un fin público del recurso de casación, es decir, asociada al *ius constitutionis*:

“La finalidad que apunta al carácter público de la casación (...) por interesarle a la administración de justicia y, concretamente, velar por la buena marcha de ésta, comprende, a su vez, dos aspectos: a) la defensa de la ley o nomofilaquia, que pretende tutelar la norma y reparar la violación cometida por el juzgador de instancia; b) unificar la jurisprudencia nacional, trazando criterios que sirvan de rectores a los otros funcionarios de inferior jerarquía, lo cual se logra mediante la publicación de las sentencias.” (HURTADO REYES M. , La Casación Civil, 2012)

Esta función, como dijimos fue cobrando importancia en el siglo XIX, pero no ha dejado de tenerla hasta nuestros días, pues tiene como objetivo generar predictibilidad en las

decisiones judiciales, que confiere también seguridad jurídica, y realiza el principio de igualdad ante la ley.

En efecto, una vez que en casación se emite una interpretación correcta de la ley, la función uniformadora busca garantizar que dicha decisión sea aplicada a todos por igual, generando, como se dijo, predictibilidad y seguridad.

“Consideramos que el orden jurídico se ve respaldado de coherencia si las decisiones que emiten sus órganos jurisdiccionales son predecibles a partir de lo que resuelve el máximo órgano de casación. Por ello, que se ha considerado que un sistema de casación solo debe tener un tribunal que se encargue de dictar los precedentes y no varios, porque los criterios serían dispersos, quebrando el criterio de uniformidad.” (HURTADO REYES M. , La Casación Civil, 2012, pág. 101)

Como ya hemos dicho, el *ius constitutionis* no solo se ve cumplido con la finalidad de nomofilaquia, sino con la de uniformización, ya que una es complemento de la otra. Sin embargo, como sostiene ASENCIO, la función uniformadora “*debe ser hoy la primordial [función] de la casación por cuanto el mito de la ley como instrumento perfecto cede ante una realidad muy compleja, cambiante de forma rápida, difusa y una sociedad muy juridificada*” (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 493)

II.1.3. Función dikélogica o de la justicia del caso concreto.

El vocablo “*dikelógico*” proviene de los vocablos griegos “*dike*” que significa “*justicia*” (ASENCIO MELLADO, 2015)

Como nos dice ASENCIO MELLADO, esta función no nace –ni siquiera se vislumbraba– con la casación francesa, sino que aparece recién en el siglo XX (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 488)

Esta función del recurso de casación responde al hecho que es una de las partes la que pide acceder a la autoridad jurisdiccional que resuelve el recurso, y lo que la motiva es un interés personal, cual es que la decisión resuelva el conflicto de intereses a su favor, no busca la realización del fin público o *ius constitutionis*, del recurso. Por ello, esta función responde a un fin diferente, que se ha de llamar doctrinariamente *ius litigatoris*:

“Con lo cual tenemos que en el fin dkelógico hay un sujeto interesado en obtener una decisión que responda a sus intereses, esta será la parte que impugna la sentencia con el recurso de casación, quien a pesar de basar su impugnación en la necesidad de un control normativo, exige una respuesta justa del órgano jurisdiccional. Por ello, se sostiene que la función dkelógica responde al llamado *ius litigatoris* o derecho del litigante.” (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 104)

Como se verá es una posición tradicional en la doctrina referirse a las dos primeras funciones de la casación como las tradicionales, en tanto y en cuanto se puede decir que se tratan de las funciones originales del recurso de casación. Por ello mismo, la casación siempre ha sido vista o concebida, como una garantía objetiva del ordenamiento (*ius constitutionis*) y no como una garantía subjetiva del justiciable (*ius litigatoris*) (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 77), como lo es ahora.

Ahora bien, la convivencia del *ius constitutionis* con el *ius litigatoris* en el recurso de casación, en la doctrina, no es pacífica, por el contrario, y aunque la doctrina acepta que dicha convivencia existe, los extremos del debate giran en torno a qué función debe primar en nuestros días, el *ius constitutionis* o el *ius litigatoris* o, en todo caso, si es posible una convivencia de ambas finalidades en un sistema jurídico que desea la realización de los principios de predictibilidad, de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

En efecto, como ya se adelantó, el recurso de casación –desde un modelo político y legislativo, original-, ha podido evolucionar satisfactoriamente a las nuevas necesidades sociales, pero, estas necesidades ahora en nuestros días, exigen una nueva reformulación del

recurso de casación, y es precisamente para responder a ellas que se ha generado el debate entre la preeminencia del *ius constitutionis* sobre el *ius litigatoris*.

II.2. Retos actuales del recurso de casación.

II.2.1. Entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional.

Es importante dejar en claro que el modelo original de casación de los siglos XVIII, XIX e inicios del XX, respondía a otra estructura de estado, muy diferente del que ahora impera.

En efecto, es claro que el recurso de casación encuentra sus orígenes en el desarrollo del Estado de Derecho, que supone las siguientes características esenciales:

- a. Supremacía de la ley como expresión de la voluntad popular, por sobre la voluntad del soberano o rey (GLAVE MAVILA, 2012, págs. 103-104), del Antiguo Régimen.

- b. División de poderes, donde un Poder Judicial disminuido y del que se desconfiaba, estaba confiado a la mera aplicación de la ley –a la que estaba sometido-, sin posibilidad de interpretarla, pues ello, suponía invadir la competencia del Poder Legislativo.
- c. La ley era general y abstracta, y su estructura se reducía al supuesto de hecho y a una consecuencia jurídica.

Al ser general, se entendía que la regla –la ley- debía ser aplicada a todos por igual, garantizando el principio de igualdad ante la ley. Por otro lado, al ser abstracta, implicaba que se podía aplicar por igual a una serie indeterminada de supuestos de hecho, a lo largo del tiempo, garantizando la previsibilidad y seguridad jurídica (GLAVE MAVILA, 2012).

- d. De este modo, la ley era la fuente y garantía de la igualdad ante la ley de las personas, ella brindaba predictibilidad –pues las consecuencias jurídicas se aplicaban a todos los ciudadanos, por igual- y la seguridad jurídica –su vigencia en el tiempo, garantizaba la necesaria estabilidad para las actividades sociales y relaciones mercantiles-. Siendo la ley un instrumento tan importante, es que se abrió paso a la codificación del derecho (GLAVE MAVILA, 2012), que tuvo al Código Civil Napoleónico como su primer representante.

Por su parte, luego de la Segunda Guerra Mundial se perfila un nuevo modelo de estado, que ahora damos en llamar Estado Constitucional –o neoconstitucional-, que según la doctrina parte de la convergencia de dos tradiciones jurídicas: el constitucionalismo norteamericano y el constitucionalismo francés post revolucionario (PRIETO SANCHIZ, Luis, 2002, págs. 111-113) Nos dice MARINONI:

“No hay duda de que el *civil law* pasó por un proceso de transformación del concepto de derecho y jurisdicción. Como el derecho pasó a depender de que la ley se acomodara a la Constitución, la judicatura pasó a tener la función de controlar la validez de la ley a partir de los derechos fundamentales, además de buscar la interpretación conforme a la Constitución, mediante una actividad dirigida a preservar la ley que excluyera las interpretaciones inconstitucionales.” (MARINONI, 2015, pág. 90)

Dentro de ese marco, el estado constitucional –o neo constitucional- tiene las siguientes características:

- a. La ley deja de ser el modelo supremo del orden jurídico.

“Hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento (...)” (GLAVE MAVILA, 2012)

Así las cosas, la ley ya no es la “*medida*” de las cosas, sino que ahora la ley está subordinada a los derechos fundamentales (MARINONI, 2015, pág. 90)

- b. Es ahora la Constitución la que es el sustento del Estado Constitucional, y se convierte en norma suprema del estado:

“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el ámbito del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. (MARINONI, 2015, pág. 90)

- c. Ya no se puede hablar únicamente de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas –reglas-, sino de principios que se relacionan de un modo muy diferente –a través de la ponderación-.

- d. Si bien formalmente, la Constitución es el vértice del sistema, al cual todos están sujetos, ello se justifica en tanto, a nivel material, tenemos valores supremos tales como la dignidad humana, la soberanía popular, la división de poderes, derechos humanos y fundamentales, la tolerancia, pluralidad de partidos e independencia de los tribunales (GLAVE MAVILA, 2012)

- e. La labor de los jueces se replantea, pues ya no están sujetos a la ley sino ahora a la Constitución y, en base a ella, es que principalmente deben medir sus actuaciones. Por ello, la labor del juez debe estar más ligada “*a la interpretación de los principios del sistema al cual pertenece.*” (GLAVE MAVILA, 2012), antes que a la interpretación de reglas.

Como sostiene GONZALES MANTILLA:

“(…) en un Estado Constitucional, el principio del juez pre constituido por ley presupone la necesidad que la actividad del juez, igualmente imparcial, provea de unidad al sistema jurídico, unidad que más que ser a priori impuesta por el legislador, se convierte en una tarea a posteriori buscando la articulación de los principios del sistema.” (GONZALES MANTILLA, 2007, pág. 102)

Sostiene MARINONI:

“(…) se impuso al juez, además del deber de razonar a partir de normas-principios, que proyectan figuras imprecisas, la necesidad de considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales. Ello amplió el espacio judicial para expresar el derecho y resolver el caso litigioso. Como resulta obvio, esto desmoronó la creencia de que el juez podía decidir mediante un mero razonamiento lógico, subsumiendo las situaciones concretas en las hipótesis abstractas que contienen el sistema jurídico. De este modo se acabó con la pretensión de lograr certeza jurídica y previsibilidad mediante el esquema positivista (…) de finales del siglo XIX (…)” (MARINONI, 2015, pág. 91)

Ahora, el juez no sólo interpreta la ley, sino que ejerce una función de control sobre todos los otros poderes del Estado, en la medida que se ajusten a límites constitucionales.

Como se aprecia, el modelo de la casación responde a un contexto histórico, político, jurídico y social muy diferente, por lo que una de las primeras preguntas que podemos hacernos es ¿qué criterios debe tener un juez –o tribunal- al momento de resolver un recurso de casación en el marco de un estado constitucional?

En principio, compartimos la idea que un juez no sólo debe buscar el sentido o la interpretación exacta de la ley, en el sentido formal, sino que, en base a razones busque encontrar coherencia y unidad en el sistema, utilizando principios (GLAVE MAVILA, 2012, pág. 107). Ahora bien, ello puede chocar con los fines de la casación y las funciones de la Corte Suprema, ya que el principal mecanismo para lograr la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica responde a una finalidad de interpretación formal de reglas y no de principios (GLAVE MAVILA, 2012, pág. 107)

Ello supone una nueva concepción de las funciones de la casación, especialmente de la nomofiláctica:

“La función nomofiláctica en tiempos del estado constitucional más bien atiende a la exactitud del método de interpretación de la ley, pues de esta forma se busca garantizar que la elección de la interpretación esté fundada en las mejores razones (...). Lo que se quiere decir con ello es que en realidad a través de la función nomofiláctica se da una corrección del procedimiento de

elección utilizado para la interpretación de la ley” (GLAVE MAVILA, 2012, pág. 107)

No sólo un replanteo de la función de nomofilaquia, sino una función de uniformización de la jurisprudencia:

“Un sistema que da al juez de primera instancia la facultad de controlar la constitucionalidad de la ley e interpretarla según la Constitución no puede prescindir de un sistema de precedentes obligatorios, en la medida que corresponde al tribunal supremo o al constitucional decir la última palabra sobre el significado de las normas constitucionales.” (MARINONI, 2015, pág. 107)

Podemos estar de acuerdo o no con una variación de las funciones del recurso de casación, conforme a lo antes expuesto, pero sí creemos que dentro de un Estado Constitucional, la orientación del recurso de casación y de las cortes supremas debe ser replanteadas, sobre todo en favor de una orientación que favorezca el *ius constitutionis*.

II.2.2. Entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*.

Ya hemos dicho que a inicios del siglo XIX estábamos ante un recurso de casación que respondía a un *ius constitutionis* en estado puro –que, además de defender la supremacía de la ley, sus decisiones eran negativas y con reenvío-, no obstante ello ha ido cambiando.

En efecto, aunque se pregonara que la defensa de la ley y la uniformidad de su aplicación eran los fines de la casación, “*no cabe desconocer que siempre que se entra a resolver el*

fondo (...) se está protegiendo un cierto ius litigatoris” (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 488) Por tanto, se puede decir, con cierta tentación, que ambos fines son complementarios.

La incursión de esta nueva finalidad marcó una nueva casación donde, a criterio de ASENCIO, se confundían los fines de la casación, haciéndola más compleja y, ciertamente, apartada de sus orígenes, aproximándose, en ocasiones, a una tercera instancia. Ello se origina, según el mismo autor, con las nuevas regulaciones de la casación, por ejemplo la inclusión de motivos casacionales. Y es que durante el siglo XX la sociedad empieza a reclamar un Poder Judicial independiente que controle la actividad del Ejecutivo (ASENCIO MELLADO, 2015), con lo que se llega a un punto “*importante de discrecionalidad judicial, casi de creación del derecho*” (ASENCIO MELLADO, 2015).

Para el *ius constitutionis* es más importante mejorar la aplicación de la ley, es decir, dicho concepto, está en relación con la función pública de la casación, cual es velar por la correcta aplicación e interpretación del derecho. En cambio, para el *ius litigatoris* está en juego el interés individual o privado, y éste debe ser el preponderante, en otras palabras, busca que el recurso de casación logree, por sobre todo, no una función pública (aplicación correcta del derecho), sino la justicia del caso concreto (HURTADO REYES M. , La Casación Civil, 2012, pág. 71)

Actualmente, existe mucho debate sobre cómo deben ser las relaciones entre ambas finalidades del recurso de casación, o *ius constitutionis*, o combinado con el *ius litigatoris*.

Como se ha visto, en el siglo XVIII y XIX –con la creación del Tribunal de Casación y luego la Corte de Casación- había un *ius constitutionis* en estado puro; no obstante, es evidente que ello ha ido modificándose, y aunque se pregonaba la defensa de la ley y la

uniformidad de en la aplicación de ésta, “*no cabe desconocer que siempre que se entra a resolver el fondo (...) se está protegiendo un cierto ius litigatoris*” (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 488)

Precisamente, la existencia de ambos fines genera controversia en la doctrina sobre qué finalidad debe primar o, finalmente, si es posible que ambas convivan como finalidades inevitables del recurso de casación.

De este modo, el recurso de casación ¿puede cumplir ambos fines por igual? o ¿debe primar uno de ellos?

La certeza de que al lado del *ius constitutionis* se encuentra el *ius litigatoris*, para un sector de la doctrina implica una confusión de los fines de la casación, con el resultado de una casación más compleja y apartándose, progresivamente, de sus orígenes –un *ius constitutionis* puro-, aproximándose en ocasiones a una tercera instancia (ASENCIO MELLADO, 2015)

No debe olvidarse que la casación “*nació para dar respuesta a un interés público, así se genera la función uniformadora (...) y la función nomofiláctica (...): se quiere dar a conocer ‘cómo y de qué forma se interpretaba y aplicaba correctamente la ley’*” (HURTADO REYES M. , La Casación Civil, 2012). Por lo que cabe la pregunta ¿es necesario que el recurso de casación regrese a proteger únicamente el interés público?

Al ser las partes, que promueven el recurso, las interesadas en que se resuelva su conflicto, se puede pensar que, como dijimos antes, no puede entenderse el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* por separado, uno no se puede cumplir sin el otro (HURTADO REYES M. , La Casación Civil, 2012)

Sin embargo, en nuestra opinión, la convivencia, existencia y relaciones de dichas finalidades son las que deben ser replanteadas de cara a un recurso de casación que responda a las necesidades contemporáneas, un recurso que se debate entre dar prioridad –o tratamiento por igual- al *ius constitutionis* o al *ius litigatoris*.

Este debate del que hablamos nos es resumido por TARUFFO en lo que llama una “*crisis de identidad de la Corte de Casación*” (TARUFFO, 2005, pág. 222)

“(…) deriva del hecho que ella oscila entre dos modelos diversos, y por ciertos aspectos incluso contradictorios. Defino al primer modelo de ‘tercera instancia’ y el segundo modelo ‘de Corte Suprema’ para subrayar que en el primero el factor dominante consiste en ver a la Casación como el tercer grado del sistema de las impugnaciones, mientras que en el segundo el factor dominante consiste en ver a la Corte como vértice de la jurisdicción y último garante de la legalidad. (TARUFFO, 2005, pág. 222)

Pues bien, como dijimos, la realidad parece decir que ambas finalidades son las dos caras de una misma moneda, concluyendo que se realiza la finalidad pública, a la vez que se realiza la justicia en el caso concreto, pero como nos lo explica TARUFFO, son dos visiones –o funciones- diferentes sobre cómo debe actuar el órgano ubicado en el vértice de la jurisdicción. Ambas funciones tienen finalidades diferentes y hasta incompatibles:

“Porque si se quiere primar la primera [en alusión al *ius litigatoris*], es conveniente regular el recurso de forma amplia y evitar condiciones excesivas. Pero, si se busca lo segundo [en referencia al *ius constitutionis*], es

obligado restringir al máximo el acceso. Cuando todas las finalidades se quieren evidenciar, la regulación es muy compleja y surgen disfunciones que dan lugar, incluso, a que el mismo tribunal supremo, dada la ingente cantidad de recursos establezca límites⁷ que no son adecuados para alguna o todas las funciones que se prevén.

No se satisface, en fin, adecuadamente, ninguna de ellas.” (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 488)

En efecto, tenemos la certeza que un recurso de casación que busque cumplir con ambas finalidades lleva dentro de sí mismo las razones de su fracaso. Un recurso de casación no va a poder cumplir una función pública –defensa de la legalidad y uniformización- si a la vez trata de buscar una solución al caso concreto, pues el detalle casuístico –que debe ser tarea del juez o jueces de instancia- impide una interpretación de la ley o la Constitución que pueda ser uniformadora del sistema. La sobrecarga procesal lleva la imposibilidad de la uniformización. En este caso, los métodos (para reducir carga procesal) típicamente usados por nuestro ordenamiento eliminan materias relevantes para el sistema. En suma, o se busca un modelo de recurso de casación *ius litigatoris* –donde no será necesario un recurso ante la corte suprema que alargaría los procesos excesivamente, por lo que con dos instancias bastan⁸-, o se perfecciona un modelo *ius constitutionis*, como único fin la uniformidad del derecho, y la mejor interpretación de las leyes y la Constitución.

⁷ Entre los límites no adecuados pensamos, por ejemplo, en el aumento, sin ningún criterio más allá de limitar el acceso de casos a la Corte Suprema, de la cuantía implicada en las controversias, como sucede en la casación española (LOPEZ SIMÓ, Francisco, *Sobre las recientes medidas de agilización del Proceso Civil español (Ley 37/2011, del 10 de octubre)*, en: *Derecho y Sociedad*, Lima, No. 38, 2012, p. 254).

⁸ *Ibidem*, p. 477

Ahora bien, desplazando el *ius litigatoris*, es evidente que una posible solución pasa por un replanteo de las funciones nomofiláctica y uniformizadora.

MARINONI, ante esta situación dice:

“Un tribunal supremo de corrección tiene razón de ser cuando se considera que hay un parámetro externo para controlar las decisiones de los tribunales estatales o regionales. Por ello, cuando se suponía que la decisión declaraba la norma contenida en el texto legal, se aceptaba la idea de un tribunal supremo encargado de corregir las decisiones.

No obstante, cuando se tiene que conciencia de que la norma se produce mediante la interpretación de la ley y de que el tribunal supremo tiene la función de atribuir sentido al derecho, deja de haber parámetro externo para que el tribunal supremo controle las decisiones de los tribunales inferiores.”

(MARINONI, 2015, págs. 106-107)

En efecto, en un modelo de derecho constitucionalizado, la norma ya no se encuentra en el mismo texto legal -como se pensaba en un estado legalista post Revolución Francesa-, sino que se tiene conciencia que el texto legal –o disposición- puede contener varias interpretaciones posibles –por la propia naturaleza equívoca del lenguaje escrito-, de tal modo que es el juez –en su ejercicio de interpretación jurídica- el que selecciona –en base a sus propios criterios morales, personales y jurídicos- cuál es la mejor norma aplicable al caso concreto (ARINON, 2013) Ello no es más que la teoría de la interpretación opuesta a la formalista imperante junto al estado legalista.

Será pues la mejor interpretación de la disposición, hecha en base a las mejores razones, la norma aplicable al caso y que sirva de guía a las instancias inferiores del Poder Judicial. De este modo, naturalmente corresponde al supremo tribunal convertirse en el llamado a uniformizar el derecho en base a sus motivos pertinentes, mediante precedentes.

Ello modifica sustancialmente el contenido de la función de la nomofilaquia y de la uniformización, de cara a un estado constitucional y la teoría de la interpretación. En otras palabras, si queremos que el recurso de casación –y, con ello, las funciones de la Corte Suprema- cumpla una función *ius constitutionis* -o pública-, no se puede mantener los conceptos tradicionales de aquellas funciones, sino que su contenido debe verse replanteado para cumplir sus finalidades. Ello debe ser materia de una nueva regulación en el Código Procesal Civil, por ejemplo –y no sólo de éste, sino incluso en las funciones de la Corte Suprema.

En este sentido, cuando hablamos de la nomofilaquia ya no debe entenderse como en la defensa de la ley, como tradicionalmente se ha establecido, sino, como sostiene TARUFFO, en la defensa de la mejor interpretación de una norma (TARUFFO, 2005, pág. 224) no sólo al amparo de la ley, sino al amparo de la Constitución.

Como se aprecia, la interpretación de la norma –a fin de determinar la disposición aplicable-, será la verdadera riqueza de la decisión judicial, y no sólo la parte resolutive. En efecto, cobra absoluta importancia la motivación judicial, pues muestra el razonamiento utilizado para llegar a una solución en un determinado caso concreto, solución que se puede replicar en varios otros casos. De tal modo, que si la parte resolutive es la que en su mayor medida puede interesar a las partes –pues resuelve su caso concreto- en la sede suprema ello debe dejarse de lado –la solución al caso concreto- sino los criterios utilizados para llegar a determinada interpretación. La motivación judicial en la Corte Suprema y dentro de

la teoría de la interpretación, deja de ser un medio, sino un fin en sí misma (PALACIOS PAREJA, 2010)

Por otro lado, la función uniformizadora –a través de precedentes obligatorios- debe ver también reformulado su contenido y, es claro, su importancia cobra relevancia, pues la creación de la disposición aplicable al caso debe plasmarse como solución en casos futuros.

“Un sistema de precedentes obligatorios (...), debe verse como una técnica imprescindible para garantizar la unidad del derecho que proclaman los tribunales del supremos y, por ende, para tutelar la igualdad y la seguridad jurídica de los litigantes.

Así, el derecho de los tribunales supremos debe tener una autoridad capaz de obligar a los tribunales inferiores, pues tiene autonomía en relación a la ley. Si el texto de la ley no garantiza la igualdad, el sistema de precedentes no es más que el corolario de la función contemporánea de los tribunales supremos, de atribuir sentido al derecho.” (MARINONI, 2015, pág. 102)

La función uniformizadora no puede cumplir sus objetivos en un sistema en donde el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* conviven al mismo tiempo. En efecto, Michelle TARUFFO nos dice que en un modelo de “*tercera instancia*” –o de corrección, como diría MARINONI-, no tiene ningún interés con lo que se resuelva en los demás casos, por el contrario, la relevancia la tiene absolutamente el caso que se resuelve en ese momento. Por el contrario, en un modelo de “*corte suprema*”, el interés sobre el caso concreto cede ante el de establecer criterios generales y valederos para demás casos concretos similares (TARUFFO, 2005, pág. 232)

Como se aprecia, el destino del recurso de casación, tiene incidencia directa con el de la Corte Suprema. Una modificación va de la mano con una sobre la máxima instancia jurisdiccional

La doctrina propone varias modificaciones necesarias que se enfocan en una modificación conjunta de la Corte Suprema con el recurso de casación. A criterio de MONROY (MONROY GÁLVEZ, Las Cortes Supremas en la postmodernidad, en: El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación, Ponencias del Quinto seminario internacional de derecho procesal: Proceso y Constitución, 2015, pág. 168) son relevantes las siguientes reformas:

- a. Que a la Corte Suprema lleguen pocos casos. Sobre esta necesidad hay prácticamente unanimidad en la doctrina. Sólo por citar ejemplos, no sólo MONROY, sino autores como PRIORI (PRIORI POSADA, 2007, pág. 317) y ASENCIO MELLADO (ASENCIO MELLADO, 2015), apremian esa necesidad.

Sobre ello, saltan los ejemplos comparados de las Cortes Supremas del modelo Angloamericano o del *Common Law*, quienes, precisamente, para dotar de autoridad a sus decisiones no ven muchos casos al año. Por ejemplo, la Corte Suprema inglesa no conoce más de 100 casos al año, tan igual como la Corte Suprema norteamericana (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992, pág. 164)

“Esto significa que se puede concretar un control de legalidad dirigido a uniformar la jurisprudencia, es decir, mirando al futuro, pero a costa de

tramitar y decidir un número reducido de casos.” (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992)

Similar es el caso del Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof o BGB), que entre 2004 y 2013 ha conocido un promedio de 3513 casos al año (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992)

Si bien existe prácticamente unanimidad en la doctrina sobre que una corte suprema que desee tener una finalidad *ius constitutionis* deba reducir los casos que conoce, no lo es tanto el mecanismo por los que lo debe lograr, pero en nuestra opinión consideramos que la decisión sobre qué casos ingresan a la Corte Suprema vía casación, esté en manos de la Corte o la ley, pero no de los justiciables⁹:

“Si como ya se expresó, la eficacia del precedente judicial es inversamente proporcional a su número, es imprescindible que sea el sistema quien decida cuando actúa la Corte Supremo y no el justiciable.” (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992, pág. 164)

Es el *certiorari* un ejemplo donde el sistema es el que dispone cuando actúa el supremo, y no los justiciables. En efecto, este sistema nació en los Estados Unidos, fundándose en “una crítica al sistema de justicia porque los jueces no dedicaban la mayor parte del tiempo a los verdaderos problemas jurídicos” (GLAVE MAVILA, Certiorari y procesos colectivos, en: El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del quinto seminario internacional de derecho procesal.

⁹ Sobre ello se puede consultar a PRIORI POSADA, Giovanni, La Corte Suprema que queremos, op. cit.

Proceso y constitución, 2015, pág. 282). Es el *certiorari* es un “*acto discrecional*” (GLAVE MAVILA, El Recurso de Casación en el Perú, en: Derecho y Sociedad, 2012) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, por el cual éste decide sin argumentación oral u opinión qué impugnaciones conocerá y resolverá.

Obviamente, sólo los temas relevantes para el derecho serán vistos por el Supremo.

Un método similar encontramos en el modelo alemán, donde también se le concede un poder casi discrecional a las Cortes de Apelaciones para decidir qué casos se concederán. Así, desde el año 2001, sólo se concede el recurso cuando: (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992)

1. En los casos de fundamental importancia.
2. Cuando el tribunal considere que su decisión es necesaria para generar jurisprudencia uniforme
3. Para concretar una evolución del derecho.

De este modo, la Corte decide qué casos pueden ser relevantes para el sistema jurídico alemán y, bajo esa condición, se permite su ingreso.

Ello no sucede, por ejemplo, en el sistema italiano, en el cual la Constitución reconoce a los ciudadanos un “derecho subjetivo individual a impugnar” (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992) -mediante recurso de casación. Ello se ha traducido en una sobresaturación de la Corte (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992) a pesar de todos los mecanismos ideados para bajar la carga, inclusive

el aumento de magistrados –en 196 habían 500 jueces (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992)

“En un escenario como el descrito, el intento de buscar la uniformidad de la jurisprudencia por medio de precedentes ha fracasado, debido a que la utilidad de estos tiene una relación inversamente proporcional con su cantidad. El resultado es previsible: una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, contradictoria y por ello inconfiable que, por cierto, no produce ninguna autoridad.” (MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, 1992)

Sobre el aumento de magistrados en la Corte Suprema, es reconocido en la doctrina que no tiene el efecto deseado para disminuir la carga de las cortes supremas. Por ejemplo, comentando el caso italiano, PROTO PISANI (PROTO PISANI, 2015, pág. 538) afirma que ello no es una salida viable ni racional.

El sistema peruano es similar al italiano, en el sentido que la decisión del acceso al sistema reposa en los litigantes y no en el sistema. Nos explicamos, basta con que las partes cumplan con los requisitos estipulados en la ley –cuantía, naturaleza de la resolución y características del recurso- para adquirir el derecho para que la Corte Suprema tenga que emitir una decisión sobre la forma y, de ser el caso, fondo del recurso (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 78)

La reducción de causas, consideramos, facilitarían las otras reformas necesarias, para alcanzar los objetivos -que ya hemos mencionado antes- sobre el logro de un

recurso que permita emitir precedentes acorde a un estado constitucional y una teoría de la interpretación que permita que las motivaciones expresadas en las sentencias sean guías dotadas de autoridad.

- b. Que las sentencias conviertan a la jurisprudencia en una guía de la interpretación legislativa.
- c. Que la jurisprudencia se convierta en el método más idóneo de evolución del ordenamiento jurídico nacional.
- d. Que las Cortes supremas se conviertan en una autorizada expresión de poder jurídico, social y político.

Ello no hace más que ratificar la estrecha vinculación que existe entre recurso de casación, precedente y corte suprema.

Nuestra posición esta por mantener la vigencia del recurso de casación, pero el mismo debe estar orientado a determinados parámetros para que cumpla la función de unificación de la jurisprudencia, la seguridad jurídica y la igualdad.

Actualmente, veremos en el siguiente capítulo, el Perú tiene una casación muy compleja, donde se combina el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, mezclando requisitos, muchas veces meramente formales, que impiden lleguen a la Corte de Casación causas cuyo fondo o controversia es muy importante para fijar criterios y poder reducir la carga procesal y los conflictos sociales. En este sentido, lo mejor será regular una casación que realmente cumpla una sola función “*con exclusión de las demás*” (ASENCIO MELLADO, 2015, pág. 490)

4.3 EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ

A lo largo de los dos capítulos anteriores, hemos podido establecer no sólo los orígenes del recurso de casación, sino los principales retos que le demandan el estado constitucional –o neo constitucional- y una sociedad cada vez más compleja.

Dichos retos, es inevitable, son vividos en nuestro sistema jurídico, y demandan, en la misma o mayor intensidad, un replanteo del recurso de casación, sobre todo que nuestra Corte Suprema ejerza un real poder uniformizador.

Sin embargo, al lado de los problemas globales, como es la excesiva carga procesal, los conflictos sobre la necesidad de eliminar cualquier consideración sobre una tercera instancia, también están presentes.

En las líneas que siguen revisaremos los antecedentes de la casación en el Perú y la profunda confusión –por error o por voluntad- con una tercera instancia. Revisaremos también la actual regulación en el Código Procesal Civil, la reforma de la Ley 29364, así como las reformas frustradas y pendientes para lograr un recurso de casación funcional a un estado de derecho constitucional –o neo constitucional-.

Como veremos, uno de los principales problemas de la Corte Suprema es la sobre carga procesal, situación que impide, a nuestro criterio, ejercer una debida labor con el recurso de casación –sobre todo una labor uniformizadora de la jurisprudencia-. Esta situación, de sobrecarga y confusión –ex profesamente o por equivocación- de las labores de la Corte Suprema, no tiene orígenes en el Código Procesal Civil (CPC), ni siquiera en la Constitución de 1979, sino de muchos años atrás, y encuentra –sin poderse definir un momento histórico- sus raíces en una sociedad profundamente litigiosa, como la nuestra.

III.1. Antecedentes del recurso de casación nacional.

Es necesario, a nuestro entender, investigar cuál fue la tradición jurídica nacional previa a la institucionalización oficial del recurso de casación en el Código Procesal Civil (CPC), es decir, qué tipo de recursos ocupaban su lugar como posibilidad de ser conocidos por el supremo tribunal, cuál era su naturaleza –rescindentes o rescisorios, por ejemplo-. Ello nos ayudará, a nuestro entender, a comprender la concepción que tenemos del recurso de casación y la utilización que le damos no solo los litigantes, sino nuestras autoridades judiciales.

Nuestra Constitución de 1823 –la primera de nuestra vida republicana- establecía en su artículo 100, inciso 6, lo siguiente: *“Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores, para el efecto de reponer y devolver.”*¹⁰

La referencia a *“reponer y devolver”* nos indica inequívocamente que la Suprema Corte, al momento de pronunciarse sobre un recurso de nulidad contra una sentencia emitida en última instancia por las Cortes Superiores, tenía una competencia rescindente –o negativa- y, como consecuencia de ello, con reenvío (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 260). Es decir, no actuaba en sede de instancia, sino a modo del Tribunal o la –posterior- Corte de Casación, francesas.

Posteriormente, la Constitución de 1826 mantiene el mismo esquema que su antecesora, aunque se haya eliminado la frase *“reponer y devolver”* *“Artículo 105.- Son atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia: 9.- Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes de Justicia.”*¹¹

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1823, artículo N° 100, inciso 6.

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1823, artículo N° 100, inciso 6.

La Constitución de 1828, en su artículo 111, inciso 5 es algo aún más escueta, pero aún mantiene la competencia para conocer de los recursos de nulidad: *“Son atribuciones de la Suprema Corte de Justicia: 5.- De los recursos de nulidad contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores en el modo y forma que designe la ley.”*¹²

Con la Constitución de 1834, en su artículo 114, inciso 7, se establece que los procesos terminan en las Cortes Superiores, pero hay una libre configuración legal para establecer o regular el recurso que será de competencia de la Corte Suprema (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 260): *“Artículo 114.- Son atribuciones del Corte Suprema de Justicia: 7.- De los recursos que establezca la ley contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores.”*¹³

La ley de desarrollo de la disposición constitucional glosada se dio el 12 de agosto de 1834, estableciendo que la Corte Suprema conocería del recurso de nulidad, con naturaleza negativa y con reenvío, siendo sus causales las siguientes (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015):

- a. Falta de jurisdicción de los jueces.
- b. Por *“invertirse el orden esencial de los juicios infringiéndose las leyes que reglan a los procesos”*.
- c. Por infracción de los artículos constitucionales sobre administración de justicia.
- d. Por sentencia pronunciada contra la ley *“expresa y terminante”*.

¹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1828, artículo 111, inciso 5.

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1834, artículo 114, inciso 7.

En la Constitución de 1839 también se establece la competencia de la Corte Suprema de conocer el recurso de nulidad “*contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores*”¹⁴

En la Constitución de 1856 desaparece toda mención a las competencias de la Corte Suprema y de los demás órganos jurisdiccionales, dejado para desarrollo legislativo¹⁵.

Este último criterio se mantiene en las siguientes constituciones: la del año 1860 (Título XVII), del año 1867 (Título XVII), de 1920 (Título XVII) y de 1933 (Título XI).

Como sostiene ARIANO, en criterio que compartimos, la Corte Suprema nunca fue tercera instancia por lo menos hasta antes de la Constitución de 1856. El cambio a tercera instancia se dio, según la misma autora, con el Recurso Extraordinario de Nulidad del Código de Enjuiciamiento Civil de 1852 y el Decreto Dictatorial de Castilla de 1855 (ARIANO DEHO, *Impugnaciones procesales*, 2015, pág. 263)

Así, ARIANO sostiene que en el artículo 1733 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1852 se reguló el recurso de nulidad pero bajo los alcances de la –en ese momento vigente– Constitución de 1839¹⁶, y tuvo las siguientes características: (ARIANO DEHO, *Impugnaciones procesales*, 2015)

- a. Contra sentencias o autos “*que causa[ban] ejecutoria*”.
- b. No tenía efecto suspensivo (artículo 1741).
- c. Según el artículo 1751, en caso sea una sentencia pronunciada “*contra ley expresa*”, el fallo de la Corte Suprema tendrá efecto sustitutivo.

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1834, artículo 114, inciso 7.

¹⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1834, artículo 114, inciso 7.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1834, artículo 114, inciso 7.

En los demás casos se debía reponer “*la causa al estado en que se cometió alguno de los vicios que anulan el juicio*”.

Concluye ARIANO (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015) que este diseño original del Código de Enjuiciamiento no era medio para hacer valer una tercera instancia, es decir, no era medio para hacer valer la injusticia de la sentencia *in facti*, sino solo *in iure*, ya que debe haberse dado –la sentencia- “*contra ley expresa*”.

Por Decreto Dictatorial del 31 de marzo de 1855, se cambió el modelo de Recurso de Nulidad original del Código de Enjuiciamiento a uno “*ordinario recurso devolutivo sustitutivo*” (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 264)

Según el segundo considerando del referido decreto, el artículo 1751 del Código en mención sería una tercera instancia y el artículo 6, del decreto, le da facultades a la Suprema “*para reformar o revocar las resoluciones de vista*” (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 264)

Ello explica que para la Constitución de 1856 haya desaparecido toda mención a las competencias de la Corte Suprema con el Recurso de Nulidad, lo explica en tanto ya para esa fecha estaban reguladas por ley su naturaleza que era, repetimos, de una tercera instancia, es decir, positivas (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 265)

Ahora bien, buscando entre las razones de la expedición del Decreto Dictatorial del 31 de marzo de 1855, tenemos que junto con el Recurso de Nulidad existía otro recurso denominado Súplica–regulado en el artículo 1648 del Código de Enjuiciamiento Civiles (RAMOS NUÑEZ, 2006, pág. 428), y que representaba un medio para que la Corte Suprema revise una sentencia como una verdadera tercera instancia, “*cuando el*

pronunciamiento en segunda instancia fuera distinto al del juez inferior” (LÓPEZ BLANCO, 2016)

De este modo, entendemos que antes del referido Decreto Dictatorial existían, por lo menos, dos recursos para acceder a la Suprema, uno el Recurso de Nulidad –de naturaleza rescindente con, obviamente, reenvío- y la Súplica que al ser tercera instancia tenía una naturaleza devolutiva y rescisoria -o sustitutiva-. El Decreto Dictatorial tuvo como objetivo derogar la súplica.

Sin embargo, esa medida no tuvo como efecto la desaparición de la súplica, sino su “*absorción*” en el Recurso de Nulidad, bajo el entendido que éste podía atender las demandas de aquella (LÓPEZ BLANCO, 2016)

Es a partir del Decreto Dictatorial en mención, que la Corte Suprema se convierte en una tercera instancia.

Por tanto, desde ese momento el Perú tuvo una tercera instancia, situación que fue mantenida en el nuevo Recurso de Nulidad que regularía el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (artículos 1122 y siguientes), reiteramos, como una tercera instancia de competencia de la Corte Suprema –naturaleza devolutivo sustitutiva, con efecto suspensivo (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015, pág. 264)-, con algunas limitaciones establecidas en los artículos 1125, 1127 y 1132.

III.2. El recurso de casación del Código Procesal Civil (CPC), antes de la reforma del año 2009.

III.2.1. El marco constitucional de 1979 y 1994.

Estando aún vigente el Código de Procedimientos Civiles de 1912 se da la Constitución de 1979, primera disposición que menciona en la historia del Perú¹⁷, a nivel normativo, al recurso de casación.

En efecto, la Constitución de 1979 establece en su artículo 241:

“Artículo 241. Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala.”

Esta duplicidad de funciones, como hemos visto, ya se mantenía históricamente desde la Constitución de 1856 –con el Decreto Dictatorial del 31 de marzo de 1855–, con la función del recurso de súplica y el recurso de nulidad. La diferencia es que ambas funciones aparecían separadas en este nuevo marco constitucional, poniendo a la Corte Suprema con la competencia de actuar o en sede de instancia o en sede de casación.

Hay coincidencia en la doctrina nacional, en que ambas funciones o competencias de la Corte Suprema han contribuido históricamente a la sobrecarga de labores (ZELA VILLEGAS , 2010, pág. 193)

Ello, tal vez fue advertido por los constitucionalistas de la Constitución de 1979. Ello puede ser entendido según consta del diario de debates de la Asamblea Constituyente de la Carta de 1979, ya que la intención de regular la casación a nivel constitucional era con la idea de brindar *“la posibilidad que [la Corte Suprema] comience a conocer en casación de algunos asuntos que se vaya[n] ensayando en el país, que la Corte Suprema, además de tercera instancia pueda ser Tribunal de Casación, a efecto de que cuando evolucione el*

¹⁷ Como hemos visto, a nivel constitucional, había un “silencio” constitucional sobre las competencias de la Corte Suprema al conocer un recurso de nulidad, que se mantenía desde la Constitución de 1856.

Derecho y hayamos avanzado lo suficiente, pueda convertirse más tarde en solo un Tribunal de Casación” (ZELA VILLEGAS , 2010, pág. 195)

Por tanto, los legisladores de la Carta de 1979 ya tenían como objetivo –por lo menos formalmente- la reducción de las competencias de la Suprema a sólo casatorias.

En la Constitución de 1993 se reprodujo, prácticamente, las competencias de la Corte Suprema, conforme se precisa en el Artículo 141 *“Casación: Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.”*¹⁸

Sobre dicha norma, RUBIO CORREA señala que hay un matiz de diferencia con la Carta de 1979, entendiendo que la regla general es la competencia de la Corte Suprema en casación y, más bien, la excepción la actuación en sede de instancia –cuando el proceso se inicie en una Corte Superior o en la propia Corte Suprema (RUBIO CORREA, Estudio de la Constitución Política de 1993, 1999, pág. 162)

La experiencia ha podido decir que dicho matiz no contribuyó a la reducción de la carga procesal, por lo que fue insuficiente.

III.2.2. El Código Procesal Civil de 1994.

Hay consenso en la doctrina que el CPC en materia de casación tiene su antecedente en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1852, la misma que reguló el Recurso de Nulidad¹⁹.

¹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993, artículo N° 141.

¹⁹ Cabe mencionar que la denominación de *“Recurso de Nulidad”* fue acuñada por el legislador español cuando hizo la traducción literal del término francés *“casser”*, a *“anular”*, y el término *“Recurs de Cassation”*

Sobre los fines de la casación nacional, el texto original del Código Procesal Civil reconoció como finalidades del recurso al *ius constitutionis* y al *ius litigatoris*, lo cual se establece de una lectura conjunta de los artículos 384 y 396, inciso 1 del CPC. En efecto, mientras que el artículo N° 396, el cual señala los fines del recurso de casación “*la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.*”²⁰, tenemos que el artículo 396, inciso 1, establece que, en caso se ampare la sentencia por un vicio *in iudicando*, la ejecutoria suprema resolverá “según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses”, lo que no es más que el reconocimiento del fin *dikelógico*

Otra mención que se debe hacer es sobre las causales de admisibilidad del recurso – reguladas en el artículo 386 del CPC- y agrupadas en los conocidos errores *in iudicando* e *in procedendo*, distinción teórica que no encontraba un asidero real al momento de encontrar las causales para la interposición del recurso. En efecto, como hemos visto antes, en este tipo de formalidades innecesarias se encontraba la justificación para considerar al recurso de casación como extraordinario –o simplemente con el objetivo de reducir la carga procesal-. Otra característica del recurso de casación en este marco regulatorio original fue – como sucedía con todos los demás medios impugnatorios-, el efecto suspensivo de su interposición, establecido en el artículo 393 del CPC.

Sobre los efectos de la sentencia, ello dependía de las causales invocadas, así:

- a. Si se trataba de un vicio *in iudicando* -aplicación indebida, interpretación errónea, o inaplicación de una norma, de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; la decisión era sustitutiva –o positiva- sin reenvío.

por su versión española traducida como “*Recurso de Anulación*” o “*Recurso de Nulidad*” (QUIROGA LEÓN, Aníbal, op. cit., p. 719).

²⁰ CÓDIGO PROCESAL CIVIL, artículo N° 396 (artículo original).

- b. Si se trataba de un vicio *in procedendo* – contrarias a las normas que tutelan el debido proceso. O que infraccionen el debido proceso y la validez de los actos procesales -, la decisión era anulatoria –negativa- con reenvío, a fin que el órgano inferior se pronuncie nuevamente.

Una de las disposiciones estelares del CPC fue su artículo 400, el cual debía cumplir la finalidad uniformadora, en tanto y en cuanto establecía el procedimiento para la emisión de la “doctrina jurisprudencial”, es decir, decisiones impartidas por el supremo órgano judicial que, a partir de un caso concreto, establecían criterios de interpretación de la legislación uniformes con carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, ello con la finalidad de otorgar predictibilidad, seguridad jurídica y realizar el principio de igualdad ante la ley. El artículo 400 del CPC dispuso:

“Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque

no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”²¹

Como se puede apreciar la redacción establecía un procedimiento que no facilitaba la creación de precedentes, y ello se tradujo en que durante más de 10 años de vigencia del mismo, sólo se pudo emitir un solo precedente vinculante.

Uno de los factores que hacía engorroso el procedimiento fue que la “*doctrina jurisprudencial*” debía ser emitida no por un órgano jurisdiccional –ni siquiera el órgano jurisdiccional que conocía el caso a partir del cual se establecería el precedente- sino un órgano administrativo judicial: la Sala Plena (ARIANO DEHO, Impugnaciones procesales, 2015)

Ello implicaba la reunión de todos los magistrados supremos –nombrados- de todas las especialidades, aun cuando fuera de materia civil, lo que dificultaba los acuerdos.

Otro hecho que impedía llegar a un consenso fue el número de magistrados, pues en tanto mayor el número, mayor multiplicidad de criterios y mayor dificultad de adoptar una decisión (SAN MARTÍN CASTRO, 2007, pág. 316)

III.3. La reforma de la Ley 29364 y los nuevos retos de la casación civil en el Perú.

III.3.1. La necesidad de la reforma.

Según IOP PUCP el nivel de satisfacción del sistema de justicia varió del mes de noviembre de 2007 a octubre del 2009 del 45% al 35% (PALACIOS PAREJA, Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius, 2010)

²¹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993, artículo N° 400, “Precedente Judicial”.

Como sostiene PAREJA, para el ciudadano, en el Poder Judicial “*los casos duran mucho y cuestan mucho*” (PALACIOS PAREJA, Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius, 2010)

Ello, va unido al gran desprestigio del Poder Judicial, como puede observarse de la Quinta Encuesta Nacional sobre la corrupción del año 2008, en donde el 61% de los encuestados sostienen que el Poder Judicial no tiene un compromiso real para luchar contra la corrupción. Además, la misma encuesta refleja que el Poder Judicial es con el 61% la institución más corrupta²²

Por otro lado, la sobrecarga procesal en la Corte Suprema era –y es- una realidad.

Por ejemplo, en el año 2001 ingresaron 4418 recursos de casación a las Salas Civiles Supremas –transitoria y permanente- (GALLARDO NEYRA & FERNÁNDEZ PAREDES, s.f.)

De ellos, la Sala Civil Permanente emitió 516 resoluciones sobre el fondo del asunto –es decir, se culminó con el procedimiento del recurso de casación-, mientras que 1445 fueron declarados improcedentes –con lo que también finalizó el procedimiento-. (GALLARDO NEYRA & FERNÁNDEZ PAREDES, s.f.) Por otro lado, la Sala Civil Transitoria emitió 552 resoluciones sobre el fondo del asunto –con lo que culminó el procedimiento del recurso de casación-, mientras que 1549 fueron declarados improcedentes.

En el año 2002, ingresaron 3868 recursos de casación a las Salas Civiles Supremas (GALLARDO NEYRA & FERNÁNDEZ PAREDES, s.f.).

En ese año, la Sala Civil Permanente emitió 341 resoluciones sobre el fondo del asunto, mientras que 1439 fueron declarados improcedentes. Por otro lado, la Sala Civil Transitoria

²² Aunque se debe decir que dicha percepción iba descendiendo desde un 70% el año 2004 (Fuente: Proetica).

emitió 634 resoluciones sobre el fondo del asunto, mientras que 1245 fueron declarados improcedentes.

En el año 2003 ingresaron 3193 recursos de casación a las Salas Civiles Supremas (GALLARDO NEYRA & FERNÁNDEZ PAREDES, s.f.)

En ese año, la Sala Civil Permanente emitió 301 resoluciones sobre el fondo del asunto, mientras que 1182 fueron declarados improcedentes. Por otro lado, la Sala Civil Transitoria emitió 561 resoluciones sobre el fondo del asunto, mientras que 988 fueron declarados improcedentes.

En el año 2004 ingresaron 2967 recursos de casación a las Salas Civiles Supremas (GALLARDO NEYRA & FERNÁNDEZ PAREDES, s.f.).

En este año, la Sala Civil Permanente emitió 180 resoluciones sobre el fondo del asunto, mientras que 842 fueron declarados improcedentes. Por otro lado, la Sala Civil Transitoria emitió 524 resoluciones sobre el fondo del asunto, mientras que 867 fueron declarados improcedentes.

Por otro lado, en el año 2010, a tan solo un año después de la reforma, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema tuvo 2640 recursos de casación ingresados, de los cuales 554 eran pendientes del año 2009 (PODER JUDICIAL , 2018)

De esa cantidad de ingresos sólo 244 fueron resoluciones que se pronunciaron sobre el fondo del asunto, mientras que 1854 fueron declarados improcedentes. Es decir, un total de 2098 fueron casos resueltos por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (PODER JUDICIAL , 2018).

Respecto al mismo año 2010, y en el caso de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, se tiene que a ésta ingresaron 2740 recursos de casación, de los cuales 691 eran pendientes del año 2009 (PODER JUDICIAL , 2018)

De esa cantidad de ingresos sólo 254 fueron resoluciones que se pronunciaron sobre el fondo del asunto, mientras que 2351 fueron declarados improcedentes. Es decir, un total de 2605 fueron casos resueltos por la Sala Civil Permanente (PODER JUDICIAL , 2018)

Se debe mencionar que, en todos los años referidos, llama la atención el elevado número de casos declarados improcedentes, lo que se puede deber a varias razones (uso del recurso como medio dilatorio por lo que no se cumple con los requisitos, desconocimiento de los abogados en los requisitos del recurso, arbitrariedad de la Corte Suprema para rechazarlo).

Precisamente, otro de los problemas del recurso de casación nacional, es la utilización que de éste hacen las partes. En efecto, la experiencia procesal concluye que la utilización del recurso de casación lo es, muchas veces, con fines dilatorios, y ello no sólo contribuye a la distorsión de los fines casacionales, sino a la excesiva carga procesal de la Corte Suprema. Una prueba de ello es la cantidad de recursos de casación declarados improcedentes por las Sala Supremas Civiles.

“(…) no es forzado concluir que muchos de ellos [recursos de casación presentados el año 2003] fueron propuestos maliciosamente para prolongar el proceso.” (MONROY GÁLVEZ & MONROY PALACIOS, El recurso de casación y su imprescindible reforma, 2008)

No sólo ello, consideramos que la cultura procesal no solo del litigante nacional, sino también de los jueces, ha convertido al recurso de casación en una tercera instancia.

“(…) el juez supremo peruano venía de una tradición de más de un siglo de resolver, vía ‘recurso extraordinario de nulidad’, lo que literalmente quisiera, por eso, ante la presencia intempestiva y casi traumática del nuevo Código (…), no fue consciente de su nueva y trascendente función.” (MONROY GÁLVEZ & MONROY PALACIOS, 2008)

Además, como antes se manifestó, la función uniformizadora de la Corte Suprema, a través del recurso de casación, no se cumplía, como prueba de ello, basta decir que en varios años de vigencia del artículo 400 del CPC, sólo se tuvo un solo pleno casatorio.

Como se puede apreciar, el debate nacional, también estaba orientado a lo que se manifestó en el capítulo anterior, es decir, la organización de la Corte Suprema para que sea una Corte de Casación exclusivamente. Sobre ello, se puede decir que hay consenso en la doctrina a que la Corte Suprema reduzca sus funciones. Precisamente, la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia -Ceriajus, concluía:

“Conocedores de esta experiencia, los comisionados de la Ceriajus han optado por circunscribir aún más las potestades resolutorias de la Corte Suprema, dictaminando que deberá ocuparse tan solo en actividad casatoria (salvo la excepción del antejuicio). Al parecer, se espera contribuir así a la elaboración jurisprudencial y a la predictibilidad de los fallos jurisdiccionales, lo que ha de redundar en beneficio de todos, al permitir anticipar el sentido de las decisiones judiciales. Por lo demás, ello debe conducir asimismo a una

reducción del volumen de causas y quizá de la litigiosidad del país.” (Plan de Reforma de la Administración de Justicia de la Ceriajus, 2004)

De lo expuesto por la Ceriajus, inclusive se puede entender la opción de por una Corte Suprema no sólo como corte casatorio –no de instancia- sino, además, *ius constitutionis*, al no haber relación o mención alguna a la función dikelógica.

III.3.2. La Ley 29364.

La necesidad de una reforma se plasmó el 28 de mayo del año 2009, cuando se publicó la Ley 29364 que modificó el CPC lo relativo a la casación.

Como señala PALACIOS (PALACIOS PAREJA, Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius, 2010, pág. 162), los objetivos de la modificación eran las siguientes:

- a. Cumplir realmente con la función nomofiláctica o de defensa de la ley, a fin de dejar el uso del recurso como la llave de acceso a una tercera instancia, con el consiguiente perjuicio por la excesiva duración de los procesos.
- b. Cumplir con la finalidad unificadora.
- c. Disminuir la sobrecarga procesal.

Como se aprecia, la modificación del recurso de casación, va siempre –o debe ir- de la mano con la reforma de la Corte Suprema.

¿Cuáles fueron las principales modificaciones?

En primer lugar, la nueva redacción del artículo 384 del CPC sobre los fines de la casación, no agregó nada beneficioso, y antes bien hizo explícito el reconocimiento del fin dikelógico

—al reconocer que la casación beneficio al caso concreto, lo que nos lleva a la confusión de finalidades del recurso cuando éstas se mezclan —es decir, el fin público y el fin privado. Como hemos dicho, ello no traerá una solución a la sobrecarga de la Corte. La redacción del artículo en comentario, pervive la cultura procesal de los jueces y litigantes de la que hablamos en líneas anteriores.

Es importante mencionar que la reducción de formalidades o formalismos en el recurso de casación debe ser siempre aceptada. Consideramos que, si bien debe haber una reducción de formalidades, ello se debe hacer en función de que todos los casos puedan ser conocidos por la Suprema y, en lo ideal, ella sea la que seleccione las materias que deban ser objeto de uniformización con un precedente. Por ello, cuando el nuevo artículo 386 eliminó las causales de in procedendo e in iudicando, reemplazándolas por cierta transgresión legal, que verse de manera directa sobre la decisión impugnada o el apartamiento o alejamiento del precedente judicial de manera inmotivada, es algo positivo.

Nos dice MONROY GALVEZ y MONROY PALACIOS, exce“(…) no sólo se ha desperdiciado el tiempo tejiéndose elucubraciones sobre qué significa una u otra causal, en nuestro criterio innecesarias, sino que se han perdido de vista los fines del recurso. Como ya se ha anotado al tratar de los fines, de lo que se trata es de cuidar la vigencia del derecho objetivo, para lo cual no es imprescindible descifrar el sortilegio de si estamos ante un caso de ‘inaplicación’, de ‘aplicación indebida’ o (…) ‘la interpretación correcta’ (MONROY GÁLVEZ & MONROY PALACIOS, El recurso de casación y su imprescindible reforma, 2008, pág. 391)

La causa de “*infracción normativa*” puede ser de derecho material —in iudicando- o procesal (PALACIOS PAREJA, Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius, 2010, pág. 163) —in procedendo-.

Otra modificación a destacar es la referida a los requisitos de admisibilidad regulados en el nuevo artículo 387 del CPC. Sobre ello, varias precisiones:

- a. En el inciso 1 se limita aún más la procedencia del recurso de casación (PALACIOS PAREJA, Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius, 2010, pág. 163), especificando que pueden acceder a ser revisadas en casación las sentencias y autos que, en revisión, ponen fin al proceso. Con ello, una sentencia que, en apelación, declara la nulidad de la sentencia de vista, no podrá acceder a la casación.
- b. En el inciso 2 se otorga la opción al impugnante de, o presentar el recurso de casación ante la Corte Superior o directamente ante la Corte Suprema.

Esta disposición ha generado muchas opiniones, ya que parece haber convertido a las Salas Superiores en meras tramitadoras del recurso de casación, sin la posibilidad de si quiera calificar los requisitos más elementales de admisibilidad (como que el recurso haya sido presentado dentro del plazo o el monto del arancel judicial sea el correcto).

PALACIOS sostiene que esta opción que se le da al litigante “resulta discriminatorio, pues beneficia a los litigantes y abogados de Lima, quienes pueden acceder a la Corte Suprema para la interposición del recurso (...), a diferencia de los que se encuentran en otros distritos judiciales, a quienes la distancia les impide esta acceso” (PALACIOS PAREJA, El Recurso de Casación en el Proceso Civil, 2010)

Además, el mismo autor indica que centrar la calificación de los requisitos de admisibilidad y procedencia en la Corte Suprema puede provocar el efecto contrario, es decir, recargar sus labores. Por otro lado, puede promover dilaciones indebidas en el proceso, ya que se

puede proponer un recurso manifiestamente inadmisibile y, con ello, ganar tiempo entre la presentación en la Corte Superior y hasta que la Corte Suprema declare el recurso, en efecto, inadmisibile (PALACIOS PAREJA, Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius, 2010, pág. 163)

“(…) el haber quitado la posibilidad de calificar el recurso de casación (por lo menos en la forma) a las Salas Superiores ha creado un tremendo problema, pues al no tener la capacidad de decidir se por la forma el recurso procede, se tienen que elevar todos los recursos que se interponen, aun sabiendo que no proceden en muchos casos.” (HURTADO REYES M. , Sobre los recursos de casación en los procesos cautelares, 2012)

Sobre ello mismo, ZELA VILLEGAS sostiene que este procedimiento crea una “*doble vía*”: o se presenta el recurso ante la Sala Superior o, directamente, ante la Suprema. En este sentido, lo que se ha querido hacer es eliminar toda facultad de la Corte Suprema, no vinculada a la casación, como por ejemplo, el recurso de queja, en caso la casación no haya sido admitido por la Corte Superior. Otra razón de dicha modificación fue evitar que la distancia sea un impedimento para interponer el recurso, sea en Lima o cualquier otro distrito judicial (ZELA VILLEGAS , 2010)

Finalmente, ¿es cuestionable haber convertido a las Salas Superiores en “*meras tramitadoras*” del recurso de casación? Como hemos visto para un sector de la doctrina, sí. Incluso se propone salidas legislativas para cerrar el paso a recursos manifiestamente inadmisibles:

“Los jueces tienen el deber de rechazar pedidos maliciosos y vigilar el cumplimiento de la debida celeridad procesal, cuidando que no se produzcan maniobras dilatorias. En tal sentido, si la Sala Superior advierte que un recurso de casación es manifiestamente temerario o malicioso (...) debe rechazarlo de plano, no sólo porque su deber así lo exige,

sino porque va en contra de la finalidad que subyace al artículo 387 (...), de reducir la dilación procesal, y porque (...), también vulnera los derechos constitucionales a un proceso sin dilaciones indebidas y a la efectividad de las resoluciones judiciales en un plazo razonable.” (ZAVALETA RODRÍGUEZ, 2012, pág. 114)

En consecuencia, dicho autor sostiene que las Salas Superiores pueden rechazar recursos que manifiestamente no cumplen requisitos formales del recurso e imponer una multa al amparo de los incisos 10 y 11 del artículo 34 de la Ley de Carrera Judicial (ZAVALETA RODRÍGUEZ, 2012)

En nuestra opinión, y en este aspecto, es consecuente la Ley 29364 con su finalidad. En efecto, si ésta busca que la Suprema asuma un rol exclusivo de sede casatoria, es consecuente que en ella se centren esas competencias: admisibilidad, procedencia y fundabilidad. En todo caso, lo que se deberían crear son mecanismos para facilitar la celeridad de la Suprema al momento de evaluar la admisibilidad de un recurso.

Una novedad en la nueva regulación fue, en su momento, el artículo 392-A, que contiene la Procedencia excepcional del Recurso de Casación: *“Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384... Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la Corte motivará las razones de la procedencia.”*²³

La doctrina mostró varias opiniones, mereciendo destacar la de PALACIOS, quien sostuvo que se ha otorgado a los magistrados un poder discrecional para admitir un recurso de casación a pesar que no cumpla con los requisitos de procedencia del artículo 388,

²³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993, artículo N° 392-A.

entendiendo que ese margen de discrecionalidad puede ser peligroso (PALACIOS PAREJA, Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius, 2010, pág. 161)

Por otro lado, parte de la doctrina sostuvo que se regulaba un *certiorari*, a lo cual ZELA sostuvo que no puede identificarse dicha disposición con el establecimiento de un *certiorari* en el Perú:

“En primer lugar, el *certiorari* no es un recurso, y en el caso nacional como hemos mencionado (...) la Corte Suprema es prioritariamente una corte de casación, es decir, una corte que resuelve “recursos”. Por ello mismo (...), en todos los casos, debe motivar la razones de la procedencia de la casación, deber absolutamente extraño al *certiorari*.” (ZELA VILLEGAS , 2010, pág. 2012)

Como ha sostenido ASENCIO MELLADO, en opiniones que hemos hecho nuestras, es coherente con la regulación de un recurso de casación orientado a un *ius constitutionis* la disminución de la cantidad de recursos –a fin de poder concentrarse en la función uniformadora-, pero ello no debe suponer la disminución de materias o conflictos que deba conocer la Corte Suprema. Nos explicamos –o reiteramos, la Corte Suprema debe estar en la posibilidad de conocer todos los temas o conflictos que se presenten en un determinado sistema jurídico para, de este modo, poder determinar qué materias necesitan un precedente o uniformizar criterios. Ello posibilita que la Corte Suprema asuma su labor de liderazgo que se le reclama. Por el contrario, criterios o requisitos formales como cuantía, limitan el acceso a la suprema de temas que pueden ser vitales para resolver casos de interés de la sociedad. En este sentido, la disposición prevista en el 392-A sí deben ser tenidas en consideración.

De todas las modificaciones es el artículo 400 del CPC, respecto del Precedente Judicial, el cual establece:

“La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”²⁴

Esta disposición ha tenido el objetivo de facilitar la creación de precedentes, lo que ciertamente ha venido sucediendo.

Es importante destacar que no se especifica mucho sobre los alcances de la obligatoriedad del precedente, en la medida que ello se debe concordar con la causal casatoria de “*apartamiento inmotivado del precedente*”, del artículo 386 del CPC. En efecto, ello ¿quiere decir que un juez puede apartarse del precedente con sólo motivar sus razones? Ciertamente, consideramos que no. En efecto, una debida motivación, como se sabe, no implica solamente ausencia de motivación, sino todos los supuestos de indebidas motivaciones, que se deben englobar bajo el concepto de “*inmotivado*”.

²⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993, artículo N° 400.

En este sentido, todo juez que se aparta inmotivadamente del precedente, es pasible su resolución de ser impugnada con el recurso de casación.

Otro tema a resaltar es que si bien el artículo 386 del CPC establece que es causal de casación, como ya sabemos, el “*apartamiento inmotivado del precedente judicial*”, no debe restringirse ello a exclusivamente los precedentes judiciales, dejando de a do a los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional. En efecto, no cabe duda que el precedente constitucional también forma parte de nuestro ordenamiento, por lo que sería un contrasentido que, habiendo un juez desconocido su aplicación o motivado indebidamente su apartamiento, no pueda ser impugnada dicha decisión en vía de casación (PALACIOS PAREJA, El Recurso de Casación en el Proceso Civil, 2010, pág. 512)

III.3.2. Reformas necesarias.

La doctrina nacional ha resaltado todas aquellas reformas no consideradas en la Ley N° 29364. Estemos o no de acuerdo con las citadas seguidamente, podemos citar, por ejemplo:

- a. *La improcedencia del recurso de casación para determinadas vías procesales, como los procesos sumarísimos y ejecutivos. En general, esa propuesta tenía como sustento que los procesos sencillos no accedan a la suprema, vía casación, para así descargar la labor de la suprema.*
- b. *La eliminación del efecto suspensivo del recurso, el cual puede levantarse previa caución dineraria que debía ser otorgada por el impugnante.*
- c. *El doble conforme –cuyas características se explicarán más adelante-, como requisito de procedencia (PALACIOS PAREJA, El Recurso de Casación en el Proceso Civil, 2010)*

Sobre estas propuestas, creemos que la menos idónea es la referida a la improcedencia del recurso de casación para determinadas vías procesales, pues consideramos que la Corte Suprema debe conocer de todas las materias (ciertamente debe tener un filtro mayor para excluir casos que no deben ser vistos, para lo cual el filtro debe estar en manos del sistema y no de los litigantes, como hemos visto), y determinar cuáles merecen un precedente, por lo que reglas formales como la descrita no es pertinente.

Por otro lado, la doctrina también ha señalado todas aquellas reformas necesarias para que la Corte Suprema sea realmente una sede casatoria, favoreciendo el *ius constitutionis*.

En primer lugar, con fecha 20 de agosto de 2014 la Corte Suprema ha presentado al Congreso de la República un proyecto de ley general de la casación civil, bajo el número 3732/2014-PJ²⁵, en el cual se propone eliminar la referencia al “*caso concreto*”, de tal modo que las funciones de la casación se aparten del *ius litigatoris* (PALACIOS PAREJA, El Recurso de Casación en el Proceso Civil, 2010, pág. 509)

“Este modelo de casación, con la nomofilaquia entendida como tutela del *ius constitutionis* (...) imposibilita tener en cuenta todas las singularidades del caso concreto pero, justamente por ello maximiza el alcance general de la interpretación, en cuanto permite emplearla en casos similares, asegurando así la uniformidad en la interpretación de la ley.” (PALACIOS PAREJA, El Recurso de Casación en el Proceso Civil, 2010)

Este modelo permite tener a la función de interpretación de la Corte Suprema no como un medio, sino como fin en sí mismo, no es un medio para revisar la decisión impugnada sino

²⁵ El Proyecto de ley 3732/2014-PJ se fusionaría con el No. 1873/2012-CR, los que se presentarían en un solo dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, con un texto sustitutorio único presentado al Congreso de la República el 12 de diciembre de 2014.

asignar “*un significado a la norma luego de la aplicación de criterios lógicos-formales, sistemáticos y valorativos en materia ética, económica, social y política*”²⁶.

En resumidas cuentas, la tutela de la legalidad debe tener valoraciones de contenido, enfocada en la justicia de la aplicación de la norma²⁷.

El proyecto No. 3732/2014-PJ procura impulsar la producción de precedentes. Así, no como novedad propone lo que allí se denomina “*doctrina jurisprudencial*”, que no es otra cosa que un medio de producción de precedentes, y que consiste en que la Corte Suprema identifique, entre los considerandos de una de sus decisiones, un fundamento jurídico que, aunque no es vinculante en ese momento, si esa doctrina es acogida en por lo menos tres procesos consecutivos, puede alcanzar el valor de precedente

Como se ha dicho, el Proyecto 3732/2014-PJ se fusiona con el No. 1873/2012-CR, generando un solo texto sustitutorio para modificar la regulación del recurso de casación civil, fue presentado al Congreso de la República el 12 de diciembre de 2014. El artículo 400 del texto sustitutorio, referido precisamente al precedente, queda como sigue:

“Artículo 400.- Doctrina jurisdiccional y precedente judicial.

1. La Corte Suprema puede identificar entre los considerandos de su sentencia un fundamento jurídico y otorgarle la calidad de doctrina jurisprudencial.
2. Si una doctrina jurisprudencial es acogida por la Corte Suprema en por lo menos tres procesos consecutivos, puede otorgarle valor de precedente

²⁶ El Proyecto de ley 3732/2014-PJ se fusionaría con el No. 1873/2012-CR, los que se presentarían en un solo dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, con un texto sustitutorio único presentado al Congreso de la República el 12 de diciembre de 2014.

²⁷ El Proyecto de ley 3732/2014-PJ se fusionaría con el No. 1873/2012-CR, los que se presentarían en un solo dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, con un texto sustitutorio único presentado al Congreso de la República el 12 de diciembre de 2014.

judicial y adquiere los efectos y la autoridad de una norma y es reconocido así dentro del ordenamiento jurídico.

3. Los efectos normativos solo se aplican a los procesos que se inicien con posterioridad a la publicación oficial de la resolución que instituyó el precedente judicial, salvo que la Corte Suprema prescriba una fecha de vigencia distinta.
4. La Corte Suprema puede apartarse de su precedente judicial sustituyendo al anterior, es necesario que lo declare expresamente luego de reafirmarlo en por lo menos tres procesos consecutivos.
5. Los jueces de grado no pueden apartarse de los efectos normativos del precedente judicial, salvo que consideren que existen circunstancias excepcionales para hacerlo; en cuyo caso, justifican las razones de su apartamiento, bajo responsabilidad.
6. La Corte Suprema edita y dirige la publicación oficial de sus decisiones. En dicha publicación da a conocer sus resoluciones y todo aquello que considere que tiene la calidad de interés público, salvo disposición distinta contenida en la propia resolución. Su efecto extrapartes empieza a regir desde el día siguiente de su publicación. El contenido de lo publicado se presume conocido por todos sin admitir prueba en contrario.
7. La Corte Suprema, en ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa, puede proponer al Congreso de la República que el precedente judicial se convierta en ley o que derogue aquella que es contraria a su contenido.”

Lo interesante de dicha regulación es que se convierte en un medio más expeditivo para generar precedentes.

Un tercer aspecto que debería ser revisado es adoptar la regla del doble conforme como requisito de procedencia²⁸. En este caso, de presentarse la situación que de que las dos instancias han emitido sus decisiones en el mismo sentido –declarando fundada o infundada la demanda-, al contar con dos decisiones conformes –o similares- ya no sería procedente el recurso de casación, por resultar innecesario.

“(…) en la línea trazada por este principio, se propone que cuando la situación fáctica planteada como hipótesis de hecho se presente, es decir, cuando se produzcan dos decisiones sucesivas que establecen la misma regla de derecho, el proceso quedará concluido (...). Su incumplimiento determina la improcedencia del recurso.” (MONROY GÁLVEZ & MONROY PALACIOS, El recurso de casación y su imprescindible reforma, 2008, pág. 386)

PALACIOS sostiene que ello no vulnera derecho fundamental alguno, pues se ha cumplido ya con la pluralidad de instancias (PALACIOS PAREJA, El Recurso de Casación en el Proceso Civil, 2010). Se ha encontrado casi unanimidad en la doctrina, plantea eliminar el efecto suspensivo del recurso de casación. Sin embargo, a pesar de esa unanimidad, y como mencionamos líneas arriba, ello no ha podido concretarse legislativamente.

En efecto, los proyectos de ley 1725-2007 del 15 de octubre de 2007 y el 2881-2008-CR que proyectaron levantar el efecto suspensivo en la modificación del año 2009, finalmente

²⁸ El Proyecto de ley 3732/2014-PJ se fusionaría con el No. 1873/2012-CR, los que se presentarían en un solo dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, con un texto sustitutorio único presentado al Congreso de la República el 12 de diciembre de 2014. p. 514

no fueron incorporados en el texto final de la Ley 29364, así el nuevo artículo 393 del CPC, mantiene los efectos suspensivos del recurso de casación.

Sin embargo, como se ha dicho, existe consenso en la doctrina en que conferir efecto no suspensivo al recurso de casación contribuiría a la reducción de la carga procesal, ya que quienes se consideran realmente con la razón serían quienes quieran invertir en presentar una caución y así se evita dilatar el proceso (ZELA VILLEGAS , 2010, pág. 203).

TARUFFO indica lo siguiente para el caso italiano:

“Se trata ante todo (...), de eliminar el efecto suspensivo automático asociado a la proposición de la regulación, y que se ha convertido notoriamente en un cómodo expediente dilatorio, débilmente desalentado por el riesgo de una responsabilidad agravada (...).

De por sí la eliminación de la suspensión automática del proceso de mérito debería eliminar un número considerable de recursos.” (ZELA VILLEGAS , 2010)

MONROY GALVEZ y MONROY PALACIOS, indica:

“Se trata de descartar aquellos casos en los que el propósito del recurrente no es otro que dilatar el proceso.

(...)

Se propone suspender la actuación de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, pero no de condena. Estas últimas pueden ejecutarse siempre que el favorecido con el fallo (...) otorgue garantía dineraria (...).”

(MONROY GÁLVEZ & MONROY PALACIOS, El recurso de casación y su imprescindible reforma, 2008, págs. 387-388)

Por lo demás, el efecto suspensivo del recurso de casación no es uniforme en todas las materias. La muestra de ello es la casación laboral regulada en la Ley Procesal del Trabajo, aprobada por Ley No. 29497, en su artículo 38, respecto los efectos del recurso de casación, establece que:

“La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias. Excepcionalmente, solo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable.

El importe total reconocido incluye el capital, los intereses del capital a la fecha de interposición del recurso, los costos y costas, así como los intereses estimados que, por dichos conceptos, se devenguen hasta dentro de un (1) año de interpuesto el recurso. La liquidación del importe total reconocido es efectuada por un perito contable.

En caso de que el demandante tuviese trabada a su favor una medida cautelar, debe notificársele a fin de que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, elija entre conservar la medida cautelar trabada o sustituirla por el depósito o la carta fianza ofrecidos. Si el demandante no señala su elección en el plazo concedido, se entiende que sustituye la medida cautelar por el depósito o la carta fianza. En cualquiera de estos casos, el juez de la demanda dispone la suspensión de la ejecución.”²⁹

²⁹ LEY PROCESAL DE TRABAJO, aprobada por Ley No. 29497. Artículo N° 38°. Efectos del Recurso de Casación.

Otra reforma pedida es la implementación del doble conforme, entendido como el mecanismo que determina la improcedencia de todo recurso de casación cuando las dos sentencias emitidas por las dos instancias lo sean disponiendo lo mismo, es decir, lo sean en el mismo sentido resolutivo. En otras palabras, no procederá el recurso de casación si la sentencia de segunda instancia confirma la apelada (MONROY GÁLVEZ & MONROY PALACIOS, El recurso de casación y su imprescindible reforma, 2008)

Sobre ello, no estamos convencidos de la bondad de esta formalidad, pues si bien evita la duración innecesaria del proceso, limita el acceso a la suprema de materias que puedan ser de relevancia para el sistema jurídico nacional, lo que, siendo coherentes con nuestra posición, no es un mecanismo idóneo. En todo caso, si se desea evitar una duración innecesaria del proceso podemos acudir a mecanismos como la eliminación del efecto suspensivo del recurso, que creemos está más al servicio del *ius constitutionis*.

En atención a nuestra posición en contra del doble conforme, encontramos en HURTADO una posición que matiza este mecanismo, permitiendo que, a pesar de haber una segunda decisión confirmatoria, pueda proceder recurso de casación cuando la Corte Suprema lo considera necesario, sea por la relevancia del tema discutido o la necesidad de uniformizar criterios (HURTADO REYES M. , La Casación Civil, 2012)

CAPITULO V

5.1 CONCLUSIONES

1. Tradicionalmente se nos ha enseñado que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario. Nuestra posición es que no debe serlo así, y aunque puede ser una posición más que toda teórica, el hecho que un recurso ordinario se diferencia de uno extraordinario por la cantidad de requisitos, es un límite subjetivo. Por otro lado, considerar que lo extraordinario va asociado a que quiebre o no una resolución que ha alcanzado la cosa juzgada –como lo es la cosa juzgada fraudulenta– es ese un criterio objetivo.
2. El recurso de casación nace en la Francia revolucionaria y tiene como antecedente al *conseil des parties* del Antiguo Régimen. En ambos caso, dicho mecanismo es utilizado como un medio de control del poder. Así, en el caso del *conseil de parties* se trataba de controlar los actos de los *Parlements* que iban en contra de la voluntad del Rey, mientras que en el caso de la casación, se querían controlar los actos de los jueces que no reconocían ni aplicaban la ley, que era expresión de la soberanía popular.
3. En la Revolución Francesa se crea el Tribunal de Casación (año 1790), órgano anexo al legislativo que tiene una finalidad política: anular los actos contrarios al texto de la ley la imposición de la ley. Se trata de un órgano cuyas decisiones son rescindentes:

anula la decisión y luego la enviaba al juez ordinario para que emita una nueva decisión.

4. La concepción del Tribunal de Casación era una expresión de la división de poderes. Así, el Poder Judicial sólo aplicaba la ley, sin poder interpretarla, función que le correspondía al legislativo. Por ello, una vez que el Tribunal de Casación anulaba una sentencia, la reenviaba al juez ordinario para que éste se pronuncie sobre el fondo, pues se trataba de no invadir su labor: la mera aplicación de la ley.
5. Posteriormente, se crea la Corte de Casación (año 1804), donde empieza la evolución a órgano jurisdiccional, ubicado en el vértice de la organización judicial. A este respecto, se debe llamar la atención en la evolución de las decisiones de la Corte. En efecto, como se ha visto, las decisiones en el modelo casatorio original eran rescindentes con reenvío, en cambio ello evolucionó a, por ejemplo, el modelo nacional que en algunos casos es rescindente con reenvío (vicios *in procedendo*) y en otros sustitutiva –o rescisorio- (vicios *in iudicando*).
6. La primera finalidad del recurso de casación fue el de control del derecho objetivo (contravención al texto expreso de la ley) ello suponía inicialmente anular los casos en que el juez ordinario desconocía –en el sentido de no querer aplicarla- la aplicación de la ley y no la aplicaba. Por el contrario, no era su objetivo el revisar sentencias injustas –donde se aplicaba la ley, aunque contuviera un vicio *in iudicando*.

7. Así, el fin nomofiláctico nace con el recurso de casación. Posteriormente, con la certeza que la cantidad de situaciones imponía un criterio uniforme, nace la finalidad uniformadora. El fin dikelógico –justicia del caso concreto- cobra importancia en el siglo XX.
8. La función nomofiláctica junto con la uniformadora, se agrupan en la finalidad pública de la casación o *ius constitutionis*, mientras que el fin dikelógico protege el interés privado, y se orienta al *ius litigatoris*.
9. Por mucho tiempo un gran sector de la doctrina aceptó que el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* eran ambas caras de una misma moneda, en tanto y en cuanto, una decisión casatoria no sólo cumple la función de aplicar correctamente el derecho objetivo y, a la vez, da una solución al caso concreto, por lo que muchas legislaciones –entre ellas la nacional- reconocían ambas finalidades dentro de la regulación legislativa de la Casación. Lo cierto es que ello es un error.
10. Hay que tener en cuenta que la casación fue creada en un contexto de estado de derecho –jueces disminuidos, ley como vértice del ordenamiento y una legislación basada en reglas-, ello actualmente ha cambiado, pues estamos en un estado constitucional que tiene muy diversos y diferentes patrones –Jueces fortalecidos y controladores del poder, Constitución como norma suprema, principios en vez de reglas-, por lo que se entra a un período de crisis de la casación.

11. La crisis se manifiesta en una de identidad, pues se debe determinar si se desea una Corte de Casación que sea una ‘tercera instancia’, o una ‘Corte Suprema’.
12. En efecto, contrariamente a lo que se pensaba, el reconocimiento del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris* conviviendo en un mismo sistema, es contradictorio y trae muchos problemas, que convierten a la casación en un modelo engorroso y formalista. En pocas palabras, un modelo de casación debe ser o *ius constitutionis* o *ius litigatorios*, no ambos a la vez.
13. Así, si el modelo tiende al *ius litigatoris*, estamos ante una tercera instancia, y como el objetivo es darle solución al caso concreto, la base de acceso se amplía necesariamente, por lo que al haber un ingreso abrumador de causas, lo lógico es el aumento de jueces y la desaparición de la función uniformizadora.

En cambio, el *ius constitutionis* supone la reducción del ámbito de ingreso a la Corte Suprema, menos jueces y menos causas, en este modelo de Corte Suprema se logra la uniformidad, con todos los beneficios que ésta trae.

14. La casación es necesaria, pues con ella la Corte Suprema debe uniformizar los criterios, con una función nomofiláctica replanteada en el significado global de la norma, no para el caso concreto. Por otro lado, la función uniformizadora, puede considerarse como la más importante, con lo que se debe descartar el *ius litigatoris*.

15. Entre los criterios hacia donde se debe orientar una reforma es el *ius constitutionis* únicamente. No debe haber un aumento de jueces supremos, pues ello complica la homogeneidad de criterios y debe haber una reducción de la carga. En este último aspecto, lo ideal es que la configuración de los criterios para el acceso a la Corte Suprema este en la voluntad de ésta y no en la de la ley, pues en este caso se trata de que los requisitos configurados en la ley una vez cumplidos dan el derecho a los litigantes a una respuesta de la Suprema.
16. En el caso del Perú, la historia republicana por mucho tiempo convirtió a la Corte Suprema en una tercera instancia –por lo menos desde la Constitución de 1856 y hasta el Código Procesal Civil que entró en vigencia desde 1994. Por ello, desde la dación del CPC la actuación de la Corte Suprema como una tercera instancia se mantenía.
17. La corrupción, la demora de los procesos, la sobrecarga procesal en la Corte Suprema, su condición aún de tercera instancia, la no vigencia de la uniformidad jurisprudencial y el mal uso del recurso de casación, hacían patente la necesidad de la reforma que finalmente se dio en el año 2009.
18. La reforma ha reconocido la vigencia conjunta del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*, con lo cual ya hay problemas de concepción de cómo debe ser el recurso de casación.

19. Es positiva la conversión de la causal a la única de infracción normativa, ya que como se dijo, el objetivo es la reducción de formalismos innecesarios que impiden el acceso de causas con temas relevantes. En este sentido, requisitos como el aumento de la cuantía, o que determinadas vías procesales pueden acceder y otras no –por ejemplo, abreviados o ejecutivos- son formalismos innecesarios. A este respecto, la introducción de la posibilidad que la Corte Suprema decida motivadamente revisar un caso a pesar que no cumpla los requisitos de acceso es positivo –el artículo 392-A del CPC-.

5.2 RECOMENDACIONES

1. Debe haber una clara definición sobre las funciones del recurso de casación civil: exclusivamente *ius constitutionis*, por lo que se recomienda su materialización legislativa.
2. Toda modificación al recurso de casación debe ir acompañada de una reforma de la Corte Suprema, siempre orientadas a una función pública, y no privada.
3. De las reformas necesarias se recomienda la disminución de la cantidad de los procesos que conoce actualmente la Corte Suprema. Sin embargo, se debe tener en cuenta que los mecanismos para lograr dicha disminución no deben depender de los litigantes sino de la propia Corte o de la ley.
4. No es recomendable el aumento de los magistrados de la Corte Suprema para combatir la saturación de causas, ni la división de la Corte en Salas Especializadas.
5. No es recomendable el aumento de formalidades, en el acceso del recurso de casación a la Corte Suprema, que limiten el ingreso de todos los conflictos –por ejemplo, cuantía o determinados procesos-, por el contrario, se debe favorecer el acceso pero de causas que tengan relevancia –evolución del derecho, multiplicidad de criterios, por ejemplo- para el sistema.

Sobre el mecanismo del doble conforme, tal como lo ha planteado la doctrina nacional, y ha sido expuesto en el presente trabajo, creemos que no es recomendable su implementación, pues se trata de la limitación de materias que podría conocer la Corte Suprema y que tengan relevancia para fijar un precedente, no bastando que las dos instancias hayan manifestado su conformidad o emitido fallos en el mismo sentido.

6. Se recomienda aprobar legislativamente la no suspensión de los efectos de la sentencia una vez interpuesto el recurso de casación. A este respecto, se puede regular un sistema de garantizar económicamente cualquier perjuicio, pero creemos que no se debe suspender los efectos de la sentencia.

CAPITULO VI

BIBLIOGRAFIA

- ARIANO DEHO, E. (2015). *Impugnaciones procesales*. Lima : Instituto Pacífico .
- ARIANO DEHO, E. (2016). *Resoluciones Judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos*. Lima : Instituto Pacífico .
- ARINON, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (2015). *El Recurso de Casación, En: Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal*. Lma : Palestra .
- CABREJOS DÍAZ, F. (2014). La tesis de postgrado: concepción del marco teórico. *Pueblo Continente Revista oficial de la Universidad Privada Antenor Orrego*, 25, 319.
- CALAMANDREI , P. (1968). *Casación Civil*. Buenos Aires : Zavalía .
- CARRIÓN LUGO , J. (2012). Recurso de Casación. En E. VESCOVI, *Recurso de Casación* (págs. 12-13). Lima: Grijley.
- CARRIÓN LUGO, j. (2012). Casación Civil. En C. PIERO, *Casación Civil* (pág. 14). Lima : Grijley.
- CARRIÓN LUGO, J. (2012). *Recurso de casación, Lima, Iustitia – Grijley, 2012, t. I, p. 15-16*. Lima : Iustitia-Grijley.

GALLARDO NEYRA, M. D., & FERNÁNDEZ PAREDES, J. (s.f.). *Estudio sobre el Recurso de Casación en el proceso civil, a once años de su entrada en vigencia, En: Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia del Centro de Investigaciones Judiciales*. Obtenido de Estudio sobre el Recurso de Casación en el proceso civil, a once años de su entCuadernos de Investigación y Jurisprudencia del Centro de Investigaciones Judiciales:
http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C7-15-INF3CASACION_210208.pdf), p. 298.

GLAVE MAVILA, C. (2012). *El Recurso de Casación en el Perú, en: Derecho y Sociedad*. Lima : Derecho y Sociedad .

GLAVE MAVILA, C. (2015). *Certiorari y procesos colectivos, en: El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del quinto seminario internacional de derecho procesal. Proceso y constitución*. Lima : Palestra.

GONZALES MANTILLA, G. (2007). *El juez pre constituido por ley en tiempos de constitucionalismo: cultura jurídica, constitución y justicia - a propósito de una obra fundamental del profesor Roberto Romboli*. Lima : Ius et Veritas .

HURTADO REYES , M. (2012). *La Casación Civil*. Lima : Idemsa .

HURTADO REYES, M. (2012). *La Casación Civil*. En J. AZULA CAMACHO, *La Casación Civil* . Lima : Idensa .

HURTADO REYES, M. (2012). Sobre los recursos de casación en los procesos cautelares.

En R. ZAVALA RODRÍGUEZ, *Sobre los recursos de casación en los procesos cautelares* (pág. 111). Lima : Derecho y Sociedad .

HURTADO REYES, M. (s.f.). AZULA CAMACHO, 101AZULA CAMACHO, citado

por: HURTADO REYES, op. cit., p. 101. En A. CAMACHO, & A.

CAMACHO.

HURTADO REYES, M., & CALAMANDREI, P. (2012). *La Casación Civil Lima*. Lima:

Idemsa.

LEDESMA NARVÁEZ, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil, Lima, Gaceta*

Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica .

LÓPEZ BLANCO, A. (15 de Octubre de 2016). *El Recurso de Casación Civil: propuestas*

para la estructuración de un mecanismo eficiente. Obtenido de El Recurso de Casación Civil: propuestas para la estructuración de un mecanismo eficiente:

LÓPEZ BLANCO, Adam, El Recurso de Casación Civil: propuestas para la estructuración de un

http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2016/recurso_casacion.pdf

MARINONI, L. G. (2015). *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima : Raquel .

MONROY GÁLVEZ, J. (1992). *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*.

Lima: Ius et veritas.

MONROY GÁLVEZ, J. (2015). *Las Cortes Supremas en la postmodernidad, en: El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación, Ponencias del Quinto seminario internacional de derecho procesal: Proceso y Constitución*. Lima : Palestra .

MONROY GÁLVEZ, J., & MONROY PALACIOS, J. (2008). El recurso de casación y su imprescindible reforma. *Revista Jurídica del Perú* .

PALACIOS PAREJA, E. (2010). *El Recurso de Casación en el Proceso Civil*. Lima.

PALACIOS PAREJA, E. (2010). Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius. *Themis Revista de Derecho* , 58.

PALACIOS PAREJA, E. (2010). Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius. *Themis Revista de derecho*, 162.

Plan de Reforma de la Administración de Justicia de la Ceriajus. (2004). *El acuerdo por la Justicia que debemos respetar*. Lima : Justicia Viva .

PODER JUDICIAL . (2018). *Poder Judicial* . Obtenido de Poder Judicial :

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805ed30049dd0e268582d73622785e60/Civil+Permanente+y+Transitoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805ed30049dd0e268582d73622785e60>

PODER JUDICIAL . (2018). *Recursos de Casación* . Obtenido de Poder Judicial : Fuente:

Poder Judicial

(<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805ed30049dd0e268582d73622785e60/Civil+Permanente+y+Transitoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805ed30049dd0e268582d73622785e60>). Se adjunta como Anexo 1.

- PRIETO SANCHIZ, Luis, L. (2002). *Derechos Fundamentales y neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima : Palestra.
- PRIORI POSADA, G. (2007). *La Corte Suprema que queremos. Mesa redonda con César San Martín Castro, Juan Luis Avendaño Valdez, Juan Monroy Gálvez, Giovanni Priori Posada y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*. Lima : Ius et veritas .
- PROTO PISANI, A. (2015). *El recurso de casación en Italia, en: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima : Palestra .
- QUIROGA LEÓN, A. (1999). La Casación Civil. Mito y realidad, en: Derecho PUCP. *Derecho PUCP*, 715-759.
- RAMOS NÚÑEZ, C. (2000). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima : Gaceta Jurídica .
- RAMOS NÚÑEZ, C. (2006). *Historia del Derecho Civil Peruano, siglos XIX y XX*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO CORREA, M. (2009). *El Sistema Jurídico*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2007). *La Corte Suprema que queremos. Mesa redonda con César San Martín Castro, Juan Luis Avendaño Valdez, Juan Monroy Gálvez, Giovanni Priori Posada y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*. Lima: Ius et veritas.

TARUFFO, M. (2005). *El vértice ambiguo*. Lima : Palestra .

WITKER, J., & LARIOS, R. (1997). *Metodología Jurídica*. México DF: Mc Graw.

ZAVALETA RODRÍGUEZ, R. (2012). *Sobre los recursos de casación en los procesos cautelares*. Lima : Derecho y Sociedad .

ZELA VILLEGAS , A. (2010). *El recurso de casación: entre el ser y el deber ser*. En: *Manual de actualización civil y procesal civil*. Lima : Gaceta Jurídica .

CAPITULO VII
ANEXOS: ANEXO 1 MATRIZ DE CONCISTENCIA

PROBLEMA DE INVESTIGACION		OBJETIVO DE INVESTIGACION		HIPOTESIS		METODOLOGIA
GENERAL	¿Cuáles deben ser las características del recurso de casación civil peruano dentro de un estado de derecho constitucional?	GENERAL	La presente tesis se hace para determinar qué modificaciones legislativas son necesarias para que el recurso de casación civil peruano cumpla con las finalidades acordes a un estado constitucional de derecho.	GENERAL	Se requiere modificaciones legislativas necesarias para que el recurso de casación civil peruano cumpla con las finalidades acordes a un estado constitucional de derecho.	Enfoque: Cualitativo
						Diseño de Investigación: Descriptivo – Correlacional, crítico y de asunción de posiciones en determinados casos
ESPECIFICOS	Al ser el recurso de casación un medio impugnatorio, ¿qué características tiene un medio impugnatorio? ¿Qué características pueden aplicarse a un recurso de casación?	ESPECIFICOS	Determinar las características de los medios impugnatorios, para luego determinar cuáles son aplicables a un recurso de casación.	ESPECIFICOS	Una modificación del recurso de casación en el Perú supone, para que sea eficiente, una modificación de las finalidades de la Corte Suprema.	Tipo de Investigación: dogmática, funcional y exegetica
	Teniendo en cuenta las características del recurso de casación, ¿cuál es la naturaleza de éste?		Determinar el origen histórico del recurso de casación y analizar el contexto histórico –político, social y jurídico- en el que se generó.		El ius constitutionis, o finalidad pública del recurso de casación, debe presentarse como finalidad exclusiva del mismo. Por tanto, debe excluirse el ius litigatoris de una reforma del recurso de casación civil en el Perú.	
	¿Cómo fueron los orígenes del recurso de casación? ¿Dónde? ¿En qué momento? ¿Cuáles fueron las circunstancias políticas, sociales y jurídicas que motivaron el nacimiento del		Analizar las funciones del recurso de casación - nomofilaquia, uniformización del derecho y dikelógica. Sus contenidos y el momento en que se generaron.		El ius constitutionis supone una descarga del recurso de casación en la Corte Suprema. La sobre carga no permite el ejercicio de sus altas funciones.	

recurso de casación?				
Las funciones de nomofilaquia, uniformización del derecho y dikelógica, ¿nacieron junto con el recurso de casación? ¿qué se debe entender por cada una de dichas funciones?	Determinar cuáles son los retos a los que debe responder el recurso de casación ahora en el siglo XXI, teniendo en cuenta que fue creado en el siglo XVIII.	Actualmente existen retos a los que debe responder el recurso de casación ahora en el siglo XXI, teniendo en cuenta que fue creado en el siglo XVIII.		
En todo caso, ¿cuáles eran las funciones de la casación en el momento de su creación? ¿Cómo se incorporaron posteriormente las otras funciones?	Determinar las características del estado de derecho constitucional, a fin de determinar cuáles son los retos que debe lograr el recurso de casación.	Para potenciar la finalidad de unificación de la jurisprudencia se debe procurar una modificación del recurso de casación no sobre la base de aspectos formales que impidan el conocimiento de temas jurídicos que sí tienen relevancia para el sistema jurídico, sino sobre la base de temas que, precisamente, ya han sido resueltos por la Corte Suprema y sin perjudicar la duración del proceso y la ejecución de las sentencias en un plazo razonable.		
El recurso de casación fue creado en el siglo XVIII, ¿responde a las necesidades del siglo XXI?	Analizar y determinar los conceptos de ius constitutionis y ius litigatoris en relación con las funciones del recurso de casación.			
¿Qué modelo de estado estaba vigente en el siglo XVIII? ¿Cuáles son las características del estado del siglo XXI?, específicamente ¿cuáles son las características del estado de derecho constitucional?	Determinar si dichos conceptos puede dentro de un estado constitucional de derecho convivir en un modelo de recurso de casación o son excluyentes.			
¿Qué se debe entender por ius constitutionis y ius litigatoris en relación con las funciones del recurso de casación? ¿deben tener, o no, alguna primacía en un recurso de casación que	Trasladar el debate doctrinario anterior a nuestro modelo de recurso de casación civil.			

<p>responda a los retos de un estado de derecho constitucional?</p>					
<p>Ahora bien, aplicando lo anterior, ¿cómo se reconoció el recurso de casación en el Perú?</p>		<p>Determinar los antecedentes del recurso de casación en el Perú.</p>		<p>Existen características propias del estado de derecho constitucional, a fin de determinar cuáles son los retos que debe lograr el recurso de casación.</p>	
<p>¿Cuáles fueron sus antecedentes en el Perú, si los tuvo?</p>		<p>Determinar el marco legal del recurso de casación en las Constituciones de 1979, 1993 y en el CPC de 1993.</p>		<p>El ius constitutionis y ius litigatoris, pueden convivir dentro de un estado de derecho constitucional.</p>	
<p>¿Cuál fue el marco legislativo y constitucional originales del recurso de casación civil en el CPC de 1994?</p>		<p>Determinar si la reforma de la ley 29364 del año 2009 ha sido exitosa y ha cumplido con sus metas.</p>			
<p>¿Cuáles fueron los objetivos y características de la reforma de la ley 29364 del año 2009?</p>		<p>Determinar si son necesarias nuevas modificaciones y cuáles son éstas.</p>		<p>Son necesarias nuevas modificaciones relacionadas al recurso extraordinario de casación.</p>	
<p>Dadas las modificaciones introducidas el año 2009 al modelo de casación civil peruano ¿han cumplido su finalidad o son necesarias nuevas modificaciones?</p>		<p>Determinar si las modificaciones introducidas en el año 2009 han cumplido con su finalidad o son necesarias nuevas modificaciones.</p>			
<p>¿Qué tipos de modificaciones son necesarias?</p>		<p>Determinar qué tipos de modificaciones son necesarias.</p>		<p>Las modificaciones introducidas en el año 2009 han cumplido en cierta medida con su finalidad sin embargo son necesarias nuevas modificaciones.</p>	