

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

LA RELEVANCIA DE LA FINALIDAD DIKELÓGICA EN LA

CASACIÓN CIVIL

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. CARLOS DÍAZ VARGAS

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
CARLOS DÍAZ VARGAS
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

LA RELEVANCIA DE LA FINALIDAD DIKELÓGICA EN LA CASACIÓN CIVIL

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. CARLOS DÍAZ VARGAS

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021

...



Universidad Nacional de Cajamarca

LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 17:00 horas del día 14 de enero de año dos mil veintiuno reunidos a través de meet.google.com/pps-mvrz-rnj, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA** y **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**, **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA**; y en calidad de Asesor el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**; Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **LA RELEVANCIA DE LA FINALIDAD DIKELÓGICA EN LA CASACIÓN CIVIL**; Presentado por el M.Cs. **CARLOS DÍAZ VARGAS**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECIOCHO (18), la mencionada Tesis; en tal virtud, el M.Cs. **CARLOS DÍAZ VARGAS**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención: **DERECHO**.

Siendo las 18 horas con 41 minutos del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A Ofelia, mi esposa, por su invaluable afecto y compañía,
y a mis dilectas hijas Carlita Andrea, Fátima Ariana y Camila Luciana,
de quienes espero siempre luchen por sus sueños, día a día, con tesón,
esfuerzo y perseverancia.

AGRADECIMIENTO

Mi sincero agradecimiento al Dr. Nixon Javier Castillo Montoya, por haberme acompañado con su asesoramiento en el presente trabajo de investigación, y con ello haber permitido se concretice este inestimable anhelo personal y profesional. Agradecimiento que se hace extensivo a los demás distinguidos miembros de mi Comité Científico:

Agradezco también a mis padres Carlos Natividad Díaz Ascurra y Martha Eulalia Vargas Díaz, por haberme orientado a abrirme camino en el difícil andar de la vida.

INDICE

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
ÍNDICE.....	vii
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUCCIÓN.....	xvi

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. CONTEXTO O TRASFONDO DEL PROBLEMA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.4. AMBITOS TEMPORAL Y ESPACIAL DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.4.1. Ámbito temporal	8
1.4.2. Ámbito espacial	8
1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.6. MARCO CONCEPTUAL.....	12
II. HIPÓTESIS.....	13
III. OBJETIVOS.....	13
IV. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN	14
4.1. CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES.....	14
4.2. UNIDADES DE ANÁLISIS.....	14
4.3. TIPO Y DESCRIPCIÓN DEL DISEÑO DE CONTRASTACIÓN	15
V. METODOLOGÍA.....	15
5.1. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA.....	15
5.2. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	16
5.3. EL MÉTODO EMPÍRICO-FUNCIONAL.....	16
5.4. EL ANÁLISIS SINTÉTICO.....	17
5.4.1. ANÁLISIS.....	17
5.4.2. SÍNTESIS.....	17
5.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN..	17

5.5.1. TÉCNICAS.....	17
5.5.2. HERRAMIENTAS.....	18
5.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS.....	19

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. BASES TEÓRICO-FILOSÓFICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	20
2.1.1. NEOCONSTITUCIONALISMO: ALCANCES Y PRESUPUESTOS.....	20
A. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	22
B. RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL.....	23
C. PRINCIPIOS Y REGLAS.....	25
D. LA GARANTÍA JUDICIAL Y LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.....	28
2.1.2. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	30
2.1.3. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	32
A. CONCEPCIÓN OBJETIVISTA O COGNOCITIVISTA.....	33
B. CONCEPCIÓN SUBJETIVISTA O ESCÉPTICA.....	34
C. CONCEPCIÓN INTERMEDIA O ECLÉCTICA (EL CONSTRUCTIVISMO).....	36
2.1.4. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	39
2.2. EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA DOCTRINA.....	44
2.2.1. ORIGEN DE LA CASACIÓN.....	44
2.2.2. DEFINICIÓN.....	48
2.2.3. CARACTERÍSTICAS.....	49
2.2.4. FINES O FUNCIONES DE LA CASACIÓN.....	50
A. FINALIDAD NOMOFILÁCTICA.....	50
B. FINALIDAD UNIFORMADORA.....	54
C. FINALIDAD DIKELÓGICA.....	56
D. FINALIDAD PEDAGÓGICA.....	59
2.2.5. LA CASACIÓN Y EL INTERÉS PÚBLICO.....	60
2.2.6. EL ASPECTO SOCIOLÓGICO DE LA CASACIÓN.....	61

2.2.7. RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO O POR ERRORES DE JUZGAMIENTO Y RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA O POR ERRORES DE PROCEDIMIENTO	62
2.2.8. EXCLUSIÓN DE CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA EN LA CASACIÓN Y EXCEPCIONES A DICHO PRINCIPIO.....	63
2.2.9. LA ARBITRARIEDAD.....	69
2.2.10. CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN	73
2.2.11. CARÁCTER TAXATIVO DE LAS CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN	74
2.2.12. VICIOS O ERRORES <i>IN IUDICANDO</i>	75
2.2.13. VICIOS O ERRORES <i>IN PROCEDENDO</i>	76
2.2.14. VICIOS O ERRORES <i>IN COGITANDO</i>	77
2.2.15. EFECTOS DE LA CASACIÓN	79
A. CASACIÓN CON REENVÍO (<i>IUDICIUM RESCINDENS</i>).....	79
B. CASACIÓN SIN REENVÍO (<i>IUDICIUM RESCISSORIUM</i>).....	80
2.3. LA CASACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	82
2.3.1. FRANCIA.....	82
2.3.2. ALEMANIA.....	83
2.3.3. ITALIA.....	84
2.3.4. ESPAÑA	85
2.3.5. ARGENTINA	86
2.3.6. COLOMBIA.....	87
2.4. EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ	88
2.4.1. LA CASACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	88
2.4.2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993 ANTES DE LA MODIFICATORIA DE LA LEY N° 29364.....	89
2.4.3. FINES DE LA CASACIÓN SEGÚN EL TEXTO MODIFICATORIO DE LA LEY N° 29364.....	94
2.4.4. CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN	97
2.4.5. REQUISITOS DEL RECURSO DE CASACIÓN	99
A. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD	99
B. REQUISITOS DE PROCEDENCIA	100
2.4.6. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN	100
2.4.7. CONCESIÓN EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE CASACIÓN: ALCANCES DEL ARTÍCULO 392-A.....	103
2.4.8. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y SUS EFECTOS	109

2.4.9. ¿HA FRACASADO NUESTRO MODELO CASATORIO POR HABER ¿INCORPORADO LA FUNCIÓN DIKELÓGICA?	112
2.5. PROYECTOS DE LEY PARA REFORMAR LA CASACIÓN CIVIL.....	117
2.5.1. PROYECTO DE LEY N° 1873/2012-CR	117
2.5.2. PROYECTO DE LEY N° 3732-2014-PJ	118
2.5.3. PROYECTO DE LEY N° 1418-2016-CR	121

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. PERTINENCIA Y UTILIDAD DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS	122
3.2. PRIMERA UNIDAD DE ANÁLISIS	123
3.2.1. TEXTO ORIGINARIO DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	123
3.2.2. TEXTO DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL SEGÚN LA LEY N° 29364	126
3.3. SEGUNDA UNIDAD DE ANÁLISIS.....	129
3.3.1. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA PRODUCCIÓN CASATORIA DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERIODO JULIO 2007 – DICIEMBRE 2017	129
3.3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA CASACIONAL.....	134
A. CASACIONES CON REENVÍO Y SIN REENVÍO	136
a) Casaciones con reenvío	137
b) Casaciones sin reenvío.....	141
B. CASACIONES IMPROCEDENTES EN CUYOS CASOS HA HABIDO LA REGLA DE LA DOBLE CONFORMIDAD	143
C. CASACIONES INFUNDADAS EN CUYOS PROCESOS EXISTÍA EL DOBLE Y CONFORME	148
D. CASACIONES FUNDADAS EN CUYOS CASOS HABÍA EL PRINCIPIO DEL DOBLE Y CONFORME	153
E. PRINCIPALES RAZONES ADUCIDAS POR LA CORTE SUPREMA PARA DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN.....	157
a) Reexamen de los hechos y revalorización de la prueba	158
b) Incumplimiento de los requisitos de procedencia.....	158

c) Otras razones.....	159
3.4. FUNDAMENTOS JURÍDICO-FILOSÓFICOS PARA PRESERVAR Y FORTALECER LA FINALIDAD DIKELÓGICA EN LA CASACIÓN CIVIL NACIONAL	159
3.4.1. EL <i>IUS LITIGATORIS</i> COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DE UNA CORTE DE CASACIÓN	159
3.4.2. LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA COMO FIN ESENCIAL DEL PROCESO.....	167
3.4.3. RELEVANCIA MEDULAR DEL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	170
3.4.4. PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN LAS DECISIONES JUDICIALES	176

CAPÍTULO IV

PERSPECTIVAS PARA LA REFORMA DE LA CASACIÓN CIVIL EN EL PERÚ

4.1. LA CORTE SUPREMA Y LA FINALIDAD DIKELÓGICA.....	180
4.2. PRESERVACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE LA FUNCIÓN DIKELÓGICA.....	183
4.3. REGULACIÓN DE UNA CAUSAL DE CASACIÓN QUE PROTEJA EXPRESAMENTE EL <i>IUS LITIGATORIS</i>	186
4.4. ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO O REGLA DEL DOBLE Y CONFORME O DE LA DOBLE CONFORMIDAD	188
4.5. AMPLIACIÓN DE LA CASACIÓN EXCEPCIONAL.....	193
4.6. DEROGACIÓN DEL EFECTO SUSPENSIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN	194
4.7. PROHIBICIÓN DE LA CASACIÓN CON REENVÍO.....	197
4.8. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS	198
CONCLUSIONES	199
RECOMENDACIONES.....	206
BIBLIOGRAFÍA.....	209

RESUMEN

El presente estudio denominado “La relevancia de la finalidad dikelógica en el recurso de casación” ha tenido como punto de partida, dentro del Marco Teórico pertinente, el análisis de las bases teórico-filosóficas del Estado Constitucional de Derecho, con énfasis en los aportes del neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica, así como por la impronta alcanzada en su seno por los conceptos de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso. Luego se ha efectuado un repaso exhaustivo del recurso de casación en la doctrina nacional y extranjera (orígenes, características, fines, causales, efectos, entre otros), en el derecho comparado (principales países europeos y algunos latinoamericanos) y en la legislación de nuestro país, cuya regulación se ha plasmado en el Código Procesal Civil de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 29364 en el año 2009. Finalmente, dentro de este capítulo conceptual, se han examinado los proyectos de ley presentados en el último decenio tendientes a materializar una segunda reforma de la institución casatoria.

Toda esta información teórica de esencia jurídico-filosófica se ha engranado con las unidades de análisis elegidas. La primera se ha centrado en determinar los alcances del artículo 384 del Código Procesal Civil, que regula los fines de la casación, a fin de conocer si la finalidad dikelógica está o no regulada en el mismo. La segunda comprende, de un lado, los datos estadísticos respecto del número de recursos de casación declarados fundados, infundados e improcedentes y el porcentaje de los recursos amparados que contienen decisiones de fondo, en el periodo julio 2007 a diciembre 2017, correspondientes a las ejecutorias publicadas en el diario oficial El Peruano en dicho periodo; y, de otro lado, se ha tomado un periodo más reducido, años 2013-2017, para evaluar, a partir de una muestra de 116 casaciones: 33 fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes, en cuántos casos resueltos ha existido la regla de la doble conformidad, así como saber las razones por las cuales la Corte Suprema declara la improcedencia de muchos recursos de casación.

Toda esta información se ha procesado e interpretado con ayuda de la hermenéutica jurídica, argumentación jurídica, el método empírico-funcional y el análisis sintético, de tal manera que ha permitido describir, explicar, analizar,

discutir y validar la hipótesis de trabajo planteada, llegándose a la conclusión de que los principales fundamentos jurídico-filosóficos para preservar y fortalecer la finalidad dikelógica en la casación civil son: i) el *ius litigatoris* como presupuesto para el ejercicio de funciones jurisdiccionales de una Corte de Casación; ii) la efectividad de la justicia como fin esencial del proceso civil; iii) la relevancia medular del debido proceso sustantivo en un Estado Constitucional de Derecho; y, iv) la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones judiciales.

Asimismo, se ha establecido que las finalidades públicas de la casación (nomofilaquia y uniformidad de la jurisprudencia o *ius constitutionis*) sí son compatibles con la finalidad privada (dikelógica o *ius litigatoris*) dentro del contexto de un ordenamiento jurídico constitucional moderno; que la Corte Suprema sí concretiza esta última finalidad en sus resoluciones casatorias, aunque de manera limitada; y que la reforma casacional introducida por la Ley N° 29364 ha sido insuficiente, de tal modo que resulta necesaria una nueva reforma, la que imperiosamente debe incorporar, entre otras reglas, la de la doble conformidad, para el logro efectivo de los fines de la institución casatoria.

PALABRAS CLAVE: Casación, finalidad dikelógica, *ius litigatoris*.

ABSTRACT

The present study called "The relevance of the dikelological purpose in the appeal of cassation" has had as a starting point, within the pertinent Theoretical Framework, the analysis of the theoretical-philosophical bases of the Constitutional State of Law, with emphasis on the contributions of the neoconstitutionalism and the theory of legal argumentation, as well as by the imprint achieved within it by the concepts of effective judicial protection and due process. Then an exhaustive review of the appeal has been carried out in national and foreign doctrine (origins, characteristics, ends, causes, effects, among others), in comparative law (main European countries and some Latin American countries) and in the legislation of our country. country, whose regulation has been embodied in the 1993 Civil Procedure Code, with the modifications introduced by Law No. 29364 in 2009. Finally, within this conceptual chapter, the bills submitted in the last decade have been examined tending to materialize a second reform of the marriage institution.

All this theoretical information of legal-philosophical essence has been meshed with the chosen units of analysis. The first has focused on determining the scope of article 384 of the Civil Procedure Code, which regulates the purposes of the cassation, in order to know if the dikelological purpose is or is not regulated in it. The second comprises, on the one hand, the statistical data regarding the number of appeals declared founded, unfounded and inadmissible and the percentage of the appeals protected that contain decisions on the merits, in the period July 2007 to December 2017, corresponding to enforceable published in the official newspaper El Peruano in said period; and, on the other hand, a shorter period has been taken, years 2013-2017, to evaluate, based on a sample of 116 appeals: 33 founded, 33 unfounded and 50 unfounded, in how many resolved cases has the rule of double conformity, as well as knowing the reasons why the Supreme Court declares the inadmissibility of many appeals for cassation.

All this information has been processed and interpreted with the help of legal hermeneutics, legal argumentation, the empirical-functional method and synthetic analysis, in such a way that it has allowed to describe, explain, analyze, discuss and validate the proposed working hypothesis, reaching to the conclusion

that the main juridical-philosophical bases to preserve and strengthen the dikelological purpose in civil cassation are: i) *ius litigatoris* as a presupposition for the exercise of jurisdictional functions of a Court of Cassation; ii) the effectiveness of justice as an essential purpose of the civil process; iii) the core relevance of substantive due process in a Constitutional State of Law; and, iv) the ban on arbitrariness in judicial decisions.

Likewise, it has been established that the public purposes of the cassation (*nomofilaquia* and uniformity of jurisprudence or *ius constitutionis*) are compatible with the private purpose (*dikelógica* or *ius litigatoris*) within the context of a modern constitutional legal order; that the Supreme Court does concretize this last purpose in its casatory resolutions, although in a limited way; and that the cassational reform introduced by Law No. 29364 has been insufficient, in such a way that a new reform is necessary, which imperatively must incorporate, among other rules, that of double conformity, for the effective achievement of the purposes of the marriage institution.

INTRODUCCIÓN

Sabemos que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario que se formula contra las decisiones finales expedidas en revisión por las Cortes Superiores, a fin de que la Corte Suprema de Justicia, a través de una de sus salas especializadas, revoque o anule la resolución impugnada, bajo el sustento de haberse infringido una norma de carácter material o procesal.

Este recurso fue adoptado por nuestro actual Código Procesal Civil en sustitución del recurso de nulidad que había previsto el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912. La distinción entre ambos se resume en que el primero ya no genera una tercera instancia como sí lo había hecho el segundo, pues la nueva Corte de Casación solo puede examinar la legalidad de la resolución cuestionada desde un plano exclusivamente jurídico positivo (la ley en su sentido amplio).

La recepción de la casación en nuestro país significó, verosímilmente, un salto de modernidad procesal, en tanto se supuso que este recurso traería mayor agilidad a los procesos en su recorrido por la Corte Suprema, además de permitirle aligerar su carga, puesto que se buscaba convertirla en un auténtico órgano de ilustración del sentido de la legislación y, por ende, unificador de la jurisprudencia nacional. No obstante, ello, la casación que acogimos rebasó los alcances de la primigenia casación francesa concebida simplemente como un órgano de reenvío, es decir, solo con potestades anulatorias (“casación pura”).

En efecto, nuestra legislación, acorde con la evolución de esta institución, reguló lo que en doctrina se denomina “casación bastarda” y que consiste en la facultad otorgada a la Corte Suprema para que emita una sentencia definitiva sobre el fondo de la controversia en los casos donde haya comprobado infracciones legales de índole sustantivo (son los errores *in iudicando*). Ésta es la casación sin reenvío que se traduce en la declaración de nulidad de la sentencia casada y en su sustitución por una nueva sentencia de mérito refrendada por la propia Corte Suprema. Por tanto, la casación con reenvío solo se reservó para las infracciones normativas de carácter procesal (errores *in procedendo*)

Ahora bien, el artículo 384 del Código Procesal Civil, en su texto primigenio, consagró solo dos fines del recurso de casación: el nomofiláctico (aplicación e

interpretación correcta de la ley) y el uniformador de la jurisprudencia (conocidos en doctrina como *ius constitutionis*). Empero, muchos juristas consideran que la regulación de la casación sin reenvío (casación bastarda) implícitamente acogió lo que se conoce doctrinariamente como la finalidad dikélogica de la casación (un tercer fin), esto es, la búsqueda de justicia en el caso concreto (o *ius litigatoris*), por cuanto la Corte Suprema podía enmendar los errores legales sustantivos incurridos por los jueces inferiores y emitir de una vez por todas la decisión conclusiva sobre el fondo acorde con el verdadero sentido de la normatividad pertinente.

Sin embargo, al inicio del presente siglo manó la idea de que el recurso de casación no había logrado los elevados fines estipulados por la ley. Se comprobó que la Corte Suprema seguía manteniendo una pesada carga procesal y que no había expedido prácticamente ninguna sentencia casatoria plenaria vinculante. Es decir, no se había avanzado casi nada para unificar la jurisprudencia. Y en cuanto al fin nomofiláctico, los excesivos procesos recurridos en casación no permitían desarrollarlo del modo esperado.

El consenso, entonces, no tardó en aglutinarse en torno a una urgente reforma del recurso de casación que se plasmó en 2009 con la dación de la Ley N° 29364. Como se verá más adelante, esta norma introdujo varias modificaciones, algunas relevantes, como la reducción significativa de las causales de procedencia del recurso; la mejora y ampliación de los efectos de la sentencia que declara fundado el recurso, con una clara potenciación de la casación bastarda (sin reenvío); e, inclusive, se innovó con la estipulación de “una casación excepcional”, una suerte de *certiorari* peruano, a través de la cual se permitió a la Corte Suprema conocer el fondo de un recurso de casación a pesar de que éste no cumpla con los requisitos de procedencia, siempre que el asunto tuviera especial relevancia.

En buena cuenta, podríamos decir que la modificatoria adicionó a los fines públicos de la casación (nomofiláctico y unificador de la jurisprudencia), el dikelógico (privado); más aún si la nueva figura de la “casación excepcional” también podría interpretarse como una consagración adicional de dicha finalidad axiológica.

De cualquier manera, pasados algunos años desde que se produjo esta primera reforma, la apreciación generalizada es que no ha dado los resultados proyectados, a tal punto que existe consenso en cristalizar una segunda reforma. Esta nueva corriente de opinión se basa en que la Corte Suprema continúa atestada de expedientes y en que la mayoría de recursos de casación son rechazados por cuestiones formales (incumplimiento de los requisitos de procedencia), pero también en que casi no se han proferido sentencias vinculantes que uniformicen realmente la aplicación adecuada del derecho objetivo, de tal modo que se considera que la casación sigue sin lograr sus preciados fines.

Asimismo, una vertiente influyente estima que tal vez el verdadero problema de este “revés legislativo” haya sido la consagración del fin dikelógico, pues se sostiene que la mayoría de recursos de casación están inspirados en la búsqueda de justicia del caso concreto y que ello impide a la Corte de Casación comportarse como tal, por cuanto en lugar de conocer pocos recursos que le faciliten construir una jurisprudencia sólida a partir de una adecuada interpretación del derecho, aquella se ve distraída por una vorágine de casos que hacen perder perspectiva al fundarse en pequeños y múltiples detalles y pormenores que el litigante usa solo para su mero interés privado.

Esta situación ha llevado al extremo inclusive de que la propia Corte Suprema de Justicia en 2014 haya presentado un proyecto de ley, en el que plantea la reforma del recurso de casación, incidiendo en la eliminación (tal vez parcial) del fin dikelógico, en tanto se busca que los fines de dicho recurso ya no sean la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la unificación de la jurisprudencia nacional, sino tan solo “la adecuada aplicación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional”. Al pretenderse la eliminación de la frase “caso concreto” se busca restarle relevancia a la finalidad dikelógica y así convertir a la Corte Suprema en una Corte de Casación más austera desde el punto de vista jurisdiccional. En otras palabras, se cree que dicho fin es el principal causante del “fracaso” del modelo casatorio peruano, por lo que su supresión permitiría alcanzar los objetivos consustanciales de esta figura jurídica.

En esta investigación pretendemos encontrar argumentos para contradecir dicha posición. No consideramos que la persecución de tal fin sea el causante de todos los problemas que se barajan. Seguramente sí ha habido cierto abuso del mismo, pero ello no puede significar que se busque extirparlo o reducirlo a una mínima expresión. Estimamos que las finalidades públicas de la casación (nomofilaquia y unificación jurisprudencial) sí pueden convivir pacíficamente con la función dikelógica mediante una relación simbiótica y no antagónica. Lo que sí se ha comprobado es que la Corte Suprema soporta desde siempre una sobrecarga procesal. Ésta tal vez sea la razón principal de la exigua trascendencia y casi nula eficacia de nuestro sistema casatorio civil. En todo caso, es el punto de partida que ha alentado el surgimiento de esta segunda corriente reformista.

Por consiguiente, en el fondo las propuestas de reforma de la casación apuntan, entre otros objetivos, esencialmente a la reducción de la carga de expedientes que anualmente conoce la Corte de Casación; objetivo que probablemente se puede lograr sin sacrificar el fin dikelógico, el cual se juzga medular en todo sistema de impartición de justicia contemporáneo. Recordemos que nuestro código procesal civil vigente, en su título preliminar, estipula que son fines del proceso la resolución de los conflictos jurídicos y la paz social en justicia. Así, tanto la finalidad privada como la pública están estrechamente imbricadas.

En síntesis, se ha tornado urgente replantear la normatividad referente al recurso de casación, en tanto hay consenso que dicha institución no ha alcanzado las expectativas ciudadanas; y sobre todo se indagará en las razones jurídicas, o más propiamente *iusfilosóficas*, que apoyan la conservación y el fortalecimiento de la función dikelógica en nuestro ordenamiento procesal.

El autor

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. CONTEXTO O TRASFONDO DEL PROBLEMA

El Poder Judicial, como un órgano medular del Estado, tiene el deber de ser respetuoso de la dignidad humana y de los principios y valores democráticos que imperan en nuestro sistema jurídico y político, los cuales están explícita o implícitamente recogidos en nuestro texto constitucional. De allí que al impartir el servicio de justicia en un caso concreto se debe procurar reconocerle el derecho a quien realmente lo tiene. Pero esta tarea no es sencilla, en tanto requiere que los órganos jurisdiccionales estén dotados adecuadamente de conocimientos jurídicos y de las demás ciencias sociales que puedan ser pertinentes; que conozcan el papel cardinal de los valores, de los hechos y de la realidad que circunda al caso; así como actúen con probidad moral y con sesudo respeto de las normas que conforman la deontología jurídica.

Sin embargo, existe un factor que impide que algunas veces se alcance la meta en la impartición de justicia: los jueces, como seres humanos, al desplegar sus funciones jurisdiccionales son falibles. La situación se agrava si en ciertos casos pueden resolver al margen del contexto de justificación del razonamiento judicial: bien por motivos meramente psicológicos (gustos, preferencias, prejuicios, inclinaciones, etcétera) o por motivos externos (coimas, favores, presiones, influencias políticas, entre otros). Para solucionar este problema, o más modestamente diría para atenuarlo y minimizarlo, se han ideado e incorporado al ordenamiento jurídico una serie de principios que guían las funciones y los deberes de los jueces, como el principio de la instancia plural y el del debido proceso. El primero permite que un caso sea revisado por instancias superiores, por otros jueces, precisamente para corregir los errores y vicios que se hubieran podido

incurrir; mientras el segundo confiere una serie de garantías mínimas a los ciudadanos litigantes, en los planos formal y sustancial, para que el conflicto jurídico sea solucionado adecuadamente.

Dentro de este sustento teórico es que en el ámbito procesal se han regulado los medios impugnatorios, principalmente los recursos, destinados a cuestionar las decisiones judiciales y permitir su revisión, cuando éstas han requerido de motivación, por órganos jurisdiccionales superiores desde el punto de vista de la jerarquización del Poder Judicial. Uno de ellos precisamente es el recurso de casación que se formula contra las decisiones finales que hayan sido expedidas en revisión por las Cortes Superiores, a fin de que la Corte Suprema de Justicia, a través de una de sus salas especializadas, conozca el caso como Corte de Casación.

Hinostroza (2009) define a este recurso como:

Aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por la ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) revise y revoque o anule las resoluciones expedidas por las Salas Superiores como órganos de segundo grado (que pongan fin al proceso), que infringen la normatividad material o procesal a tal punto que la referida infracción incide directamente en la parte decisoria de la resolución de que se trate, provocando así un fallo ilegal, irregular, indebido o injusto (p. 13).

Este recurso fue introducido por nuestro actual Código Procesal Civil en sustitución del recurso de nulidad que había previsto el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912. La distinción medular entre ambos se resume en que el primero ya no genera una tercera instancia como sí lo había hecho el segundo, pues la nueva Corte de Casación solo puede examinar la legalidad de la resolución cuestionada desde un plano exclusivamente jurídico positivo (la ley en su sentido amplio). Por tanto, a diferencia del recurso de nulidad, la regla es que el órgano jurisdiccional supremo ya no tiene facultades para entrar a reexaminar y analizar los hechos y los medios probatorios compulsados por las instancias de mérito y así encontrarles otros sentidos valorativos y hermenéuticos, pues el fin primordial de la casación, como se reitera, se restringe al control normativo de la decisión impugnada.

La positivización de la casación en nuestro sistema jurídico implicó, aparentemente, un salto de modernidad procesal. En efecto, se pensó que este recurso traería mayor agilidad a los procesos en su recorrido por la Corte Suprema, además de permitirle a ésta aligerar su carga, en tanto se buscaba convertirla en un auténtico órgano de ilustración del sentido de la legislación y, por ende, unificador de la jurisprudencia nacional. No obstante ello, la casación que acogimos rebasó los alcances de la primigenia casación francesa concebida simplemente como un órgano de reenvío, es decir, solo con potestades anulatorias, de tal manera que si se invalidaba la sentencia impugnada, la única consecuencia posible era ordenar al órgano jurisdiccional inferior expida nueva sentencia, previa subsanación de los vicios o errores detectados; lo que significa que la Corte de Casación estaba impedida de proferir una decisión definitiva sobre la materia controvertida. Esto es lo que se conoce como “casación pura”.

Pero nuestros legisladores, acordes con la evolución de esta institución, regularon lo que en doctrina se denomina “casación bastarda” y que consiste en la facultad otorgada a la Corte Suprema para que emita una sentencia definitiva sobre el fondo de la controversia en los casos donde haya comprobado infracciones legales de índole sustantivo (son los errores *in iudicando*). Ésta es la casación sin reenvío que se traduce en la declaración de nulidad de la sentencia casada y en la emisión, por parte del mismo órgano supremo, de una nueva sentencia de mérito en reemplazo de aquélla, la cual, lógicamente, tiene la calidad de cosa juzgada. Por tanto, la casación con reenvío solo se reservó para las infracciones normativas de carácter procesal (errores *in procedendo*)

Ahora bien, el artículo 384 del Código Procesal Civil, en su versión prístina, consagró solo dos fines del recurso de casación: el nomofiláctico (aplicación e interpretación correcta de la ley) y el uniformador de la jurisprudencia nacional (conocidos en doctrina como *ius constitutionis*). Empero, muchos juristas consideran que la regulación de la casación sin reenvío (casación bastarda) implícitamente acogió lo que se conoce doctrinariamente como la finalidad dikélogica de la casación (un tercer fin), esto es, la búsqueda de justicia en el caso concreto (o *ius litigatoris*), por cuanto la Corte Suprema

podía enmendar los errores legales sustantivos incurridos por los jueces inferiores y expedir de una vez por todas la decisión conclusiva sobre el fondo acorde con el verdadero sentido de la normatividad pertinente.

Sin embargo, entrado el siglo XXI, en la comunidad jurídica y política fue surgiendo y expandiéndose la idea de que el recurso de casación, entre otras instituciones procesales, no había logrado los elevados fines estipulados expresamente por la ley. Se comprobó que la Corte Suprema seguía manteniendo una abundante carga procesal y que no había expedido prácticamente ninguna sentencia casatoria plenaria vinculante. Es decir, no se había avanzado casi nada para unificar la jurisprudencia. Y en cuanto al fin nomofiláctico, los excesivos procesos recurridos en casación no permitían desarrollarlo del modo esperado.

El consenso, entonces, no tardó en aglutinarse en torno a una urgente reforma del recurso de casación que se plasmó en 2009 con la dación de la Ley N° 29364, la que introdujo varias modificaciones, algunas relevantes. Así, por ejemplo, se simplificaron excesivos formalismos, al reducirse significativamente las causales de procedencia del recurso que hasta entonces era una especie de cuello de botella para la adecuada fluidez de este medio impugnatorio. Se mejoraron y ampliaron los efectos de la sentencia que declara fundado el recurso, con una clara potenciación de la casación bastarda (sin reenvío). Inclusive se innovó con la estipulación de “una casación excepcional”, una suerte de *certiorari* peruano, a través de la cual se permitió a la Corte Suprema conocer el fondo de un recurso de casación a pesar de que éste no cumpla con los requisitos de procedencia, siempre y cuando el asunto litigioso tenga especial relevancia.

En buena cuenta, podríamos decir que la modificatoria adicionó a los fines públicos de la casación (nomofiláctico y unificador de la jurisprudencia), el dikelógico (privado); más aún si la nueva figura de la “casación excepcional” también podría interpretarse como una consagración adicional de dicha finalidad axiológica.

De cualquier manera, pasados algunos años desde que se produjo esta primera reforma, parece que no ha dado los resultados planificados, a tal punto que prácticamente hay unanimidad en la doctrina (y seguramente en la

ciudadanía usuaria del servicio de justicia) de que se requiere una segunda reforma, tal vez más integral y profunda. Esta nueva corriente de opinión dominante se basa en que la Corte Suprema continúa atestada de expedientes y en que la mayoría de recursos de casación son rechazados por cuestiones formales (en particular, incumplimiento de los requisitos de procedencia), pero también en que no se han proferido muchas sentencias vinculantes que uniformicen realmente la aplicación adecuada del derecho objetivo, de tal modo que se considera que la casación sigue sin lograr sus preciados fines.

Asimismo, una tendencia importante estima que tal vez el verdadero problema de este “fracaso legislativo” haya sido la consagración del fin dikelógico, pues se sostiene que la mayoría de recursos de casación están inspirados en la búsqueda de justicia del caso concreto y que ello impide a la Corte de Casación comportarse como tal, por cuanto en lugar de conocer pocos recursos que le faciliten construir una jurisprudencia sólida a partir de una adecuada interpretación del derecho, aquella se ve distraída por una vorágine de casos que hacen perder perspectiva al fundarse en pequeños y múltiples detalles y pormenores que el litigante usa solo para su mero interés privado.

Esta situación ha llevado al extremo inclusive de que la propia Corte Suprema de Justicia en 2014 haya presentado un proyecto de ley, en el que plantea, ante el Congreso de la República, la reforma del recurso de casación, incidiendo, aparentemente, en la eliminación (tal vez parcial) del fin dikelógico, en tanto se busca que los fines de dicho recurso ya no sean la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la unificación de la jurisprudencia nacional, sino tan solo “la adecuada aplicación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional”. Al pretenderse la eliminación de la frase “caso concreto” se busca restarle relevancia a la finalidad dikelógica y así convertir a la Corte Suprema en una Corte de Casación más austera desde el punto de vista jurisdiccional. En otras palabras, se cree que dicho fin es el principal causante del “fracaso” del modelo casatorio peruano, por lo que su supresión permitiría alcanzar los objetivos consustanciales de esta figura jurídica.

En esta investigación hemos encontrado argumentos y razones para contradecir dicha posición. Descartamos que la función dikelógica sea la madre de las debilidades o del fracaso del recurso de casación en nuestro país. Convenimos en que dicho recurso no ha logrado los resultados esperados por la población y que requiere una segunda reforma, pero consideramos que tal finalidad debe ser preservada.

Recordemos que la finalidad dikelógica de la casación ha sido una conquista evolutiva sustentada en que la casación originaria tenía una regulación muy formalista y alejada un tanto de la singularidad del caso concreto. Por ello, hubo que repensarla para acercarla al litigante en su búsqueda particular de justicia, sobre todo cuando la situación recurrida estaba impregnada de arbitrariedad e injusticia. Así, se juzgó que este recurso no podía ser excesivamente formal, en tanto las normas procesales al fin de cuentas son solo herramientas o medios para resolver con equidad un conflicto de intereses con relevancia jurídica. De allí que cuando el caso haya sido resuelto de modo arbitrario o injusto, el mismo merecía que el órgano supremo analice el fondo del mismo y emita sentencia definitiva, corrigiendo los imperdonables vicios o errores hallados.

Precisamente, Carrión (2000) sostiene que esta finalidad contribuye “con una de las finalidades supremas del proceso en general, cual es, la de obtener justicia en el caso concreto, cuando tiene que pronunciarse sobre el fondo de la controversia en sistemas como el nuestro en el que tratándose del derecho material no cabe el reenvío” (Tomo II, p. 198).

Por consiguiente, ha urgido reexaminar la normatividad referente al recurso de casación, sobre todo sus fines, causales de procedencia y efectos de la sentencia estimatoria suprema, entre otros, en tanto hay consenso que dicha institución no ha alcanzado las expectativas ciudadanas; pero hemos resaltado las razones jurídicas, o más propiamente iusfilosóficas, que apoyan la conservación de la función (parece que este término es más adecuado que el vocablo fin) dikelógica en nuestro ordenamiento procesal.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema sintéticamente se ha formulado del siguiente modo:

¿Cuáles son los principales fundamentos jurídico-filosóficos para preservar y fortalecer la finalidad dikelógica en la casación civil nacional?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Se ha juzgado importante el tema elegido y el problema planteado en esta investigación, en razón del consenso en la comunidad jurídica de que la regulación del recurso de casación en nuestro sistema procesal civil requiere una nueva reforma, pues sin duda la introducida en 2009 por la Ley N° 29364 ha sido insuficiente e incompleta. Esto exige el análisis tanto teórico como práctico de qué aspectos son los que se deben modificar y mejorar y qué otros son los que se deben eliminar e innovar. En particular, la motivación suscitada descansa en el aporte de razones de orden jurídico y filosófico que comportan una postura contraria a las voces mayoritarias de que la fuente del “fracaso” del modelo casatorio adoptado hasta aquí ha sido la consagración e invocación de la finalidad dikelógica, o, más bien, su uso indiscriminado.

En nuestra opinión, no consideramos que la persecución de tal fin sea el causante de todos los problemas que se barajan. Seguramente sí ha habido un abuso de esta noble finalidad, pero ello no puede significar que se pretenda extirparla de raíz o, en todo caso, reducirla a una mínima expresión. Estimamos que las finalidades o, más propiamente, funciones públicas de la casación (nomofilaquia y unificación jurisprudencial) sí pueden convivir pacíficamente con la función dikelógica, al punto de entablar una relación simbiótica y no antagónica. Lo que sí se ha comprobado es que las Salas Civiles (Permanente y Transitoria) de la Corte Suprema (y, en general, todas sus otras Salas: Penales y de Derecho Constitucional y Social) soportan desde siempre una agobiante carga procesal. Ésta tal vez sea la razón principal de la exigua trascendencia y casi nula eficacia de nuestro sistema casatorio civil. En todo caso, es el punto de partida que ha alentado el surgimiento de esta segunda corriente reformista.

Por consiguiente, en el fondo las propuestas de reforma de la casación apuntan, entre otros objetivos, esencialmente a la reducción de la carga de expedientes que anualmente conoce la Corte de Casación; objetivo que estamos convencidos se puede lograr sin sacrificar el fin dikelógico, el cual se juzga medular en todo sistema de impartición de justicia contemporáneo. Recordemos que nuestro código procesal civil vigente, en su título preliminar, estipula que son fines del proceso la resolución de los conflictos jurídicos y la paz social en justicia. Así, tanto la finalidad privada (*ius litigatoris*) como la pública (*ius constitutionis*) están estrechamente imbricadas. En la visión moderna del proceso, el grado de coexistencia alcanzado estimamos es indisoluble, al punto de que el desconocimiento de una de ellas podría ocasionar el naufragio de un sistema procesal que se precie de servir a la justicia.

Pero la importancia y utilidad de la presente tesis no solo está en la elucubración *iusfilosófica* que aboga por la preservación e incluso el fortalecimiento de la función axiológica en cuestión, sino, adicionalmente, creemos que se pueden lograr fines pragmáticos, en la medida que la vigencia de dicha función ayudará sustancialmente a resolver los conflictos de intereses que así lo exijan con razonabilidad; y, además, prevemos que, de este modo, se evitará en gran medida que la decisión sometida a casación sea cuestionada en sede constitucional mediante el proceso de amparo, bajo el sustento de ser injusta o arbitraria, con la subsecuente dilación del litigio y generación de pugna entre la llamada justicia ordinaria y la justicia constitucional (enfrentamiento entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional).

1.4. ÁMBITOS TEMPORAL Y ESPACIAL DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Ámbito temporal

La investigación se ha circunscrito en el tiempo esencialmente al periodo de vigencia de nuestro Código Procesal Civil actual, dado que la institución casatoria fue una de las novedades que introdujo. De este modo, en particular se han abordado los alcances del artículo 384 de dicho cuerpo legal, que consagra los fines de la casación, tanto en su

versión originaria del año 1993 como en la modificada de 2009, producto de la reforma de la Ley N° 29364. Sin embargo, ello no ha obstado que se haya efectuado un somero estudio del origen y evolución de la casación a través del tiempo y del mundo europeo y latinoamericano, especialmente.

Un segundo aspecto temporal ha incluido el análisis de la información casatoria civil publicada en el diario oficial El Peruano del periodo julio 2007 – diciembre 2017.

Un tercer y último componente ha considerado el universo de casaciones civiles fundadas, infundadas e improcedentes, publicadas en el diario oficial El Peruano, en el periodo 2013-2017, del cual se ha tomado una muestra de 116 casaciones: 33 fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes.

1.4.2. Ámbito espacial

La tesis sustancialmente se ha constreñido al análisis teórico, desde una perspectiva jurídico-filosófica, de la casación civil tanto en la doctrina y legislación nacionales como en las extranjeras de los principales países europeos y algunos latinoamericanos, con una mirada inquisitiva que incluso ha hurgado en los orígenes franceses de esta institución y en su evolución y expansión experimentadas en el mundo occidental a partir del siglo XIX y hasta la actualidad.

Para complementar la investigación, ya desde una postura pragmática, se ha estudiado la producción jurisprudencial casatoria civil de nuestra Corte Suprema de Justicia de los años 2007 – 2017, a fin de conocer la cantidad de fallos fundados, infundados e improcedentes, así como la incidencia de la finalidad dikelógica en los mismos, sobre todo en los primeros, entre otros aspectos afines.

1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

De manera concreta se han encontrado dos tesis para obtener el grado de Maestría que abordan la problemática del recurso de casación en nuestro país a partir de aspectos vinculados con el tópico sustancial de la presente investigación.

La primera corresponde a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Se denomina “Alcances sobre el recurso de casación civil en el Perú. Actualidad y Futuro”, cuyo autor es Tohalino Alemán Víctor Manuel¹. Se ha sustentado en 2019 y en ella se concluye por la reforma de la casación partiendo de la supresión de la finalidad dikelógica (*ius litigatoris* o fin privado) y el robustecimiento de los fines nomofiláctico y uniformador de la jurisprudencia (*ius constitutionis* o fin público).

En efecto, el autor llega a dicha conclusión porque estima que es un error considerar al *ius litigatoris* y al *ius constitutionis* como las dos caras de una misma moneda, cuando la presencia de uno anula la del otro; es decir, en un modelo de casación no pueden convivir el fin privado y el fin público; solo uno de ellos. Por tanto, sostiene que existe una crisis de identidad en la regulación de la casación que se debe superar optando por una Corte de Casación que sea una auténtica Corte Suprema (*ius constitutionis*) y no una tercera instancia (*ius litigatoris*), pues esta última, al tener como objetivo darle una solución al caso concreto, implica la ampliación de la base de acceso del recurso casatorio, con el consiguiente incremento de la carga procesal, lo que traería como consecuencia el correlativo aumento del número de jueces supremos y la desaparición de la función uniformadora.

Por el contrario -subraya-, la opción del *ius constitutionis* supone la reducción del ámbito de ingreso a la Corte Suprema y, por ende, de la carga procesal y del número de jueces para atenderla. Esto, a su vez, permite lograr la uniformidad de criterios, que destaca es la función casatoria más importante. Asimismo, es de la opinión que la función nomofiláctica debe ser replanteada en el significado global de la norma y no para el caso concreto.

¹ Disponible en: <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNF/2827>

Finalmente, el autor resume que la historia republicana por mucho tiempo convirtió a la Corte Suprema en una tercera instancia, al menos desde 1856 y hasta el actual Código Procesal Civil. Si bien la reforma de 2009 pretendió encarar algunos problemas endémicos como la demora de los procesos, la sobrecarga procesal, el mal uso del recurso de casación, entre otros, pero al haber reconocido la vigencia conjunta del *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, ello ha generado inconvenientes de concepción de cómo debe ser el recurso de casación; situación que con esta tesis busca corregir.

La segunda tesis pertenece a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco; lleva por título “Facultad constitucional para que la Corte Suprema de Justicia de la República valore medios de prueba como consecuencia del recurso extraordinario de casación”. Su autor es Henry Jaersino Delgado Urrutia². Esta investigación llega a una conclusión totalmente contraria a la anterior. En efecto, como sugiere su título, estima que se deben ampliar las facultades casatorias de la Corte Suprema, a fin de que pueda revalorar los hechos y las pruebas. En buena cuenta, pretende el fortalecimiento del fin dikelógico en desmedro de los fines públicos del recurso.

El autor de esta investigación sustenta sus ideas en la teoría del absurdo y en la tesis de la arbitrariedad para concluir que es necesario regular una causal específica que permita a la Corte Suprema revalorar los medios probatorios en sede casatoria en los supuestos allí anotados. Estima que se debe abrir el recurso para juzgar la subordinación a la Constitución no solo de las normas sino también de los fallos; lo que tiene conexión con el principio de motivación de las decisiones judiciales, sobre todo en lo que concierne a la valoración de la prueba y cuando las instancias de mérito han infringido las reglas probatorias respectivas. De este modo –finaliza-, los justiciables obtendrán una decisión jurisdiccional justa y no arbitraria.

² Disponible en: <http://repositorio.unsaac.edu.pe>

1.6. MARCO CONCEPTUAL

Corresponde señalar cuáles han sido los conceptos medulares que han guiado la presente investigación y que han sido desarrollados en la misma. Así tenemos:

- a) Neoconstitucionalismo.
- b) Estado Constitucional de Derecho.
- c) La justicia como valor supremo del derecho.
- d) La argumentación jurídica.
- e) Teorías de la interpretación jurídica.
- f) Tutela jurisdiccional efectiva.
- g) Debido proceso formal y sustantivo.
- h) Origen y evolución del recurso de casación.
- i) Naturaleza y características de la casación.
- j) Funciones o fines de la casación.
- k) El *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*.
- l) La casación en el derecho comparado
- m) El modelo casatorio regulado en nuestro sistema procesal civil.
- n) La reforma introducida por la Ley N° 29364.
- o) Casación sin reenvío y casación con reenvío.
- p) El principio o regla del doble y conforme.
- q) Retos y futuro del recurso de casación civil en el Perú.

II. HIPÓTESIS

La hipótesis que ha dado respuesta al problema planteado es la siguiente:

Los principales fundamentos jurídico-filosóficos para preservar y fortalecer la finalidad dikelógica en la casación civil nacional son los siguientes:

- a) El *ius litigatoris* como presupuesto para el ejercicio de funciones jurisdiccionales de una Corte de Casación.
- b) La efectividad de la justicia como fin esencial del proceso civil.
- c) La relevancia medular del debido proceso sustantivo en un Estado Constitucional de Derecho.
- d) Proscripción de la arbitrariedad en las decisiones judiciales.

III. OBJETIVOS

Se ha considerado el siguiente objetivo general:

“Determinar los principales fundamentos jurídico-filosóficos para preservar y fortalecer la finalidad dikelógica en la casación civil nacional”.

Del mismo modo, se han trazado los siguientes objetivos específicos:

- a) Explicar la naturaleza jurídica del *ius litigatoris* y su implicancia en las funciones jurisdiccionales de la Corte de Casación.
- b) Establecer la trascendencia jurídico-filosófica de la efectividad de la justicia como fin esencial del proceso civil.
- c) Determinar la connotación del debido proceso sustantivo dentro del Estado Constitucional de Derecho y su vinculación con la función dikelógica de la casación.
- d) Explicar la corrección de las decisiones judiciales en relación con el principio de proscripción de la arbitrariedad.
- e) Establecer si en un Estado Constitucional de Derecho, las finalidades públicas de la casación (nomofiláctica y unificadora) son o no compatibles con su finalidad privada (dikelógica).

f) Determinar si las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia del Perú han concretizado la función dikelógica en sus resoluciones casatorias.

g) Determinar si la reforma casacional introducida por la Ley N° 29364 ha sido suficiente o si aún es necesaria una nueva reforma.

h) Justificar la incorporación legislativa de la regla del doble y conforme para el logro de los fines de la casación civil.

IV. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN

4.1. CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES

Podemos identificar como variables las siguientes:

a) *lus litigatoris* y funciones jurisdiccionales de la Corte de Casación.

b) Efectividad de la justicia.

c) Debido proceso sustantivo y Estado Constitucional de Derecho.

d) Proscripción de la arbitrariedad.

4.2. UNIDADES DE ANÁLISIS

La primera y más importante unidad de análisis la constituye el artículo 384 del CPC, tanto en su texto originario como en el modificado y que está en vigor hoy en día, a partir del cual se ha determinado interpretativamente la regulación actual de la función dikelógica.

La segunda unidad de análisis consta de dos componentes. El primero comprende la totalidad de casaciones publicadas en el diario oficial El Peruano, por parte de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia del Perú, durante el periodo julio 2007 – diciembre 2017 (diez años y medio), cuyos fallos son fundados, infundados e improcedentes.

El segundo componente concierne al universo de casaciones fundadas, infundadas e improcedentes publicadas en el diario oficial El Peruano, por parte de las Salas Civiles Supremas, en el periodo 2013-2017 (cinco años). De este universo, se ha tomado una primera muestra de 116 casaciones: 33

fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes, que ha servido para determinar el porcentaje de casos recurridos en casación donde existía el principio del doble y conforme. La segunda muestra se ha reducido a las 33 casaciones fundadas, cuyo examen ha sido decisivo para el establecimiento del porcentaje de las mismas que contienen fallos de fondo, en los que prima el fin dikelógico. La tercera muestra se ha restringido a las 50 casaciones improcedentes y ha sido de utilidad para el conocimiento de las principales razones invocadas por las Salas Civiles Supremas para rechazar los recursos de casación sin abordar el fondo del asunto litigioso.

4.3. TIPO Y DESCRIPCIÓN DEL DISEÑO DE CONTRASTACIÓN

La investigación es teórico-empírica (jurídico-social) y de nivel descriptivo-explicativo-argumentativo.

En cuanto al tipo y descripción del diseño se han utilizado dos. Para el análisis teórico se ha empleado un diseño analítico-argumentativo.

Para el estudio empírico se han examinado primero los datos estadísticos de las resoluciones casatorias civiles del periodo julio 2007 – diciembre 2017. Luego se ha tomado la población casacional civil de los años 2013-2017, con una muestra de 116 casaciones: 33 fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes, que han sido de utilidad para el conocimiento de la cantidad de casos recurridos en casación donde había la regla del doble y conforme, el porcentaje de casaciones con decisión estimatoria de fondo, la invocación de la función dikelógica como sustento de los fallos sin reenvío y las razones medulares por las cuales se declaran improcedentes los recursos de casación.

V. METODOLOGÍA

5.1. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

La interpretación literal, *ratio legis*, sistemática, histórica, sociológica y teleológica de las normas procesales sobre la casación civil.

5.2. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Se ha utilizado esta concepción del Derecho para la resolución de los problemas planteados en la presente investigación. Para ello se han tenido en cuenta los aportes de la lógica jurídica y las formas de argumentos racionales como: argumentos interpretativos: el semántico, el genético, el comparativo, el sistemático, el histórico y el teleológico; argumentos empíricos; argumentos prácticos en general; argumentos dogmáticos; argumentos basados en precedentes; y, argumentos jurídicos especiales: analogía, argumento *a contrario*, argumento *ad absurdum* y argumento *a fortiori*; así como los aportes de los principios generales del Derecho, las demás fuentes formales del Derecho, valores jurídicos y morales, contextos socioeconómico e histórico y el aporte de las demás ciencias sociales.

5.3. EL MÉTODO EMPÍRICO-FUNCIONAL

El presente trabajo, en el plano empírico, primero ha evaluado la casuística contenida en la jurisprudencia suprema civil sobre el número de casaciones publicadas en el diario oficial El Peruano en el periodo julio 2007 – diciembre 2017, clasificándolas según el tipo de fallo: fundado, infundado e improcedente.

En segundo lugar, la población casatoria se ha reducido al periodo 2013-2017, de la cual se ha escogido una muestra de 116 casaciones: 33 fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes, que ha permitido conocer el porcentaje de casos recurridos en casación donde existía la regla del doble y conforme, el número de decisiones casatorias estimatorias de fondo (fin dikelógico), la invocación de la función dikelógica en los fallos sin reenvío y las razones principales por las cuales se declara improcedentes los recursos de casación.

Estos datos estadísticos han posibilitado hacer generalizaciones con las cuales se han adoptado diversas conclusiones y recomendaciones para poder modificar la legislación procesal civil sobre el tema; lo cual significa que se ha utilizado también el razonamiento lógico inductivo.

5.4. EL ANÁLISIS SINTÉTICO

5.4.1. Análisis

En el desarrollo de nuestra investigación se ha analizado la legislación y doctrina nacionales y extranjeras sobre la relevancia de la finalidad dkelógica de la casación y de sus otros fines, así como su origen, evolución y expansión en el mundo occidental desde la Francia posrevolucionaria del siglo XIX hasta la actualidad, incluyendo los principios, características y dimensiones de este importante instituto procesal.

Asimismo, se ha examinado la jurisprudencia casatoria civil publicada en el diario oficial El Peruano, primero en el periodo julio 2007 – diciembre 2017, a fin de conocer la cantidad de fallos fundados, infundados e improcedentes.

En segundo término, la población casatoria civil se ha limitado al periodo 2013-2017, de la cual se ha elegido una muestra de 116 casaciones: 33 fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes, que ha servido cardinalmente para establecer el porcentaje de decisiones estimatorias de fondo, la prevalencia de la regla del doble y conforme en los casos que llegan a la Corte Suprema y las razones medulares que sustentan la improcedencia de los recursos.

5.4.2. Síntesis

Mediante el uso de este método hemos procesado los datos recolectados como base para la formulación de conclusiones y recomendaciones generales y específicas que se han efectuado como síntesis de los argumentos de nuestras respuestas a varios de los objetivos planteados.

5.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

5.5.1. Técnicas

Documental: fichas de estudio, de recolección de datos y de resumen. Las primeras han servido para la revisión, confrontación y posterior

elección de temas concernientes sobre todo al Marco Teórico, pero también, aunque en menor grado, para el desarrollo de la Contrastación de la Hipótesis. Las segundas, han sido de mucha utilidad en las Unidades de Análisis, especialmente en el acopio de la información estadística de las resoluciones casatorias y para clasificarlas por el año de su publicación, el sentido del fallo (fundadas, infundadas e improcedentes), la existencia o no de la regla de la doble conformidad, si el fallo es con reenvío o sin reenvío, entre otros. Y, las terceras, han sido indispensables para sintetizar toda la información recabada, ya sea de tipo cualitativo o cuantitativo, con particular relevancia en la construcción de las ideas principales de la Contrastación de la Hipótesis, del capítulo sobre las perspectivas de reforma de la institución casatoria y de las conclusiones y recomendaciones finales.

5.5.2. Herramientas

a) Libros y revistas sobre derecho, filosofía del derecho, teoría política, axiología y ontología jurídicas. Acá se ha encontrado el sustento teórico para hilvanar el marco conceptual de la tesis y las ideas centrales con las cuales se ha edificado la Contrastación de la Hipótesis.

b) Constitución Política, Código Procesal Civil y Ley N° 29364. Han sido las herramientas jurídicas medulares de la presente investigación, dado que el recurso de casación es una institución eminentemente jurídica.

c) Proyectos de Ley sobre reforma de la casación civil. Éstos nos han permitido conocer cuales son las perspectivas que nuestros legisladores y el propio Poder Judicial albergan sobre los cambios que la casación civil puede tener.

d) Legislación extranjera sobre el recurso de casación. Este rubro ha posibilitado averiguar cuál es el tratamiento del recurso de casación en algunos países europeos y latinoamericanos y establecer comparaciones con su regulación en el nuestro.

e) Publicaciones jurídicas publicadas en Internet. La utilidad ha sido semejante a la señalada para los libros y demás.

f) Tesis publicadas sobre la materia. Éstas nos han permitido indagar y conocer que se han llevado a cabo algunas investigaciones vinculadas a la nuestra, aunque ninguna de las halladas ha abordado directamente el problema planteado en esta tesis.

g) Datos estadísticos de casaciones publicadas en el diario oficial El Peruano. Han servido para desarrollar la Segunda Unidad de Análisis y como parte del sustento de algunas de las razones que conforman la Contrastación de la Hipótesis, así como para fundamentar muchos aspectos del capítulo sobre perspectivas de reforma de la casación en nuestro país.

5.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS

- a)** Depuración y codificación de los datos.
- b)** Tabulación de los datos obtenidos.
- c)** Elaboración de cuadros estadísticos.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO

2.1. BASES TEÓRICO-FILOSÓFICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

2.1.1. NEOCONSTITUCIONALISMO: ALCANCES Y PRESUPUESTOS

Desde la perspectiva del neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno, e incluso desde las corrientes *iusnaturalistas*, se considera que el Derecho actualmente no puede tener cualquier contenido, sino que en última instancia debe estar cimentado o fundado en la dignidad de la persona humana como un ente que es fin en sí mismo, cuyo respeto y desarrollo integral deben estar garantizados. En efecto, el derecho como una ciencia o disciplina social pretende controlar normativa y coactivamente la conducta de los seres humanos, a fin de posibilitar la convivencia pacífica; pero para que sea legítimo y obedecido (eficaz) debe regular en su base ciertos contenidos mínimos e indispensables sobre los cuales el edificio jurídico se construya sólidamente; los cuales suelen denominarse derechos humanos, que son un cúmulo inalienable de facultades, exigencias y libertades sin las cuales, en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, la persona humana dejaría de ser digna.

Estos derechos humanos generalmente están contemplados de manera genérica, explícita o implícitamente, en la Constitución; la que es el cuerpo jurídico fundante y, al mismo tiempo, supremo de un Estado. De este modo, el poder político en particular está limitado por la normatividad constitucional, tanto en su actuación administrativa (poder ejecutivo) como en su producción legislativa (poder legislativo), además obviamente en su potestad jurisdiccional (poder judicial). Desde luego, si la Constitución es un plexo normativo fundante, entonces el Estado y la sociedad en general tienen la absoluta obligación de actuar sometidos a él; sin que quepa la

posibilidad de vulnerarlo, pues ello supondría el socavamiento de las bases sobre las cuales se ha construido el sistema jurídico y político de una nación. Pero también la Constitución tiene la calidad de ser la normatividad suprema, la de más elevada jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional (principio de supremacía de la Constitución); lo que significa que todas las reglas jurídicas producidas por el poder constituido deben expedirse en perfecta consonancia y armonía con aquélla; de tal suerte que, si alguna o algunas de estas últimas la contradice, niega o violenta por la forma o por el fondo, merece ser defenestrada.

Si el derecho no puede tener cualquier contenido, se deduce, por consiguiente, que debe cimentarse sobre ciertos valores, principios y libertades que ahora consideramos condiciones esenciales de toda sociedad democrática moderna, llamados también derechos humanos, entonces ello significa aceptar que éstos actualmente son tan fundamentales para la pervivencia humana (al menos en los países democráticos) que el Estado ya no puede desconocerlos ni vulnerarlos, bajo el riesgo de deshilar el delicado tejido social que lo sostiene y así involucrar a épocas absolutistas y arbitrarias. Consecuentemente, se podría decir que el Estado propiamente no es el creador de tales derechos que la sociedad va generando y amalgamando en su decurso histórico, sino sería únicamente el que los reconoce e incorpora al ordenamiento jurídico para dotarles de la exigencia de coercibilidad que carecen por su condición originaria de cánones morales.

Ahora bien, esta incorporación de los derechos humanos en un sistema jurídico moderno -propugna el neoconstitucionalismo, surgido luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial-, no puede darse en cualquier cuerpo normativo sino en uno que sea superior a los demás tanto desde el punto de vista formal como sustancial: la Constitución; formal porque se aspira que sea un texto escrito producido por un órgano constituyente, creado por el pueblo solamente con dicho fin; de tal manera que las normas que regule tengan un procedimiento de derogación o modificación más difícil y exigente que el de las normas ordinarias; y sustancial porque debe recoger y reconocer el plexo de derechos y libertades humanas

fundamentales, imperantes en la sociedad, a fin de que ésta las obedezca y cumpla regularmente.

Así, Priori (2009) señala que el:

Estado constitucional exige que se tengan en cuenta una serie de principios y valores establecidos en la Constitución, sin los cuales ninguna función estatal y ni siquiera el propio Estado tendrían sentido. Así dentro emana directamente de la noción de Estado constitucional la protección de la dignidad de la persona humana establecido en el artículo 1 de la Constitución, así como los derechos fundamentales recogidos en su artículo 2 (p. 347).

Sobre el tema, la autora Pozzolo (2015) enseña que una idea central del neoconstitucionalismo es “(...) la insistencia en declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución con una perspectiva práctica mediada por valores. De hecho, su carácter es *anti*-, y no simplemente *post*-positivista. Respecto a este último, el neoconstitucionalismo no “supera” nada, sino que quiere descartar todo (o casi todo) (...)” (p. 366).

De manera puntual podemos resumir que el neoconstitucionalismo, a grandes rasgos, presenta como características o presupuestos más importantes los siguientes:

A. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La evolución del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho ha traído consigo el reconocimiento expreso de que la Constitución ya no es más un catálogo político cargado de buenos deseos y aspiraciones, sino una auténtica norma jurídica que contiene prescripciones vinculantes para toda la sociedad, incluso con mayor fuerza que la norma legal, dado su carácter normativo fundante y al mismo tiempo supremo dentro del edificio jurídico. Además, esta vinculatoriedad, por lo general, es directa e inmediata y ya no programática, puesto que puede ser exigida administrativa o judicialmente sin necesidad de desarrollo legislativo. Evidentemente éste ha sido un gran paso para la defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía que, desde el siglo XIX en la mayoría de países de

Occidente, han sido desconocidos o conculcados inmisericordemente por sucesivos gobiernos autocráticos, fascistas, caudillistas e incluso formalmente democráticos.

B. RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Sabemos que la consagración del Estado Legal de Derecho, post Revolución francesa, supuso el triunfo de las tesis del positivismo normativista sobre las del *iusnaturalismo*. En particular, se asumió, casi como una verdad incontrastable, la separación del Derecho y la moral, en el entendido de que entre ambos no había ninguna vinculación necesaria, pues en definitiva la norma jurídica para ser tal solo requería ser producida por los órganos estatales competentes siguiendo ciertos procedimientos preestablecidos. Esto ahora se conoce como validez formal.

Solano (2016) enfatiza sobre el particular lo siguiente:

La tesis de la separación define que el derecho de forma ontológica no tiene una necesaria conexión con el derecho en forma deontológica, o en otras palabras no hay un obligatorio enlace entre el derecho como es y cómo debe ser. Esta postura es defendida por los positivistas al sostener que la validez jurídica no tiene una conexión necesaria con la corrección moral” (p. 163).

Pero con el tiempo, luego de la Segunda Guerra Mundial y sobre la base de las incontables experiencias traumáticas y sistemáticas de violaciones generalizadas de los derechos más elementales de las personas en muchas naciones, maduró la idea de que dichos derechos deberían estar contenidos en la Constitución para así premunirlos de fuerza normativa vinculante. Incluso se aceptó que los mismos tenían existencia anterior y superior al propio Estado, quien, al integrarlos al texto constitucional, no los creaba sino simple y llanamente los reconocía como fundamentos de este nuevo orden social, político y jurídico. De este modo, algunas categorizaciones del *iusnaturalismo* emergieron revitalizadas, especialmente la que sostenía una estrecha y necesaria conexión entre el Derecho y la moral (derecho natural), en el sentido de que el primero para ser válido o justo debe nutrirse o basarse en la segunda. En buena cuenta, el Derecho para ser tal no solo depende del órgano estatal que

lo produce ni de los procedimientos preconcebidos; requiere también tener un contenido ético y axiológico mínimo prácticamente pétreo e inmodificable. Es lo que se conoce actualmente como la parte dogmática de la Constitución (validez sustantiva o material).

Prieto (2010) denomina a este fenómeno como rematerialización constitucional, porque implica:

(...) la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decir legítimamente. Para usar la terminología de la Constitución española, los valores superiores, los principios y especialmente los derechos fundamentales representan la plasmación de esa extraordinaria densidad normativa que hace del Estado constitucional contemporáneo el contrapunto de lo que pudo ser el modelo kelseniano (p. 464).

A su vez, sobre este tema Ferrajoli (citado por Prieto, 2010) razona en los siguientes términos:

El núcleo del paradigma garantista, que es lo mismo que decir del paradigma constitucionalista, consiste en la regulación no sólo del *quién* y del *cómo* se manda, sino también de *qué puede* mandarse y aun de *qué debe* mandarse. Si la regulación solo de las formas caracteriza al Estado de Derecho en sentido débil, la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza en cambio al *constitucionalismo* y al *Estado de Derecho en sentido fuerte*, que exige que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido” (pp. 464-465).

Más adelante, Prieto (2010) recalca:

Dicho de un modo u otro, la conclusión es que merced a las Constituciones, la moral -es decir, los venerables derechos naturales- ha hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del Derecho. Y justamente aquí reside la diferencia: el orden jurídico siempre ha incorporado normas sustantivas que pretenden decir a sus destinatarios qué es lo que pueden o no hacer; la novedad es que ahora los destinatarios son también los poderes públicos, cuya conducta se expresa a su vez en forma de normas jurídicas cuya identificación exige apelar a conceptos morales. La moral incorporada a la constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y Derecho

se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre Constitución y ley (pp. 465-466).

Este fenómeno de vinculación entre Derecho y moral también se denomina Pos-Positivismo. La autora Beloso (2014) comenta al respecto:

El paradigma neoconstitucional centra su foco de atención no en la mera descripción de la organización del poder o de cómo funciona el derecho positivo en este contexto, sino que constituye un modelo ideal – axiológico-normativo del derecho – al cual debería tender el derecho positivo. Este nuevo modelo modifica (y supera) el método de análisis del positivismo, pues frente al distanciamiento (o reivindicación del punto de vista externo), la neutralidad o la mera función descriptiva, se opone un modelo en el cual las principales características son la del compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor en el análisis del derecho y la prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica (pp. 153-154).

C. PRINCIPIOS Y REGLAS

La necesaria conexión actual entre Derecho y moral que propugna el neoconstitucionalismo ha traído como consecuencia que las Constituciones modernas adopten un catálogo de principios y derechos básicos que se nutren de valores morales como la justicia, la libertad, la igualdad, entre otros, y que se proyectan a todo el ordenamiento jurídico de una nación. Estos principios constituyen una nueva categoría normativa, distinta de las tradicionales reglas y a las cuales de algún modo las sustentan y orientan. Es decir, ahora tenemos dentro de la estructura jurídica dos clases de normas: los principios y las reglas.

Guastini (citado por Solano, 2016) precisa sobre las reglas y los principios lo siguiente: “Que una regla es un enunciado condicional que conecta alguna consecuencia jurídica con una clase de hechos” y considera un principio “a toda norma que presenta conjuntamente dos características. (A) por un lado que tenga un carácter fundamental y (B) por el otro, que se encuentre afectada por una peculiar forma de indeterminación” (p. 166).

Por su parte, González (2013) resume la diferencia entre principios y reglas bajo cuatro criterios:

(i) El criterio estructural normativo permite entender que las reglas están compuestas por un supuesto fáctico, una consecuencia jurídica y un nexo causal; en cambio, los principios no tienen premisas, es decir, no tienen esa composición, solo indican un fundamento moral o, si se quiere, un valor; (ii) el criterio aplicativo identifica las reglas como aplicables de modo <todo o nada>, se aplican por subsunción; en cambio, los principios se aplican parcial o gradualmente <más o menos>, es decir, se ponderan; la ponderación se entiende como la determinación de los pesos de los principios colisionados sobreponiéndose el principio de mayor peso al de menor peso, en cada caso concreto; (iii) el criterio colisionista reconoce que las normas colisionan, cuando son reglas una de ellas se declara inválida y consecuentemente la otra de validez para su aplicación, de no ser posible ello se introduce una excepción normativa; en cambio, cuando son principios se ponderan y consiguientemente se jerarquizan o superponen unos a otros; y (iv) el criterio estimativo encuentra en los principios el fundamento axiológico que no logra divisar en las reglas (p. 193).

Pozzolo (2015) brillantemente enfatiza sobre este punto:

La oposición entre principios y normas es ciertamente una característica distintiva, y señala su distancia respecto al positivismo jurídico, haciendo referencia al contraste entre forma y substancia. La forma, las normas, la unidad de medida en el positivismo jurídico, válidas sobre la base del principio de legalidad -es decir, de características formales- pueden mostrar un *pedigree*. Los principios -característicos del derecho del estado constitucional contemporáneo- representan la sustancia, y no tienen un certificado de origen que certifique su juridicidad: son válidos por su importancia. También la oposición entre ponderación y subsunción sienta sus raíces “en la sustancia de los principios”: en es razón de su propia naturaleza que se configuran como dúctiles instrumentos equitativos o de razonabilidad práctica en la concretización del derecho. Los intérpretes ponderan los valores vehiculados por los principios en razón de las exigencias de justicia que cada caso plantea. Esta interpretación *orientada a los valores* asigna casi naturalmente un rol fundamental a la jurisdicción, y no solo a aquella constitucional. Con dicha interpretación se supera el esquema que, al menos en la tradición del derecho codificado, estaba detrás de las funciones del poder, y se elige, por el contrario, limitarlo a través de los contenidos (...) (p. 367).

Entonces, la teoría jurídica positivista y formalista enseña que la técnica interpretativa por excelencia para solucionar los conflictos jurídicos basados en reglas es la subsunción, que consiste en la adecuación de los hechos del caso al supuesto normativo previsto en la regla para así aplicarle la consecuencia jurídica prevista en ella. Desde luego que para

ello será de vital ayuda el recurso a los tradicionales métodos de interpretación: el literal, *ratio legis*, histórico y sistemático; y a criterios hermenéuticos importantes como el jerárquico, cronológico y el de especialidad.

Sin embargo, en un sistema jurídico compuesto por principios y reglas muchas veces el mecanismo de la subsunción resulta insuficiente o inútil.

Así, Belloso (2014) destaca:

El neoconstitucionalismo propugna que en la resolución de los llamados *hard cases* (casos difíciles) en los cuales, si no se encuentra la solución del caso en ninguna de las reglas establecidas, el juez, en esta tarea de búsqueda de la respuesta correcta, deberá sopesar los argumentos, es decir, recurrirá a la ponderación. La exigencia de ponderación entre los principios constitucionales, revela la insuficiencia de los criterios tradicionales para resolver las antinomias normativas (...) (p. 154).

Por su parte, Prieto (2018) recalca al respecto:

(...) En primer lugar, porque el juicio de ponderación que entrañan los principios obliga al intérprete al desarrollo de una racionalidad práctica enormemente más compleja que la exigida por la tradicional subsunción; una racionalidad que ni en sus premisas normativas (los principios) ni en su realización difiere de forma sustancial de la argumentación moral (...). En segundo lugar, porque los principios no solo exigen algo más que la subsunción, sino que en realidad eliminan o dificultan la subsunción por cuanto, al interferir principios y reglas, estas requieren, antes de la subsunción, un examen de su validez y alcance a la luz de los principios, es decir, a la luz de un juicio de ponderación. Finalmente, y merced a todo ello, resulta difícil seguir manteniendo la idea de libre creación judicial, pues el modelo de principios y reglas parece que proporcionará siempre alguna pauta para resolver los casos, aunque, eso sí, solo una pauta, un camino para el desarrollo de la *juris prudentia* y no de la *scientia iuris* (...) (pp. 39 y 40).

Esto último, conforme a la cita que dicho autor hace de Zagrebelski, porque “la pluralidad de los principios y la ausencia de una jerarquía de los mismos formalmente determinada hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación” (p. 40).

D. LA GARANTÍA JUDICIAL Y LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

El constitucionalismo moderno ha traído como una novedad trascendente el fortalecimiento de la potestad jurisdiccional. Recordemos que la implantación del Estado Legal de Derecho catapultó la supremacía indiscutible del Poder Legislativo sobre los otros poderes, basada en el principio de la democracia representativa que al final se traducía en la facultad que aquel tenía de expedir leyes que se consideraban expresión de la voluntad popular soberana, la cual indudablemente debía ser obedecida y aplicada literalmente en última instancia por los jueces, quienes de este modo no podían interpretarla ni alterarla en lo más mínimo.

Al cambiar el sistema de fuentes y ser relegada la ley a segundo plano, la figura judicial se robustece en gran medida, en tanto ahora la norma suprema es la Constitución, la que está construida mayoritariamente por un tipo especial de normas: los principios, que no tienen el esquema estructural de las reglas (supuesto, nexo y consecuencia jurídica), en tanto son directrices, lineamientos y pautas de comportamiento bastante generales que exigen una interpretación y razonamiento especiales que normalmente se delegan en los jueces. Así, éstos pueden inaplicar leyes y contradecir su sentido si estiman algún tipo de vulneración de la normatividad constitucional. Y si el conflicto enfrenta dos o más principios, se ha previsto que el juez recurra a la técnica hermenéutica de la ponderación para llegar a la solución más razonable, en función de las circunstancias concretas y con ayuda del test de proporcionalidad.

Esta revalorización del aparato judicial se ha cristalizado sobre todo con lo que se conoce como control difuso de las leyes, de origen norteamericano, a través del cual se concede a todo juez, bajo ciertas condiciones, la exclusiva facultad de no aplicar leyes si éstas contradicen el espíritu constitucional. Es una potestad jurisdiccional un tanto amplia porque normalmente es otorgada a los jueces sin importar su jerarquía o

especialidad ni el tipo de proceso sometido a su conocimiento. De esta manera, cualquier ciudadano, sin necesidad de recurrir a las instancias superiores del sistema de justicia o a procedimientos especiales, puede pedir a un juez competente dentro del proceso correspondiente, dirima su conflicto de intereses inaplicando una norma legal si desentraña su inconstitucionalidad y siempre que tenga relación directa con dicho conflicto.

Entonces, la garantía judicial para la defensa de los derechos y principios constitucionales es una característica medular del Estado Constitucional de Derecho, sin la cual éste no podría ser tal, en tanto supone la posibilidad inmediata de acudir al órgano jurisdiccional para evitar o restaurar la amenaza o violación de una norma constitucional. Si bien ayuda en este cometido también el llamado control concentrado de las leyes, de origen europeo o kelseniano, pero al ser éste un mecanismo al que solo puede acudir un número bastante limitado de sujetos de derecho y que muchas veces está influenciado por detonantes políticos, el mismo se torna lejano e inalcanzable para la mayoría de ciudadanos, mucho más si tal procedimiento está encargado de manera exclusiva a un órgano especializado o concentrado, generalmente un Tribunal o Corte Constitucional, que ejerce un control abstracto de la validez de las normas legales, a diferencia de los jueces, cuyo control constitucional solo tiene injerencia y eficacia en el caso concreto.

Por consiguiente, resumimos que lo determinante para llegar a este punto del fortalecimiento de la función judicial sin duda ha sido la permisión jurisdiccional de aplicar de manera directa la normatividad constitucional, sin esperar (por lo general) alguna actuación legislativa o administrativa previa. Inclusive, este garantismo ha obligado a los ordenamientos jurídico-constitucionales a incorporar en su seno mecanismos de tutela constitucional directos, urgentes y breves que en nuestro caso están regulados en el Código Procesal Constitucional: proceso de hábeas corpus, proceso de amparo, proceso de hábeas data y proceso de cumplimiento, que son conocidos como procesos constitucionales de la libertad.

2.1.2. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El jurista Atienza (2006) subraya:

Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza (p. 17).

La argumentación jurídica indubitadamente cobra especial relevancia en la aplicación del derecho por parte del Poder Judicial, el que, como un órgano medular del Estado, tiene el deber de ser respetuoso de la dignidad humana y de los principios y valores democráticos que imperan en nuestro sistema jurídico y político, los cuales están explícita o implícitamente recogidos en nuestro texto constitucional. De allí que las decisiones que se adopten en un caso concreto tienen que estar debidamente motivadas tanto en el plano fáctico como en el jurídico.

Precisamente el proceso civil es la herramienta diseñada para resolver las controversias jurídicas de dicha índole, el cual está inspirado en un conjunto de principios básicos que permiten garantizar a las partes un adecuado desarrollo dialéctico de las posturas enfrentadas y el logro de una decisión justa. Sobre el particular, Priori (2009) recuerda, con respecto al Derecho Procesal en general (del cual forman parte los recursos), que el desarrollo histórico de esta rama del Derecho “ha determinado que, poco a poco, el proceso haya ido olvidando su cometido fundamental: brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas materiales, para con ello lograr la paz social en justicia. Dicho cometido, además, es la justificación misma de la existencia del proceso, pues sin él el proceso se convertiría en el más inservible e inhumano rito que los hombres hayan creado” (p. 46).

Entonces, las exigencias de impartición del servicio de justicia claramente son mayores en un Estado Constitucional de Derecho, pues la ley y su

interpretación textual, que rigieron durante el ya superado Estado Legal de Derecho, han dejado de ser el paradigma jurídico supremo. Ahora ya no son las reglas un tanto estáticas e inflexibles las que gobiernan la aplicación del derecho sino cardinalmente los principios dinámicos que se deslizan por la pirámide jurídica desde el vértice constitucional a la base infralegal y viceversa, en una constante retroalimentación renovadora e innovadora.

Desde luego que la sentencia es el punto culminante del servicio de justicia estatal. Es la decisión que dirime la controversia, pero, como ya recalcamos, no basta por sí misma; su pretensión de validez descansa, casi íntegramente, en el nivel de razones esgrimidas. Razones que en esencia reposarán en la fuerza de los hechos acreditados y en la elección, interpretación y aplicación adecuadas de la norma al caso concreto. Por ello, en la actualidad las decisiones judiciales tienen que estar apropiadamente motivadas o justificadas.

Por su parte, justificar una decisión adoptada por un órgano estatal exige recurrir a criterios argumentativos, los cuales, de acuerdo con Sánchez (2004), tienen que ver con la proposición de razones (las mejores) para la solución de los conflictos sociales, orientando la decisión a las exigencias generales de justicia u otro tipo de valores que el orden normativo incorpora y las comunidades aceptan. Añade que en el campo jurídico los juristas fundamentalmente argumentan: postulan pretensiones, buscan razones de apoyo, critican las razones de los otros actores del proceso, acuñan principios e interpretan los textos según lo que quieren defender; finalmente persuaden de lo que les interesa conseguir.

Esto es lo que se conoce en la Teoría de la Argumentación como el contexto de justificación, el que comprende la justificación interna y la justificación externa. La primera atañe a la estructura interna del razonamiento judicial, que es el armazón o esqueleto lógico formal que soporta su validez. Esta estructura formal abarca tanto el respeto a las leyes del pensamiento deductivo como también a los principios lógicos clásicos: razón suficiente, no contradicción, congruencia o identidad y tercio excluido, que de alguna manera sostienen el razonamiento lógico inductivo. A su vez, la justificación externa, que se adhiere a la anterior cubriéndola, recurre a criterios

hermenéuticos, valores jurídicos, principios generales del derecho y criterios metajurídicos incluso para adoptar una decisión justa. La justificación externa llena de contenido sustancial y material al razonamiento judicial; pero no cualquier contenido, sino el más razonable, el más digno, el más justo.

No obstante, ello, García y Gascón (2005) refieren que la justificación interna alude al razonamiento lógico-deductivo mientras que la justificación externa al razonamiento jurídico que no presenta tal carácter.

De cualquier manera, la decisión más razonable y adecuada nos lleva a los requerimientos del denominado debido proceso sustantivo, el cual postula que la sentencia para que sea válida en un Estado Constitucional de Derecho en última instancia tiene que apoyarse en los principios de razonabilidad y proporcionalidad aterrizados en el caso particular; es decir, se busca una decisión justa o, al menos, aceptable socialmente.

2.1.3. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

No cabe duda alguna que la interpretación en el campo del Derecho ocupa un lugar descollante, ya sea en el ámbito doctrinario, legislativo o judicial, pero es en este último, en que se decide su aplicación, donde cobra mayor relevancia, en tanto allí la norma adquiere auténtica vitalidad y trascendencia al constituirse en el elemento definitorio de un conflicto de intereses concreto.

En líneas generales interpretar un texto jurídico consiste en atribuirle o asignarle sentido o significado, definir sus alcances, determinar su contenido, averiguar su razón de ser o los fines que persigue. La interpretación se manifiesta de dos maneras: como actividad (la acción de interpretar) y como resultado o producto de dicha actividad. Este último se lo identifica con el significado atribuido al texto interpretado. El problema sucede con la actividad interpretativa, pues no hay consenso en establecer con precisión en qué consiste. Para algunos simplemente es averiguarlo o descubrirlo, pero para otros el significado no está oculto, sino que delimitarlo es una cuestión de decisión o voluntad. De allí que a través del tiempo se han consolidado hasta tres posturas o concepciones de la

interpretación como actividad, que desarrollaremos brevemente a continuación.

A. CONCEPCIÓN OBJETIVISTA O COGNOSCITIVISTA

Esta concepción, llamada también cognitiva e incluso más propiamente *formalista*, según Gascón y García (2005), se resume en que:

(...) los textos legales tienen un significado propio u objetivo e interpretar consiste en *averiguarlo o conocerlo*. Si esta concepción puede calificarse también de *optimista* es porque se confía en la posibilidad de encontrar a través de la interpretación, la decisión interpretativa <correcta>. Esta concepción de la interpretación se conecta con un modelo de juez autómatas; un juez que en todo caso desempeña una actividad objetiva, neutral, avalorativa, no creativa sino simplemente aplicativa y que, por ello mismo, requiere pocos esfuerzos argumentativos (p. 109).

Rojas (2009) complementa esta concepción de la teoría cognitiva del siguiente modo:

Interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores. Esto equivale a decir que los enunciados de los intérpretes son enunciados del discurso descriptivo; es decir, enunciados de los cuales puede comprobarse la veracidad o falsedad (...). Se entiende que el objetivo de la interpretación es simplemente “descubrir” este significado objetivo o esta voluntad subjetiva, anteriores. Está claro también, que todo texto normativo admite una, y solo una, **interpretación verdadera** (...). Usualmente esta teoría se acompaña de la opinión de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin contradicciones) de modo que la controversia cae siempre sobre el dominio de una, y solo una, norma preconstituida. Del carácter cognoscitivo de la interpretación y de la necesaria plenitud y coherencia del derecho se sigue que no hay espacio alguno para la discrecionalidad judicial: las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas anteriores (p. 2).

A su vez, las autoras Carrillo y Fortich (2018) precisan sobre esta teoría:

Para estos enfoques la actividad interpretativa es un acto de conocimiento, una actividad que busca descubrir un significado previo, implícito e independiente de los deseos, ideología o subjetividad del intérprete; por tanto, se presupone que el significado preexiste al acto de interpretar, de la misma manera que las leyes de la naturaleza, en el ámbito de las ciencias físico-matemáticas, son anteriores y pre-existentes a la actividad científica. El cognitivismo supone que existe un significado auténtico que debe ser descubierto

por el intérprete y que puede valorarse como verdadero o falso (p. 29).

Esta teoría interpretativa entonces postula que el significado de un texto jurídico subyace en el mismo. El intérprete solo debe buscarlo y encontrarlo, sin necesidad de confrontar otros textos o fuentes ni enriquecerlo o construirlo con valoraciones, pues el sentido normativo está ahí, en su integridad, esperando a ser descubierto. Seguramente en la mayoría de casos (los casos *fáciles*) bastará acudir al método literal o gramatical.

Desde un punto de vista ontológico, el positivismo normativista y formalista estaría detrás de esta concepción de la interpretación, en un mundo jurídico pletórico de reglas, con total ausencia de principios, donde la norma legal impera con suficiencia y en que la aplicación del Derecho se reduce prácticamente al recurso del silogismo jurídico y la operación de la subsunción. Aquí el juez no puede introducir criterios valorativos ni recurrir a pautas creativas exógenas al texto.

Guastini (2018) resume:

“La tesis según la cual el significado es algo preconstituido a la interpretación, si bien es discutible, no es insostenible (...). Empero, es totalmente insostenible que todo texto normativo exprese un, y solo un, significado unívoco y preciso, susceptible de conocimiento (...) En realidad, actualmente la teoría cognitiva de la interpretación está generalmente desacreditada, de modo que no es necesario gastar muchas palabras para criticarla. No obstante, debemos observar que ésta aún se hace presente en ciertos modos de expresión recurrentes en el lenguaje de los juristas y, más aún, de los abogados y de las cortes: por ejemplo, todas aquellas expresiones según las cuales existiría una interpretación <exacta> o <verdadera>. Más importante aún, la teoría cognitiva está incorporada en muchas instituciones vigentes: desde la separación de poderes a todos los controles de legalidad y/o legitimidad, como el control de casación y el control de legitimidad constitucional (...) (pp. 78-79).

B. CONCEPCIÓN SUBJETIVISTA O ESCÉPTICA

Igualmente, Gascón y García (2005) nos ilustran diciendo que en esta teoría interpretativa:

(...) los textos legales no tienen un significado propio u objetivo e interpretar consiste justamente en *decidir* o *adjudicarles* uno que estará influido por las actitudes valorativas de los intérpretes y/o los intereses sociales, económicos, etc. que rodean el caso. Si esta concepción puede calificarse también de *escéptica* es porque desconfía de la posibilidad de obtener, a través de la interpretación, la decisión interpretativa <correcta>: sencillamente ésta no existe. Esta concepción de la interpretación se conecta con un modelo de juez <creador> de Derecho, un juez que en todo caso desempeña una actividad ideológica, valorativa, no aplicativa sino esencialmente subjetiva y que, por ello mismo, no es susceptible de control racional. Es decir, esta posición es también *escéptica* frente a la posibilidad de control racional de las decisiones (pp. 109-110).

Por su parte, Rojas (2009) sintetiza al respecto:

La teoría escéptica (...) sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado propio de las palabras, ya que toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado el emisor, o el que el incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada. Según esta teoría, todo texto puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y de las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas del intérprete. Entonces se dice que los enunciados interpretativos (el texto T significa S) no son ni verdaderos ni falsos (...). Se entiende, desde este punto de vista, las normas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado (p. 2).

En este mismo contexto, Carrillo y Fortich (2018) enfatizan:

Para estos enfoques no hay respuestas únicas y verdaderas que puedan ser reveladas por los operadores del derecho, ni la interpretación puede ser un acto de conocimiento, sino discrecional y subjetivo por medio del cual se atribuyen significados por parte del intérprete (...). Para el enfoque escéptico no hay interpretaciones correctas o incorrectas, debido a que no existen parámetros objetivos para evaluar el grado de corrección de las interpretaciones (pp. 29-30).

Fácil resulta comprobar que esta postura de la interpretación está en las antípodas de la anterior, pues mientras la primera cree que el significado normativo se extrae sin mayores dificultades del propio texto interpretado, sin requerir añadiduras ni valoraciones del intérprete, esta última está convencida que dicho significado es construido casi íntegramente por quien interpreta. Claro que la actividad de este parte del texto correspondiente, pero el sentido que al final le atribuye estará nutrido de

un cúmulo de juicios de valor y de la influencia de factores externos de diversa índole que conllevarán a calificarlo como un producto hermenéutico sustancialmente subjetivo. De allí que se sostenga la imposibilidad de arribar a una solución interpretativa *correcta, objetiva o única*, por cuanto la misma siempre dependerá de la decisión subjetiva que adopte cada intérprete.

Esta forma de concebir la interpretación compagina armónicamente con los postulados del realismo jurídico y con las corrientes escépticas del Derecho, en los cuales la fuente legal solo es referencial y, por ende, la figura del juez cobra un realce notable, pues será él quien en definitiva le dote al texto legal el significado que considere más apropiado. El subjetivismo un tanto extremo de esta concepción ocasiona que la actividad interpretativa no pueda ser controlable desde parámetros objetivos o racionales.

Finalmente, Guastini (2018) comenta sobre esta teoría lo siguiente:

La tesis escéptica según la cual la interpretación no es conocimiento, sino decisión del significado, puede ser entendida de dos maneras alternativas, que corresponde a las dos variantes del escepticismo. En el sentido de que antes de la interpretación no existe, literalmente, *ningún* significado; o en el sentido de que antes de la interpretación no existe *solo uno* (...). Entendida en el primer sentido, la tesis es implausible (...). Por el contrario, entendida en el segundo sentido, la tesis parece indiscutible. La multiplicidad de significados potencialmente incorporados en todo texto normativo es confirmada tanto por los conflictos de interpretación, como (principalmente por los cambios de interpretación. Por otra parte, la tesis de la multiplicidad de los significados en sí misma es suficiente para fundar la tesis escéptica ulterior de que los enunciados interpretativos no pertenecen al discurso descriptivo, sino al discurso adscriptivo o decisorio, y por tanto -al no describir nada- no son ni verdaderos ni falsos (pp. 81-82).

C. CONCEPCIÓN INTERMEDIA O ECLÉCTICA (EL CONSTRUCTIVISMO)

Rojas (2009) destaca que esta teoría, que pretende conciliar las anteriores:

Sostiene que interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y a veces, una actitud de decisión discrecional. Esta teoría subraya la irreducible "textura abierta" de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural

por medio de términos clasificatorios generales. En el seno del significado de todo texto normativo puede distinguirse un “núcleo” esencial luminoso y, en torno suyo, una indefinida “zona de penumbra”. De ahí se sigue que, para toda norma, existen casos “fáciles”, que seguramente recaen en su campo de aplicación, como también casos marginales “difíciles”, respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que estos casos se sitúan en la “zona de penumbra”. De igual forma, los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad solo cuando aplican una norma en los casos difíciles, ya que en esos supuestos la decisión de la controversia requiere de una elección entre al menos dos soluciones alternativas. Es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad (como quisiera la teoría cognitiva); pero es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y de cualquier modo (como quisiera la teoría escéptica (p. 2).

Gascón y García (2005) refieren, sobre esta teoría, que:

(...) interpretar consiste en *atribuir* (no subjetiva ni arbitraria sino racionalmente) significado al texto legal, y en ciertos casos (*fáciles*) tiene sentido referirse a la interpretación como *descubrimiento o averiguación* del significado. Esta concepción se conecta con un modelo de juez donde, tomándose conciencia del carácter político o valorativo (por tanto, en alguna medida, creativo) presente inevitablemente en la interpretación, no se aboca, sin embargo, al subjetivismo extremo: la interpretación es considerada una decisión más o menos discrecional *en el ámbito de las posibilidades interpretativas del texto legal* y, por ello mismo, susceptible de un control racional (p. 110).

Precisamente, Lifante (2019) estima que una teoría intermedia de la interpretación (en particular, en los casos difíciles) es una actividad de naturaleza argumentativa, que pretende reconstruir del mejor modo posible el significado a atribuir al Derecho. Desde esta perspectiva, añade, la interpretación jurídica no sería un mero acto de conocimiento, como sostienen los cognoscitivistas, ni tampoco un mero acto de voluntad, como defienden los escépticos, aunque puede contener algo de ambas actividades en las sucesivas etapas o momentos del proceso interpretativo (se inicia con actos cognitivos y terminará con la toma de una decisión). De este modo, dicha teoría interpretativa puede ser considerada una parte de la teoría de la argumentación jurídica y, por ende, no podría ser exclusivamente descriptiva o instrumental, sino que también debe servir como guía para la práctica jurídica, para cuyo fin

debe incorporar elementos prescriptivos o evaluativos. En tal sentido, esta teoría hermenéutica tiene un alcance reconstructivo, por cuanto describe las prácticas jurídicas existentes al tiempo que presenta aquellos aspectos de la misma que usamos justificadamente para evaluarlas.

Luego adiciona:

La cuestión relevante sería, por tanto, determinar qué tipo de criterios de evaluación son los que operan en el caso de la actividad argumentativa en el concreto ámbito de la interpretación jurídica. Como alternativa a los criterios basados en la verificabilidad empírica (...), nos encontramos con otras opciones, tales como la aceptabilidad pragmática a la luz de los fines y valores que pretende desarrollar la práctica en cuestión. Se trataría aquí de lo que ha dado en llamarse una “teoría constructivista o dependiente de los valores”. Como vamos a ver, para una teoría de este tipo la interpretación es una actividad valorativa que lleva a un proceso reconstructivo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por el Derecho -de manera que éste se presente como un todo coherentemente orientado a la persecución de fines considerados moralmente valiosos- y se determine qué concreta interpretación los desarrolla en mayor medida (p. 3).

Debemos decir que estas teorías intermedias, sobre todo la conocida como **teoría constructivista** (constructivismo) concuerda plenamente con las bases dogmáticas de la Teoría de la Argumentación Jurídica, pues el modelo metodológico que ésta propugna, esencialmente justificativo de las decisiones judiciales, acepta los aportes de la lógica jurídica en la elaboración del razonamiento jurídico, no solo en la resolución de los *caso fáciles* a partir de la vía de la subsunción, sino en todo tipo de controversias, aun en las *difíciles*, en la medida que su construcción, en su dimensión formal, siempre debe considerar los alcances de los principios lógicos clásicos (razón suficiente, identidad o congruencia, no contradicción y tercio incluido) y otras formas de argumentos lógicos básicos.

Justamente, la exigencia de corrección del pensamiento jurídico desde el punto de vista lógico se denomina justificación interna y se encarga de validarlo formalmente. Podemos afirmar que es un primer gran filtro que en materia jurisdiccional suele arrojarse dentro del principio de

motivación de las resoluciones judiciales, cuya verificación, por ejemplo, en el ámbito impugnativo casatorio, ejerce la Corte Suprema a través del mecanismo denominado “control de logicidad”.

A su vez, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, en el que se busca el respeto efectivo de los derechos fundamentales y de los principios ético-axiológicos en que se funda, indudablemente la interpretación constitucional y jurídica en general (obviamente en el campo de la aplicación del Derecho) exige que los jueces y demás órganos que integran el sistema de administración de justicia adopten sus decisiones no solo con cierta dosis de racionalidad (logicidad) sino, en esencia, con razonabilidad, esto es, justificándolas en última instancia en el plexo valorativo en que está fundado. Desde luego que cuando la controversia enfrenta o se sustenta en principios, la argumentación requerida para encontrar la solución se potencia, abriendo amplios portales a la discrecionalidad, pero siempre, aun en el supuesto más extremo que encare una laguna jurídica, aquella ostentará un mínimo de racionalidad y razonabilidad. En buena cuenta, la actividad argumentativa presente desterrará todo atisbo de arbitrariedad.

Por eso, el constitucionalismo moderno, en rigor, al haber incorporado a la estructura del Derecho normas de textura abierta como los principios, ha fortalecido la función judicial en detrimento del legislativo, más estas prerrogativas otorgadas no han sido gratuitas, sino que exigen un precio: a mayor discrecionalidad, mayor justificación (motivación). Solo así puede garantizarse la interdicción de la arbitrariedad. Esto denota que en el campo hermenéutico contemporáneo de todos modos el intérprete tiene que siempre observar una base objetiva y racional en sus decisiones.

2.1.4. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye actualmente un derecho fundamental que goza todo ser humano por el solo hecho de serlo.

Debido a su medular importancia, la Constitución Política vigente, en el inciso 3) del artículo 139, lo consagra de modo explícito. Este derecho concede la potestad de solicitar del Estado el otorgamiento del servicio de justicia para la solución de conflictos e incertidumbres con relevancia jurídica, así como para el conocimiento y resolución de las conductas consideradas antisociales (delitos y faltas).

Carrión (2000) enseña que la forma de solucionar tales conflictos “ha ido variando en forma progresiva desde cuando los propios contrincantes acudían a su propia fuerza, pasando por encomendar a terceros su solución, hasta llegar a la situación en que el Estado ha asumido esa tarea de resolverlos” (Tomo I, p. 3).

En este mismo sentido se pronuncia Ticona (1999), cuando señala que: “En los albores de la civilización humana, como sabemos, se autorizaba inicialmente la llamada autotutela o autodefensa, a cada miembro del grupo social, el que estaba facultado para calificar su pretensión, elegir los medios y la forma de terminar con el conflicto, ejecutando un típico acto de venganza privada (...)” (p. 12). Después agrega que: “En el momento de la historia humana en que se prohibió la autotutela aparece el Estado y el Derecho, desde entonces el Estado asumió el deber de resolver los conflictos de intereses que surgían entre los individuos de una comunidad determinada” (p. 16),

En efecto, antiguamente la administración de justicia se cimentaba sobre la denominada autotutela; lo que suponía que las personas en forma directa debían solucionar sus conflictos, imponiéndose a menudo, a falta de acuerdo, el “más fuerte, el más rico o el más poderoso”. Posteriormente, y a medida en que el hombre fue evolucionado en el aspecto social y político, se fijaron nuevas reglas y formas de administrar justicia, estableciéndose la heterotutela como el mecanismo más eficaz y equitativo para alcanzar tan nobles fines. Entonces las partes involucradas en un conflicto ya no podían resolverlo, en ausencia de consenso, mediante la imposición de una a la otra, sino que se debía recurrir a un tercero, quien imparcialmente resolvería el litigio.

Este tercero que en un inicio fue el jefe de la tribu, el patriarca, el rey y el emperador, entre otras denominaciones (que podía actuar directamente o a través de funcionarios especializados), modernamente está constituido por el Estado, el que se ha irrogado la exclusiva facultad de impartir justicia. Si bien en el caso peruano, dicha facultad emerge del pueblo, su ejercicio corresponde al Estado a través de uno de los tres poderes que lo conforman: El Poder Judicial.

El Poder Judicial, por su parte, está organizado jerárquicamente por diversos jueces que cumplen funciones específicas en mérito a las competencias que la legislación les otorga. Precisamente los jueces son los funcionarios encargados de impartir justicia a la sociedad.

De acuerdo con el tipo de conflicto que afecte a una persona, ésta tiene la opción de recurrir a un juez que tenga competencia para conocer y resolver su caso (competencia que legalmente se ha establecido en base a cinco criterios fundamentales: materia, cuantía, territorio, grado o función y turno). Se dice que tiene la opción o la facultad, porque en definitiva es el afectado o involucrado en una situación litigiosa que debe decidir si recurre a la vía jurisdiccional para la resolución de la misma, pues también tiene la opción de extrajudicialmente procurar la solución de su conflicto, e incluso dejarlo sin solución en el mundo sustancial o material.

En este contexto, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene toda persona para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso (Carrión 2000, Tomo I). Por su parte, Ticona (1999) manifiesta que no sólo es “un derecho procesal y un derecho constitucional, sino que es esencialmente un derecho humano, un derecho fundamental” (p. 28).

Ahora bien, cuando una persona decide acudir al Poder Judicial, éste a través del órgano jurisdiccional competente debe proporcionarle una atención eficaz, pronta y oportuna, sin más exigencias que las previstas en las normas procesales correspondientes. Es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho ilimitado, como en realidad no lo es ninguno de los derechos fundamentales, sino que su ejercicio está supeditado al cumplimiento de determinados requisitos y condiciones

mínimos, los cuales en el caso del proceso civil están estipulados genéricamente en los artículos 130, 424 y 425 del CPC.

Además, este derecho no solo supone que una persona pueda acceder sin mayores exigencias, que las razonablemente establecidas en la ley procesal, a un proceso judicial, sino que también comprende un conjunto medular de derechos que tienen razón de ser solo al interior de un proceso de dicha naturaleza (aunque también la mayor parte de estos derechos son aplicables a otro tipo de procedimientos, como el administrativo, militar, arbitral). Así hablamos del juez natural, el derecho de audiencia o de ser oído, el derecho de defensa, el derecho de contradicción, derecho a la prueba, derecho a la instancia plural, a la motivación de las resoluciones judiciales, a un plazo razonable, derecho a la imparcialidad del juzgador, entre otros; todos los cuales conforman lo que se denominado el **debido proceso formal**.

Pero aún más: incluso existe el llamado **debido proceso sustantivo**, el cual exige que la decisión judicial respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad en cuanto a la resolución del litigio; es decir, desde un punto de vista amplio, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo comprende el acceso a la justicia y la observancia del debido proceso formal o adjetivo, sino también que la decisión que pone fin al conflicto responda al mérito de lo actuado y probado en el proceso, de tal forma que jurídicamente pueda calificarse de justa o razonable, e incluso se reclama que la decisión firme adoptada pueda y deba ser ejecutada oportuna y eficazmente.

Precisamente, el debido proceso en un Estado Constitucional de Derecho es uno de los pilares más importantes del proceso civil moderno. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 12 de la STC N° 04944-2011-PA/TC, de fecha 16 de enero de 2012, ha señalado sobre el particular y con criterio reiterativo lo siguiente:

Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas

de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

En particular, el debido proceso sustantivo, reiteramos, exige que las resoluciones judiciales, sobre todo las que finalizan la instancia, han de estar adecuadamente sustentadas fáctica y jurídicamente, así como deben observar inclusive los principios de proporcionalidad y razonabilidad cuando el contexto casuístico así lo requiera (casos difíciles y casos trágicos, por ejemplo). Cabe destacar que estos principios se ciernen como parámetros objetivos en la búsqueda de justicia. Por ende, si una decisión recurrida en casación afecta tales principios, entonces la conclusión lógica es que la misma ha afectado el debido proceso sustantivo y, por ello, merece ser casada y sustituida por la que se juzgue correcta.

Al respecto, el Tribunal Constitucional resalta:

[...] Determinar el nivel de justicia o razonabilidad de una decisión no es sin embargo y cualquiera que sea el ámbito de donde provenga, algo que pueda medirse conforme a un juego o interpretación sustentada en la libre discrecionalidad. En realidad, depende de varios factores que, aunque en ocasiones pueden darse por separado, también pueden presentarse de modo concurrente, siendo pertinente mencionar, como supuestos en los que procedería el control en salvaguarda del debido proceso sustantivo: a) el respeto o sujeción a los derechos y valores constitucionales, b) la interdicción a la arbitrariedad, c) la exigencia de sentido común o racionalidad en la toma de decisión³.

En consecuencia, la presencia de estos tres parámetros en una decisión judicial permite colegir que ésta ha observado rigurosamente el debido proceso sustantivo. Por el contrario, la ausencia por lo menos de uno de ellos determina que la sentencia en cuestión sea inconstitucional y, por tanto, impugnabile mediante un proceso de amparo, en aplicación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

³ Fundamento 11 de la STC N° 02698-2012-AA/TC.

2.2. EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA DOCTRINA

2.2.1. ORIGEN DE LA CASACIÓN

Zela (2010) enseña que la casación tiene su origen en Francia, de manera específica a través de una Ley del 27 de noviembre de 1790, proferida por la Asamblea Constituyente de dicho país, que creó el *Tribunal de Cassation*. Esto quiere decir que esta figura recursiva surgió en el contexto de la Revolución Francesa y tenía como objetivo anular las sentencias pronunciadas en última instancia, viciadas por contravenir expresamente el texto de la ley o por infringir las formas del proceso, pero sin la facultad de conocer el fondo de la controversia.

Dicho Tribunal de Casación francés primigeniamente no formó parte del Poder Judicial, por lo que en rigor no era un órgano jurisdiccional sino un órgano constitucional que tenía una misión única y especial: velar por la estricta y uniforme aplicación de la ley. Esto a su vez significa que en la práctica el mencionado tribunal era una suerte de apéndice o prolongación del parlamento francés, que de ese modo en último grado monitoreaba y controlaba la actividad judicial.

Recordemos que en aquella época de profundos cambios políticos, jurídicos, sociales y económicos había una generalizada desconfianza entre los ‘revolucionarios’ y la sociedad francesa en general en los jueces, derivada de la constatación de que éstos habían servido incondicionalmente al Antiguo Régimen y de alguna manera no querían perder los privilegios que habían logrado. Adicionalmente, está documentado que los tribunales ordinarios se resistían a aplicar las nuevas leyes o las interpretaban de manera opuesta a la intención de los legisladores.

Por lo demás, el cambio profundo de paradigma cultural introducido por la Revolución, que consagró la supremacía de la ley a niveles casi absolutos, como depositaria de la voluntad popular (nuevo estamento soberano de la nación), generó una marcada preponderancia o superioridad del Poder

Legislativo sobre los otros dos, a tal punto que hubo consenso en considerar al Poder Judicial como 'la boca que expresa las palabras de la ley', tal como el destacadísimo ideólogo francés Montesquieu lo condensó. Esta situación de clara subordinación de los jueces al poder legislativo, aunada a la desconfianza arriba señalada, posibilitó la creación del referido Tribunal de Casación fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial. Rioja (2011) complementa estas ideas recalcando que: "El umbral de esta institución se encuentra en el deseo del legislador francés de aquel entonces, de controlar el ejercicio de la función jurisdiccional, cautelando las desviaciones y excesos de los jueces (...)" (p. 853).

Y luego este mismo autor agrega:

Así, pues, se puede concluir que la Corte de Casación estuvo configurada como un órgano eminentemente político, que nace con la finalidad de velar por la integridad de la ley y con la misión de anular las posibles interpretaciones erróneas, y contrarias a la ley, que pudiesen cometer los órganos jurisdiccionales. Era un órgano, adjunto a la Asamblea Legislativa, que desarrolló la función de anular o rescindir las sentencias que los jueces franceses dictasen contraviniendo lo dispuesto por la ley (p. 855).

No obstante, ello, el eminente jurista italiano Calamandrei (citado por Glave, 2012), enseña que en realidad la casación ha estado presente en la justicia francesa mucho antes de la Revolución de 1789. Así, detalla que los orígenes de la casación se remontan a los últimos años del antiguo régimen, por cuanto en ese entonces los Parlamentos, que eran los órganos que ejercían función jurisdiccional revisora en nombre del rey (tribunales de apelación), con cierta frecuencia manifestaban su oposición al poder real en sus decisiones. Por tanto, con el objetivo de reafirmar su autoridad, el monarca deparó a las partes la posibilidad de interponer una demanda en casación. De este modo, el rey pudo revisar y anular las sentencias contrarias a las normas expedidas por él. Esto demuestra que antes de la revolución francesa los fundamentos de la casación ya se habían dado: ser un instrumento para concentrar el poder. Lo que ocurrió después lógicamente fue un cambio copernicano en la detentación de dicho poder prácticamente absoluto, pues éste pasó de manos del rey al absolutismo de la Ley.

En efecto, Calamandrei (1945) ilustra lo siguiente:

La concentración en los diversos Parlamentos del poder de decidir en última instancia las controversias de todo el Reino de Francia, si hubiera sido absoluta, habría despojado al rey de su derecho de control sobre la justicia, que, como a juez supremo, le correspondía a él por efecto de la soberanía; pero, como ya se ha indicado, la delegación del poder de última apelación hecha por el monarca a los Parlamentos, no trajo consigo una renuncia del soberano a ingerirse directamente en la administración de justicia cuando le pareciese oportuno; y la institución del Parlamento de París y de los que le siguieron a su semejanza, si bien en su origen había tenido el objeto de aligerar al soberano del peso de la jurisdicción, confirmó, por el contrario, el principio de que el soberano seguía siendo el juez supremo (p. 295).

Y más adelante complementa:

Los primeros ejemplos de Casación de sentencias de los Parlamentos realizada en Francia por el monarca se refieren, pues, a estos conflictos surgidos entre el rey y las Cortes soberanas en el ámbito de una controversia singular: el Parlamento, procediendo a actos judiciales que el rey había prohibido en relación a aquella controversia singular, se rebelaba contra la voluntad del soberano; y el soberano actuaba para restablecer el respeto y la observancia de la propia autoridad (p. 295).

Hurtado (2012) adiciona que el antecedente específico de la casación es el

“*conseil des parties*” del *Ancien Régime* (creado en 1578 como una sección del Consejo del Rey) encargado de los asuntos judiciales, respondía al enfrentamiento entre los actos del Rey y los Parlamentos (*Parlements*), pues, había una división feudal en Parlamentos, considerados como órganos jurisdiccionales que resolvían en última instancia, buscando cimentar con este Sistema la autoridad del Rey (...). *El conseil des parties* era en realidad un Tribunal Real que tenía competencia para anular las decisiones de los Parlamentos contrarias a las disposiciones del rey y de las formas procedimentales, para lo cual conoció un recurso con afinidades al moderno recurso de casación (...) (pp. 23-24).

Por su parte, Ariano (2003) rememora que, a pesar de que en 1804 el Tribunal de Casación fue transformado en Corte de Casación y con ello se reconoció formalmente su carácter jurisdiccional, cúspide de la organización judicial francesa, no pudo desprenderse de su primigenio cometido de control sobre la actuación de los jueces: casación y reenvío a otro juez para que se juzgue nuevamente, pues seguía rigiendo el principio

de que bajo ninguna circunstancia y en ningún caso el Tribunal de Casación podía conocer el fondo de la controversia. No obstante, ello, la autora señala que la paradoja de esta institución es que desde sus orígenes el referido tribunal era activado por la parte que se sentía afectada por la sentencia cuestionada.

Cabe recordar adicionalmente que el *code de procédure civile* de 1808 no reguló la casación, sino que ésta continuó regulada por la Ley especial de 1790, hasta que años más tarde recién fue recogida por el *nouveau code de procédure civile*. Asimismo, la mencionada Corte de Casación creada en 1804 recién adquirió verdaderas funciones jurisdiccionales mediante Ley del 1 de abril de 1837, pues desde entonces la casación se consideró un auténtico recurso procesal, cuyas finalidades eran la aplicación correcta de la ley (nomofilaquia) y la uniformidad de la jurisprudencia.

Años más tarde, un hito en la evolución de la casación lo constituye la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Al regular la innovadora institución casatoria, estableció, entre las causales para su procedencia, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, el quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio, o el error basado en la apreciación de la prueba. Y lo más trascendente fue que se otorgó a la Corte de Casación la facultad de conocer y decidir el fondo de la controversia en algunos de los supuestos en que se hubiese casado la sentencia impugnada. Esto último representa por primera vez la incorporación de una nueva finalidad del recurso de casación: la justicia del caso concreto o fin *dikelógico*.

En nuestro país, como tal la casación recién fue introducida en 1993, con la promulgación del actual Código Procesal Civil; lo que significa que hasta entonces la Corte Suprema de Justicia actuaba como órgano de tercera instancia; es decir, tenía amplias facultades para revalorizar los hechos y pruebas y la propia aplicación del derecho. Era un verdadero órgano de revisión.

Resulta interesante apreciar el comentario que realiza Ariano (2015) sobre la regulación del recurso de casación en nuestro sistema procesal, diciendo lo siguiente:

Y así estuvieron las cosas hasta que sobrevino el CPC de 1993 que, en sustitución del recurso de nulidad, nos introdujo un (así llamado) recurso de casación como medio para acceder a la Corte Suprema. Tal como (originalmente) diseñado, el recurso tenía muy poco que ver con la casación francesa, acercándose más bien a la ‘versión’ española de casación (la de la reforma de 1984). No sabemos bien las razones por las cuales se produjo la indicada sustitución, pero ciertamente podemos descartar que se haya introducido por aquellos motivos ‘políticos’ que indujeron a los revolucionarios franceses a crear el *Tribunal de Cassationi*. Podemos, en cambio, tener la certeza, a la luz de lo que dispuso el art. 384, que lo fue para lograr la ‘nomofilaquia’ y ‘la unificación de la jurisprudencia nacional’. No sabemos bien por qué se consideró que para lograr esas dos metas fuera necesario un ‘recurso de casación’, pues la una y la otra se podían (y se pueden) lograr perfectamente con cualquier recurso que permite acceder al órgano de vértice (...) (pp. 266-268).

2.2.2. DEFINICIÓN

Gómez De Lallo (citado por Rioja, 2011), señala que la casación “es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas, también determinadas por los Tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia y, en consecuencia, para poder ser utilizado precisa no solo la lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino la presencia de unos motivos determinados” (p. 867).

Hinostroza (2016) resume: “El recurso de casación es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por la ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) revise y revoque o anule las resoluciones expedidas por las Salas Superiores como órganos de segundo grado (que pongan fin al proceso), que infringen la normatividad material o procesal a tal punto que la referida infracción incide directamente en la parte decisoria de la resolución de que se trate, provocando así un fallo ilegal, irregular, indebido o injusto” (p. 247).

2.2.3. CARACTERÍSTICAS

En doctrina se estima que el recurso de casación reúne al menos las siguientes características:

a) Es un recurso extraordinario, porque no puede interponerse contra todo tipo de resoluciones judiciales ni basarse en toda clase de infracciones. Solo determinadas resoluciones judiciales pueden ser atacadas mediante el recurso de casación y, además, por causales o motivos específicos que la propia ley se encarga de señalar de manera taxativa.

b) Es un recurso formalista, en razón de que su formulación exige el cumplimiento de exigencias estrictas, cuya falta de observación desencadena en su prácticamente inexorable rechazo.

c) No constituye una tercera instancia, en la medida que la Corte de Casación solo tiene permitido abordar la cuestión jurídica, en tanto le esté vedada la revalorización de los hechos y la prueba. Es decir, la regla es que no es un tercer examen de la relación material o del fondo del asunto discutido en el proceso.

d) Unidad del órgano resolutorio. Esta característica obliga a encargar actualmente el conocimiento y resolución del recurso de casación exclusivamente al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía del aparato judicial de un país: la Corte Suprema, o cuando menos a alguna de sus salas. Esto tiene sentido en la medida que uno de los fines capitales de la casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, el cual obviamente solo puede ser alcanzado por dicho órgano judicial supremo.

e) La violación de la ley ha de trascender a la parte resolutive del fallo; esto es, la infracción legal denunciada debe ser de tal magnitud que haya determinado en buena cuenta el sentido del fallo impugnado.

f) Es un recurso procesal civil que generalmente produce efecto suspensivo; por lo cual la sentencia impugnada no podrá ser ejecutada, pues carecerá aún de la calidad de cosa juzgada.

2.2.4. FINES O FUNCIONES DE LA CASACIÓN

Antes de detallar cuales son los principales fines o funciones de la casación, transcribiremos lo que resume el autor nacional Carrión (2000) al respecto. Así, dice:

En doctrina se señalan como finalidades del recurso las siguientes: *i)* Controlar la correcta observancia de la norma jurídica, lo que equivale a defender la ley contra las arbitrariedades de los jueces en su aplicación (ejerce *función nomofiláctica*). *ii)* Controlar el correcto razonamiento jurídico-fáctico de los jueces en la emisión de sus resoluciones, sobre la base de los hechos y el derecho que apliquen al caso (ejerce *función contralora de logicidad*). *iii)* Uniformar la jurisprudencia, en el sentido de unificar criterios de decisión, por ejemplo, en la interpretación de normas, en la aplicación de determinadas normas en supuestos fácticos análogos, etc. (ejerce *función uniformadora de decisiones judiciales*). *iv)* Contribuye con una de las finalidades supremas del proceso en general, cual es, la de obtener justicia en el caso concreto, cuando tiene que pronunciarse sobre el fondo de la controversia en sistemas como el nuestro en el que tratándose del derecho material no cabe el reenvío (ejerce *función dikelógica*). *v)* Tiene una finalidad política, en el sentido de que interesa al ordenamiento político la aplicación correcta de la ley en el ejercicio de la función jurisdiccional (ejerce *función político-judicial*). *vi)* Tiene una función docente, en el sentido de que, por ejemplo, mediante la resolución en casación establecerá cuál es la correcta interpretación de una norma jurídica (ejerce *función docente*). *vii)* Por último, en algunos sistemas legislativos -no en el peruano- le atribuyen como finalidad el control de la calificación y valoración de los elementos probatorios efectuada por los jueces de mérito (Tomo II, pp. 197-198).

A. FINALIDAD NOMOFILÁCTICA

Es lo que nuestro código regula como “adecuada aplicación del derecho objetivo”. Esta expresión significa que la Corte de Casación se cierne como garante de la legalidad en la medida que es la encargada de velar, en último grado, que el derecho positivo haya sido invocado de manera apropiada a la controversia jurídica. En términos clásicos, esta finalidad busca que el órgano jurisdiccional supremo de un país establezca, casi de un modo general y abstracto, cuál es el sentido y alcance de una norma legal determinada, sin darle mayor importancia a las circunstancias específicas que rodean el caso concreto.

Históricamente la finalidad nomofiláctica fue la primera que tuvo la casación. En rigor, fue su razón de ser, pues ya hemos visto que el

Tribunal de Casación francés fue creado en 1790 como un órgano político y no jurídico encargado de vigilar que las decisiones judiciales no contravengan la aplicación estricta de la ley. Entonces se pensaba que ésta solo podía tener un único significado correcto que emanaba literalmente de su texto y al cual se debía proteger celosa y diligentemente. Era el inicio del Estado Legal de Derecho que consagró a la norma legal como la fuente formal suprema del Derecho. Todavía las Constituciones no tenían valor jurídico y, por ello, lo que hoy conocemos como derechos humanos principios axiológicos fundamentales solo poseían fuerza política.

Pero desde entonces ha pasado mucho tiempo y, aproximadamente, a partir de mediados del siglo XX se ha consolidado un nuevo paradigma en el Derecho occidental: el Estado Constitucional de Derecho, en el que la ley ha sido desplazada a segundo plano por el texto constitucional que ha ido adquiriendo paulatinamente plena dimensión jurídica y cuya parte dogmática es la más trascendente para las personas por estar integrada por derechos, garantías, principios y valores esenciales fundados en última instancia en la dignidad y libertad del ser humano. Lo más notable es que este plexo normativo supremo ya no está estructurado en reglas: con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas determinadas, sino simplemente son mandatos abiertos de optimización que deben ponderarse y aplicarse en cada caso.

En este nuevo escenario, la ley ya no es más la norma superior de un sistema jurídico. Inclusive sus características de generalidad y abstracción se han reducido, en la medida que muchas de ellas ya no son de aplicación para todos los individuos. La complejidad del Estado y de las sociedades contemporáneas exige que cada sector de la economía y de la ciudadanía en general tenga sus propias regulaciones normativas. Ahora se reconoce que nuestras poblaciones no son homogéneas: existen muchas diferencias y desigualdades sociales, económicas, educativas, culturales y de otras índoles que requieren tratamientos peculiares y diferenciados. Y, lo más importante, toda esta normatividad especial debe estar inspirada y construida sobre los principios y valores

constitucionales que sostienen el sistema jurídico. Por ello, la ley es interpretada y aplicada por los jueces ya no como parámetros de validez absoluta sino en función de su correspondencia con las normas fundamentales del sistema. De allí que, si se verifica en ella la presencia de algún elemento discordante o contradictorio, la consecuencia es que no será aplicada y, en su lugar, los principios jurídicos medulares serán quienes llenen el vacío normativo con el contenido más apropiado.

Glave (2012) razona que en este nuevo modelo jurídico

(...) una nomofilaquia formalista no tiene sentido, pues no significaría una defensa de la ley, sino una defensa de una interpretación formal de la ley. 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, sean estas lógicas, sistemáticas o valorativas. 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 (p. 108).

Para esclarecer el radio de acción de esta nueva visión de la nomofilaquia, el aludido autor cita al eminente jurista Taruffo, quien magistralmente señala lo siguiente:

Se tiene método justo y, por tanto, exactitud metódica de la decisión cuando ésta se encuentra razonablemente justificada tanto bajo el perfil interno (de la coherencia entre premisas y conclusiones), como bajo el perfil externo (de la fundabilidad y aceptabilidad de las premisas). Es, sobre todo, bajo este segundo perfil que, atendiendo al fundamento de las opciones que determinan la decisión interpretativa, se conecta la exactitud del método con la justicia de la decisión (p. 108).

En otras palabras, estos autores propugnan una nueva lectura de la función nomofiláctica, acorde con el respeto del vigente principio de constitucionalidad. Y no son los únicos, en rigor el autor español González-Cuellar (1993) puntualiza que el propio Calamandrei, quien, a pesar de que sostenía que la interpretación conforme a la ley solo podía ser una, reconocía la imposibilidad teórica de identificarla con exactitud y creía, consecuentemente, en la relatividad de los conceptos de verdad y falsedad en el contexto de la interpretación normativa, la cual, fundada -a

su criterio- en “un razonamiento que puede ser más o menos persuasivo” nunca conduciría a una “certeza absoluta e irrefutable” (p. 56).

Luego el mismo escritor secunda:

En la actualidad, sin embargo, prevalece la idea, intuita por el profesor florentino, de la inexistencia de una única interpretación de la norma que pueda considerarse jurídicamente correcta, pues una norma puede ser objeto de más de una interpretación razonable. Recientemente la doctrina italiana ha dirigido sus esfuerzos hacia la redefinición del concepto de nomofilaquia, que, siguiendo a Borré, habría de entenderse de modo diferente y más complejo, como procedimiento que permitiría llegar a la unidad a partir de la diversidad. En palabras de Brancaccio, en la nomofilaquia encuentra el modo de expresarse el pluralismo ideológico, puesto que la certeza del derecho, que constituye el fin de la nomofilaxis, resulta así redefinida, en el sentido que ella se presenta no como un valor absoluto y abstracto, sino como un valor tendencial, correlativo al debate que ha precedido a la decisión (pp. 57-58).

Más adelante, Taruffo (citado por González-Cuéllar, 1993) puntualiza: “La nomofilaquia no se apoyaría en los postulados de las teorías formalistas de la interpretación y en la *autoridad jerárquica* del tribunal de casación, sino en *la autoridad de las buenas razones* que el más alto tribunal ha de exteriorizar a la hora de aceptar o rechazar nuevos puntos de vista jurídicos adoptados por los órganos judiciales inferiores (p. 57).

Por tanto, colige el autor ibérico:

La nomofilaquia se presenta así enlazada con la idoneidad de la casación como instrumento al servicio de la evolución de una jurisprudencia que puede considerarse *coherente y responsable*, que permite someter las decisiones innovadoras de los tribunales inferiores ante el tribunal de casación, con el fin de que dicho órgano enjuicie su legalidad y haga públicos los motivos de su rechazo o admisión, de forma que la sentencia pueda servir como precedente para la resolución de otros asuntos posteriores (p. 57).

Para concluir con este punto, no quepa duda alguna que la función nomofiláctica tiene que ser reenjuiciada en un Estado Constitucional de Derecho. Ya no puede seguir operando bajo la vieja concepción formalista del siglo XIX que encumbró a la ley como norma suprema del sistema jurídico y, por tanto, buscaba que la Corte de Casación resguarde su interpretación y aplicación unívoca. Ahora la ley está sometida a la normatividad constitucional. Los derechos y principios fundamentales son

la base del sistema y, por eso, la ley debe estar construida sobre los mismos; además de que la sociedad moderna, al ser sumamente compleja, pluricultural y diversa, requiere de múltiples enfoques jurídicos. La ley se ha especializado y, lo más trascendente, su interpretación y aplicación se ha constitucionalizado.

B. FINALIDAD UNIFORMADORA

Esta finalidad surge cuando los tribunales de casación, ya en el siglo XI, dejaron de ser órganos políticos para convertirse en órganos jurisdiccionales capaces ya de interpretar la ley, aunque en un inicio de manera literal. Con justa razón se creyó que, si bien la norma legal podía aplicarse a un caso específico, pero por sus características de generalidad y abstracción no había inconveniente alguno en aplicarla luego a otros casos análogos o semejantes. En realidad, esta idea se tornó necesaria y hasta imperativa para el desarrollo y evolución del nuevo sistema casacional e implicó un importante salto puesto que se apreció que su implementación garantizaba la igualdad ciudadana ante la ley, al hacer predecibles las decisiones judiciales. Así surge la uniformidad de la jurisprudencia como un segundo fin clásico de la casación.

Cabe precisar que la univocidad de criterios que se pretende lograr al aplicar una norma jurídica, por parte de un Tribunal de Casación o su equivalente, no solo posibilitará que éste tenga una única solución frente a un caso concreto similar (eficacia horizontal de la decisión casatoria) sino también desplegará eficacia vertical, puesto que todos los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores, aun cuando el fallo casatorio no sea estrictamente vinculante, buscarán adecuar sus decisiones al precedente casatorio por razones de predictibilidad. De allí que esta función de unificación de la jurisprudencia resulta tan importante para la ciudadanía que litiga, en tanto, de tener un caso semejante, puede de alguna manera prever cuál sería el desenlace final de su proceso.

Consecuentemente, la predictibilidad de las decisiones judiciales es un principio que conforma la seguridad jurídica y ayuda en el logro de la igualdad de las personas ante la ley, puesto que obliga a los jueces a

dirimir un asunto de la misma manera en que fue resuelto otro anterior sustancialmente semejante por parte del órgano jurisdiccional supremo.

En la actualidad, para muchos juristas la función uniformadora es la más importante, por encima incluso de la nomofiláctica, aunque podríamos decir que es su lógica consecuencia, en tanto la interpretación y aplicación adecuada del derecho al caso concreto permitirá que futuras decisiones sean adoptadas de la misma manera en la medida que las situaciones controversiales particulares sean análogas.

Pero otros autores tienen una mirada distinta, aunque no necesariamente es contradictoria con lo anotado. Así González-Cuellar (1993) reflexiona que esta función más bien sería consecuencia del ejercicio del *ius litigatoris* (función dikelógica), cuando señala:

En realidad, nadie duda que la misión esencial de la casación radica en lograr la uniformidad jurisprudencial, si bien frecuentemente se afirma que el citado recurso tiene como finalidad la defensa del *ius litigatoris*. Y es cierto que más que a la protección del *ius constitutionis* la casación debe orientarse hacia la tutela de los derechos de los ciudadanos. Ahora bien ¿qué derechos? No es difícil dar respuesta al interrogante planteado cuando se constata la aptitud de la casación para salvaguardar los derechos de las personas a la igualdad y a la seguridad jurídica, los cuales expresan valores superiores del ordenamiento jurídico, de rango constitucional. En este sentido la función uniformadora de la jurisprudencia es consecuencia de la protección del *ius litigatoris* (p. 57).

La relevancia de esta finalidad uniformadora es tal que, por ejemplo, en Chile, hace pocos años, ha estado en el debate parlamentario un proyecto de nuevo Código Procesal Civil, en el que inclusive se pretendía eliminar la institución casatoria para sustituirla por un “recurso extraordinario, el cual tendría como finalidad principal precisamente la unificación de la jurisprudencia.

En síntesis, en esta época nadie duda de la trascendencia de esta función clásica de la casación. De allí que su preservación en cualquier propuesta de modificación ha de tenerse por descontada, más aún si mantiene estrechos vínculos con las otras funciones clásicas, como la nomofilaquia y la búsqueda de justicia en el caso particular.

Asimismo, dejaremos anotado que la función uniformadora junto a la nomofiláctica, al perseguir claramente un interés público, comportan lo que en doctrina se denomina el *ius constitutionis*, es decir, un valor que trasciende la esfera del caso concreto y se ciernen a toda la ciudadanía, para que todos sepan cuál es el verdadero sentido de la norma y éste, a su vez, sirva como modelo para la solución de futuros casos semejantes.

C. FINALIDAD DIKELÓGICA

Ésta es considerada la tercera y última finalidad clásica de la casación. Hasta antes de su consagración, el Tribunal de Casación, aun siendo ya un ente jurisdiccional, cuando declaraba fundado un recurso de casación solo podía anular el fallo impugnado y reenviarlo o devolverlo a la instancia inferior respectiva, a fin de que se expida nueva decisión previa subsanación de los errores o vicios detectados. Tal vez para conjurar las interminables dilaciones que esto generaba o para robustecer el carácter jurisdiccional del Tribunal, entre otras razones, pero lo cierto es que con agudeza se pensó que, en muchos casos, vinculados sobre todo a errores en la aplicación de la ley material, sí se podía evacuar pronunciamiento directo y definitivo sobre la controversia llevada a terreno casacional. De este modo surge el fin dikelógico o diketológico (del vocablo griego *dike* que significa justicia) para satisfacer el anhelo de justicia que normalmente subyace en cada impugnación casatoria.

Por tanto, esta función casatoria busca que la Corte de Casación en la medida de lo factible conozca el fondo del asunto litigioso y lo dirima de una vez por todas, e incluso en algunos supuestos se la habilita a reevaluar hechos y pruebas con el objetivo de brindar al caso concreto la solución más justa posible. Pero esto, si se otorga como una potestad amplia, podría convertir a aquella en tercera instancia. De ahí que, para morigerar los alcances justicieros de este fin, adelantamos que la revalorización fáctica solo podría hacerse de manera muy excepcional, cuando se advierta una clara arbitrariedad en la decisión proferida por las instancias de mérito. El presupuesto para la invocación de este último punto es la constatación de una situación claramente anómala o absurda en el análisis fáctico o probatorio que haya conllevado a la adopción de

una decisión notoriamente inicua que se quiere y debe remediar, aun cuando ello implique rebasar los límites más tradicionales del recurso. En efecto, el resguardo de la aplicación correcta de la ley históricamente es el primer fin, pero no es el único y por eso a la fecha se acepta que la búsqueda de justicia también lo es. De allí que creemos que esta connotación axiológica debe accionarse si la inequidad vislumbrada así lo exige, esto es, la Corte de Casación, en situaciones semejantes, tiene el imperativo ético-jurídico de abordar la sustancia fáctica del caso para enmendar la arbitrariedad denunciada o detectada.

Rioja (2011) menciona lo siguiente:

(...) La búsqueda de la justicia al caso concreto a través del recurso de casación se puede lograr de 2 maneras distintas: 'a) de un modo directo, sin limitación ni traba alguna, autorizando al tribunal máximo inmiscuirse en la situación fáctica y en la valoración de la prueba, con lo que se corre el riesgo de caer en la "tercera instancia"; b) o de la forma oblicua o indirecta – que es la que más se acomoda a la pureza del instituto bajo análisis – por medio del control de las infracciones legales, es decir revisando la correcta aplicación de la ley (en sentido amplio) y la doctrina legal (p. 868).

Guzmán (citado por Hurtado, 2012) comenta al respecto:

(...) en la teoría clásica de la casación se establecía, entre las funciones que ésta debe cumplir, la protección del *ius litigatoris*, el "derecho de los litigantes", o sea, la satisfacción de las pretensiones de los concretos litigantes en el concreto pleito impugnado en casación, pero esa protección ocupaba una posición subordinada a la del *ius constitutionis*, lógica consecuencia, a su vez, de la primacía del interés público que persigue la casación sobre el interés privado de las partes del caso concreto (p. 73).

Por su parte, Glave (2012) rememora que la función dikelógica aparece por primera vez en España, con la dación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que consagró lo que luego se conoció como "casación bastarda", por alejarse de las funciones originarias del recurso y regular prístinamente la casación sin reenvío. Así, dicha legislación estipuló como causales de casación, además de las tradicionales, el error basado en la apreciación de la prueba; y luego señaló que la Corte de Casación podía resolver el fondo del asunto en algunos de los casos que hubiera casado la sentencia impugnada.

Acto seguido, dicho autor comenta esta situación del modo siguiente: “De esta manera no solo se reafirmaba el carácter puramente jurisdiccional del Tribunal Casacional, sino también se le sumaba al recurso de casación un fin netamente procesal que consiste en llegar a la justicia en el caso concreto. Sin embargo, es claro que conforme al modelo de Estado en el que se desarrolla el recurso de casación, esa justicia a la que se llega en el caso concreto viene dada por lo que dice la ley y su correcta aplicación” (p. 105).

El profesor Celis (2013) también recalca la evolución de la casación en los términos siguientes:

Los fines clásicos de la casación (función nomofiláctica y unificación de la jurisprudencia) son perfectamente congruentes con su origen extrajudicial (...). Sin embargo, la evolución de la sociedad occidental, con su cada vez incesantes exigencias de justicia, ha dado con un nuevo tipo casatorio que continúa en etapa de reacomodo. Como hemos vistos, es la casación civil española mediante la que, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, regula el recurso de casación, como un órgano de casación apto para resolver el fondo del asunto en los procesos en que casa la sentencia impugnada. Este rompimiento con el tradicional reenvío, que motivó el nombre de *casación bastarda* para la casación española, es la primera manifestación de un sistema casacional que empieza a separarse de su origen extrajudicial. En nuestro tiempo el recurso ahonda su carácter de lo político y se traslada a lo jurisdiccional; es decir, del *ius constitutionis* al *ius litigatoris*. Esto constituye la finalidad dikelógica del recurso de casación, y consiste, simple y llanamente, en reivindicar el carácter justiciero del medio impugnatorio (...) (p. 95).

Lo que queda claro es que igualmente la función dikelógica ya no puede ser la misma en un Estado Constitucional de Derecho, puesto que en última instancia las decisiones judiciales se sustentan en la normatividad principista y axiológica de la Constitución y ya no en la ley, por haber sido ésta destronada del vértice de la pirámide jurídica moderna. Además, hoy de modo pacífico se acepta que la ley generalmente no tiene un único significado correcto, sino puede tener varios razonables o adecuados según las circunstancias o contexto específico, el cual ha cobrado inusitada relevancia.

Finalmente, en lo que atañe a este punto, diremos que esta función también es conocida en la doctrina como *ius litigatoris* (derecho del

litigante), por perseguir el interés individual de la parte recurrente. Desde esta perspectiva, parece natural que esta función ahora se la vea consustancial a la casación, pues en buena cuenta ésta es un recurso que solo puede accionarse a petición de parte. De allí que el *ius litigatoris*, por más que haya sido reconocido con posterioridad a la regulación de la casación, en rigor ha estado presente desde su origen y no solo por su activación a solicitud de parte (bien como demanda o como un recurso procesal), sino porque incluso si la casación se hubiese concedido de oficio, al final el Tribunal debía resolver el caso concreto, haciéndole justicia, aunque en teoría solo se haya pretendido enseñar cuál es el sentido correcto de la norma en cuestión.

D. FINALIDAD PEDAGÓGICA

Es una finalidad implícita que tiene un valor puramente doctrinario. Está vinculada en mayor medida con la finalidad uniformadora, en razón de que la resolución de un asunto litigioso de un modo determinado permitirá a la judicatura suprema brindar y enseñar pautas y criterios de cómo debe ser la adecuada aplicación de una norma jurídica particular, con el fin de que los demás órganos jurisdiccionales sigan estas orientaciones y las invoquen en los procesos que así lo requieran.

Rioja (2011) estima que:

“(…) esta finalidad pedagógica debe entenderse dirigida, en primer lugar, a los potenciales usuarios del servicio judicial, pues ellos a partir del conocimiento de las resoluciones podrán apreciar cuál es el sentido y/o forma en la que debe interpretarse o aplicarse, determinada norma jurídica, permitiendo de esta manera conocer los casos en los que corresponde o no acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, prevenir esta clase de conflictos y garantizar su actualización permanente” (p. 874).

Al respecto, Monroy (2009) razona: “A través del recurso de casación se pretende cumplir una función pedagógica, consistente en enseñar a la judicatura nacional en general, cuál debe ser la aplicación correcta de la norma jurídica. Asimismo, la función pedagógica alcanza, además, a la interpretación correcta de la norma jurídica” (p. 696).

2.2.5. LA CASACIÓN Y EL INTERÉS PÚBLICO

Hemos comprobado que la casación surgió en Francia para proteger el interés público, llamado también *ius constitutionis*. Precisamente la primera función de la casación ha sido la nomofiláctica que pretendía, desde la perspectiva primigenia de un Estado Legal de Derecho, la interpretación y aplicación correcta y unívoca de la ley como fuente jurídica suprema. Luego se acogió la función uniformadora, ligada a la anterior, que buscaba la unidad de la jurisprudencia, al obligar a los jueces a resolver los asuntos análogos de la misma forma en que habían sido definidos por la Corte de Casación.

Así, Hurtado (2012) subraya que: “para el *ius constitutionis* resulta de mayor preponderancia mejorar la aplicación de la ley, antes que dar satisfacción a las partes con la solución del conflicto, lo que trasciende y se puede difundir es el control nomofiláctico y el criterio de uniformidad jurisprudencial que la justicia al caso concreto” (p. 72). Esto último representa el *ius litigatoris* (interés privado) que, como también hemos visto, es una función casatoria (el dikelógico) que actualmente varias legislaciones nacionales la recogen en conjunción con las funciones públicas.

La División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (2014), al comentar el artículo 384 del CPC, dice lo siguiente:

A través del recurso de casación se fiscaliza, por un lado, el quehacer judicial en la aplicación de la ley, y, por otro, se salvaguarda la uniformidad de ésta y la de la jurisprudencia nacional, resultando un instrumento de gran utilidad para lograr la seguridad jurídica y la igualdad de las personas ante la ley. Sirve, entonces el recurso de casación, no para cautelar simplemente intereses particulares y específicos de las partes, sino principalmente para velar por la correcta aplicación del derecho objetivo y la integridad del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia nacional vinculante, cumpliendo así una función protectora del interés público (p. 251).

Esta función pública de la casación claramente tiene mayor acogida en sistemas procesales publicísticos, en los que el Estado, a través del Poder Judicial, tiene un rol fundamental no solo en la dirección y resolución de la *litis* sino también en la forma particular como ella se define desde la perspectiva vinculante del derecho objetivo.

2.2.6. EL ASPECTO SOCIOLÓGICO DE LA CASACIÓN

Este tema es abordado de manera brillante por Guasch (citado por Hinostroza, 2009):

(...) La casación en un marco jurídico, cumple una función esencial en la sociedad. No solo actualizando el ordenamiento jurídico sino también eliminando sus contradicciones en la aplicación de las normas jurídicas a los hechos concretos. En efecto, los órganos jurisdiccionales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso (...), *atendiendo al sistema de fuentes establecido en las figuras de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho* (...).

Ello no significa que el sistema sea inmutable, pues la norma puede verse superada por hechos sociales que evolucionan con la propia sociedad y que el legislador no puede prever o que, simplemente, ha olvidado prever. La interpretación uniforme no equivale a una interpretación inmutable. La unidad del ordenamiento jurídico hace necesario que sea coherente en su estructura, pero sin caer en un estatismo fosilizante e inerte pues, entonces, se convertiría en un obstáculo más que en un factor de desarrollo e impulso social. De esta manera, los hechos de la realidad fijados jurisprudencialmente podrán tener diversos sentidos, según los factores que incidan en su funcionamiento. En este sentido, el juicio casacional cumple una especie de *función educadora o pedagógica* puesto que genera expectativas sobre la base de decisiones adoptadas en el pasado, pero también en cuanto éstas se combinarán con otras futuras. Sin embargo, esta función no debe excluir en ningún caso el que los órganos inferiores aporten nuevos elementos de valoración que evolucionen la misma jurisprudencia casacional. Muy al contrario, muchos de los avances sociales se han producido a partir de resoluciones dadas por órganos jurisdiccionales inferiores o bien, como mínimo, han servido para abrir un cierto debate social. El desarrollo técnico, la evolución económica e industrial incitan a los Tribunales de casación a proceder a una interpretación particular de ciertas nociones jurídicas.

El aumento de nuestra información sobre los hechos del mundo natural y cultural facilita una visión cada vez más unificada de la realidad aumentando las posibles opciones de nuestras conductas ante esa realidad. Por eso, en una disciplina tan valorativa como el Derecho, adquieren una importancia fundamental los juicios de valor. La jurisprudencia ayuda a la solución del caso concreto dando una interpretación adecuada a las exigencias sociales mediante juicios de valor que se manifiestan en la realidad del momento concreto (...) El TS (Tribunal Supremo) utiliza la interpretación no solo como instrumento para el desarrollo del Derecho por razones económicas, jurídicas o sociales o, simplemente, por razones de justicia sino también en el cambio de la jurisprudencia. Se trata de integrar la rigidez y generalidad de la norma jurídica, a una realidad flexible y cambiante

para producir una modificación de la valoración formulada por la conciencia. Se acomoda así el Derecho a la Sociedad mediante un intrínseco desarrollo y un progresivo incremento del contenido de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, están completamente justificados los cambios jurisprudenciales, pues es necesaria la adecuación del Derecho a la realidad cambiando la valoración ética o socio-económicas del supuesto de hecho (pp. 68-69).

Al final este autor concluye diciendo que “la casación no solo sirve para otorgar mayor seguridad jurídica, aumentando la confianza del pueblo en la jurisdicción al adaptar la ley a su función social, sino que, a la vez, quiere que la sociedad observe esa adaptación de la ley (...)” (p. 69).

Claramente el aspecto sociológico de la casación tiene estrecha relación con sus fines unificador y pedagógico, en la medida que pretende dar un mensaje a la ciudadanía de que los casos similares tendrán una respuesta jurisdiccional semejante, salvo que los criterios jurisprudenciales hayan sufrido alguna importante variación o los hechos concretos difieran en alguna circunstancia con el caso base. De cualquier manera, la pedagogía social es importante, pues permite a los litigantes y abogados conocer de antemano cómo ha de resolverse una situación jurídica controversial concreta.

2.2.7. RECURSO DE CASACIÓN POR ERRORES DE JUZGAMIENTO Y RECURSO DE CASACIÓN POR ERRORES DE PROCEDIMIENTO

El recurso de casación por el fondo o por errores de juzgamiento, también denominado por errores de juicio, tiene por finalidad dejar sin efecto resoluciones finales expedidas con vulneración de la ley sustantiva, siempre y cuando dicha vulneración incida de manera directa en el sentido de la decisión adoptada. Es decir, aquí la sentencia o auto final impugnado contiene un pronunciamiento de fondo o de mérito sobre la cuestión sometida a proceso, el cual se pretende invalidar o revocar por considerar que no se ajusta a derecho. Naturalmente aquí el efecto buscado necesariamente debe ser revocatorio, puesto que la Corte de Casación si estima el recurso no tiene otra alternativa que proferir una sentencia definitiva en sustitución de la que está casando.

Por el contrario, el recurso de casación por la forma o por errores de procedimiento es una modalidad que se interpone por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso y, por ende, permite al órgano casatorio examinar si los órganos inferiores han observado los presupuestos, requisitos y ritos considerados sustanciales para la validez de la relación jurídica procesal. Evidentemente no cualquier infracción a las formas procesales determinará el amparo de la casación, sino solo aquellas que sean de tal magnitud que hayan afectado gravemente el derecho al debido proceso de las partes, en cualesquiera de sus manifestaciones cardinales, y en la medida que la subsanación de la infracción sea trascendente para el resultado de la controversia. En este caso, la decisión esperada normalmente será anulatoria, en tanto la Corte de Casación no podrá emitir pronunciamiento de fondo, sino que reenviará el proceso a la instancia correspondiente para la corrección del vicio incurrido y luego se prosiga con su trámite según la etapa que le incumba.

2.2.8. EXCLUSIÓN DE CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA EN LA CASACIÓN Y EXCEPCIONES A DICHO PRINCIPIO

Éste es un tema destacable para los fines de esta investigación. En líneas generales, sabemos que el recurso de casación se restringe al análisis de cuestiones estrictamente jurídicas, sin abordar la integridad del fondo del asunto litigioso y menos revalorar hechos y pruebas, los cuales se estima son de competencia exclusiva de las instancias de mérito. Por tanto, lo que busca medularmente es corregir las infracciones a la ley que se hayan podido incurrir, a fin de verter la solución jurídica considerada adecuada, pero, como se reitera, sin modificar el material fáctico definido en las instancias inferiores.

El autor Kisch (invocado por Hinojosa, 2009), señala lo siguiente al respecto:

(...) Los hechos no vuelven a ser examinados de nuevo: todos los que el tribunal inferior ha estimado existentes han de ser tenidos como tales por el de casación. Este, por tanto, ha de aceptar la base real de la sentencia de la instancia anterior como verdadera (...) aunque esté hecha a base de elementos insuficientes o de errores del tribunal de apelación. El tribunal de casación **solo ha de examinar si la ley se ha**

aplicado debidamente a los hechos que constituyen aquella base. En otros términos: la casación hace posible sólo un nuevo examen jurídico del negocio, no uno de los hechos (...) (p. 93).

En esta línea de ideas, el magistrado Távara (2009) considera:

(...) un rasgo característico de la Corte de Casación es que la apreciación de los hechos le está vedada. Ello es precisamente la diferencia con un tribunal de tercera instancia: su finalidad no es analizar los hechos sobre los cuales se basó la sentencia, ni tampoco realizar una nueva valoración de los medios probatorios; por el contrario, la Corte Suprema debe velar por la correcta aplicación del derecho objetivo y, como consecuencia de ello, la uniformización jurisprudencial. Claro está, también brinda protección frente a la violación del derecho al debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pero ello dista mucho de pronunciarse sobre los hechos (pp. 58-59).

También son de esta opinión los autores De La Oliva y Fernández (aludidos por Hinostroza, 2009), aunque al final sí consideran que hay una excepción.

Así sostienen que:

(...) en el recurso de casación no puede el Tribunal Supremo entrar sobre la llamada *cuestión de hecho*, esto es, sobre el juicio emitido por el juzgador de instancia sobre la realidad, inexistencia o modo en que un hecho ha sucedido; y que sea realizó como consecuencia de la aprobación y valoración de las pruebas practicadas. La interpretación y valoración de la prueba es -se dice- de la soberanía del juzgador de instancia, y queda al margen del recurso de casación. No solo porque la casación únicamente pretende la censura de la aplicación de la Ley, también porque al propio recurrente interesa que los hechos declarados ciertos queden intocados, pues, si fueran otros los hechos, sería probablemente otra norma jurídica que debería ser invocada. Pero esta regla tiene una importante excepción legal: el recurso de casación es posible cuando se haya producido error en la fijación de los hechos realizada como consecuencia de la apreciación de la prueba documental (pp. 93-94).

Sin embargo, hay autores que tienen un raciocinio distinto. Como Morello (también citado por Hinostroza 2009), quien señala lo siguiente:

(...) Sustentar que la Corte de casación es un 'juez de derecho y no de los hechos' es predicar una verdad a medias y, por tanto, aseveración falsa; sostener que sólo la norma aislada (incontaminada de lo fáctico) es perfecta, justa y excluyente de los hechos reales, es aprehenderla como una isla. **Los hechos forman parte del derecho**; éste **los supone** y los contiene. Es un contrasentido que el Tribunal de mayores poderes quede tributario, en su excelsa y última misión, a 'la soberanía' de los jueces inferiores; encarcelado o **subordinado a una mala e**

insostenible construcción motivadora. Duplicaría el resultado axiológicamente negativo de la jurisdicción. Un 'amén' sin sentido a lo que la parte impugnante desmitificó al mostrar insalvables vicios lógicos (pp. 94-95).

(...) Si bien es cierto que la Casación debe ceñirse al control del derecho, tal premisa no ha de extremarse ante un desafortunado juicio de hecho. En este supuesto -hechos y derecho inescindibles- el control del primero no puede excluirse porque arrastra en el vicio a la 'correcta aplicación jurídica'. Es por eso que propugnamos un modelo más útil y discrepamos de aquella irrealista posición, al menos de **lo absoluto de los términos** en que se lo propone; hemos buscado un registro **intermedio**: 'no' en general a los hechos, pero 'sí' cuando el desvío de lo juzgado en el núcleo de la prueba tiene gruesas fallas lógicas y la evaluación de los medios llega a los resultados y sentido insostenibles (absurdo y/o arbitrariedad), supuestos en que la revisión deviene insoslayable para que la **solución jurídica sea correcta** y al cabo también justa. Casación bastarda y no pura, pero en sí, funcional y eficiente a los fines de la justicia. Menos científica pero más atrevida y que tienda a afianzarla, bregando, sin rigidez, por una decisión justa (finalidad dikelógica) norte del servicio y del Poder Judicial (p. 95).

Guasch (igualmente mencionado por Hinostroza, 2009) razona también en esta misma línea:

En definitiva (...), no es posible fundamentar los límites del control casacional basándonos en la distinción entre el hecho y derecho. La verificación de las afirmaciones de hecho y la aplicación de la norma jurídica son elementos totalmente inseparables. Procesalmente, el juicio es a la vez sobre el hecho y el derecho. Mientras los hechos se formulan jurídicamente, bajo una calificación jurídica específica; el derecho no existe en abstracto, sino a través de los hechos que son precisamente jurídicos. La decisión jurisdiccional, es así un único juicio que reconduce el hecho bajo el derecho. De esta manera se trata de que el control casacional se configure a través de su finalidad. Es entonces cuanto las llamadas teorías teleológicas que excluyen la distinción hecho/derecho (...) acaban diferenciando aquellos elementos sujetos al control casacional siempre que su decisión cree conceptos de carácter repetible en otros casos futuros. No obstante, esta finalidad debe matizarse en el sentido de que el predominio de la función uniformadora de su finalidad, no debe hacer olvidar que también corrige las sentencias erróneas en la justicia del caso concreto. Hay que superar, en definitiva, la distinción hecho/derecho porque no todo lo que se ha llamado cuestión de hecho es incontrolable en casación (pp. 114-115).

Por su parte, Hitters (también citado por Hinostroza, 2009) resume:

Todo está vinculado -sin duda- a la concepción que se tenga respecto a la finalidad de la casación, pues si se estima que dicha institución ha

sido instaurada para cumplir un mero control nomofiláctico, o para uniformar la jurisprudencia, es obvio que los hechos deben quedar a la vera de la inspección. En cambio, si se considera (...) que la tésis dielógica -de la justicia del caso concreto- constituye uno de los postulados liminares de la vía recursiva que venimos estudiando, fácil será concluir que la *quaestio fácti*, no debe ser echada a la borda tan ligeramente de los estrados de los organismos que llevan a cabo funciones casatorias, porque así se atenta contra la solución equitativa de la litis singular (p. 117).

El autor y juez supremo Hurtado (2012) también es partícipe de este pensamiento:

Si bien una Corte de casación no puede ejercitar la tarea que hacen los jueces de mérito con relación a los hechos; sin embargo, esta también se encuentra vinculada a los hechos del proceso, de los cuales no le es posible apartarse o prescindir de ellos, con lo cual sostenemos que no es correcta la afirmación que señala que *el juez de casación no se relaciona o no se vincula con la cuestión fáctica, es decir, con los hechos del proceso (...)*. Entonces, son los hechos con calificación jurídica y su prueba en el proceso los que sirven para determinar cuándo el juez ha incurrido en los conocidos errores *in iudicando*. Esto significa que, para realizar un control normativo, para determinar la infracción normativa denunciada es imprescindible pasar por los hechos (...). Aunque se debe advertir que si bien el control de una norma sustancial implica el análisis de los hechos del proceso para ver si son los que corresponden al supuesto de hecho contemplado de forma abstracta, este control no implica *per se* una revalorización de la prueba, sino solo la verificación o corroboración de los mismos a partir de los *hechos probados* por los jueces de grado (pp. 408-411).

Resulta destacable la cita que efectúa el aludido juez supremo de la jurista Gladis Estigarrabia de Midón:

(...) quien al advertir la no incompatibilidad entre el fin nomofiláctico y dielógico ha señalado que constituye un craso error de lógica afirmar que la casación solo opera como un mero controlador de legalidad y por eso le está excluida la revisión del juicio de hecho- Porque se trata, en efecto, de un enunciado autocontradictorio. Si es de su misión asegurar el reinado del Derecho objetivo del Estado en las sentencias, con el no inspeccionar la motivación del juicio de hecho y, de ese modo, con el no invalidar los pronunciamientos cuyas conclusiones fácticas solo son producto de groseros errores o del voluntarismo o del capricho del sentenciante, la casación cae precisamente en el vicio que dice estar llamada a fustigar (pp. 415-416).

Del mismo modo, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este tema, defendiendo la postura de que en casación sí se puede realizar

un control de los hechos, aunque sin revalorar la prueba. Así en la STC N° 03151-2006-AA/TC (caso Carlos Tello Holgado) dice:

Ninguna norma procesal le impide al Tribunal pronunciarse acerca de los hechos ni entrar en el fondo a la valoración de la prueba. Más bien su deber de motivación de las resoluciones presupone que al determinar si una norma ha sido mal aplicada, o inaplicada o interpretada de manera errónea respecto de un caso, se debe evaluar si un hecho ha sido bien “subsumido” en el presupuesto de hecho de una norma. Tal subsunción presupone, desde luego, determinar (y calificar) cuál es el hecho en cuestión, y esto solo puede lograrse revisando el expediente. Por tanto, es inconsecuente sostener que la Corte, al analizar la concurrencia de causales alegadas por las partes, no pueda apreciar los hechos del caso, como se ha alegado en la demanda (...) Lo dicho hasta aquí, por cierto, no implica que la Corte de Casación pueda revalorizar las pruebas actuadas y, menos aún, discutir acerca de argumentaciones de fondo que no han sido planteadas por las partes.

A nivel de nuestra Corte Suprema de Justicia la regla preponderante, casi unánime, es que no puede revalorarse los hechos y pruebas. Así, en la casación N° 648-96-Lima (citada por Távora, 2009) se señala:

El recurso de casación tiene fines específicos, no está referido a arribar una conclusión distinta de lo resuelto por el inferior jerárquico, pues significaría efectuar una revaloración de las pruebas, lo cual es ajeno a esta instancia casatoria (p. 62).

A su vez, en la casación N° 498-05-La Libertad (también invocada por Távora, 2009) se afirma:

La Corte de Casación no puede pronunciarse sobre las pruebas y hechos debidamente valorados por las instancias de mérito, pues no constituye esta una tercera instancia, toda vez que la finalidad del recurso de casación es observar la correcta interpretación y aplicación del Derecho objetivo con expresa exclusión de los hechos y las pruebas (p. 67).

Sin embargo, en otras casaciones se han deslizado algunas situaciones excepcionales. Así, en la Casación 3695-2001-Huaura (citada por la División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2014, Tomo II) se establece:

(...) Esta Sala (Suprema) jurisprudencialmente ha venido declarando procedente el recurso (de casación) en relación de los hechos cuando ha advertido en su determinación o en su calificación jurídica un absurdo (...) (p. 272).

Y en la casación N° 839-2003-Lima (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2014) se arguye:

(...) Si bien es cierto que la Sala de casación, atendiendo a las finalidades dkelógica y axiológica de este recurso extraordinario (casación), excepcionalmente, revisando caso por caso, puede entrar al reexamen de las pruebas, ello sólo es posible cuando hubiese un error patente o una decisión arbitraria (...) (p. 283).

Entretanto, en la Casación N° 2057-2007-Santa (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2014) la rebeldía argumentativa alcanza su cenit:

(...) Frente a los postulados rígidos de la finalidad nomofiláctica del recurso de casación que recoge nuestro ordenamiento procesal, cabe señalar, que hay casos en que el control fáctico es indispensable para lograr enmendar el absurdo, la arbitrariedad y para llegar a la justicia del caso concreto, y, por consiguiente, el control casatorio de los hechos depende de la finalidad que se le quiere atribuir al recuso (de casación) (...) Que, reconociendo que los jueces de grado son los juzgadores de los hechos y, por tanto, soberanos en esa materia (...) la sala de casación necesariamente debe revisar la demanda, la contestación, los medios probatorios, las sentencias inferiores, para conocer precisamente los hechos enunciados y probados; y, en base a esa revisión determinar los hechos materia de controversia, los que a veces no coinciden con los relatados por los jueces de mérito (...) (p. 272)

Podemos recapitular diciendo que es mucho más razonable la postura que aboga que en el ámbito casatorio sí es factible efectuar un control indirecto sobre los hechos y la apreciación de la prueba, cuando éstos se han fijado incorrectamente o contradicen las reglas mínimas de la actividad probatoria, pero con el límite de no incurrir en revalorizaciones que trastoquen el material fáctico fijado apropiadamente en las instancias de grado. No obstante, ello, si se constata algún tipo de arbitrariedad en esta evaluación de los hechos y la prueba, postulamos que no debe existir mayor inconveniente para que en sede casatoria se aborde excepcionalmente el terreno fáctico o probatorio con el imperativo de reexaminarlo en las aristas puntuales denunciadas, sobre todo en sistemas procesales como el nuestro que han acogido el fin dkelógico.

Claro que hasta ahora la Corte Suprema de Justicia del Perú no ha adoptado una posición concluyente al respecto, tal vez por la terminología

general y ambigua utilizada en el texto legal que regula los fines de la casación (artículo 384 del CPC) o porque no existe una causal casatoria taxativa que se sustente en errores advertidos en la cuestión fáctica de la sentencia impugnada.

Finalizamos diciendo que suscribimos lo concluido sobre el particular por el autor nacional y actual juez supremo Hurtado (2013), quien considera que el control de los hechos y de la prueba realizado por el juez de instancia sí puede ser efectuado por la Sala de Casación cuando se han producido defectos relacionados con decisiones que resultan arbitrarias o absurdas.

2.2.9. LA ARBITRARIEDAD

Para complementar el tema anterior, resaltaremos que la arbitrariedad en términos generales significa injusticia, absurdidad o mero capricho; es decir, alude a una decisión carente de razón, justificación, motivación, lógica o justicia (Hurtado, 2012). En el proceso pueden darse dos tipos de arbitrariedad: la normativa, que supone un fallo que no se sustenta en el derecho vigente o pertinente o cuando la interpretación jurídica es absurda; y la fáctica, que se refiere a la evaluación errónea de los hechos y de las pruebas, situación que al final lleva a la conculcación del derecho a la prueba que tienen las partes.

Sin perjuicio de ello, en esencia la arbitrariedad constituye una clara afectación al principio-derecho a la motivación de las resoluciones judiciales previsto en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; por tanto, desde un punto de vista amplio, una decisión judicial será arbitraria cuando no esté debidamente fundamentada o el sustento invocado sea defectuoso.

El Tribunal Constitucional, en la STC N° 00728-2008-PHC/TC (caso Giuliana Llamuja Hilaes), parte final del primer párrafo del fundamento 8, estima que:

(...) toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional". Asimismo, en el segundo párrafo del fundamento aludido sostiene: "La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea

caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que está más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

Y en el fundamento 9 prosigue:

Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículos 3° y 43° de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Exp. N° 0090-2004-AA/TC. FJ 12). A lo dicho debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44° de la Norma Fundamental).

Por ello, en esta misma sentencia se delimitan los principales vicios motivacionales que constituyen afectación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales: inexistencia de motivación, motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente y deficiencias en la motivación externa, los cuales pueden aducirse en casación dentro de la causal de infracción normativa⁴.

⁴ Segunda parte del Fundamento 7 de la STC N° 0728-2008-PHC/TC:

“a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto

Hurtado (2012) enfatiza que:

(...) cuando el juez resuelve un proceso se encuentra obligado a dar las razones necesarias que lo llevan a decidir el caso en determinado sentido, estas razones deben respetar el **derecho a la motivación**

ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente*. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente congruente*. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviación que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no o altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) *Motivaciones cualificadas*. - Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal".

judicial (las que provienen del ordenamiento jurídico y que no puede ser arbitrario en la interpretación y aplicación del derecho y de los hechos probados en el proceso, sin ampararla en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos) y el **derecho a la prueba** (dando el derecho a las partes a ofrecer, admitir, actuar y sobre todo el derecho a valorar los medios de prueba válidamente incorporados al proceso (p. 394).

Sagüéz (citado por Hurtado, 2012) revela:

(...) que la jurisprudencia argentina para el recurso extraordinario ha perfilado la sentencia arbitraria, la cual tiene los siguientes caracteres: a) apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso; b) decisiva carencia de fundamentación; c) fallos que menoscaban la garantía de defensa en juicio, o la regla del debido proceso, o frustran el derecho federal; d) fallos que se dictan sobre la base de la mera voluntad de los jueces; e) fallos que importan violación de la esencia del orden constitucional, cuyo primer enunciado es afianzar la justicia; f) fallos que no significan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa; g) sentencias que exceden los límites propios de la razonabilidad; h) fallos que padecen de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que los invalidan como actos judiciales, o de groseros errores jurídicos; i) sentencias que contravienen un adecuado servicio de justicia (p. 399).

No cabe duda que este listado de supuestos de arbitrariedad madurados por la Corte Suprema argentina es bastante amplio. Aun así nos ofrece un panorama vasto de lo que puede incluir una decisión judicial arbitraria en la jurisprudencia comparada.

Asimismo, no debemos olvidar que la arbitrariedad incurrida debe ser determinante para el sentido de la sentencia. No es suficiente la discrepancia ponderativa, sino que la misma debe tener incidencia directa con la decisión tomada.

Sin perjuicio de los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional para alegar transgresión del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, con ello, hacer patente un caso de arbitrariedad judicial, la doctrina (Hurtado, 2012) ha sintetizado un conjunto de hipótesis que pueden ser consideradas arbitrarias, partiendo medularmente del tratamiento inapropiado del material fáctico, lo que tiene mayor vinculación con el derecho a una adecuada valoración de la prueba y que es una manifestación del derecho esencial de las partes a probar y son los

siguientes: i) arbitrariedad por prescindir de prueba decisiva, ii) arbitrariedad por invocar fuente de las que no extraen las consecuencias que sustentan el fundamento de la sentencia, iii) arbitrariedad por valorar prueba ilícita, iv) arbitrariedad por infraccionar las reglas legales de la prueba, v) arbitrariedad por apreciación fragmentada y aislada de la prueba, vi) arbitrariedad por valoración de prueba no admitida formalmente, vii) arbitrariedad por indebido reparto de la carga probatoria, viii) arbitrariedad por apreciación contradictoria de la prueba, ix) arbitrariedad por decisiones meramente dogmáticas, x) arbitrariedad por prueba inexistente y xi) arbitrariedad por decisión absurda (pp. 450-481).

2.2.10. CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Azula (citado por Hinostroza, 2009) dice:

Se entiende por causales (de casación) las circunstancias en las cuales se funda el recurso de casación. Están taxativamente señaladas en la ley y, por tanto, con base en ellas le corresponde al recurrente formular los cargos contra la sentencia. Cada causal es independiente y, en consecuencia, deben formularse separadamente, sin que pueda proponerse una como principal y las restantes como subsidiarias. Tampoco el recurrente está sujeto a plantearlas en un orden determinado, por cuanto quien lo observa es la Corte Suprema de Justicia al analizar o considerar las causales en la sentencia que decide el recurso (p. 183).

Bejarano (igualmente invocado por Hinostroza 2009) clarifica:

(...) Se ha acostumbrado dividir la labor judicial en dos partes muy importantes: una primera parte en la que el Juez tiene una labor de acomodamiento de su conducta a una serie de principios dictados por la autoridad pública (normas de procedimiento), tendientes a la aparición en determinado momento, y una vez transcurridas ciertas formalidades, de la sentencia judicial, actividad que puede llamarse *in procedendo* (de procedimiento); una segunda parte, que aparece una vez concluida válidamente la primera, en la que el órgano jurisdiccional ya no va a acomodar su conducta a determinada norma, sino que tiene intelectivamente que aplicar el derecho a la relación sub-júdice, esto es lo que se conoce vulgarmente con el nombre de “fallo”, y que condensa todo el poder soberano de juzgar que en él reside, actividad que se ha llamado *in iudicando* (juzgamiento).

Correspondiendo a la mencionada división en la labor judicial y dado que en el recurso de casación lo que se persigue es la subsanación de un error judicial, se han dividido las causales de procedencia del

recurso en dos grandes grupos: a) las que afectan la actividad procesal, o vicios in procedendo, y b) las que atingen directamente a la actividad de decisión de la relación jurídica controvertida, o vicios in iudicando. Seguidamente, a cada grupo de errores o vicios, se ha asignado diversos motivos de casación, atendiendo a la clase de error que haya cometido el juzgador, ya sea en el procedimiento, ya sea en la sentencia. De manera que, precisando términos, podemos afirmar que causales de admisión existen dos (vicios in iudicando y vicios in procedendo) y motivos de admisión del recurso, tantos cuantos el legislador haya querido asignar a cada grupo de causales (pp. 186-187).

Sobre el origen de estos motivos o causales del recurso de casación *in procedendo* e *in iudicando*, el jurista Calamandrei (1945) hace pedagogía jurídica al comentar cómo en el Antiguo Régimen se fue diferenciando la afectación por parte de los Parlamentos a las ordenanzas reales que regulaban situaciones procedimentales de las que se ocupan de los aspectos sustanciales de los individuos. Así, subraya:

(..) desde un punto de vista procesal, se comenzó pronto a distinguir entre las ordenanzas que regulaban el desarrollo y las formas de los juicios y las ordenanzas que regulaban, por el contrario, materias de derecho privado sustancial, y, como consecuencia de tal distinción, se comenzó a percibir la diferencia entre la contravención cometida por el juez contra la ordenanza que regulaba su actividad en el procedimiento (*error in procedendo*) y la cometida por él contra la ordenanza que regulaba la relación de derecho sustancial cometida a juicio (*error in iudicando*). Se comprende así cómo nació la contraposición que se encuentra, aunque con diversa forma, en casi todos los autores citados, entre el caso en que durante el procedimiento *il a été omis quelque'une des formalités présentes par les ordonnancesd peine de nullité* y el caso en que la sentencia *contient des dispositio'ns directement contraires d celles des ordonnances ou des coutumes* (p. 365).

2.2.11. CARÁCTER TAXATIVO DE LAS CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Bejarano (citado por Hinostroza 2009) afirma:

El recurso de casación como recurso extraordinario, y siguiendo los principios generales a tal clase de recursos procesales, tiene su admisión restringida a un número de motivos de admisión o causales de procedencia, los cuales constituyen un 'numerus clausus', esto es, no ampliables por paridad de razón o cualquier otro principio de hermenéutica legal.

La razón de ser de tal restricción, en el recurso de casación, está en el alto interés público que en él priva, y en el uso que para la consecución de sus fines –unidad de jurisprudencia e inviolabilidad de la ley- hace del interés de parte que no escatima esfuerzos en tratar de reformar una sentencia ante la Corte de Casación, aunque en primer lugar esté con ellos ayudando a defender la ley (...) (p. 193).

Esto significa que las razones que permiten la formulación del recurso de casación son únicamente aquellas que el legislador ha plasmado de manera clara y concreta en la ley procesal. Por tanto, no está permitido al juez ni a las partes ampliar estas razones por analogía o mediante interpretación extensiva.

2.2.12. VICIOS O ERRORES *IN IUDICANDO*

Son conocidos también como errores o vicios en el juicio, en el fondo o en el juzgamiento, o vicios o errores por infracción de normas materiales o sustantivas o por vulneración en la aplicación del derecho material o sustancial.

Hurtado (2012) nos aclara: “En casación el error *in iudicando* tiene relación con la infracción normativa de naturaleza sustantiva, el juez de mérito no ajustó su decisión a la norma material correspondiente, por tanto, nos encontramos frente a un error que contenido en la resolución judicial es susceptible de casación, por tanto, el error *in iudicando* se convierte así en una causal de casación” (p. 90).

A su vez, Monroy Cabra (citado por el mismo Hurtado, 2012) recalca:

La ley sustancial es la que reconoce los derechos subjetivos de las personas, y la ley procesal la que los hace efectivos cuando han sido desconocidos o vulnerados. Esta causal (de casación) se refiere al error *in iudicando* o error jurídico. Este error jurídico puede ser de dos clases: a) referirse a la norma sustancial; y b) referirse a los hechos. Los requisitos de esta causal son dos: 1) que se viole la ley sustancial; y 2) que se produzca la violación por uno de estos tres modos: falta de aplicación, o aplicación indebida, o interpretación errónea (pp. 91-92).

Por su parte, Fornatti (aludido por Hinostroza, 2009) señala:

Los errores que pueden corregirse en casación (...) sólo serían aquellos que integran la premisa mayor, o sea: 1) el error sobre la ‘validez’ o sobre la ‘existencia’ de una norma jurídica, error que se produce en todos los supuestos en que el tribunal inferior ignora la

existencia, o se niega a reconocer la existencia de una norma jurídica vigente, o cuando considera como norma jurídica una norma que no está en vigor, o que nunca ha estado en vigor; y 2) el error en el contenido, en el significado, en la interpretación o inteligencia de una norma jurídica, que se presenta en aquellos supuestos en que el tribunal inferior, aun cuando reconozca la existencia y validez de la norma realmente aplicable, se equivoca en interpretarla (p. 196).

A su vez, Benavente (también citado por Hinostroza, 2009) sintetiza:

(...) Hay infracción de ley cuando se contraviene su texto formal, cuando se interpreta erróneamente la ley o cuando se hace una falsa aplicación de ella. Se contraviene su texto formal si la sentencia impugnada está en oposición directa al texto expreso de la ley (...). Debe entenderse, que se interpreta erróneamente la ley cuando el juez, al aplicarla al caso de que está conociendo, le da un sentido o alcance diverso al que le haya señalado el legislador. Hay una falsa aplicación de la ley cuando el juez la aplica a una situación no prevista por el legislador, o bien, deja de aplicarla a un caso ya reglado (p. 209).

2.2.13. VICIOS O ERRORES *IN PROCEDENDO*

Los vicios o errores *in procedendo*, como causal de casación, son conocidos también como errores o defectos de actividad, errores o vicios de forma, errores en el manejo de norma procesales, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, vulneración de las leyes del procedimiento o de trámite, entre otros.

Bejarano (citado por Hinostroza, 2009) enfatiza:

(...) El recurso (de casación) por vicios *in procedendo* (...) tiende a anular las sentencias de instancia que han sido obtenidas con un proceso viciado de nulidad (...). Unánimemente reconocen los procesalistas que el proceso es un conjunto de actos que entrelazados íntimamente llevan a un mismo fin: la sentencia; ahora bien, esta sentencia, para que sea considerada válida y capaz de producir cosa juzgada entre las partes que litigan, debe tener como necesario antecedente un proceso también válido y para ello es necesario que todos los actos que lo componen hayan sido llevados a cabo en el preciso momento que indica la ley y con las personas y formalidades respectivas. Cuando alguno o algunos de estos actos esté viciado no puede existir sentencia válida. Sucede, entonces, que en el recurso de casación destinado por naturaleza a velar por la integridad de la ley (...) son denunciados ciertos vicios en los actos procesales (...). En casación solo pueden ser motivo de nulidad del fallo de instancia aquellos motivos que la ley señala (...). Y es que por la limitación esencial del recurso de casación, se permite que las partes lleven a revista de la Sala de Casación, solamente aquellas nulidades

procesales que impliquen un serio quebranto de los dos principios básicos que deben regir en todo proceso civil: el principio de *contradicción* y el de *lealtad en el debate* (...). Es necesario aún otra formalidad (...) para que proceda la revisión en casación de un vicio in procedendo; en efecto, es preciso que la parte a quien realmente perjudique la nulidad (...) haya pedido ante el tribunal de instancia respectivo la subsanación de la falta y que se hayan agotado los recursos que quepan contra lo resuelto (...) (pp. 233-234).

Gutiérrez de Cabiedes (también mencionado por Hinostroza, 2009), sostiene que se incurre en vicios *in procedendo* en dos supuestos: a) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, como los fallos *extra petita*, *ultra petita* y *citra petita*; cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias; y también cuando contravenga la cosa juzgada; y b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y las garantías procesales, siempre que ello haya producido indefensión para la parte.

Hurtado (2012) recapitula:

El error de naturaleza formal *per se* no afecta la decisión. Este error debe tener tal intensidad que sea capaz de convertir en nula la decisión tomada por el juez de grado, con lo cual tendríamos que no todos los errores *in procedendo* tienen la posibilidad de generar la rescisión de la decisión, sino solo aquellos referidos a normas que resultan esenciales para el procedimiento y que fueron omitidas (formalidades que resultan imprescindibles en el proceso). Por tanto, el error *in procedendo* para que se constituya en una causal de casación debe tener incidencia directa en la validez de la decisión judicial, es decir, debe haberse violentado o infraccionado la norma procesal de naturaleza imperativa de forma tal que convierte en ineficaz lo decidido, de lo contrario este motivo debe rechazarse (p. 93).

2.2.14. VICIOS O ERRORES *IN COGITANDO*

Son los errores lógicos o errores en el pensamiento. Hurtado (2012) acota:

Se trata de un error en el que incurre el juez cuando al motivar o justificar las razones que lo llevan a tomar su decisión o al valorar la prueba afecta los principios lógicos (de no contradicción, tercer excluido, no contradicción y de la razón suficiente) o las reglas de la experiencia. Para entender en todo su contexto este principio, debe quedar claro que la motivación de la sentencia será siempre coherente, no contradictoria, congruente, se requiere que la transmisión del pensamiento del juez sea entendida sin ningún problema (p. 94).

Debemos añadir que también se comete este tipo de error cuando en la motivación judicial se vulneran las reglas del razonamiento lógico deductivo, materializado en los diferentes tipos de silogismos jurídicos, como el *modus ponens* que es la forma básica, cuya estructura elemental contiene una premisa general normativa, luego una premisa fáctica particular que debe subsumirse en el supuesto de la primera y de ese modo arribar a la conclusión normativa inferida que contiene la consecuencia jurídica respectiva al supuesto de hecho verificado. Si este orden lógico sucesivo es quebrantado, se produce un error *in cogitando*.

El examen que realiza la Corte Suprema sobre esa clase de vicios en el razonamiento judicial se denomina *control de logicidad* y para que sea válido deberá aducirse y acreditarse errores lógicos determinantes para el sentido de la decisión adoptada, de lo contrario aquellos carecerán de relevancia.

Cabe añadir que los errores *in cogitando* normalmente son identificados con los defectos en la motivación o el raciocinio jurisdiccional que no son otra cosa que la vulneración del principio-derecho a la motivación de las resoluciones judiciales estipulado en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. Como ya hemos visto al desarrollar someramente el tópico de la arbitrariedad, el Tribunal Constitucional, en la STC N° 00728-2008-PHC/TC, ha delimitado los principales vicios motivacionales y son los siguientes: inexistencia de motivación, motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente y deficiencias en la motivación externa, los cuales pueden aducirse en casación dentro de la causal de infracción normativa.

Finalizaremos este acápite incidiendo en que nuestro código no ha establecido una causal autónoma para invocar los errores *in cogitando* vía recurso de casación, por lo que su alegación formará parte de las infracciones normativas de carácter procesal, de manera similar a lo que ocurre con los errores *in procedendo*, más aún si ambos al final persiguen una mera sentencia casatoria anulatoria (casación con reenvío).

2.2.15. EFECTOS DE LA CASACIÓN

A. CASACIÓN CON REENVÍO (*IUDICIUM RESCINDENS*)

Debemos comenzar este breve análisis recordando que un recurso de casación puede contener simultáneamente causales *in procedendo* (dentro de las cuales incluiremos a las causales *in cogitando*, que si bien se refieren a la estructura del razonamiento judicial, pero que al final terminan incidiendo solo en el aspecto formal, por no atañer al fondo de la controversia), y causales *in iudicando*. Es decir, causales que atañen a situaciones formales o procedimentales y causales que conciernen al fondo del asunto litigioso.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado en uniforme y reiterada jurisprudencia que en tal hipótesis se examinan primero las causales (o causal) *in procedendo*. Solo si éstas se desestiman se procede a analizar las causales de fondo (*in iudicando*). En el supuesto contrario, si alguna causal *in procedendo* se declara fundada, la Sala de Casación se abstendrá de resolver las causales *in iudicando*.

Normalmente el amparo de una causal formal o de procedimiento determina un fallo ‘casatorio anulatorio’. Esto es lo que se conoce como casación con reenvío. Vale decir, una decisión de esta naturaleza origina cuando menos que la sentencia de vista sea declarada nula, con el consiguiente mandato a la Sala Superior para que expida nueva sentencia revisora en la que subsane los vicios o errores incurridos.

Sin embargo, muchas veces los vicios formales involucran más actuaciones procesales, como la sentencia de primera instancia e incluso etapas procesales anteriores, en cuyo caso la nulidad las abarca inexorablemente, de tal manera que el proceso retorna al juez de primer grado, quien debe reanudarlo a partir del acto procesal subsiguiente al anulado y según las instrucciones vinculantes de la sentencia casatoria. De esta manera, el proceso se devuelve para su trámite correspondiente.

La casación con reenvío también es conocida en la doctrina como “casación pura”, porque en un inicio el Tribunal de Casación estaba

impedido de emitir un pronunciamiento de mérito; únicamente podía invalidar el fallo impugnado y devolverlo al órgano jurisdiccional respectivo para que expida uno nuevo.

B. CASACIÓN SIN REENVÍO (*IUDICIUM RESCISSORIUM*)

Usualmente esta clase de sentencia casatoria ocurre cuando se declara fundado un recurso de casación sustentado en alguna causal *in iudicando*. Este tipo de causales, como sabemos, atañen al fondo de la controversia, por lo que su amparo determina la revocación de la sentencia casada.

Ya hemos visto que los fallos ‘casatorios anulatorios’ no suponen un pronunciamiento sobre la sustancia del litigio sino solo sobre la validez de la relación jurídica procesal o por la comisión de vicios motivacionales lógicos (errores *in cogitando*) que exigen un nuevo pronunciamiento por las instancias de mérito, previa sanación de los vicios perpetrados. Por el contrario, una decisión suprema revocatoria implica un análisis de fondo definitivo que sustituye el sentido de la sentencia de vista casada. Por ejemplo, si ésta ha confirmado la sentencia de primera instancia que ha declarado fundada la demanda, la casación respectiva, al reemplazarla, revoca la sentencia de primera instancia y declara infundada la demanda. La Corte de Casación en este escenario actúa como órgano de segunda instancia.

Carrión (2004), sobre este punto, enfatiza justamente que:

En este supuesto, la Sala de Casación, en la misma resolución, conforme al formato diseñado, casa la resolución impugnada y emite la decisión respectiva sobre el fondo de la controversia. Cabe remarcar que en este caso la Sala de casación no se convierte en tercera instancia, pues, al haberse anulado la sentencia impugnada de la Sala Superior en virtud de la casación, realmente desaparece esta última decisión. La resolución que la Sala de Casación emita sobre el fondo del litigio constituye en resolución de segunda instancia, producto, si se quiere, de una apelación renovada (...) (p. 318).

Esto es lo que se denomina casación sin reenvío. Acá ya no se devuelve el proceso para que los órganos jurisdiccionales inferiores emitan nueva decisión final, sino la Corte Suprema profiere un pronunciamiento de

fondo revocatorio que implica la solución definitiva de la controversia. El proceso, por consiguiente, se devuelve, pero para transitar su etapa de ejecución o para su archivo, según el sentido del fallo casatorio.

Sin embargo, la praxis judicial enseña que, de manera excepcional, algunas disposiciones casatorias *in procedendo* también determinan un mandato sin reenvío. Podemos mencionar la hipótesis en que la parte demandada haya alegado, sin resultado favorable, la invalidez de la relación jurídica procesal por algunas de las causales taxativas de improcedencia de la demanda previstas en el artículo 427 del CPC. Digamos, por ejemplo, la caducidad del derecho en un proceso de retracto. Si la Sala Suprema corrobora efectivamente que la pretensión de retracto se formuló luego de vencido el plazo de caducidad de 30 días de conocida la transferencia, casará la sentencia de vista confirmatoria, declarándola nula, insubsistente la de primera instancia estimatoria, nulo todo lo actuado e improcedente la demanda.

Como se aprecia, en este caso imaginado, la casación no se ha pronunciado por el fondo del asunto y, sin embargo, constituye una casación sin reenvío, por cuanto la decisión suprema ya no puede disponer que las instancias de mérito expidan un nuevo fallo, sino simplemente, al verificarse la invalidez insubsanable de la relación jurídica, la finaliza, enviando al proceso a su archivo definitivo.

Por ello, la distinción entre casación con reenvío o sin reenvío en última instancia no descansa en la naturaleza de la causal casatoria estimada (*in procedendo* o *in iudicando*) sino en el tipo de mandato que contenga. Si se ordena reiterar el trámite del proceso o expedir nuevas sentencias de mérito para subsanar vicios o errores de procedimiento o de orden lógico (motivación), la casación será con reenvío; lo que implica que el proceso aún sigue en trámite. Por el contrario, si la decisión suprema es revocatoria, o si ha declarado la invalidez insubsanable de la relación jurídica procesal, con el consiguiente archivo del proceso, la casación será sin reenvío, pues las instancias de mérito ya no podrán modificar la disposición casatoria: solo queda su estricto cumplimiento.

Debemos subrayar que la introducción de la casación sin reenvío en casi todos los ordenamientos modernos es un claro ejemplo de la evolución de la institución casatoria, la cual originalmente solo estuvo concebida como *iudicium rescindens*, es decir, únicamente se disponía la nulidad de la resolución impugnada y la consiguiente orden al órgano inferior para la emisión de una nueva resolución (casación pura). Esta facultad casatoria primigenia entonces era meramente de índole negativa, pues la Corte de Casación no podía resolver la controversia de modo definitivo.

Pero la incorporación de la *iudicium rescissorium* le otorgó a la Corte de Casación la facultad de decidir sobre el fondo de la materia de manera directa, permitiéndole sustituir la resolución impugnada por la que aquella emitía. Por ello, se dice que ahora dicha Corte no solo tiene la potestad de casar la sentencia en el sentido rescindente (anulatorio), sino también está premunida de una jurisdicción positiva, en tanto puede resolver el mérito del asunto como verdadero órgano de instancia.

Esta nueva facultad, que la casación originaria o pura carecía, es lo que ha posibilitado llamarla también como “casación bastarda”, indudablemente para diferenciarla de aquella y hacer notar la evolución experimentada a partir del alejamiento de la concepción casatoria inicial.

2.3. LA CASACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

2.3.1. FRANCIA

Celis (2013) rememora:

(...) el concepto moderno del instituto casatorio parte de la obra legislativa de la Revolución Francesa, que renueva el esquema de la época monárquica y lo transforma en un instrumento para la defensa de la ley contra el poder omnímodo de los jueces. Para este propósito crea un organismo político (no jurisdiccional) que cumple funciones de control constitucional y vigila la actividad de los jueces; por lo tanto, ejerce un control meramente negativo (*iudicium rescindens*) que se limita a dejar sin efecto los fallos considerados extralimitativos, reenviando los actuados a otro magistrado para que decidiera nuevamente la causa (p. 80).

En este escenario es que en 1790 se creó el Tribunal de Casación como un órgano político de control constitucional de la actividad de los jueces. Posteriormente dicho tribunal es reemplazado por la Corte de Casación, la que siguió cumpliendo la misma finalidad, hasta que por Ley del 01 de abril de 1837 recién adquirió funciones jurisdiccionales al pasar a formar parte del vértice del aparato judicial y desligarse del Poder Legislativo y, como tal, ejercer en plenitud atribuciones supremas en la interpretación de la ley.

El mismo profesor Celis (2013) destaca que, conforme a

(...) la Ley 67.523, del 23 de julio de 1967, la Corte de Casación está compuesta por 6 salas (5 civiles y 1 criminal), además de la Asamblea Plenaria formada por los presidentes, decanos y dos magistrados de cada una de las salas civiles. Este cuerpo tiene por finalidad unificar la jurisprudencia de las salas civiles. Si luego de una primera casación de juez de instancia que falla por segunda vez, apartándose de la opinión del órgano máximo, el asunto ha de ser resuelto por la Asamblea Plenaria, que resolverá si se mantiene la resolución del grado o la del organismo casatorio, evitando el reenvío y decidiendo sobre el fondo; salvo el caso que resulte imposible resolver, cuyo caso se hace el reenvío (p. 81).

Actualmente la Corte de Casación francesa tiene aptitud para fiscalizar las infracciones legales, la falsa aplicación de la norma y la interpretación errónea de la ley. Asimismo, desde 1979 el órgano casatorio está obligado a fallar el fondo del asunto y soslayar el reenvío cuando constate una deficitaria aplicación de la norma jurídica.

2.3.2. ALEMANIA

La institución casatoria no está regulada propiamente en el derecho alemán, por cuanto se conoce que éste no ha sido tributario del derecho francés. Zela (2010) refiere que, no obstante, ello, sí “cuenta con un recurso para acceder al Supremo Tribunal y con fines similares a los de la casación. En efecto, la *Revisionsgericht* (en estricto, recurso de revisión) se distingue de la casación en que no está limitada por las causales del recurso, sino que puede revocar libremente los argumentos de fondo de la sentencia impugnada, y se pronuncia directamente la nueva decisión. Estas características calificarían a la ‘revisión’ como una verdadera ‘tercera instancia’” (p. 214).

El autor prosigue: “El tribunal evalúa, en primer lugar, la admisibilidad, siendo posible incluso que se rechace un recurso por el simple hecho de que ‘no tiene ninguna posibilidad de éxito’. Luego pasa a conocer en la fundabilidad del recurso para evaluar si hubo violación del derecho (el & 546 ZPO habla de violación de la ley). Si esta última es atendible, ejercerá el *iudicium rescidens* y revocará la impugnada mediante una sentencia de revisión” (pp. 214-215).

Entonces, estos datos permiten concluir que en rigor en Alemania no se ha previsto un recurso de casación sino un recurso de revisión sin causales taxativas que convierten al Supremo Tribunal en un órgano jurisdiccional de tercera instancia, pues tiene plena libertad para pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Por tanto, el recurso de revisión germano es un recurso ordinario que posibilita el reexamen del proceso en su integridad, incluyendo no solo el aspecto jurídico sino también el fáctico y probatorio, sin restricción alguna.

2.3.3. ITALIA

La legislación italiana, contrariamente a la germana, sí ha regulado la figura casatoria en el artículo 65° de la Ley de Ordenamiento Judicial Italiano, con el siguiente texto:

“La Corte Suprema de Casación, como órgano supremo de la justicia, asegura la observancia y la uniformidad de la interpretación de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las distintas jurisdicciones, regula los conflictos de competencia y atribuciones y cumple con las otras tareas que le sean conferidas por ley”.

Como se aprecia, dicho enunciado legal consagra, al igual que el nuestro, los fines clásicos del recurso de casación: el nomofiláctico y el uniformador, pero sin aludir en modo alguno a la finalidad dikelógica. Sin embargo, el autor Zela Villegas enseña que en un inicio en este país también predominaba el sistema casatorio originario: la casación con reenvío, por lo que la Corte Suprema normalmente declaraba la nulidad de las sentencias casadas y remitía el proceso a la instancia inferior para que vuelva a expedir sentencia; situación que ha cambiado a partir de la reforma de 1990, desde

la cual el artículo 384° del Código de Procedimiento Civil italiano ha conferido a la Corte Suprema la potestad de decidir una causa sobre el fondo, cuando no sean necesarias otras apreciaciones de los hechos; es decir, ha ampliado los alcances de esta institución al incorporar la casación sin reenvío.

Del mismo modo, cabe añadir que el artículo 373 del aludido código procedimental italiano consagra como regla que la interposición o concesión del recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia. La excepción regulada se verificará cuando el juez de instancia, a pedido de parte y siempre que la ejecución pueda derivar un daño grave e irreparable, puede disponer mediante decisión inimpugnable la suspensión de la ejecución, o exigir la prestación de una caución.

2.3.4. ESPAÑA

El artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, a diferencia de otros ordenamientos nacionales que acogen la casación, permite su presentación solo por causales de fondo.

Así, en su numeral 1) dice:

“El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. A su vez, en el numeral 3) dispone que el recurso se admitirá cuando presente interés casacional, mientras en el siguiente numeral (4) señala: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor (...)”.

Diez (citado por Zela, 2010) comenta este articulado en los términos siguientes: “que la casación quede reducida a un único motivo es lógico si se tiene en cuenta que queda restringida a los aspectos jurídico-sustantivos y que se excluye de ella los jurídico-procesales” (p. 216). Añade que de este modo se permite alegar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que atañe al fondo del litigio. Por tanto, caben infracciones a cualquier tipo de norma, a la costumbre o a los principios generales del Derecho, así como a

toda clase de infracción, como las denominadas violación, interpretación errónea o aplicación indebida.

Montero (2000) resume que “el recurso de casación español controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia pertinentes al fondo de los litigios, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquéllas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares” (p. 445); es decir, implícitamente dicho ordenamiento también perseguiría solo los fines nomofiláctico y uniformador.

Podríamos decir entonces que la casación española ha involucionado, por cuanto si bien no ha abandonado la llamada *casación bastarda* que por primera vez reguló a Ley de Enjuiciamientos Civiles de 1855, pero la vigente Ley de Enjuiciamientos Civiles del año 2000 la ha restringido al no incluir ya, dentro de las causales de fondo, a la causal primigenia sustentada en el error basado en la apreciación de la prueba.

2.3.5. ARGENTINA

En la República argentina no estaba estipulada expresamente la casación, al menos con esa denominación; empero, algunos juristas estimaban que tenía cierta equivalencia el llamado ‘recurso de inaplicabilidad de la ley’, el cual se encontraba previsto en los artículos 288 al 303 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina.

Justamente el artículo 288 decía:

“El recurso de inaplicabilidad de la ley solo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los diez (10) años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento (...).”

En realidad, no podría equiparse dicha regulación con la casación peruana o en general con ninguno otro instituto casatorio nacional. No cabe duda que el denominado “recurso de inaplicabilidad de la ley” era mucho más restringido incluso que un recurso de casación primigenio, puesto que solo permitía la revisión de la sentencia impugnada cuando se hubiese alegado que ha contradicho a otra dictada con anterioridad por una de las salas de

cámara; es decir, la única causal que podría alegarse es la contravención a un precedente, en el que se infiere se fijaron ciertos parámetros para la interpretación y aplicación de una norma legal a un caso determinado.

Esto permitía únicamente alcanzar la finalidad uniformadora del recurso de casación, en tanto se buscaba que la respuesta judicial frente a casos análogos sea la misma, pero el mencionado recurso no perseguía, en términos generales, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

Pero esta realidad recientemente ha cambiado, por cuanto por Ley N° 26.853, publicada en el boletín oficial argentino el 17 de mayo de 2013, se ha creado, entre otras, la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial; y se ha modificado el Código Procesal Civil y Comercial argentino, introduciendo en su legislación procesal la figura de la casación. Así, el artículo 289 de dicho código prescribe:

“El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales: 1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva. 2. Inobservancia de las formas procesales esenciales. 3 unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes. 4. Arbitrariedad”.

Por tanto, si bien hace poco que la normatividad argentina ha acogido el recurso de casación, pero lo ha hecho en toda su magnitud, en tanto ha consagrado los fines públicos del recurso: la nomofilaquia y la uniformidad de la jurisprudencia (*ius constitutionis*, en sus primeros tres incisos) conjuntamente con el fin privado (*ius litigatoris*, en el último), desde que la causal de arbitrariedad es una de índole abierta, en la que indubitablemente calza la revalorización de los hechos y la prueba, se colige siempre que las instancias de mérito hayan adoptado una decisión sin justificación racional.

2.3.6. COLOMBIA

El Código General de Proceso de Colombia es uno de los más modernos: rige desde el 12 de julio de 2012. En particular, resaltaremos el texto de su artículo 333 que dice:

“(...) El recurso (...) de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida”.

Nítidamente se aprecia que los fines consagrados abarcan tanto los del *ius constitutionis* como los del *ius litigatoris*. Hay una convivencia pacífica. Inclusive la finalidad de proteger los derechos constitucionales es una función innovadora, acorde con la perspectiva de un Estado Constitucional de Derecho y que tiene íntima conexión con la función dikelógica, pues la búsqueda de justicia es un derecho humano fundamental en estos tiempos. Al margen de ello, la función de reparar los agravios causados a las partes constituye la plasmación inequívoca de dicho fin dikelógico, más aún si su regulación es abierta y, por eso, perfectamente puede incluir el reexamen fáctico o probatorio si con ello se logra restaurar tales agravios.

2.4. EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ

2.4.1. LA CASACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Ha sido la Constitución Política de 1979 la primera que en forma expresa ha recogido la casación como una de las competencias de la Corte Suprema. Así, en su artículo 241 preceptuaba:

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

La vigente Constitución Política de 1993 en la cuestión medular ha reiterado dicho texto, aunque con mayor detalle y con un supuesto adicional. El artículo 141 enuncia lo siguiente:

“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”.

Constatamos que ambas constituciones le otorgan a nuestro máximo órgano de justicia las competencias de actuar como corte casatoria o como órgano de última instancia. El jurista Rubio (1999) ilustra la diferencia entre estas funciones:

En casación, modalidad en la cual no falla sobre el fondo del asunto sino sobre la forma en que ha sido llevado el proceso y sobre la manera adecuada o inadecuada como ha sido aplicada la normativa relativa al caso.

En última instancia, que quiere decir que asume plena jurisdicción sobre el caso y revisa no solo el proceso en sí mismo y la forma como ha sido aplicada la ley, sino que entra a conocer y fallar sobre el fondo del asunto (p. 163).

Lo subrayable por ahora es que la normativa constitucional, como era de esperarse, deja a la ley los detalles y el desarrollo de esta institución procesal. Pero al preverla en su texto manda un claro mensaje al legislador sobre la trascendencia que ella representa para el reordenamiento de las potestades jurisdiccionales de la Corte Suprema, como órgano de vértice del Poder Judicial.

2.4.2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993 ANTES DE LA MODIFICATORIA DE LA LEY N° 29364

Como ya hemos adelantado, el recurso de casación en nuestro país como tal recién fue regulado por primera vez en el Código Procesal Civil de 1993. Hasta entonces, es decir, durante toda la vigencia que tuvo el precedente Código de Procedimientos Civiles de 1912, la Corte Suprema de Justicia fungía de órgano jurisdiccional de instancia (tercera instancia), a la cual se llegaba mediante la formulación del denominado recurso de nulidad. Esto significa que en todos los casos podía revisar el fondo de la controversia y reevaluar tanto la aplicación de las normas jurídicas como el sentido de los hechos y medios probatorios pertinentes.

No obstante, ello, precisaremos que el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 (el primero del país) también había previsto la figura de un recurso de nulidad, como el que lo siguió, pero en realidad su naturaleza estaba muy cercana a la figura casatoria, primero porque lo adjetivó de “recurso extraordinario de nulidad” y segundo porque su artículo 1733 estableció causales precisas para su otorgamiento. El texto de dicho dispositivo decía lo siguiente, según la cita efectuada por la versada autora nacional Ariano (2015):

“Se da a las partes el remedio del recurso extraordinario de nulidad, contra la sentencias o autos de las cortes de justicia y de los demás tribunales superiores que casan ejecutoria, en los casos siguientes:

1° Por falta de jurisdicción en los jueces, ó de personería legítima en las partes;

2° Por ocurrir alguno de los casos del artículo 1649;

3° Por desnaturalizarse la causa, haciéndose ordinaria la que es ejecutiva ó sumaria; criminal las que es civil, y viceversa;

4° Por la infracción de los artículos constitucionales relativos a la administración de justicia;

5° Por haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa” (pp. 262.263).

Vemos que en el fondo realmente este recurso extraordinario de nulidad era un recurso de casación. Las causales eran meridianas y taxativas: las cuatro primeras se referían a cuestiones formales o procesales (*errores in procedendo*) y la última atañía al mérito jurídico de la controversia (*error in iudicando*). No hay causal alguna relativa a la revalorización de los hechos o de la prueba. Incluso podríamos aseverar que la causal normativa material era bastante más restrictiva comparándola con la actual, pues la casación procedía únicamente si la sentencia a impugnar contravenía ley expresa, a diferencia de la casación en vigor que está abierta a toda vulneración a la aplicación adecuada del derecho objetivo al caso concreto.

Este recurso extraordinario de nulidad estuvo vigente durante sesenta años. Se desconocen las razones por las cuales no fue replicado por la subsiguiente codificación procesal, por cuanto si bien el nombre de recurso de nulidad se mantuvo más ya sin el calificativo de “extraordinario”, porque dejó de serlo, como lo mencionamos líneas arriba. Dicho recurso se convirtió en uno de carácter ordinario y la Corte Suprema recobró sus funciones de tercera instancia.

Por ello, la casación adoptada en el ordenamiento procesal en vigor pretendió nuevamente dar un cambio significativo a las competencias de la Corte Suprema, teniendo como uno de sus objetivos seguramente aligerar su carga procesal, pues al ser tercera instancia los casos que le llegaban habían desbordado por mucho su capacidad de respuesta. Pero, por sobre todo, se buscaba convertirla en una Corte que dicte en definitiva la interpretación correcta de la ley y uniformice criterios jurisprudenciales para

hacer predecible la justicia. Por ello, el artículo 384° del CPC, en su versión originaria, previó que son fines esenciales de la casación la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (función nomofiláctica) y la unificación de la jurisprudencia nacional (función unificadora).

Acorde con estos elevados fines, el recurso de casación tenía que ser formalista y extraordinario, pues se esperaba que solo un pequeño porcentaje de procesos acceda a los predios supremos. Para esto, se estipularon causales taxativas y rigurosas de estricto y un tanto difícil cumplimiento; lo que tenía sentido, por cuanto la Corte Suprema había dejado de ser órgano de instancia y solo se limitaría a revisar la aplicación e interpretación correcta de la ley.

Precisamente, el artículo 386 del CPC estableció las siguientes causales de procedencia del recurso de casación:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial.
2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial.
3. Y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Los dos primeros incisos se referían a infracciones de normas sustantivas (errores *in iudicando*) y en realidad contenían seis causales (cuatro el primero y dos el segundo): i) aplicación indebida de una norma de derecho material; ii) aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial; iii) interpretación errónea de una norma de derecho material; iv) interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial; v) inaplicación de una norma de derecho material; e vi) inaplicación de la doctrina jurisprudencial.

Por su parte, el inciso tercero regulaba las infracciones de carácter formal o procesal (errores *in procedendo*): contravención de las normas que garantizan el debido proceso e infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

A pesar del detalle y la puntualización de las causales, particularmente las de carácter sustancial, terminaron siendo demasiado farragosas e intrincadas de construir para los abogados litigantes

En cuanto a la calificación de los requisitos de admisibilidad y de procedibilidad, se otorgó a las Salas Superiores la potestad de calificar solo los primeros y, por tanto, de advertir que no estaban satisfechos, se declararía inadmisibile el recurso, concediendo a la parte un plazo no mayor a cinco días para su subsanación, bajo apercibimiento de rechazarse el recurso. Por el contrario, la verificación de los requisitos de fondo se reservó de manera exclusiva a la Sala Suprema, quien además estaba facultada para reexaminar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad o de forma.

Entonces, luego del primer filtro consistente en la revisión de los requisitos de admisibilidad por parte de la Sala Superior y eventualmente también por la Sala de Casación, ésta examinaba los requisitos de fondo y se pronunciaba mediante un auto. Si constataba que alguno de ellos no había sido cumplido, el recurso se declaraba improcedente y, por consiguiente, el proceso se devolvía a las instancias de mérito para los fines legales respectivos (para su archivo o ejecución, según la orientación del fallo superior), adquiriendo la resolución impugnada la calidad de cosa juzgada. Pero si el recurso se declaraba procedente, en el mismo auto se señalaba día y hora la audiencia de vista de la causa. Acá la Sala estaba obligada a pronunciarse sobre el fondo, amparando o desestimando el recurso. En este último supuesto, no se casaba la decisión impugnada.

Por el contrario, si se declaraba fundado el recurso, el artículo 396 del CPC disponía lo siguiente:

“Si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión de la siguiente manera:

1. Si se trata de las causales precisadas en los puntos 1. y 2. del Artículo 386, resuelve además según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior.

2. Si se trata de la causal precisada en el inciso 3. del Artículo 386, según sea el caso:

2.1. Ordena que el órgano jurisdiccional inferior expida un nuevo fallo.

2.2. Declara insubsistente lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria.

2.3. Declara insubsistente la sentencia apelada y que el Juez que la expidió lo haga nuevamente.

2.4. Declara insubsistente la sentencia apelada y nulo lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria.

2.5. Declara insubsistente la sentencia apelada, nulo lo actuado e inadmisibile o improcedente la demanda.

En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tendrá fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional inferior”.

Es importante destacar que este dispositivo legal reguló la casación bastarda o sin reenvío en su numeral primero ante infracciones de carácter material, con lo cual implícitamente acogió en parte la finalidad dikelógica de la casación, en tanto se obligó a la Sala Suprema a resolver el fondo del asunto de manera definitiva si casaba la resolución impugnada. Sin embargo, valiéndonos de una interpretación sistemática, podemos inferir que esta función legislativamente no se consideró esencial (adjetivo que el texto del artículo 384 reservó solo para las otras funciones clásicas de la casación) sino secundaria y complementaria, aunque en la práctica procesal parecería que terminó siendo la más relevante o, por lo menos, la más invocada por parte de los litigantes.

Desde luego que la fórmula legislada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 no fue copiada en su integridad. En efecto, sabemos que dicha normatividad procesal fue la primera en regular la casación bastarda y, por ende, consagrar un nuevo fin del recurso casatorio: el dikelógico o hacer justicia al caso concreto. Pero esta innovadora finalidad en dicha legislación tuvo mayores alcances, puesto que la Corte de Casación de España tenía amplias facultades para expedir pronunciamiento de fondo no solo ante infracciones normativas de carácter material sino también por infracciones relacionadas con la valoración de la prueba (aspecto fáctico). De este modo, el fin dikelógico estaba reproducido en toda su plenitud.

Como hemos puntualizado, nuestro Código Procesal Civil de 1993 no siguió a pie juntillas esta normatividad, sino que la recogió de manera parcial: el pronunciamiento de mérito se reservó únicamente para las infracciones jurídicas de derecho sustancial, mientras que no se previó ninguna causal para el reexamen del material fáctico y probatorio. En consecuencia, la

Corte Suprema nacional estaba vedada del análisis de este segmento importante del proceso.

Finalmente diremos sobre este punto que el recurso de casación tuvo efecto suspensivo, de tal manera que la decisión recurrida no podía adquirir la calidad de cosa juzgada hasta la resolución de aquel.

2.4.3. FINES DE LA CASACIÓN SEGÚN EL TEXTO MODIFICATORIO DE LA LEY N° 29364

Conforme al artículo 384 del CPC, modificado por la Ley N° 29364:

“El recurso de 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”.

Sin duda se aprecian dos cambios trascendentes en la redacción de dicho enunciado legal con relación a la versión originaria. El primero directamente se vincula con la supresión del vocablo “esenciales”. Efectivamente, el texto primigenio decía que el recurso de casación tenía por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional, por lo que la función dikelógica, tácitamente estipulada en el inciso 1) del artículo 396 del CPC, para el legislador solo rezumaba una limitada importancia; situación que con la modificatoria de 2009 ha mutado, puesto que desde entonces todos los (tres) fines de la casación tienen, cuando menos en teoría, la misma relevancia.

La segunda innovación está estrechamente ligada a la anterior, por cuanto la función dikelógica, relegada a segundo plano en la regulación originaria, ahora exhibe la misma trascendencia legislativa que las demás. Así, estimamos que la expresión “***adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto***” del actual artículo 384 contiene indisolublemente unidas a las funciones nomofiláctica y dikelógica, en la medida que la nomofilaquia en teoría (de manera pura) solo persigue conocer el sentido correcto de una norma jurídica, desde una perspectiva abstracta y genérica. De allí que en un inicio, en Francia, se creó un Tribunal de Casación, ajeno al Poder Judicial, el que únicamente buscaba explicar el significado unívoco de una ley, conforme a su texto y a la voluntad del legislador; función que

obviamente no exigía la convocatoria de un órgano jurisdiccional, pues en rigor tal propósito era una disfrazada “interpretación auténtica”.

Justamente la sustitución de la frase “correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo” por “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”, denota meridianamente la preponderancia que se le ha dado a la solución particular de la controversia jurídica. Es decir, ya no basta que la Corte de Casación determine el significado abstracto de un enunciado jurídico, también es imprescindible interpretar y aplicar la ley sopesando las circunstancias y consideraciones especiales del caso. Ya no se busca definir los alcances de la norma desde una mirada genérica e impersonal; la intención ahora es aterrizar en la realidad del conflicto para buscar la mejor solución que el derecho pueda brindar.

Esto gráfica, en primer lugar, la evolución experimentada por la función nomofiláctica desde la perspectiva originaria del Estado Legal de Derecho -que buscaba la interpretación y aplicación correcta y unívoca de la ley como norma suprema, según el texto primigenio del artículo 384 del CPC- hacia una realidad jurídica más acorde con un Estado Constitucional de Derecho, donde la ley ya no es más la cúspide del sistema y cuyo sentido o significado no siempre es único, pues depende de muchos factores que posibilitan que haya muchas veces varias respuestas interpretativas válidas y razonables conforme a las exigencias de la situación particular. De allí que el nuevo texto estipule ya no la interpretación y aplicación correcta de la ley sino la aplicación adecuada de la misma, se entiende con énfasis en el contexto fáctico y valorativo del caso concreto.

En segundo lugar, esta nueva regulación consagra legislativamente el fin dikelógico, aun cuando mutilado, por cuanto, como se verá más adelante, la Corte Suprema no está habilitada, al menos en el común de los procesos recurridos en casación, para reevaluar los hechos y las pruebas en forma distinta a la efectuada por los órganos de mérito. No obstante, ello, la preponderancia brindada a la evaluación de la peculiaridad del asunto litigioso hace del *ius litigatoris* hoy en día en nuestro país una función básica de la casación, a la par del tradicional *ius constitutionis*.

Tiene una opinión un tanto parecida la jueza Jiménez (2010), quien estima que:

(...) con el texto actual se introduce una modificación sustancial al espíritu de la Casación, pues al referirse a la **adecuada aplicación** del derecho objetivo al **caso concreto**, la función contralora de la casación, esto es, de control de la legalidad objetiva, de defensa de la ley, se desnaturaliza para reorientarse hacia una función dikelógica (búsqueda de justicia en el caso concreto), cuyo objeto es jurisdiccional. De esta manera se ha ampliado la perspectiva de los fines del recurso, lo que presumiblemente implicará la relativización de las formalidades y tecnicismos en el análisis de la procedencia y el fondo del recurso, a fin de resolver en justicia el conflicto individualizado, para los cual además será necesario analizar los hechos y quizá inclusive revisar el material probatorio. Esto, en sustancia, no lo distinguirá de una tercera instancia (pp. 3-4).

Por su parte, Celis (2013) subraya que: "(...) el legislador se ha apartado de la naturaleza y esencia del instituto de casación (en sus orígenes, de carácter político), que trasciende su primigenia naturaleza política y se torna judicial, con enorme contenido jurídico-filosófico (función nomofiláctica), aunque con la perentoria necesidad de adicionar la causal denominada función dikelógica en forma clara y precisa, mas no en forma generalizada como se advierte en la ley modificatoria" (p. 98).

Inclusive, dicho profesor, para reforzar esta idea, cita al maestro Ramírez Jiménez, refiriendo que:

(...) la Sala Suprema, en razón de su naturaleza extraordinaria y de la revisión de los hechos y análisis formales, podrá declarar fundada o infundada la pretensión (al amparo del carácter de excepción del recurso) y, por equidad, emitir el fallo, que no viene a ser sino la función dikelógica. Es necesario, pues incorporar en forma precisa una causal más de las que contenía el Art. 386 antes de su modificatoria por Ley 29364; una causal clara y expresa de la justicia al caso concreto con sentido humano y no como aplicación generalizada y con falta de precisión, como se refiere en la modificatoria (p. 76).

Resulta interesante esta propuesta que se examinará más adelante, pero por ahora es bueno acotar que la concreción de una causal de esta naturaleza debe tomar todas las precauciones concebibles, pues, de lo contrario, la Corte Suprema se convertiría en una tercera instancia; situación que la doctrina y la judicatura actuales repugnan al unísono. Por ello, lo más aconsejable sería, en caso se plasme tal idea, es delimitarla

con bastante precisión y, sobre todo, restringirla a hipótesis muy concretas donde la injusticia detectada resulte evidente e inaceptable.

Para finalizar este punto, podemos resumir que nuestro recurso de casación en la actualidad contiene los tres fines clásicos, desde el nomofiláctico, que fue el primero y tuvo un origen estrictamente político (se creó en Francia para cautelar la correcta interpretación de la ley a través de un órgano político único y especializado: un Tribunal de Casación), pasando por el uniformador, cuya naturaleza también es extraprocesal, aunque surgió cuando el órgano casatorio ya formaba parte de la organización jurisdiccional del Poder Judicial, hasta el nacimiento del fin dikelógico con la “casación bastarda”, de esencia procesal, que obligaba en ciertos supuestos a la Corte de Casación a dar una solución definitiva a la controversia y no prolongarla innecesariamente con decisiones meramente anulatorias, aun cuando en nuestro país dicho fin solo está contemplado en forma parcial, por cuanto la revalorización fáctica y probatoria no está permitida, al menos no expresamente.

2.4.4. CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

El artículo 386 del CPC, modificado por la Ley N° 29394, estatuye las causales de casación del siguiente modo:

- a) Infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada. Vemos que ya no hay distinción en la naturaleza de la infracción, esto es, si es sustantiva o adjetiva.
- b) Apartamiento inmotivado del precedente judicial (lo que se conoce como doctrina jurisprudencial).

Cabe recordar que la versión originaria de dicho artículo establecía como principales causales para este recurso: la inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material. El juez supremo Távara (2009) considera que con la primera de las causales reguladas en la actualidad -infracción normativa- se busca “superar la innecesaria y arbitraria distinción entre las tres (anteriores causales), que

muchas veces fue un instrumento usado por la Corte Suprema para declarar la improcedencia de algunos recursos” (p. 57).

Resulta elocuente la reducción y concentración de las causales. En la redacción prístina había ocho: seis de índole material o sustancial y dos de naturaleza formal o procesal. Ahora solo existen dos. Esto ha debido facilitar, por un lado, la labor de los abogados litigantes, puesto que la formulación del recurso desde el 29 de mayo de 2009 es más sencilla y accesible; hay menos recovecos formalistas. Y, por otro lado, también se ha abreviado la elaboración de las sentencias casatorias, puntualmente en lo que se refiere a la identificación de la causal invocada y su disgregación (digamos) un tanto compleja por el ritualismo que la regía.

Podríamos sostener que esta simplificación de las causales del recurso ha trascendido a toda la regulación de la institución casatoria, que ahora, en términos de rigor y exigencia, es más asequible. A su vez, la flexibilización comentada estaría poniendo en tela de juicio el carácter extraordinario del recurso, debido a que su mayor accesibilidad lo asemeja más a un recurso ordinario. Empero, en contraposición a esta postura, somos de la opinión que la casación sigue siendo un recurso extraordinario, medularmente porque las dos causales de procedencia vigentes solo sirven para la reevaluación del caso desde la perspectiva jurídica. La regla general continúa prohibiendo a la Corte Suprema abocarse al reexamen del material fáctico.

Por tanto, solo si se introdujera una causal adicional para permitir la revisión de los hechos del proceso, en función del bagaje probatorio respectivo, la casación se convertiría en un recurso ordinario. Tampoco basta que, a través de la casación excepcional, prevista en el artículo 392-A del CPC, la Corte Suprema eventualmente pueda revalorar el asunto de fondo de manera integral, cuando advierta de modo patente arbitrariedad e inequidad, pues tal facultad solo podrá y deberá ejercerla esporádicamente, en función de las particulares exigencias que el caso plantee. Pero esto no es la pauta; es simplemente excepción a la regla, a menos que se materialice la mencionada ampliación de las causales casatorias para incluir la evaluación del campo fáctico o probatorio como una de ellas.

De todas maneras, saludamos esta mejora en el tratamiento y unificación de las causales de procedencia de la casación que ha permitido, además de dotarle agilidad al recurso, restarle importancia, en este primer momento, a la distinción entre las infracciones normativas sustantivas y las procesales, aunque la misma sí será determinante para los fines de los efectos que adoptará la sentencia casatoria estimativa, como veremos líneas más abajo.

Por otro lado, la causal de apartamiento inmotivado del precedente judicial alude a la vinculatoriedad de los plenos casatorios civiles emanados como consecuencia de los alcances del artículo 400 del CPC. Hasta la fecha se han convocado diez plenos y se han publicado ocho sentencias que tienen la calidad de precedente judicial de acatamiento obligatorio. El dispositivo bajo comentario exige que la inaplicación del precedente no esté motivada para que proceda la casación; *contrario sensu*, si el juez inferior fundamenta adecuadamente su decisión discordante, tal causal no podrá ser activada.

2.4.5. REQUISITOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Nuestro CPC prevé tanto requisitos de admisibilidad o de forma como requisitos de procedibilidad o de fondo.

A. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Están regulados en el artículo 387° del CPC y son los siguientes:

a) El recurso de casación se interpone contra las sentencias y autos expedidos por las Salas Superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso.

Cabe señalar que no es posible formular recurso de casación contra las sentencias y autos finales expedidos en revisión por los juzgados especializados o mixtos, por no permitirlo la norma.

b) El recurso de casación se presenta ante el órgano que emitió la resolución impugnada o directamente ante la Corte Suprema. Si el recurso se formula ante la Sala Superior, ésta deberá remitir el proceso sin más trámite dentro del plazo de tres días; y si se lo formula ante la Corte

Suprema, ésta debe solicitar el proceso de la Corte Superior respectiva dentro del plazo de cinco días de su presentación.

c) El recurso de casación se interpone dentro del plazo de diez días hábiles contado desde el día siguiente de la notificación de la resolución que se cuestiona.

d) El recurso de casación exige como anexo la tasa judicial correspondiente.

B. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Estos requisitos están estipulados en el artículo 388 del CPC y son los siguientes:

a) Que el recurrente no hubiere consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando ésta fuere confirmada por la resolución objeto de recurso.

b) Que se describa con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial.

c) Que se demuestre la incidencia directa de la infracción normativa sobre la decisión impugnada.

d) Que se indique si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si es anulatorio, se precisará si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta donde debe llegar la nulidad. Asimismo, si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala. Finalmente, si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado.

2.4.6. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

Sobre el trámite del recurso, el artículo 391 del CPC prevé lo siguiente:

“Recibido el recurso, la Corte Suprema procederá a examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 387 y 388 y resolverá declarando inadmisibile, procedente o improcedente el recurso, según sea el caso.

Declarado procedente el recurso, la Sala Suprema actuará de la siguiente manera:

- 1. En caso de que el recurso haya sido interpuesto ante la Sala Superior, fijará fecha para la vista de la causa.*
 - 2. En caso de que el recurso haya sido interpuesto ante la Sala Suprema, oficiará a la Sala Superior ordenándole que remita el expediente en el plazo de tres días. La Sala Superior pondrá en conocimiento de las partes su oficio de remisión, a fin de que se apersonen y fijen domicilio procesal en la sede de la Corte Suprema. Recibido el expediente, la Sala Suprema fijará fecha para la vista de la causa.*
- Las partes podrán solicitar informe oral dentro de los tres días siguientes de la notificación de la resolución que fija fecha para vista de la causa".*

En lo que concierne a los requisitos de admisibilidad y procedencia y al trámite del recurso de casación, la novedad más visible que trajo la Ley N° 29364 es la supresión de la participación de las Salas Superiores en la calificación de los requisitos de admisibilidad. Hasta antes de dicha modificatoria, las Salas Superiores examinaban el cumplimiento de los requisitos de forma y podían declarar inadmisibile el recurso sin posibilidad de subsanación si, por ejemplo, el recurrente lo había interpuesto vencido el plazo legal de diez días; o, en todo caso, otorgaban un plazo perentorio para levantar las observaciones detectadas, si éstas se referían a la omisión en el pago de la tasa judicial respectiva o su abono diminuto, o si el recurso carecía la firma del abogado patrocinante.

Desde el 2009 la Sala Suprema Civil es la única legitimada para calificar tales requisitos de admisibilidad. Así lo sanciona el precitado artículo 387 del CPC, cuando en sus últimos párrafos dispone:

"Si no se cumple con los requisitos previstos en los numerales 1 y 3, la Corte rechazará de plano el recurso e impondrá al recurrente una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal en caso de que considere que su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria del impugnante.

Si el recurso no cumple con los requisitos previstos en los numerales 2 y 4, la Corte concederá al impugnante un plazo de tres días para subsanarlo, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de diez ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal si su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechazará el recurso."

La declaración de inadmisibilidad liminar, sin posibilidad de corregir las omisiones, ocurrirá siempre que el recurso se haya interpuesto contra una resolución que no sea una sentencia o auto final expedido por una Sala Superior que, como órgano de segundo grado, haya puesto fin al proceso;

y en los supuestos en que el recurso se haya presentado después de vencido el plazo de diez días acotado en la norma.

Los otros supuestos podrán ser subsanados por el impugnante en el plazo de tres días, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.

Pero también ha acaecido otra modificación que beneficia al litigante. Anteriormente, el recurso solo podía interponerse ante la Sala Superior que emitió la resolución objetada, pues ya vimos que era quien calificaba su admisibilidad; y solo si este primer filtro se superaba, el proceso era remitido a la Corte Suprema. Ahora la parte agraviada puede formular la casación ante la referida Sala Superior o ante la propia Sala Suprema Civil, a su libre elección. Si acaece lo primero, aquella eleva el proceso a esta última, sin trámite alguno, fungiendo prácticamente como una mesa de partes. Si sucede lo segundo, se solicita de inmediato el proceso para su evaluación y trámite correspondientes.

En cuanto a la calificación de los requisitos de procedibilidad o de fondo, no ha habido ningún cambio, pues la Corte de Casación mantiene su exclusiva competencia al respecto. Se entiende que este segundo filtro solo habrá de transitarse si el primero es superado. Si ello acontece, tal calificación se expresará en un auto. El artículo 392 del CPC estipula que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos previstos en el artículo 388 da lugar a la improcedencia del recurso. No hay posibilidad de subsanación, menos hoy que la rigurosidad de los mismos se ha morigerado.

Por el contrario, si el auto supremo declara procedente el recurso, se señala día y hora para la audiencia de vista de la causa, en la que los abogados de las partes pueden informar oralmente, sin perjuicio de los informes escritos que presenten. Dentro de los cincuenta días siguientes, debe proferirse la resolución casatoria definitiva, la que podrá declarar fundado (fundado en parte también) o infundado el recurso. El problema de este plazo y en realidad de los demás con que cuenta la Corte Suprema para calificar previamente el recurso, es que ni remotamente se cumplen. La desbordante carga procesal probablemente origina que estos plazos se dilaten hasta el paroxismo y se multipliquen por cinco, seis, siete o más veces hasta el alumbramiento de la resolución tan esperada.

Para finalizar este tema, mencionaremos que, conforme al artículo 393 del CPC, la interposición del recurso de casación suspende los efectos de la resolución impugnada.

2.4.7. CONCESIÓN EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE CASACIÓN: ALCANCES DEL ARTÍCULO 392-A

El artículo 392-A del CPC dice:

“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 del recurso, la Corte motivará las razones de su procedencia”.

Innovadoramente dicho texto ha incorporado un supuesto adicional, al estipular que aun cuando el recurso de casación no cumpliera con algún requisito de procedencia previsto en el artículo 388, la Corte Suprema puede conceder excepcionalmente el recurso si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384 del CPC que son: la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, Ariano (2015) comenta sobre el particular lo siguiente: “Lo curioso es que el art. 388 CPC no establece ningún requisito de ‘la resolución’, sino los ‘requisitos’ (de fondo) del recurso. *Ergo*, de dos una: o se equivocaron en la remisión del artículo (el 388 por el inc. 1° del art. 387) o donde dice ‘resolución impugnada’ hay que entender ‘recurso’. Si es esto último, lo único que se puede pensar es la que la ‘infracción normativa’ denunciada no tenga incidencia directa sobre la decisión impugnada (...)” (p. 281).

Convenimos, entonces, en primer lugar, que indudablemente la sintaxis de dicho dispositivo legal no ha sido la adecuada, pues empieza vinculando a la resolución impugnada con algún requisito establecido en el artículo 388 del CPC, cuando éste regula los requisitos que debe contener el recurso de casación y no la resolución cuestionada. Por ello, en consideración a que en la siguiente porción del dispositivo se permite a la Corte Suprema

su concesión excepcional, podemos inferir que la frase 'resolución impugnada' se refiere en realidad al recurso de casación. Consecuentemente, se aprecia un craso defecto o error en la técnica legislativa empleada.

En segundo lugar, este dispositivo sin duda es novedoso y entraña una evolución en el ámbito de extensión del recurso de casación, pues por primera vez se autoriza a la Corte Suprema a conocer y resolver un recurso de esta naturaleza, a pesar de no reunir los requisitos mínimos exigidos por la ley procesal.

Una lectura somera podría llevarnos a creer que el legislador nacional ha introducido la figura del *certiorari* anglosajón, más propiamente el norteamericano moderno, a través de la cual la Corte Suprema de Estados Unidos tiene amplia discreción para escoger, entre las numerosas peticiones que recibe, solo los casos que estima lo suficientemente trascendentes para merecer su conocimiento y pronunciamiento. En rigor, en este sistema el *certiorari* no es un recurso propiamente dicho sino una petición o solicitud que en la gran mayoría de los casos es denegada (sin motivación alguna). En efecto, de alrededor de 8,000 peticiones anuales, en promedio solo unas 100 o 150 son admitidas.

La Corte Suprema norteamericana no es una Corte de Casación y en la mayoría de los casos los litigantes no pueden impugnar directamente las decisiones de las cortes federales ante aquella. De allí que el *certiorari* seguramente pretende de alguna manera compensar esta situación, al permitir, con absoluta discrecionalidad, que la propia Corte determine, por su trascendencia e importancia, qué casos puede conocer y resolver, en definitiva.

En el caso peruano, la norma bajo comentario no regula propiamente un *certiorari*, al menos en el sentido del derecho norteamericano o anglosajón, porque nuestra Corte Suprema, en principio, sí es una Corte de Casación; en segundo término, porque las partes procesales no pueden dirigirse a ella mediante peticiones o solicitudes sino únicamente mediante el planteamiento de un recurso de casación. En tercer término, la facultad discrecional otorgada por el legislador es limitada y no absoluta, tanto en

cuanto obliga a la Corte a motivar o fundamentar las razones por las que admite de modo extraordinario el recurso casatorio, como porque restringe su concesión al logro de sus propios fines: la adecuada aplicación del derecho objetivo y la uniformización de la jurisprudencia.

Estas diferencias son elocuentes, por lo que la deducción parece irrefutable: la figura regulada por el comentado artículo 392-A no es un *certiorari*, pero sí constituye una clara extensión de la facultad suprema para conocer de manera extraordinaria recursos de casación trascendentes por la materia de fondo y que, de otro modo, se declararían improcedentes, por no cumplir con las exigencias mínimas legales.

Ahora bien, otra mirada inquisitiva al texto legal en ciernes podría llevarnos a creer que el legislador ha pretendido ampliar los alcances de la finalidad *dikelógica*. Tal apreciación se sostendría en que la Corte Suprema, al hacer uso de esta potestad discrecional, en el fondo tendría que motivarla medularmente en razones de justicia. En efecto, si la Corte constata que el recurso carece de los requisitos de procedibilidad correspondientes, la consecuencia legal normal es su rechazo, sin posibilidad de abordar el fondo del asunto en una audiencia de vista de la causa. Entonces, para invocar el uso de esta facultad discrecional pero motivada es preciso argumentar razones de peso que en última instancia podrían conducir, aunque no necesariamente, a la imperiosidad de hacer justicia en el caso concreto. Desde luego que puede haber otras razones, como la mediaticidad del caso, la magnitud de los derechos subjetivos en juego, la necesidad de tomar una postura definitiva frente a un caso que la propia Corte ha resuelto de modo distinto, entre otras.

Esta postura nos parece válida en la medida que el propio enunciado legal dispone que este conocimiento extraordinario del recurso de casación solo es factible si se consigue alcanzar uno de los fines que la ley ha previsto para esta clase de recurso: la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la unificación de la jurisprudencia, dentro de los cuales, ya hemos analizado, se encuentra el fin *dikelógico*.

En efecto, advertimos que en este texto normativo sí subyace la idea de una búsqueda de justicia, pues se le permite a la Corte Suprema conocer

el fondo de un recurso de casación que debió ser declarado improcedente, cuando ello ayuda al cumplimiento de los fines que dicho recurso persigue. Entonces, si la función dikelógica de la casación ha sido recogida por nuestro sistema procesal civil, no encontramos impedimento legal alguno para que la Corte de Casación, en ejercicio de la amplia discrecionalidad que se le ha otorgado, pueda resolver el fondo de un caso, a pesar de las deficiencias en la formulación del recurso, revalorando excepcionalmente inclusive aspectos fácticos, además obviamente de los jurídicos si los hubiere, cuando, por ejemplo, atisbe arbitrariedad manifiesta en el razonamiento de los órganos de instancia.

En cuanto a la dimensión de este texto legal con relación a los requisitos de procedencia incumplidos, la División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (2014) estima que “la concesión excepcional del recurso de casación por la Corte Suprema sólo será viable en lo que tenga que ver con una fundamentación insuficiente o defectuosa de la causal casatoria que se invoque o con errores u omisiones referidos al carácter anulatorio o revocatorio del pedido casatorio y a lo que se exige legalmente en uno y otro caso” (p. 320). Por tanto, en dicha opinión no es factible conceder el recurso en los supuestos de los incisos 1) y 2) del artículo 388 del CPC, por haber operado, en el primer caso, una convalidación tácita o preclusión; y, en el segundo, porque la Corte no puede sustituirse a la voluntad de las partes y afectar los principios de iniciativa de parte y congruencia procesal.

A su vez, Rioja (2011) estima que:

Podemos señalar que (...) constituye otro de los yerros incurridos en las modificaciones establecidas por el legislador (...) el haber introducido la facultad de decretar la procedencia excepcional del recurso de casación contempladas en el artículo 392-A, norma que permite que aun cuando se interponga recurso de casación, la Corte Suprema puede avocarse a esta si considera que al resolverla cumpliría con aplicar el derecho objeto y uniformizar la jurisprudencia nacional. Grave error en un sistema judicial tan precario como el nuestro y que va a generar mayores injusticias y perjuicios y sobre todo carga procesal (p. 906).

(...) Quizá la norma tenga por objetivo que a medida que se vaya haciendo uso de esta facultad la propia Sala Suprema establezca algunas condiciones y requisitos, así como mecanismos propios para poder admitir de manera excepcional un recurso de casación que no

cumpla con las formas preestablecidas, a ello se puede sumar el llamado precedente judicial a través del cual nuestra Corte de Casación podrá establecer las condiciones y presupuestos que se deben presentar para hacer viable esta facultad, que en la práctica podría generar más de un problema y por ende no ser la solución que se esperaba (p. 907).

Somos de la opinión que estos autores tienen una postura bastante legalista que no compagina con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho. Sabemos que en éste la ley ya no es más la fuente jurídica suprema sino la Constitución, a la cual está sujeta; consiguientemente, es deber de los jueces respaldar sus decisiones, si las circunstancias lo ameritan, en los principios y normas constitucionales cuando las reglas legales son insuficientes o castradoras de la búsqueda de justicia. Tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso sustantivo exigen una solución definitiva, integral y razonada de la controversia, por lo que si la Corte de Casación, en el ejercicio de sus competencias, detecta una situación meridianamente arbitraria o absurda que demande un reexamen del material fáctico, lo debe hacer sin vacilaciones en nombre de los valores y principios superiores consagrados en nuestra Carta Magna.

Por ello, podemos concluir que este dispositivo es de suma trascendencia, en tanto se ha habilitado a la Corte Suprema para conocer el fondo de un recurso de casación, aun cuando éste no cumpla con los requisitos de procedencia correspondientes. En rigor, la norma bajo comentario no establece restricciones ni señala la habilitación a partir del incumplimiento de tal o cual requisito, por lo que puede sostenerse que la Sala de Casación tiene vasta discreción para conceder un recurso de casación defectuoso, siempre y cuando con ello cumpla los fines que la propia ley señala para su conocimiento y resolución.

No obstante, ello, para Hinostroza (2016) este conocimiento excepcional del recurso solo sería factible frente a un caso de fundamentación insuficiente o defectuosa de la causal casatoria que se invoque o con errores u omisiones referidos al carácter anulatorio o revocatorio del pedido casatorio. Si bien no se comparte esta posición, pero cabe indicar que dicho autor estima que, en lo que atañe al incumplimiento del requisito de procedencia establecido en el inciso 1) del artículo 388 del CPC, no podría

concederse el recurso por haber operado una convalidación tácita o haber operado la preclusión. Con relación al segundo requisito (describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento inmotivado del precedente judicial), considera también que no es viable, dado que la Corte Suprema no podría sustituir la voluntad de las partes y afectar con ello los principios de iniciativa de parte y congruencia procesal, yendo más allá de la pretensión impugnatoria e incluso fundando su decisión en situaciones distintas a las alegadas; escenario que graficaría una vulneración de la imparcialidad con la que deben proceder todo juez, con la subsecuente afectación del principio de igualdad de las partes en el proceso.

Solo debemos añadir que estas disquisiciones pueden ser válidas en situaciones normales, pero en la eventualidad de que la trascendencia del caso o la injusticia con que haya sido resuelto sean de tal magnitud que reclamen un pronunciamiento de fondo del más alto tribunal jurisdiccional, éste tendría que hacerlo, aun cuando el reto rebase el análisis de lo estrictamente jurídico. Recuérdese una vez más que la ley ya no es más nuestro parámetro supremo; existen principios, normas y valores de superior rango que obligan a los jueces a dirimir el conflicto de intereses con razonabilidad. Éste es el sentido de vivir en una sociedad donde rige el Estado Constitucional de Derecho.

Como nota complementaria e ilustrativa adelantaremos que en la muestra casatoria estudiada del quinquenio 2013-2017 (116 casaciones, entre fundadas, infundadas e improcedentes), solo en una (apenas el 0.86%, es decir, menos del 1% del total), la Casación N° 2701-2011-La Libertad (materia: rectificación de área y linderos), la Corte Suprema, a través de la Sala Civil Permanente, ha utilizado esta figura de la casación excepcional. La sentencia de vista había revocado la apelada que declaró infundada la demanda y, reformándola, la declaró fundada. Dicha sentencia revisora fue casada y se ordenó a la Sala Superior emita nueva decisión (casación con reenvío), por vulneración del principio de la debida motivación, al demostrarse afectación al derecho de propiedad de terceros.

Saludamos esta iniciativa suprema, pero, en primer lugar, disentimos del fallo meramente anulatorio (casación con reenvío), por cuanto estamos

convencidos de que la Sala perfectamente pudo proferir pronunciamiento de mérito definitivo, al haber comprobado una situación concerniente al fondo de la controversia: afectación al derecho dominial de terceros, que le exigía actuar en sede de instancia y, por ende, luego de casar la impugnada, cupía confirmar el fallo desestimatorio de primer grado. No tiene sentido la remisión del proceso para que el inferior expida otra sentencia y tal vez se interponga contra ella también un recurso de casación que alargue el proceso unos dos o tres años adicionales.

En segundo lugar, esta sentencia con reenvío parece revelar que la Corte Suprema teme evaluar el fondo fáctico del asunto; lo que vislumbraría quizá una falta de asimilación de que la función dikelógica ya forma parte de la normatividad casatoria; o probablemente la explicación radique en que no se ha previsto ninguna causal expresa sobre el tema.

En tercer lugar, la muestra casatoria examinada revela que la discrecionalidad otorgada a la Corte Suprema para que de manera excepcional admita algunos recursos de casación que formalmente no eran procedentes, prácticamente no ha sido ejercida, al menos durante el lapso del 2013-2017. Esto despeja cualquier inquietud y recelo de algunos autores sobre el abuso o uso indiscriminado que podía hacerse de la casación excepcional. Por el contrario, a juzgar por la pasividad detectada, creemos, antes bien, que la Corte Suprema debe tener un rol un tanto más activo y dinámico (con el límite de la razonabilidad) en la invocación de esta facultad residual, lo que seguramente no ha ocurrido por la elevada carga procesal que desde antaño soporta, conforme más adelante se demostrará.

2.4.8. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y SUS EFECTOS

La Sala Suprema, luego de efectuada la audiencia de vista de la causa, tiene el plazo de cincuenta días hábiles para expedir sentencia. Evidentemente existen solo dos posibilidades sobre el sentido del fallo casatorio: la fundabilidad (que puede ser total o parcial) o la infundabilidad del recurso. En este último supuesto, el recurso es rechazado y no se casa la sentencia de vista, por lo que ésta adquiere la calidad de cosa juzgada.

La cuestión que se quiere dilucidar atañe al primer supuesto: cuando la sentencia suprema declara fundado el recurso de casación, ya sea total o parcialmente. Lo que se pretende averiguar es cuáles son los efectos y el sentido específico del fallo. Naturalmente ello dependerá del tipo de errores denunciados y amparados: errores o vicios *in procedendo* y errores o vicios *in iudicando*, los que desencadenarán, por lo general, en lo que se conoce como casación con reenvío y casación sin reenvío, respectivamente.

Pero, antes de ello, cabe destacar que en no pocas ocasiones la Corte de Casación constata que el fallo de la sentencia de vista está arreglado a Derecho, mas su fundamentación o motivación medular no es la idónea. Ante esta contingencia, el segundo párrafo del artículo 497 del CPC establece que la Corte solo debe rectificar la argumentación errada por la que se estima apropiada, pero sin casar la sentencia impugnada. Esto quiere decir que el recurso de casación se declara infundado, con la consiguiente adquisición de firmeza de la resolución de vista, solo que la fundamentación invalidada de ésta, no tendrá ninguna eficacia jurídica, pues ha sido reemplazada por la parte pertinente de la sentencia casatoria en mención, la cual en rigor pasa a formar parte de la primera.

En concreto, los dos primeros párrafos del artículo 396 del CPC estipulan lo siguiente:

“Si la Sala Suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada.

Si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la Corte procederá conforme a lo indicado en el párrafo anterior, según corresponda a la naturaleza material o procesal de este”.

Estos textos sin duda prevén la fundabilidad del recurso de casación sustentada en alguna causal *in iudicando*, específicamente cuando se constata la infracción de una norma de derecho material o el apartamiento inmotivado de un precedente judicial. La consecuencia de esta fundabilidad es la revocación, total o parcial, de la sentencia de vista, pues la sentencia casatoria la sustituirá en los términos que disponga. La Corte Suprema actuará en estos casos como corte de instancia, pues dirimirá la

controversia según los términos de la causal alegada y amparada. Esto es lo que hemos estudiado como casación sin reenvío.

Empero, la parte final del primer párrafo establece que *“también se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada”*. Este precepto denota que el legislador es consciente de que no toda vulneración de una norma procesal conlleva la declaración de nulidad de la sentencia casada. El límite, mediante interpretación sistemática con el siguiente párrafo del mismo artículo, es que no se haya afectado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o el derecho al debido proceso del recurrente. En tales casos la casación será también sin reenvío, a pesar de que la infracción normativa no es de carácter material sino procesal (lo mismo sucederá si se trata del apartamiento inmotivado de un precedente judicial de índole procesal).

Por su parte, la siguiente parte del comentado artículo 396 dispone lo siguiente:

“Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la Corte casa la resolución impugnada y, además, según corresponda:

1.- Ordena a la Sala Superior que expida una nueva resolución; o

2.- anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que se reinicie el proceso; o

3.- anula la resolución apelada y ordena al juez de primer grado que expida otra; o

4.- anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda.

En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo”.

Esta regulación corresponde a la casación con reenvío. En realidad, solo los tres primeros supuestos. En efecto, en el primer caso será la Sala Superior la que subsane el vicio detectado profiriendo nueva resolución. En el segundo, la infracción de la norma de procedimiento rebasa a la sentencia casada, pudiendo incluso llegar hasta una actuación llevada a cabo en primera instancia, pero en otros casos el vicio cometido solo podría haberse incurrido en el trámite de segunda instancia, por ejemplo, con la notificación para la audiencia de vista de la causa, en cuyo supuesto la nulidad únicamente allí surtirá efectos. Es decir, en esta segunda hipótesis

el proceso puede retrotraerse bien hasta primera instancia o solo hasta la segunda, pero siempre abarcará algún acto procesal anterior a la sentencia casada. Y en el tercer supuesto la nulidad incluye la sentencia de primer grado, por lo que es el juzgado de dicho nivel quien debe subsanar el vicio o error procesal cometido expidiendo nueva sentencia.

Pero el cuarto supuesto, en mi opinión, constituye una casación sin reenvío, a pesar de que la infracción normativa es de naturaleza procesal. Como se analizó en el acápite anterior, si la Sala Suprema constata que se ha conculcado palmariamente el artículo 427 del CPC, por haberse admitido y tramitado una demanda claramente improcedente, declarará la nulidad de todo lo actuado por invalidez insubsanable de la relación jurídica procesal e improcedente la demanda. Desde luego que en este caso no se habrá analizado el fondo del asunto, pero será una casación sin reenvío porque los órganos jurisdiccionales inferiores ya no podrán emitir ninguna otra decisión: el proceso ha concluido y solo cabe ejecutar su archivamiento.

2.4.9. ¿HA FRACASADO NUESTRO MODELO CASATORIO POR HABER INCORPORADO LA FUNCIÓN DIKELÓGICA?

Debemos aceptar que la comunidad jurídica nacional prácticamente de manera unánime lamenta que el recurso de casación, a pesar de su trascendencia, no ha surtido en nuestro país la utilidad y eficacia esperadas desde que entró en vigor el Código Procesal Civil de 1993. En parte, por la consabida sobrecarga procesal que la Corte Suprema soporta día tras día.

En efecto, Zela (2010) sopesa que:

(...) una mal entendida búsqueda de “justicia” en sede casatoria ha sido una de las causas principales por las que la carga procesal no ha podido ser controlada. En efecto, debe quedar claro que el llamado fin diketológico (es decir, la verificación de la ‘justicia’ en el caso concreto) no es afín al recurso casatorio. De este modo, esta búsqueda de lo ‘justo’ por medio de los recursos de casación no podría producirse con exclusiones, es decir, para realmente concretar en hechos el valor que se aspira actuar, sería indispensable que, teóricamente por lo menos, todos los casos del sistema pudieran llegar a la Corte y, además, que todos sean susceptibles de un ‘control de justicia’. Si se advierte con atención, tal empeño –originado en una apreciación emocional del valor justicia- determinaría la producción de un aluvión apocalíptico de expedientes sobre la Corte Suprema (...) Consideramos que este fin

diketológico es el causante directo de que las elevadas funciones sociales y políticas de la Corte Suprema no se hayan cumplido (pp. 198-199).

En este sentido, para dicho autor la modificación del artículo 384 del CPC contiene una expresión más enfática y precisa sobre la finalidad nomofiláctica de la casación y, en su opinión, ello busca “evitar una interpretación laxa y privilegiar la función social y política de la casación, sobre el fin diketológico (que, como mencionamos, debe ser excluido de la casación)” (p. 199). Razonamiento que no compartimos, en razón de que, como hemos visto anteriormente, el nuevo texto del acotado artículo tiende a privilegiar, por su enfática construcción gramatical y sintáctica, la solución jurídica apropiada al caso particular por encima de interpretaciones abstractas de la ley.

Por su parte, Rioja (2011) tiene la siguiente opinión:

Se conoce que más del 90% de los recursos de casación son declarados improcedentes y que la Corte Suprema no llega a conocer el tema de fondo de las resoluciones impugnadas. Pero los abogados no plantean la casación con la finalidad que establecía la norma original, es decir la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional, sino dilatar el proceso consiguiendo entre un año y medio como mínimo para evitar que el expediente regrese al juzgado de origen y se proceda a la ejecución de la sentencia, en tal sentido más que una garantía para el justiciable constituye una forma legal de incumplimiento de las resoluciones judiciales vulnerando la tutela jurisdiccional **efectiva**, al dilatar los resultados del proceso (p.p. 852-853).

Esto significa que para este autor la razón primordial del fracaso de nuestro sistema casatorio no es la búsqueda de justicia por parte del litigante perdedor sino su actitud objetivamente dilatoria.

De otro lado, el magistrado supremo Távora (2009) aprecia lo siguiente:

El modelo de casación que el Código Procesal Civil trajo le otorga a la Corte la labor de controlar el Derecho objetivo aplicado por los jueces del país, así como buscar la uniformización de la jurisprudencia nacional (...). A pesar de que la tendencia en nuestra Corte es también dar justicia al caso concreto, lo cual equivale a instaurar un tercer fin de la casación (fin diketológico), creemos que ello no es compatible con la naturaleza de la Corte de Casación. En efecto, para el funcionamiento eficaz de la Corte es preciso, entre otras cosas, que tenga que resolver pocos casos para ganar en calidad y convertirse en

una verdadera guía para los jueces. Es así que el fin dikelógico, o dar justicia al caso concreto, hace que los recursos que la Suprema debe atender crezcan exponencialmente (p. 57).

Esta tercera opinión, entonces, aboga por la defenestración de la función dikelógica, al considerar que su regulación es la principal causa del incremento exponencial de la carga procesal suprema.

Para tener una perspectiva más holística sobre el tema, debemos recalcar que la casación ha evolucionado en la mayoría de legislaciones desde su concepción inicial puramente nomofiláctica. Así tenemos, como cuestiones generales, en primer lugar, que pasó de ser concebida como una acción o pretensión autónoma a regularse como un recurso procesal más, dentro del mismo proceso, aun con características especiales. En segundo lugar, prácticamente se ha dejado de lado la casación en interés de la ley, a instancia del Ministerio Público (cuando no es parte) o de oficio; ahora se requiere ineludiblemente la presentación del recurso por la parte perjudicada. En tercer lugar, el Tribunal de Casación ya no es más un tribunal especial, distinto a la organización jerárquica del Poder Judicial, sino es un órgano jurisdiccional perteneciente a ésta, cuyo rango es el supremo. En cuarto lugar, se ha aceptado el efecto suspensivo del recurso, lo que impide el surgimiento de la cosa juzgada. Y, en quinto lugar, la Corte de Casación, en los vicios de fondo, actúa como órgano de decisión, por cuanto si estima el recurso anula la sentencia impugnada y en su reemplazo dicta una nueva, sin reenvío.

Precisamente, Guasp (citado por Quiroga y Sumaria, en el Código Procesal Civil Comentado, Tomo II, 2010):

Señala que los fines enunciados de índole política (se refiere a los fines clásicos: nomofiláctico y unificador) no corresponden a un instituto procesal. La idea de casación como institución defensiva de la ley o uniformadora de su interpretación, tiene su origen histórico bien conocido, que demuestran precisamente la contingencia y relatividad con que tiene que mirarse esta explicación dominante. La defensa de la ley y la uniformidad de su aplicación no son en modo alguno tareas procesales; si hace falta organismos especialmente dedicados a concederlos, tendrían que crearse “ad hoc” y hacerlos encarnar en instituciones distintas al proceso (p. 655).

Inclusive, los mismos comentaristas del Código Procesal Civil peruano (2010) enfatizan, al destacar tal opinión, que existen otros elementos que hacen evidente la evolución del instituto casatorio, para cuyo efecto mencionan al autor y juez argentino Hitters, quien subraya como función dikelógica hacer justicia al caso concreto, pues la casación se ha convertido en un medio impugnatorio accionado por el particular que padece un agravio de la sentencia, a tal punto que reseña tres aspectos de esta evolución: i) el desuso del recurso de casación en interés de la ley; ii) la legitimación exclusiva del particular agraviado con la sentencia para interponerlo; y iii) que los poderes del órgano de casación están restringidos por las causales invocadas por el recurrente.

Además de la función dikelógica moderna que cumple el recurso de casación, tales comentaristas estiman que otros rasgos evolutivos son: i) la supresión del reenvío, pues en cuestiones de fondo la Corte Suprema dicta una nueva sentencia en sustitución de la casada; el reenvío, por tanto, ha quedado solo para aspectos de forma insubsanables; y, ii) el ingreso excepcional al campo de los hechos; lo que implica que el recurso de casación sea un medio de impugnación común u ordinario impulsado por el interés de la parte perjudicada con la sentencia impugnada (p.p. 655-656).

Ariano (2003) comenta:

Hoy se comienza a admitir entre nosotros (algo tan obvio como) que la casación tendría también una función <dikelógica>, cuando se le quiere también abrir a la denuncia del error de hecho y a la violación de <reglas lógicas esenciales del razonamiento, no se entiende ya qué diferencia habría entre la *publicística* casación y un recurso (con el nombre que fuera) que promoviera una tercera instancia ante la Corte Suprema. Sería hora de reconocer que la tercera instancia (abierta a todos) ante el órgano vértice de la organización judicial es lo que se precisa en el Perú, pues con ella –y en definitiva y creo que de eso se trata- podremos, sin se ponga en riesgo la nomofilaquia y la unificación de la jurisprudencia, obtener sentencias (en todo sentido) más justas (p. 256).

Cabe resaltar también la opinión del destacado profesor chileno Tavolari (2013), al enjuiciar en un artículo la propuesta de eliminación de la casación civil en Chile, en el que reitera su postura respecto al afianzamiento o inclusión de la función dikelógica, al sostener lo siguiente:

(...) me mostré partidario de eliminar la casación en su modalidad tradicional, tal afán no buscaba sino un propósito enteramente contrario al que se apunte con el actual recurso extraordinario, esto es, mi intención era flexibilizar la casación para que la Corte Suprema al resolverla, no quedara al margen de las cuestiones de Justicia involucradas en las controversias sometidas a su decisión. En los hechos, mi propuesta buscaba entronizar la “casación bastarda” para asignarle finalidades dielógicas, como proponía Werner Goldschmidt, esto es, permitir que, fallándolo, la Corte velara por la justicia de la decisión. Este criterio, vale bien recordarlo, es compartido por el Tribunal Constitucional chileno, que ha resuelto que *el objetivo de la casación es la aflicción de la ley en la solución de los conflictos y, residualmente, lograr una aplicación e interpretación uniforme del derecho*”.

Esto demuestra que no solo en nuestro país existen variadas posturas doctrinarias respecto de la necesidad de plasmar o no la función dielógica en la legislación procesal, más lo rescatable es que para el autor enunciado, aquella es cardinal y debiera ser incorporada en la reforma chilena en camino, a tono con la jurisprudencia de su propio Tribunal Constitucional.

Como corolario preliminar de este punto, que será profundizado en los siguientes dos capítulos, luego del desarrollo exhaustivo de las Unidades de Análisis, podemos afirmar que el consenso doctrinario por ahora se circunscribe a reconocer que la Corte de Casación mantiene un inveterado problema de sobrecarga procesal que nos lleva a pensar en que efectivamente, desde este particular enfoque, el modelo casatorio nacional ha fracasado; por lo que, consiguientemente, urge reformarlo en sustancia; empero, lo que no existe es uniformidad en las razones causantes de tal escenario -que para muchos son las comentadas en este acápite- y mucho menos en que la panacea para este grave problema sea la eliminación de la finalidad dielógica. Creemos, como más adelante se sostendrá, que la solución tiene otros matices y exige otro tipo de medidas.

2.5. PROYECTOS DE LEY PARA REFORMAR LA CASACIÓN CIVIL

Después de la reforma casacional introducida por la Ley N° 29364, se han presentado ante el Congreso de la República tres proyectos de ley para reformar el instituto casatorio, el primero en 2012, a cargo de parlamentarios; el segundo, en 2014, por parte del propio Poder Judicial; y el restante, en 2016, por iniciativa del Poder Ejecutivo.

Analicemos brevemente las proposiciones esenciales de estos proyectos, con énfasis en las que tienen vinculación con la presente investigación.

2.5.1. PROYECTO DE LEY N° 1873/2012-CR

Este primer proyecto de ley lo presentó el entonces grupo parlamentario de Perú Posible, a iniciativa del entonces congresista Mariano Portugal Catacora, y pretende la modificación de los artículos 384 al 400 del Código Procesal Civil, que regulan el recurso de casación.

A nuestro juicio, la innovación sugerida más importante es el rol preponderante asignado tanto a la función dikelógica como a la unificadora de criterios en la jurisprudencia, pues en el artículo 1° del texto del proyecto se señala que la Corte Suprema tiene la obligación de privilegiar la justicia, preservando la coherencia, unidad y predictibilidad de los criterios de decisión de los distintos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

De este modo, si bien en el siguiente artículo se menciona a la función nomofiláctica, pero se la hace supeditada a la función uniformadora, al precisarse, como uno de los fines del recurso, la garantía de que el derecho objetivo sea aplicado de manera uniforme y predecible, conforme a los precedentes judiciales establecidos. Como un segundo fin se contempla garantizar el derecho a un debido proceso en cada caso concreto; y, luego, como un tercer fin, se reafirma garantizar que la justicia prime e impere sobre el derecho con ocasión de una sentencia notoriamente injusta.

Respecto de las causales de procedencia de la casación, entre otras, se propone, en primer lugar, una casación de oficio cuando la resolución de segunda instancia haya sido expedida en discordia. Esto supone que por lo menos uno de los jueces revisores disiente de la decisión de la mayoría. Un segundo supuesto es por existir sentencia en un caso similar o parecido sobre la misma materia y que otro órgano jurisdiccional de la misma especialidad y jerarquía haya resuelto en un sentido opuesto. En tercer lugar, se habilita la casación cuando la sentencia contraría una ejecutoria vinculante.

En el artículo 4 del proyecto se consagra la regla o principio del doble y conforme, estableciendo que en ningún caso procede recurso de casación cuando un órgano jurisdiccional confirma íntegramente la sentencia del magistrado de inferior jerarquía. Y en el artículo 8° se propone restaurar la facultad de las Salas Superiores para que califiquen los requisitos de admisibilidad del recurso.

2.5.2. PROYECTO DE LEY N° 3732-2014-PJ

Este proyecto de ley se elaboró y presentó por iniciativa del Poder Judicial y también propone, entre otras, la modificación del articulado de la casación civil e incluso de la casación contencioso-administrativa.

Entre las propuestas más interesantes podemos destacar, primero, que se deja de usar la palabra “fines” y se reemplaza por “funciones”, conforme a la precisión que el jurista Monroy Gálvez había efectuado. Segundo, se elimina la referencia “al caso concreto” que contiene el actual artículo 384 del Código Procesal Civil cuando se refiere a la adecuada aplicación del derecho objetivo, de manera que el interés particular de las partes quedaría claramente apartado de las funciones del recurso. Es decir, la función dikelógica dejaría de ser tal en tanto lo que se pretende es el afianzamiento de las funciones públicas del recurso: la nomofilaquia y la uniformización de la jurisprudencia. Tercero, como otra novedad se incorpora otra función a la casación: garantizar la observancia de las normas que tutelan los derechos fundamentales.

En lo que atañe a las causales de procedencia del recurso de casación prácticamente se mantienen las reguladas en el vigente artículo 386 del CPC.

De manera coincidente con lo propuesto en el anterior proyecto de ley, se busca restablecer la potestad de las Salas Superiores para que califiquen los requisitos de admisibilidad del recurso.

En lo que concierne a las causales de procedencia, se incorpora también la figura del doble y conforme, al estipularse que solo son recurribles las sentencias y autos expedidos en segundo grado por las Salas Superiores que pongan fin al proceso y que hayan revocado total o parcialmente la de primer grado. Asimismo, se prevé otra limitación para la procedencia del recurso: la cuantía de las pretensiones debe ser mayor a 150 unidades de referencia procesal.

Otra novedad trascendente es la procedencia excepcional del recurso en cuatro supuestos, entre los que destacan, si la decisión recurrida se opone a precedentes vinculantes o cuando resuelva materias con pronunciamientos contradictorios de las Salas Superiores; y en caso no se cumpla el criterio de la cuantía, si se considera que al resolverlo se cumplirá con alguna de las funciones del recurso.

También se pondera la introducción de la figura denominada “casación en interés de la ley”, por medio de la cual se faculta a la Corte Suprema para que dentro del plazo de un año de concluido un proceso, si no hubo pronunciamiento en casación, de oficio pueda avocarse a su conocimiento si estima que, al pronunciarse sobre la cuestión jurídica resuelta, cumplirá alguna de las funciones de la casación.

Igualmente se subraya la propuesta de que el recurso de casación no tenga efecto suspensivo cuando se trata de sentencias o autos de condena; y, finalmente, se pretende revivir la casación por salto.

Debemos precisar que este proyecto de ley conjuntamente con el anterior se analizó al unísono en el Congreso de la República del periodo 2011-2016, mereciendo predictamen favorable de la Comisión de Justicia, el que, al final, ha sido archivado.

De otro lado, cabe subrayar que el jurista nacional Monroy (2013), precisamente en cuanto a la propuesta de que se deje de usar la palabra “fines”, a fin de sustituirla por “funciones”, enseña que esto se sustenta en que la primera alude a la fijación de una norma programática de futura realización, cuando lo que se trata es de determinar el contenido preciso de la actividad jurisdiccional casatoria. Nos parece acertada esta precisión por una cuestión elemental de semántica de los términos acotados.

Pero esto no es lo más relevante, sino que en este texto se resumen discusiones y propuestas impulsadas por la doctrina especializada y el propio Poder Judicial para la reforma de la casación por más de una década, las cuales prosiguen incluso luego de la dación de la Ley N° 29364 como un signo claro de que ésta no satisfizo las expectativas puestas en ella.

Por ello, nos permitimos sintetizar la propuesta trabajada por el Poder Judicial con el concurso de la Comisión Consultiva de su Presidencia creada en 2011, cuyo texto final tiene como fecha el 11 de junio de 2012 (Monroy, 2013), y en el que como funciones aparecen por primera vez las que al final constan en el proyecto de ley de 2014, con la supresión, como se indicó, de la función dikelógica y la consagración de la función de garantizar la observancia de los derechos fundamentales en el proceso. También se regula la figura del doble y conforme, la casación excepcional, la casación en interés de la ley y la concesión del recurso sin efecto suspensivo cuando se trata de sentencias de condena.

Por su parte, el propio estudio de Monroy (2013), con fecha 23 de agosto de 2012, presentó un anteproyecto de Ley General de Casación, en el que solo prevé las funciones públicas de la casación: nomofiláctica y uniformadora y deja de lado no solo la función dikelógica sino también la de garantía de los derechos fundamentales en el proceso. Las causales de procedencia son similares a las actuales, salvo que el apartamiento del precedente judicial es viable aun cuando exista el doble y conforme, cuya regla es regulada como un supuesto de improcedencia del recurso. Sugiere el restablecimiento de la facultad de calificación de los requisitos de admisibilidad por parte de las Salas Superiores, las que igualmente deben

verificar que se haya recurrido contra una resolución que satisfaga las exigencias del doble y conforme. Del mismo modo prevé la casación en interés de la ley, la casación por salto, la no suspensión de la ejecución de las sentencias de condena y la restricción para la casación con reenvío, la que debe circunscribirse únicamente a los supuestos en que la infracción procesal solo pueda enmendarse a través del reenvío, entre otras.

2.5.3. PROYECTO DE LEY N° 1418/2016-CR

Este proyecto de ley en realidad contempla la reforma del Código Procesal Civil en general, el cual fue aprobado por Resolución Ministerial N° 0070-2018-JUS y contiene la propuesta del grupo de trabajo sobre el régimen de casación.

Entre las propuestas concretas tenemos que, con el fin de limitar la competencia de la Corte Suprema, se plantea, por ejemplo, que si se trata de autos recurridos, la casación solo proceda de los que se pronuncian sobre prescripción y caducidad. Asimismo, la cuantía mínima discutida debe ser mayor a 150 unidades de referencia procesal. Igualmente se propone que la casación no proceda contra sentencias emitidas en procesos sumarios y monitorios (proceso que se crea), en procesos de ejecución, en los de familia (salvo divorcio) y en los no contenciosos.

Se propone que el recurso se interponga ante la Sala Superior, quien, antes de elevarlo a la Corte Suprema, debe ponerlo en conocimiento de la contraparte para que exprese lo que conviene a su derecho.

En lo que atañe a las causales de procedencia, se propone una causal expresada de manera abierta para permitir que la propia Sala Suprema la llene de contenido, evaluando si contiene una relevancia jurídica fundamental como primera hipótesis, o, si se aparta indebidamente de los precedentes existentes en segundo lugar.

También destaca que la regla de que, si el recurso es declarado fundado y se constate la existencia de un vicio, la propia Corte Suprema debe subsanarlo, estándole prohibido emitir sentencia anulatoria, salvo si el vicio ha generado una violación grave de los derechos fundamentales de la parte

afectada que la imposibilite de pronunciarse sobre el fondo. En este punto se propone la reducción de cuatro a tres votos conformes para que exista resolución.

CAPÍTULO TERCERO

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. PERTINENCIA Y UTILIDAD DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS

En forma previa al desarrollo de la Contrastación de la Hipótesis propiamente dicha, se ha creído por conveniente abordar en detalle y por separado las dos Unidades de Análisis proyectadas, primordialmente porque la información obtenida de ellas, sobre todo de la primera, ha permitido estructurar con mayor solidez los fundamentos jurídicos-filosóficos cardinales para preservar y fortalecer la finalidad dikelógica en la casación civil nacional (Contrastación del Hipótesis), toda vez que ha sido necesario, esencialmente, conocer si dicha finalidad estaba o no regulada en el artículo 384 del Código Procesal Civil, en su versión originaria, así como indagar si su modificación, a través de la Ley N° 29364, ha tenido incidencia en su vigencia.

La pertinencia y trascendencia de la segunda Unidad de Análisis se comprenderá a partir de las dos vertientes que, a su vez, la conforman. Así, de un lado, se han recogido datos estadísticos respecto del número de recursos de casación declarados fundados, infundados e improcedentes y el porcentaje de los recursos amparados que contienen decisiones de fondo, en el periodo julio 2007 a diciembre 2017, correspondientes a las ejecutorias publicadas en el diario oficial El Peruano en dicho periodo; y, de otro lado, se ha tomado un periodo más reducido, años 2013-2017, para evaluar, a partir de una muestra de 116 casaciones: 33 fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes, en cuántos casos resueltos ha existido la regla de la doble

conformidad, así como saber las razones por las cuales la Corte Suprema declara la improcedencia de muchos recursos de casación.

Toda esta información se ha procesado e interpretado con ayuda de la hermenéutica jurídica, argumentación jurídica, el método empírico-funcional y el análisis sintético, de tal manera que ha permitido describir, explicar, analizar, discutir y validar la hipótesis de trabajo planteada, en la medida que toda esta experiencia jurisprudencial del fenómeno casatorio ha brindado indicadores concretos que han reforzado la propuesta de conservación y reforzamiento de la finalidad dialéctica, a partir del desarrollo de los siguientes fundamentos jurídico-filosóficos: el *ius litigatoris* como presupuesto para el ejercicio de funciones jurisdiccionales de una Corte de Casación, la efectividad de la justicia como fin esencial del proceso civil, la relevancia medular del debido proceso sustantivo en un Estado Constitucional de Derecho y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones judiciales.

3.2. PRIMERA UNIDAD DE ANÁLISIS

3.2.1. TEXTO ORIGINARIO DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Se ha considerado como la primera y más importante unidad de análisis el texto del artículo 384 del CPC, que regula los fines de la casación civil, a partir del cual conoceremos si la finalidad o función dialéctica ha sido acogida o no en nuestro sistema procesal civil.

Para tal propósito, examinaremos primero la versión auroral de dicho dispositivo, antes de ser modificada por la Ley N° 29364:

“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”.

Claramente constatamos que la función dialéctica no fue regulada en este texto legal. Solo la función nomofiláctica (correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo) y la función o finalidad unificadora estuvieron en los planes del legislador. El segundo punto a resaltar es su

construcción netamente legalista y cognocitivist. En efecto, el empleo de la frase “correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo” solo puede estar cimentada dentro de una concepción positivista del Derecho que en líneas generales rigió en nuestro país y en gran parte del mundo occidental desde el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX. Esta visión *iusfilosófica* fue heredera de la Revolución Francesa y se plasmó en lo que se conoce como Estado Legal de Derecho, por la supremacía de la ley en el ordenamiento jurídico, al ser considerada la máxima expresión de la voluntad y soberanía popular, canalizada a través del Poder Legislativo, el cual se constituyó como el primer poder del Estado.

Bajo esta óptica, el Poder Judicial prácticamente no podía interpretar la ley; solo debía aplicarla previa indagación de su exacto y único significado plasmado en su propia construcción lingüística. Por ello, no se admitía interpretaciones ni disquisiciones que pudieran pervertir el sentido dado por el legislador y, desde luego, menos había posibilidad de recurrir a otras fuentes.

Esta postura legalista del Derecho, que para su época fue un avance notable, pues se dejaba atrás las arbitrariedades del Antiguo Régimen, tuvo o tiene su correlato en el campo hermenéutico con la concepción cognitiva o descriptivista de la interpretación, que postula que los textos jurídicos tienen un significado propio y objetivo que se debe averiguar. Es decir, para esta concepción los enunciados materia de interpretación pertenecen al discurso descriptivo y, por tanto, es plausible comprobar su veracidad o falsedad. De allí que postula que las normas legales tienen un correcto o único significado.

Sin duda llama la atención que el texto normativo bajo estudio, que forma parte de un Código Procesal Civil moderno, en vigor desde el 28 de julio de 1993 (a finales del siglo XX), aún haya estado adscrito de lleno bajo los pergaminos del Estado Legal de Derecho que en teoría nuestro país empezó a dejar a partir de la segunda mitad del siglo XX, con la secuencial adhesión a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Asimismo, debemos adicionar que, acorde con estos fines, se estipularon causales taxativas y rigurosas de estricto cumplimiento; lo que tenía sentido, por cuanto la Corte Suprema había dejado de ser órgano de instancia y solo se limitaría a revisar la aplicación e interpretación “correctas” de la ley.

No obstante, ello, el texto bajo análisis utiliza el adjetivo “esenciales” para referirse a los fines públicos que consagra de manera expresa (el *ius constitutionis*); lo que permite inferir que tales fines no son los únicos que la casación persigue y que, por tanto, pueden existir otros, aunque, claro está, de carácter secundario o subordinado.

Precisamente, el inciso 1) del artículo 396 del CPC, antes de ser modificado, reguló la casación bastarda o sin reenvío ante infracciones legales de carácter material⁵, con lo cual podemos sostener que implícitamente cobijó en parte la finalidad dikelógica de la casación, en tanto se obligó a la Sala Suprema a resolver el fondo del asunto de manera definitiva si casaba la resolución impugnada. Sin embargo, valiéndonos de una interpretación sistemática, reiteramos que esta función legislativamente no se consideró esencial (adjetivo que el texto del artículo 384 reservó solo para las otras funciones clásicas de la casación) sino secundaria y complementaria, aunque en la práctica procesal parecería que terminó siendo la más relevante o, por lo menos, la más invocada por parte de los litigantes.

Rememoramos que la fórmula plasmada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 no fue reproducida en su integridad. En efecto, sabemos que dicha normatividad procesal fue la primera en regular la casación bastarda y, por ende, consagrar un nuevo fin del recurso casatorio: el dikelógico o hacer justicia al caso concreto. Pero esta innovadora finalidad en dicha legislación tuvo mayores alcances, puesto que la Corte de

⁵ ARTÍCULO 396° CPC: “*Si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión de la siguiente manera 1. Si se trata de las causales precisadas en los puntos 1. y 2. del Artículo 386, resuelve además según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior.*”

Casación de España tenía amplias facultades para expedir pronunciamiento de fondo no solo ante infracciones normativas de carácter material sino también por infracciones relacionadas con la valoración de la prueba (aspecto fáctico). De este modo, la función dikelógica estaba desarrollada en toda su plenitud.

Como ya hemos resaltado, nuestro Código Procesal Civil de 1993 no siguió al detalle esta normatividad, sino que la recogió de manera parcial: el pronunciamiento de mérito se reservó únicamente para las infracciones jurídicas de derecho sustancial, mientras que no se previó ninguna causal para el reexamen del material fáctico o probatorio. En consecuencia, la Corte Suprema nacional estaba vedada del análisis de este segmento importante del proceso.

3.2.2. TEXTO DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL SEGÚN LA LEY N° 29364

Conforme al artículo 384 del CPC, modificado por la Ley N° 29364:

“El recurso de 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”.

Indudablemente se aprecian dos cambios trascendentes en la redacción de dicho enunciado legal con relación a la versión inicial. El primero directamente se vincula con la supresión del vocablo “esenciales”. Efectivamente, el texto primigenio decía que el recurso de casación tenía por fines *esenciales* la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional, por lo que la función dikelógica, tácitamente estipulada en el inciso 1) del artículo 396 del CPC, para el legislador solo resumaba una limitada importancia; situación que con la modificatoria de 2009 ha mutado, puesto que desde entonces todos los (tres) fines de la casación tienen, cuando menos en teoría, la misma relevancia.

La segunda innovación está estrechamente ligada a la anterior, por cuanto la función dikelógica, relegada a segundo plano en la regulación originaria, ahora exhibe la misma trascendencia legislativa que las demás. Así, estimamos que la expresión “***adecuada aplicación del derecho objetivo al***

caso concreto” del actual artículo 384 contiene indisolublemente unidas a las funciones nomofiláctica y dikelógica, en la medida que la nomofilaquia en teoría (de manera pura) solo persigue conocer el sentido correcto de una norma jurídica, desde una perspectiva abstracta y genérica. De allí que en un inicio, en Francia, se creó un Tribunal de Casación, ajeno al Poder Judicial, el que únicamente buscaba explicar el significado unívoco de una ley, conforme a su texto y a la voluntad del legislador; función que obviamente no exigía la convocatoria de un órgano jurisdiccional, pues en rigor tal propósito era una disfrazada “interpretación auténtica”.

Justamente la sustitución de la frase “correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo” por “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”, denota meridianamente la preponderancia que se le ha dado a la solución particular de la controversia jurídica. Es decir, ya no basta que la Corte de Casación determine el significado abstracto de un enunciado jurídico, también es imprescindible interpretar y aplicar la ley sopesando las circunstancias y consideraciones especiales del caso. Ya no se busca definir los alcances de la norma desde una mirada genérica e impersonal; la intención ahora es aterrizar en la realidad del conflicto para buscar la mejor solución que el derecho pueda brindar.

Esto enmarca, en primer lugar, la evolución experimentada por la función nomofiláctica desde la perspectiva primordial del Estado Legal de Derecho -que buscaba la interpretación y aplicación correcta y unívoca de la ley como norma suprema, según el texto primigenio del artículo 384 del CPC- hacia una realidad jurídica más acorde con un Estado Constitucional de Derecho, donde la ley ya no es más la cúspide del sistema y cuyo sentido o significado no siempre es único, pues depende de muchos factores que posibilitan que haya muchas veces varias respuestas interpretativas válidas y razonables conforme a las exigencias de la situación particular. De allí que el nuevo texto estipule ya no la interpretación y aplicación correcta de la ley sino la aplicación adecuada de la misma, se entiende con énfasis en el contexto fáctico y valorativo del caso concreto.

En segundo lugar, esta mutación legislativa va mucho más allá de las cuestiones gramaticales involucradas: hay un cambio de paradigma jurídico

medular, en tanto la admisión implícita de una pluralidad de significados de un mismo precepto que sugiere la expresión: “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”, no solo representa la entrada de lleno al moderno Estado Constitucional de Derecho, con el consiguiente adiós al Estado Legal de Derecho (al menos en este ámbito), sino también la asunción de las teorías constructivistas o prescriptivistas de la interpretación que postulan a ésta como una actividad esencialmente argumentativa y valorativa, que pretende reconstruir del modo más óptimo posible el significado a atribuir al derecho en función del caso particular en cuestión. Es decir, esto supone el abandono de las teorías descriptivistas o cognoscitivistas que tienden a buscar un significado preconstituido de la norma y, por ende, único o correcto.

En tercer lugar, esta nueva regulación consagra legislativamente el fin dikelógico, aun cuando mutilado, por cuanto la Corte Suprema no está habilitada, al menos en el común de los procesos recurridos en casación, para reevaluar los hechos y las pruebas en forma distinta a la efectuada por los órganos de mérito. No obstante, ello, la preponderancia brindada a la evaluación de la peculiaridad del asunto litigioso hace del *ius litigatoris* hoy en día en nuestro país una función básica de la casación, a la par del tradicional *ius constitutionis*.

Tiene una opinión similar la jueza Jiménez (2010), quien estima que:

(...) con el texto actual se introduce una modificación sustancial al espíritu de la Casación, pues al referirse a la **adecuada aplicación** del derecho objetivo al **caso concreto**, la función contralora de la casación, esto es, de control de la legalidad objetiva, de defensa de la ley, se desnaturaliza para reorientarse hacia una función dikelógica (búsqueda de justicia en el caso concreto), cuyo objeto es jurisdiccional. De esta manera se ha ampliado la perspectiva de los fines del recurso, lo que presumiblemente implicará la relativización de las formalidades y tecnicismos en el análisis de la procedencia y el fondo del recurso, a fin de resolver en justicia el conflicto individualizado, para los cual además será necesario analizar los hechos y quizá inclusive revisar el material probatorio. Esto, en sustancia, no lo distinguirá de una tercera instancia (pp. 3-4).

Por su parte, Celis (2013) subraya: “(...) el legislador se ha apartado de la naturaleza y esencia del instituto de casación (en sus orígenes, de carácter político), que trasciende su primigenia naturaleza política y se torna judicial,

con enorme contenido jurídico-filosófico (función nomofiláctica), aunque con la perentoria necesidad de adicionar la causal denominada función dikelógica en forma clara y precisa, mas no en forma generalizada como se advierte en la ley modificatoria” (p. 98).

Para finalizar este punto, podemos resumir que nuestro recurso de casación en la actualidad contiene los tres fines clásicos, desde el nomofiláctico, que fue el primero y tuvo un origen estrictamente político (se creó en Francia para cautelar la correcta interpretación de la ley a través de un órgano político único y especializado: un Tribunal de Casación), pasando por el uniformador, cuya naturaleza también es extraprocesal, aunque surgió cuando el órgano casatorio ya formaba parte de la organización jurisdiccional del Poder Judicial, hasta el nacimiento del fin dikelógico con la “casación bastarda”, de esencia procesal, que obligaba en ciertos supuestos a la Corte de Casación a dar una solución definitiva a la controversia y no prolongarla innecesariamente con decisiones meramente anulatorias, aun cuando en nuestro país dicho fin solo está contemplado en forma parcial, por cuanto la revalorización fáctica y probatoria no está permitida, al menos no expresamente.

3.3. SEGUNDA UNIDAD DE ANÁLISIS

3.3.1. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA PRODUCCIÓN CASATORIA DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERIODO JULIO 2007 – DICIEMBRE 2017

Se han tabulado datos estadísticos del periodo julio 2007 – diciembre 2017 (10 años y medio), correspondientes al sentido del fallo adoptado por las Salas Civiles (Permanente y Transitoria) de la Corte Suprema de Justicia al resolver los recursos de casación. Estos datos específicamente conciernen a las ejecutorias supremas publicadas en el diario oficial El Peruano durante el lapso antes citado.

El total de ejecutorias supremas de dicho periodo es de **25624** (12921 de la Sala Civil Permanente -en adelante SCP- y 12703 de la Sala Civil Transitoria -en adelante SCT-), de las cuales **3821** fueron **fundadas** (1554

de la SCP y 2267 de la SCT), **2585 infundadas** (1320 de la SCP y 1265 de la SCT) y **19218 improcedentes** (10047 de la SCP y 9171 de la SCT), que representan el **14.91%**, **10.09%** y **75%**, respectivamente.

PRODUCCIÓN CASATORIA DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEPENDENCIA	SENTIDO DE FALLO			TOTAL
	FUNDADAS	INFUNDADAS	IMPROCEDENTES	
SCP	1,554	1,320	10,047	12,921
SCT	2,267	1,265	9,171	12,703
TOTAL	3,821	2,585	19,218	25,624



De manera disgregada, en el segundo semestre de 2007 la SCP emitió un total de 545 casaciones, de las cuales 62 fueron fundadas, 41 infundadas y 442 improcedentes.

La SCT, a su vez, en el mismo periodo semestral, dictó 448 casaciones: 83 fundadas, 88 infundadas y 277 improcedentes.

En 2008 la SCP expidió 2056 casaciones: 187 fundadas, 206 infundadas y 1663 improcedentes.

A su vez, La SCT dictó 1103 casaciones: 171 fundadas, 108 infundadas y 824 improcedentes.

En 2009 la SCP mandó a publicar 1432 casaciones: 151 fundadas, 106 infundadas y 1175 improcedentes.

La SCT dictó 1835 casaciones: 358 fundadas, 279 infundadas y 1198 improcedentes.

En 2010 la SCP produjo 1148 casaciones: 139 fundadas, 105 infundadas y 904 improcedentes.

Por su parte, la SCT profirió 1241 ejecutorias: 166 fundadas, 94 infundadas y 981 improcedentes.

En 2011 la producción de la SCP fue de 1201 casaciones: 135 fundadas, 114 infundadas y 952 improcedentes.

La SCT expidió 1588 casaciones: 240 fundadas, 105 infundadas y 1243 improcedentes.

En 2012 la SCP publicó 964 ejecutorias: 107 fundadas, 84 infundadas y 773 improcedentes.

A su vez, la SCT produjo 1420 casaciones: 280 fundadas, 103 infundadas y 1037 improcedentes.

En 2013 la SCP emitió 882 casaciones: 118 fundadas, 83 infundadas y 681 improcedentes.

La SCT dictó 647 ejecutorias: 122 fundadas, 55 infundadas y 470 improcedentes.

En 2014 la SCP mandó publicar 1299 casaciones: 173 fundadas, 210 infundadas y 916 improcedentes.

La cantidad de casaciones de la SCT fue de 1168: 223 fundadas, 106 infundadas y 839 improcedentes.

En 2015 la SCP expidió 712 casaciones: 67 fundadas, 62 infundadas y 583 improcedentes.

La producción de la SCT fue de 1053 casaciones: 218 fundadas, 82 infundadas y 753 improcedentes.

En 2016 la SCP profirió 1311 casaciones: 234 fundadas, 170 infundadas y 907 improcedentes.

La SCT a su vez produjo 848 casaciones: 150 fundadas, 81 infundadas y 617 improcedentes.

En 2017, la SCP publicó 1371 casaciones: 181 fundadas, 139 infundadas y 1051 improcedentes.

La SCT, por su parte, emitió 1352 casaciones: 256 fundadas, 164 infundadas y 932 improcedentes.

De otro lado, haremos cuadros estadísticos diferenciados en dos grupos: el primero del segundo semestre de 2007 y de los años 2008 y 2009, en cuya resolución de los recursos de casación la Corte Suprema ha aplicado la legislación casacional del texto originario del Código Procesal Civil. Recordemos que la Ley N° 29364, en su primera disposición final, en concordancia con la segunda disposición final del código precitado, previó que los recursos en trámite habían de seguirse conforme a la normatividad procesal vigente en la fecha de su presentación. De allí que, si bien tal ley fue publicada el 28 de mayo de 2009, pero no cabe duda que los recursos de casación que bajo su imperio empezaron a presentarse recién empezaron gradualmente a resolverse en sede suprema a partir de 2010. Por ello, justamente el segundo grupo subsumirá el periodo 2010-2017, en el que ya han tenido plena aplicación las modificaciones incorporadas por la referida Ley N° 29364.

Así, el primer periodo de dos años y medio abarca un total de **7419 casaciones** (4033 de la SCP y 3386 de la SCT), de las cuales **1012 son fundadas** (400 de la SCP y 612 de la SCT), **828 infundadas** (353 de la SCP y 475 de la SCT) y **5579 improcedentes** (3280 de la SCP y 2299 de la SCT); es decir, las primeras equivalen al **13.64%**, las segundas al **11.16%** y las casaciones improcedentes son el **75.20%**.

DEPENDENCIA	SENTIDO DE FALLO			TOTAL
	FUNDADAS	INFUNDADAS	IMPROCEDENTES	
SCP	400	353	3,280	4,033
SCT	612	475	2,299	3,386
TOTAL	1,012	828	5,579	7,419



El segundo periodo 2010-2017 (ocho años) comprende **18205 casaciones** (8888 de la SCP y 9317 de la SCT), de las que **2809 son fundadas** (1154 de la SCP y 1655 de la SCT), **1757 infundadas** (967 de la SCP y 790 de la SCT) y **13639 improcedentes** (6767 de la SCP y 6872 de la SCT), las que significan el **15.43%, 9.65 y 74.92%**, respectivamente.

DEPENDENCIA	SENTIDO DE FALLO			TOTAL
	FUNDADAS	INFUNDADAS	IMPROCEDENTES	
SCP	1,154	967	6,767	8,888
SCT	1,655	790	6,872	9,317
TOTAL	2,809	1,757	13,639	18,205



Estos primeros datos corroboran que las modificaciones normativas que introdujo la Ley N° 29364, en cuanto a la simplificación de las causales de casación, por ejemplo, no han tenido casi ninguna incidencia práctica en la declaración de improcedencia de los recursos, pues el porcentaje de las casaciones rechazadas de esa manera ha pasado del 75.20% al 74.91%, esto es, prácticamente dicho porcentaje se ha mantenido en un rango elevado, pues, de cada cuatro casaciones, tres son improcedentes.

Lo que sí se aprecia es un leve incremento en las casaciones fundadas en detrimento de las infundadas, pues las primeras han aumentado porcentualmente del 13.64% al 15.43% (casi dos puntos) y las segundas han decrecido del 11.16% al 9.65% (un punto y medio). No es muy significativo el cambio, pero en todo caso el mismo ha ocurrido dentro de las casaciones que han merecido pronunciamiento de fondo.

3.3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA CASACIONAL

Para reforzar la parte medular de la presente investigación se ha considerado como **universo poblacional** todas las resoluciones casatorias publicadas en el diario oficial El Peruano por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema en los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 (cinco años). Son **10643 casaciones**: 5575 corresponden a la Sala Civil Permanente y 5068 a la Sala Civil Transitoria. En este guarismo están incluidas todas las ejecutorias que han declarado fundado, infundado o improcedente el recurso de casación.

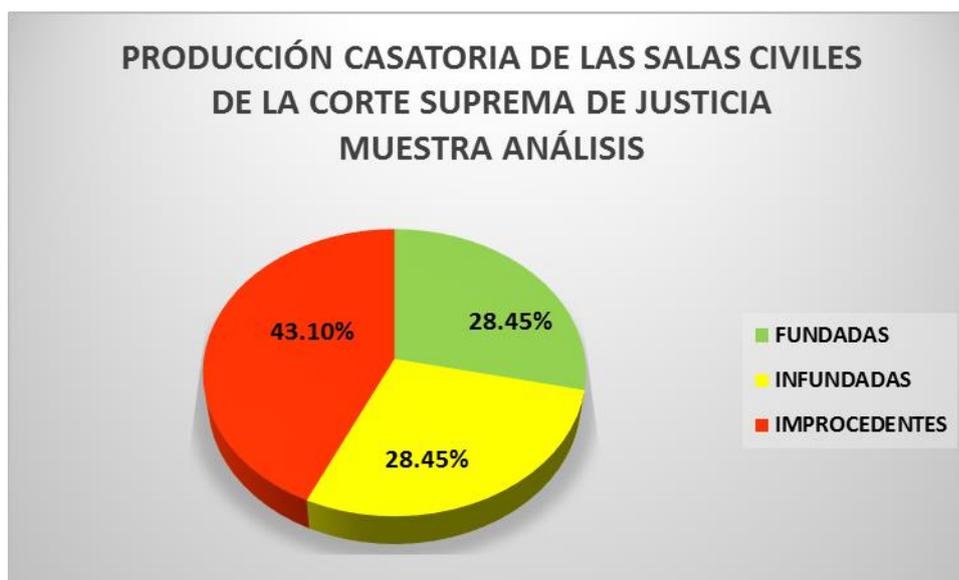
Por el sentido del fallo, que es lo realmente relevante para esta tesis, de las **10643** ejecutorias, **1742 son casaciones fundadas** (773 de la SCP y 969 de la SCT), **1152 infundadas** (664 de la SCP y 488 de la SCT) y **7749 improcedentes** (4138 de la SCP y 3611 de la SCT), que representan el **16.37%**, **10.82%** y **72.81%**, respectivamente.

DEPENDENCIA	SENTIDO DE FALLO			TOTAL
	FUNDADAS	INFUNDADAS	IMPROCEDENTES	
SCP	773	664	4,138	5,575
SCT	969	488	3,611	5,068
TOTAL	1,742	1,152	7,749	10,643



A su vez, la **muestra** materia de análisis es de 116 casaciones de ambas Salas Supremas, de las cuales 33 han declarado fundado el recurso, 33 lo han declarado infundado y 50 son improcedentes.

DEPENDENCIA	SENTIDO DE FALLO			TOTAL
	FUNDADAS	INFUNDADAS	IMPROCEDENTES	
TOTAL	33	33	50	116



El detalle es como sigue:

- a)** 2013: Se han analizado 21 resoluciones casatorias: 5 fundadas, 6 infundadas y 10 improcedentes.
- b)** 2014: Se han revisado 20 casaciones: 5 fundadas, 5 infundadas y 10 improcedentes.
- c)** 2015: Se han examinado 26 casaciones: 8 fundadas, 8 infundadas y 10 improcedentes.
- d)** 2016: Se han estudiado 23 casaciones: 6 fundadas, 7 infundadas y 10 improcedentes.
- e)** 2017: Se han analizado 26 casaciones: 9 fundadas, 7 infundadas y 10 improcedentes.

A. CASACIONES CON REENVÍO Y SIN REENVÍO

De las **33 casaciones** que han declarado fundado el recurso de casación, 22 son del tipo de casaciones con reenvío (66.67%) y los 11 restantes (33.33%) son casaciones sin reenvío.

DEPENDENCIA	CASACIÓN FUNDADA		TOTAL
	CON REENVÍO	SIN REENVÍO	
TOTAL	22	11	33



a) Casaciones con reenvío: En total **22**: 3 de 2013, 4 de 2014, 7 de 2015, 3 de 2016 y 5 de 2017. Son las siguientes:

i) Casación N° 3164-2011-Lima, Sala Civil Transitoria (en adelante SCT), materia: otorgamiento de escritura pública. La sentencia de vista revoca la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declaró improcedente. Se casa la sentencia impugnada y se declara insubsistente la sentencia de primera instancia, disponiéndose incluso la actuación de prueba de oficio.

ii) Casación N° 3266-2011-Apurímac, SCT, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia de vista revoca la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola la declara infundada. Se casa la impugnada y se manda expedir nuevo fallo.

iii) Casación N° 3224-2011-Junín, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero. La sentencia de vista revoca la apelada que había declarado fundada en parte la demanda y, reformándola, la declara improcedente. Al casarse la sentencia de vista, se dispone nueva decisión por infracción normativa procesal.

iv) Casación N° 3567-2011-Lambayeque, Sala Civil Permanente (en adelante SCP), materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista que fue casada había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. La Sala Suprema acogió la infracción procesal denunciada (afectación al principio de motivación) y dispuso que la instancia inferior emita nueva decisión.

v) Casación N° 3277-2012-Loreto, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero, en la vía ejecutiva. La sentencia de vista casada igualmente había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. La Corte Suprema admitió la infracción procesal, anuló la impugnada y ordenó la expedición de nueva sentencia.

vi) Casación N° 2701-2011-La Libertad, SCP, materia: rectificación de área y linderos. La sentencia de vista revocó la apelada que declaró infundada la demanda y, reformándola, la declaró fundada. Esta es el único caso de los examinados donde se constató que la Corte Suprema hizo uso de la casación excepcional prevista en el artículo 392°-A del Código Procesal Civil. Casó la sentencia de vista y ordenó a la Sala Superior nueva decisión, por afectación a la debida motivación, al afectarse el derecho de propiedad de terceros.

vii) Casación N° 3348-2012-Cusco, SCT, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia de vista revoca la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declaró infundada. Se casa la impugnada por infracciones procesales y se dispone la emisión de nuevo fallo.

viii) Casación N° 2500-2013-Lima, SCT, materia: reivindicación. La sentencia de vista casada había confirmado la apelada que declaró infundada la demanda. La infracción normativa procesal por afectación al

principio de la debida motivación originó el mandato para que el inferior emita nuevo fallo.

ix) Casación N° 4659-2013-Lima Norte, SCT, materia: reivindicación. La sentencia de vista había confirmado la resolución apelada que declaró fundada la demanda. Se casa la sentencia impugnada por una deficiente valoración de la prueba y se dispuso la expedición de nueva decisión.

x) Casación N° 5001-2013-Ica, SCT, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia de vista igualmente había confirmado la resolución de primera instancia que declaró infundada la demanda. Se anuló la impugnada por vulneración a un precedente vinculante y se ordenó al órgano de mérito profiera nueva sentencia, pues hacer lo contrario, se anotó, implicaría valorar hechos y pruebas.

xi) Casación N° 3671-2011-Cusco, SCP, materia: tercería de propiedad. La sentencia de vista había confirmado la apelada que declaró fundada en parte la demanda. Se acepta la infracción normativa procesal por vulneración a la debida motivación y se dispone la emisión de nuevo fallo.

xii) Casación N° 187-2013-Lima, SCP, materia: obligación de dar bien mueble. La sentencia de vista había confirmado la resolución apelada que declaró fundada la demanda. Se ordenó nuevo fallo (casación con reenvío) por infracción a la motivación de las resoluciones judiciales.

xiii) Casación N° 2358-2008-Lima, SCT, materia: indemnización por daños y perjuicios. La sentencia de vista revocó la apelada que había declarado fundada en parte la demanda y, reformándola, la declaró infundada. Al casarse la impugnada, se mandó expedición de nueva resolución.

xiv) Casación N° 3449-2013-Piura, SCT, materia: prescripción adquisitiva de dominio. La sentencia de vista revocó la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola la declaró infundada. Por vulneración al principio de motivación se casó la sentencia revisora y se ordenó nuevo fallo.

xv) Casación N° 938-2014-Del Santa, SCP, materia: reivindicación. La sentencia de vista casada había confirmado la apelada que declaró

infundada la demanda. Se acogió la infracción normativa procesal referente a una deficiente valoración conjunta y razonada de la prueba incurrida por ambas instancias de mérito. Por ello, se dispuso nueva sentencia por parte del juzgado de primera instancia.

xvi) Casación N° 1843-2014-Lambayeque, SCP, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista casada había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. Se encontró vulneración al principio de motivación y, por ende, se ordenó a la Sala Superior emita nuevo fallo.

xvii) Casación N° 697-2014-Lima, SCP, materia: indemnización por daños y perjuicios. La sentencia de vista revocó la apelada en el extremo que había declarado infundada la demanda respecto de dos de los cuatro codemandados y, reformándola, la declaró fundada. La casación ampara la infracción normativa por afectación a la motivación incurrida por ambas instancias de mérito y dispone nueva sentencia por parte del juzgado.

xviii) Casación N° 3982-2013-Lima, SCP, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. Se ordenó a la Sala Superior nueva decisión por infracción de la debida motivación.

xix) Casación N° 1151-2015-Cusco, SCP, materia: ineficacia de acto jurídico. La sentencia de la Sala Superior revoca la de primer grado que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declara improcedente. Se estima el recurso por afectación al debido proceso, en su modalidad del principio de congruencia, disponiéndose a la Sala Superior expida nuevo fallo.

xx) Casación N° 3170-2015-Huaura, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria. La resolución de vista revoca la apelada que había estimado la demanda y, reformándola, la declara infundada. Se demostró transgresión al derecho a la motivación, por lo que se ordenó a la Sala Superior emita nueva decisión.

xxi) Casación N° 37-2015-Madre de Dios, SCT, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia de vista había revocado la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declaró infundada. Se

casa la impugnada por afectación al principio de motivación, disponiéndose a la Sala Superior profiera nuevamente sentencia.

xxii) Casación N° 922-2015-Arequipa, SCP, materia. Nulidad de acto jurídico. La sentencia revisora revoca la de primera instancia que declaró infundada la demanda y fundada la reconvención y, reformándola, declaró fundada la demanda e infundada la reconvención. Se casó la impugnada por deficiente motivación y se mandó a la Sala Superior expida nuevo fallo.

El dato trascendente que nos proporciona este detalle resolutorio es que, de las 22 casaciones con reenvío, al menos en 15 de ellas (68.18%) la Corte Suprema casa la sentencia impugnada y dispone la emisión de nuevo fallo por parte de las instancias de mérito por afectación a la garantía de la motivación, dentro de la cual podemos incluir a la falta de valoración conjunta y razonada de los medios probatorios como una de sus manifestaciones.

b) Casaciones sin reenvío: En total **11**: 2 de 2013, 1 de 2014, 1 de 2015, 3 de 2016 y 4 de 2017. Son las siguientes.

i) Casación N° 2216-2011-Callao, Sala Civil Transitoria (en adelante SCT), materia: nulidad de acto jurídico. El auto de vista casado había confirmado la resolución de primera instancia que declaró fundada la excepción de prescripción extintiva. La Corte Suprema actuó en sede de instancia revocando esta última resolución y, reformándola, declaró infundada la excepción aludida.

ii) Casación N° 1082-2011-Cajamarca, SCT, materia: autorización para disponer derechos de menor. La resolución de vista revoca la apelada que declaró fundada la solicitud y, reformándola, la declara infundada. La Sala Suprema actúa en sede de instancia confirmando la resolución de primera instancia.

iii) Casación N° 5249-2009-Cajamarca, SCP, materia: autorización de derechos de menor. La resolución de vista revoca la apelada que había amparado la solicitud y, reformándola, la declara improcedente. La Sala

Suprema actuó en sede de instancia al casar la impugnada y, por tanto, confirmó la resolución de primera instancia.

iv) Casación N° 284-2014-Callao, SCP, materia: indemnización por daños y perjuicios. La sentencia de vista confirmó en parte (respeto de la fundabilidad parcial de la demanda) y revocó en parte la apelada (en cuanto al daño emergente y lucro cesante que se habían estimado, los cuales se declararon infundados). La Sala Suprema casa la sentencia recurrida por la parte demandada y actuando en sede de instancia revoca la sentencia de primera instancia que había amparado en parte la demanda y, reformándola, la declara infundada.

v) Casación N° 328-2014-Callao, SCP, materia: accesión. La sentencia de vista revoca la de primera instancia que había declarado improcedente la demanda y, reformándola, la declara fundada en cuanto al pago del valor comercial actualizado del terreno. La Sala Suprema actuando en sede de instancia confirma la sentencia del juzgado.

vi) Casación N° 1751-2014-Lima, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia de vista revoca la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declara improcedente. Al estimarse la infracción normativa sustancial, se anula la impugnada y se confirma la sentencia de primera instancia.

vii) Casación N° 1968-2014-Callao, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia revisora revoca la apelada que había declarado improcedente la demanda y, reformándola, la declara fundada. Al casar la impugnada y actuando en sede de instancia, la Corte Suprema confirmó la sentencia del juzgado.

viii) Casación N° 359-2015-Ica, SCP, materia: nulidad de acto jurídico. El auto de vista anula la apelada, restableciendo el abandono del proceso declarado anteriormente. La Sala Suprema, actuando en sede de instancia, confirma la resolución del juzgado que había declarado la nulidad de la resolución que declaró el abandono del proceso; por tanto, éste debía continuarse.

ix) Casación N° 2632-2015-Pasco, SCP, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista revoca la apelada que declaró improcedente la demanda y, reformándola, la declara fundada. Al aceptarse la infracción normativa material denunciada, se anula la impugnada y, actuando en sede de instancia, se confirmó la sentencia de primera instancia.

x) Casación N° 1417-2014-Lima, SCP, materia: cambio de nombre. La sentencia de vista había confirmado la apelada que desestimó la demanda. Al casar la sentencia, la Sala Suprema actuó en sede de instancia y revocó la sentencia desestimatoria de primer grado y, reformándola, declaró fundada la demanda.

xi) Casación N° 291-2015-Lima Norte, SCP, materia: resolución de contrato. La sentencia revisora confirmó la de primera instancia que había declarado fundada en parte. La Corte Suprema casa la impugnada y, actuando en sede de instancia, revoca la apelada y, reformándola, declara infundada la demanda.

B. CASACIONES IMPROCEDENTES EN CUYOS CASOS HA HABIDO LA REGLA DE LA DOBLE CONFORMIDAD

De las 50 casaciones examinadas, en 46 se ha encontrado la presencia de la regla de la doble conformidad⁶ (92.00%) y en 4 no (8.00%).



⁶ En términos generales, esta regla de la doble conformidad o principio del doble y conforme postula que las decisiones de los jueces de primera instancia que hayan sido confirmadas por las Salas Superiores ya no deberían ser objeto de casación.

DEPENDENCIA	CASACIONES IMPROCEDENTES CON REGLA DE LA DOBLE CONFORMIDAD		TOTAL
	SI	NO	
TOTAL	46	4	50

a) En **2013**, de las 10 casaciones que han declarado improcedente el recurso de casación, en 9 de ellas se ha constatado la existencia del doble y conforme y solo en 1 no lo hay.

Las nueve primeras son las siguientes: **i)** N° 36-2012-La Libertad, Sala Civil Transitoria (en adelante SCT), materia: ejecución de garantías; auto de vista que confirma el de primer grado que había amparado la demanda ejecutiva; **ii)** N° 468-2012-La Libertad, SCT, materia: indemnización de daños y perjuicios; sentencia de vista que confirme la apelada que había estimado la demanda; **iii)** N° 520-2012-Lima, SCT, materia: ejecución de garantías; el auto de vista confirma el auto que había amparado la demanda; **iv)** N° 528-2012-Arequipa, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero; el auto de vista confirma el apelado que había estimado la demanda y desestimado la contradicción; **v)** N° 1188-2012-Lima Norte, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero; el auto de vista confirma el auto apelado que declaró fundada la demanda; **vi)** N° 1337-2012-Tacna, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero; el auto de vista confirma el apelado que estimó la demanda ejecutiva; **vii)** N° 1975-2011-San Martín, SCT, materia: ejecución de garantías; el auto de vista confirma el apelado que declaró fundada la demanda; **viii)** N° 836-2016-Lima, SCT, materia: interdicto de recobrar; la sentencia de vista confirma la apelada que declaró infundada la demanda; y **ix)** N° 836-2013-Lima, SCT. Materia: interdicto de recobrar, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró infundada la demanda.

La casación que no tiene el doble y conforme es la N° 5058-2012-Lima, SCT, materia: ineficacia de acto jurídico, cuya sentencia de vista revoca la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declara improcedente.

b) En 2014, de las 10 casaciones improcedentes, en 9 de ellas se ha verificado que ha habido el doble y conforme y solo en 1 no ha concurrido tal situación.

Dentro de las 9 primeras tenemos: **i)** N° 634-2011-Cañete, Sala Civil Permanente (en adelante SCP), materia: obligación de dar suma de dinero; auto de vista que confirma el de primera instancia que estimó la demanda; **ii)** N° 3407-2011-Lima Norte, SCP, materia: divorcio por causal de separación de hecho; cuya sentencia de vista aprueba y confirma la de primera instancia que declaró fundada la demanda; **iii)** N° 1091-2013-Amazonas, SCT, materia: otorgamiento de escritura pública y nulidad de acto jurídico; cuya sentencia de vista confirma la apelada que había declarado fundada la demanda acumulada de nulidad e improcedente el otorgamiento; **iv)** N° 1232-2013-Lima, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero; cuya resolución de vista confirma la de primer grado que declaró fundada la demanda ejecutiva; **v)** N° 1838-2013-Lima, SCT, materia: nulidad de acto jurídico; cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró infundada la demanda y fundada la reconvención; **vi)** N° 2717-2013-Lima, SCT, materia: prescripción adquisitiva de dominio, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró infundada la demanda; **vii)** N° 4224-2013-Lima Norte, SCT, materia: nulidad de cosa juzgada fraudulenta, cuyo auto de vista confirma el apelado que declaró improcedente la demanda; **viii)** N° 4954-2013-Lima, SCT, materia: tercería de propiedad, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; y **ix)** N° 4963-2013-Lima, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero, cuyo auto de vista confirma el apelado que declara el abandono del proceso.

De este grupo, la única casación que carece del doble y conforme es la N° 1398-2015-Lima, SCT, materia: desalojo por ocupación precaria, cuya sentencia de vista revocó la de primera instancia que había declarado infundada la demanda y, reformándola, la declaró fundada.

c) En 2015, de las 10 casaciones improcedentes, igualmente en 9 se ha corroborado la presencia del doble y conforme y solo en 1 no.

Las primeras 9 casaciones son: **i)** N° 2636-2013-Huánuco, SCT, materia: reivindicación, la sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **ii)** N° 2036-2014-Cusco, SCT, materia: división y partición de bienes, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **iii)** N° 2169-2014-Del Santa, SCT, materia: declaración de unión de hecho, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada en parte la demanda; **iv)** N° 2347-2014-Lima Norte, SCT, materia: obligación de dar suma de dinero, auto de vista que confirma el de primer grado que declaró fundada la demanda ejecutiva; **v)** N° 2358-2014-Lima Norte, SCT, materia: resolución de contrato, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada en parte la demanda; **vi)** N° 1098-2013-Lima, SCP, materia: nulidad de cosa juzgada fraudulenta, la sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **vii)** N° 3859-2013-Junín, SCP, materia: nulidad de acto jurídico, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró improcedente la demanda; **viii)** N° 4591-2013-Huaura, SCP, materia: nulidad de matrimonio, sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; y **ix)** N° 1878-2014-Lima, SCP, materia: nulidad de acto jurídico, cuya sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró fundada la demanda.

La única casación de este grupo que no tiene doble conforme es la N° 2595-2014-Ica, SCT, materia: rescisión de contrato, cuya sentencia de vista revoca la apelada que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declara infundada.

d) En **2016**, en las 10 casaciones improcedentes se ha verificado el doble y conforme.

Son las siguientes: **i)** N° 2912-2014-Lima, SCP, materia: obligación de dar suma de dinero, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **ii)** N° 4254-2014-Del Santa, SCP, materia: nulidad de acto jurídico, la sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró infundada la demanda; **iii)** N° 4292-2014-Arequipa, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **iv)** N° 543-2015-Arequipa,

SCP, materia: desalojo por ocupación precaria, la sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **v)** N° 695-2015-Lima, SCP, materia: mejor derecho de posesión, cuya sentencia de vista confirma la de primer grado que declaró infundada la demanda; **vi)** N° 602-2015-Lima, SCP, materia: tercería de propiedad, cuyo auto de vista confirma la apelada que declaró improcedente la demanda; **vii)** N° 849-2015-Arequipa, SCP, materia: nulidad de acto jurídico, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró infundada la demanda; **viii)** N° 986-2015-Lima, SCP, materia: división y partición, la sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **ix)** N° 1205-2015-Ica, SCP, materia: obligación de dar suma de dinero, cuyo auto de vista confirma la fundabilidad de la demanda ejecutiva y la infundabilidad de la contradicción; y **x)** N° 2163-2015-Lima, SCT, materia: nulidad de título valor, cuya sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró infundada la demanda.

e) En **2017**, de las 10 casaciones improcedentes se ha comprobado la existencia del doble y conforme en 9 de ellas y solo en 1 no.

Son las siguientes: **i)** N° 1603-2015-Arequipa, SCP, materia: nulidad de acto jurídico, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada en pare la demanda; **ii)** N° 616-2016-Ventanilla, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria, cuya sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró fundada la demanda; **iii)** N° 1384-2016-Moquegua, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria, la sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda; **iv)** N° 1842-2016-Lambayeque, SCP, materia: obligación de dar suma de dinero, el auto de vista confirma el auto apelado que declaró fundada la demanda ejecutiva; **v)** N° 1849-2016-Lambayeque, SCP, materia: ejecución de garantías, cuyo auto de vista confirma el apelado que declaró fundada la demanda; **vi)** N° 1855-2016-Arequipa, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria, cuya sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró fundada la demanda; **vii)** N° 1858-2016-Ica, SCP, materia: nulidad de cosa juzgada fraudulenta, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró improcedente la demanda; **viii)** N° 1889-

2016-Piura, SCP, materia: desalojo por ocupación precaria, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada en parte la demanda; y **ix)** N° 1947-2016-Lima Norte, SCP, materia: otorgamiento de escritura pública, cuya sentencia de vista confirma la apelada que declaró improcedente la demanda.

La única casación que no reviste el doble conforme es la N° 1577-2016-Lima Norte, SCP, materia: reivindicación, cuya sentencia de vista confirma en parte y revoca en parte la demanda (se confirma la reivindicación y se revoca en cuanto a la pretensión de demolición).

C. CASACIONES INFUNDADAS EN CUYOS PROCESOS EXISTÍA EL DOBLE Y CONFORME

De las 33 casaciones que han declarado infundado el recurso casatorio, en 22 se apreciaba la presencia del doble y conforme (66.66%) y en 11 no (33.33%), con el siguiente detalle:

DEPENDENCIA	CASACIÓN INFUNDADA CON PRESENCIA DEL DOBLE Y CONFORME		TOTAL
	SI	NO	
TOTAL	22	11	33



a) En **2013**, de las 6 casaciones infundadas examinadas, en 5 había el doble y conforme y solo en 1 no.

La primera es la casación N° 4354-2010-Lima, de fecha 16-03-2012, de la Sala Civil Transitoria, materia: obligación de dar suma de dinero. La sentencia de la Sala Superior confirma la apelada que declaró fundada la demanda. La Sala Suprema desestima la infracción normativa material alegada.

La segunda es la casación N° 4448-2010-Arequipa, de fecha 29-08-2012, de la Sala Civil Transitoria, materia: tercería de propiedad. La sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró infundada la demanda. Se rechazan las infracciones normativas procesal y material aducidas.

La tercera es la casación N° 720-2011-Lima, de fecha 06-08-2012, de la Sala Civil Transitoria, materia: tercería de propiedad. La sentencia de vista confirma la apelada que declaró infundada la demanda. No se acogieron las infracciones jurídicas procesal y material argüidas.

La cuarta es la casación N° 3016-2011-Lima, de fecha 20-07-2012, de la Sala Civil Transitoria, materia: ineficacia de acto jurídico. La Sala Superior confirma la resolución apelada que declaró infundada la demanda. Si bien se había revocado el extremo de la sentencia que condena al pago de costas y costos a la parte demandante y, reformándolo, se había exonerado dicho pago, pero este punto no fue objeto de casación. Las infracciones procesal y material no fueron estimadas.

Y la quinta casación es la N° 3226-2011-Junín, de fecha 17-08-2012, de la Sala Civil Transitoria, materia: mejor derecho de propiedad. La sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda. Se rechazó las infracciones procesal y material alegadas.

De este grupo la única casación que no tiene el doble y conforme es la N° 3082-2011-Lima Norte, de la Sala Civil Transitoria, de fecha 23-07-2012, sobre desalojo por ocupación precaria, en tanto la sentencia de vista revoca la de primer grado que declaró fundada la demanda y, reformándola, la declara infundada. Nos e aceptó la infracción procesal aducida.

b) En 2014, de las 5 casaciones infundadas, en 4 existía el doble y conforme y en 1 no.

La primera es la casación N° 847-2011-Arequipa, de fecha 14-08-2012, de la Sala Civil Permanente, materia: ejecución de garantías. La resolución de vista confirma la apelada en el extremo impugnado. La infracción procesal cuestionada por el recurrente demandante no fue admitida.

La segunda es la casación N° 2717-2011-Moquegua, de fecha 29-05-2012, de la Sala Civil Permanente, materia: otorgamiento de escritura pública. La sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró fundada la demanda. No se acogieron las infracciones procesal y material contenidas en el recurso.

La tercera es la casación N° 3399-2012-Ica, de la Sala Civil Transitoria, materia: reivindicación. La sentencia de vista confirma la pelada que declaró fundada la demanda. Se desestima la infracción normativa procesal invocada.

Y la cuarta casación es la N° 3510-2010-Huaura, de la Sala Civil Transitoria, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista confirma la resolución de primera instancia que declaró fundada en parte la demanda. Se alegaron infracciones normativas procesal y material que no fueron amparadas.

La única casación de este séquito que carecía del doble y conforme es la N° 3390-2012-Lima, de la Sala Civil Transitoria, materia: nulidad de acto jurídico, cuya sentencia de vista revocó la apelada que había declarado fundada la demanda y, reformándola, la declaró infundada. Se habían alegado también infracciones de orden procesal y sustancial.

c) En 2015, de las 8 casaciones infundadas, en 5 había doble conforme y en 3 no.

La primera es la casación N° 480-2014-Lima, de fecha 19-01-2015, Sala Civil Transitoria, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia

de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda. Se había aducido infracción procesal.

La segunda casación es la N° 607-2014-Lima, de fecha 23-01-2015, Sala Civil Transitoria, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista confirma la apelada que declaró infundada la demanda. Se adujo infracción material.

La tercera es la casación N° 1066-2013-Lima, de fecha 20-05-2014, Sala Civil Permanente, materia: ejecución de garantías. El auto de vista confirma el apelado que declaró fundada la demanda y desestimó la contradicción. La infracción normativa argüida fue de naturaleza procesal.

La cuarta casación es la N° 1303-2013-San Martín, de fecha 07-05-2015, Sala Civil Permanente, materia: impugnación de paternidad. El auto de vista impugnado había confirmado el auto apelado que declaró infundada la excepción de caducidad. No se acogió la infracción normativa procesal invocada.

Y la quinta casación es la N° 1381-2015-Lima, de fecha 20-05-2014, Sala Civil Permanente, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista no casada confirma la de primer grado que declaró infundada la demanda. Se rechazó las infracciones material y procesal denunciadas.

Las tres casaciones que no tenían el doble y conforme son: N° 3187-2013-Cajamarca (SCT, materia: mejor derecho de propiedad), N° 1929-2014-Lima (SCT, materia: otorgamiento de escritura pública) y N° 3335-2013-Ucayali (SCP, materia: anulabilidad de acto jurídico), en las cuales las sendas resoluciones de vista revocan las de primera instancia.

d) En 2016, de las 7 casaciones infundadas, en 4 había la regla del doble y conforme y en 3 no.

La primera es la casación N° 1253-2014-Lima Norte, de fecha 20-01-2015, Sala Civil Permanente, materia: nulidad de cosa juzgada fraudulenta. La sentencia de vista no casada confirma la apelada que declaró infundada la demanda. Se adujo infracción normativa procesal.

La segunda casación es la N° 1830-2014-Arequipa, de fecha 12-05-2015, Sala Civil Permanente, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda. Se invocaron infracciones procesales y sustanciales.

La tercera es la casación N° 3828-2014-Lima, de fecha 04-06-2015, Sala Civil Permanente, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró infundada la demanda. Hubo alegación de infracciones materiales y procesales.

La cuarta casación es la N° 3860-2014-Ayacucho, de fecha 21-07-2015, Sala Civil Permanente, materia: petición de herencia. La sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada la demanda. Se denunció infracción normativa procesal.

Las tres casaciones que carecen del doble y conforme son: N° 1509-2014-Lima Norte (SCP, materia: reivindicación), N° 2372-2014-Lima (SCP, materia: nulidad de acto jurídico) y N° 2668-2014-Lima (SCP, materia: declaración judicial), en las que las resoluciones de vista revocan las que habían sido apeladas.

e) En **2017**, de las 7 casaciones infundadas, en 4 había el doble y conforme y en 3 no lo había.

La primera es la casación N° 3231-2014-Arequipa, de fecha 09-08-2016, SCP, materia: obligación de dar suma de dinero. La sentencia de vista confirma la apelada que declaró fundada en parte la demanda. Se habían invocado infracciones procesales y materiales.

La segunda casación es la N° 2981-2015-Junín, de fecha 11-08-2016, SCP, materia: tercería de propiedad. La sentencia de vista confirma la de primera instancia que declaró infundada la demanda. Igualmente se alegaron infracciones de orden procesal y sustantivo.

La tercera es la casación N° 3818-2015-Lima Este, de fecha 29-11-2016, SCP, materia: otorgamiento de escritura pública. La sentencia de vista conforme la apelada que declaró fundada la demanda. La infracción normativa procesal denunciada fue desestimada.

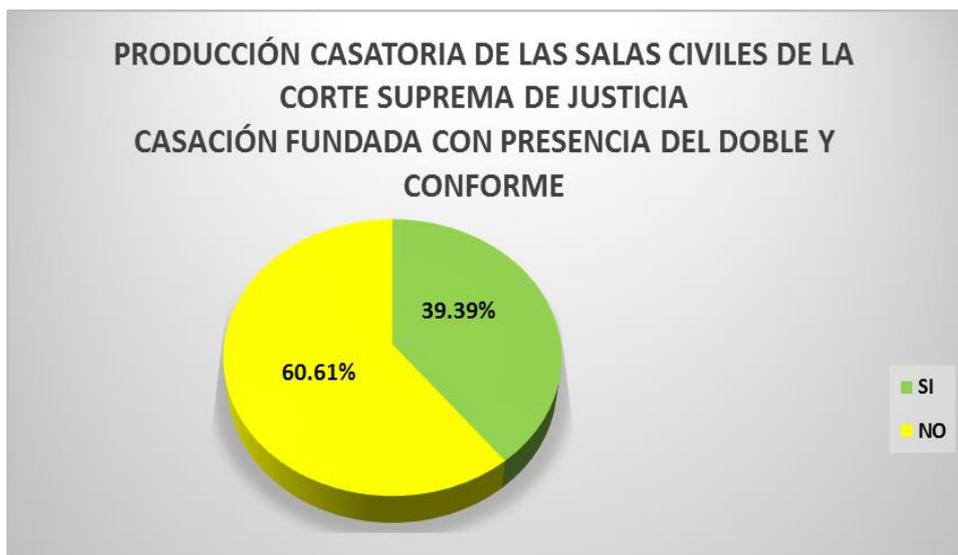
Y la cuarta casación es la N° 4129-2015-Lima Sur, de fecha 03-11-2016, SCP, materia: impugnación de acuerdo. El auto de vista confirma el auto apelado que declaró fundada la excepción de caducidad y otra. No se admitieron las infracciones normativas alegadas (procesal y sustancial).

Las casaciones de este grupo que no tienen el doble y conforme son: **i)** La N° 2885-2015-Lima, SCP, materia: ejecución de garantías. El auto de vista confirmó en parte el auto apelado y lo revocó en cuanto al monto de la obligación demandada. La infracción procesal anotada no se acogió; **ii)** la siguiente es la casación N° 2516-2013-Lima, SCT, materia: reivindicación. La resolución revisora revocó la apelada que declaró infundada la demanda y, reformándola, la declaró fundada; y, **iii)** finalmente, la tercera es la casación N° 1300-2015-Piura, SCP, materia: divorcio por causal, cuya sentencia de vista revocó la de primera instancia que declaró infundada la demanda y, reformándola, la declaró fundada.

D. CASACIONES FUNDADAS EN CUYOS CASOS HABÍA EL PRINCIPIO DEL DOBLE Y CONFORME

Del examen de las 33 casaciones que han declarado fundado el recurso, se ha verificado que únicamente en 13 de ellas existía el doble y conforme (39.39%) y en los 20 restantes no (60.60%), con lo cual este bloque mayoritario no representaría ningún problema para los fines de esta investigación, como más adelante se señalará. El detalle es como sigue:

DEPENDENCIA	CASACIÓN FUNDADA CON PRESENCIA DEL DOBLE Y CONFORME		TOTAL
	SI	NO	
TOTAL	13	20	33



a) En 2013, de las 5 sentencias casatorias analizadas **solo en 1 había el doble y conforme**, mientras que en los 4 restantes no.

Es la casación N° 2216-2011-Callao, de fecha 20-04-2012, de la Sala Civil Transitoria, materia: nulidad de acto jurídico. El auto de vista casado había confirmado la resolución de primera instancia que declaró fundada la excepción de prescripción extintiva. La Corte Suprema actuó en sede de instancia (casación sin reenvío) revocando esta última resolución y, reformándola, declaró infundada la excepción aludida.

En las otras cuatro casaciones: N° 1082-2011-Cajamarca, N° 3164-2011-Lima, N° 3266-2011-Apurímac y N° 3224-2011-Junín, todas de la Sala Civil Transitoria, la resolución de vista casada había revocado la apelada.

b) En 2014, de las 5 casaciones fundadas, **en 2 había el doble y conforme** y en 3 no.

La primera es la casación N° 3567-2011-Lambayeque, de fecha 05-07-2012, de la Sala Civil Permanente, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista que fue casada había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. La sala Suprema acogió la infracción procesal denunciada (afectación al principio de motivación) y dispuso que la instancia inferior emita nueva decisión (casación con reenvío).

La segunda es la casación N° 3277-2012-Loreto, de la Sala Civil Transitoria, materia: obligación de dar suma de dinero, en la vía ejecutiva.

La sentencia de vista casada igualmente había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. La Corte Suprema admitió la infracción procesal, anuló la impugnada y ordenó la expedición de nueva sentencia (casación con reenvío).

En las otras tres casaciones: N° 5249-2009-Cajamarca, N° 2701-2011-La Libertad y N° 3348-2012-Cusco, la resolución de vista había revocado la resolución de primera instancia.

c) En 2015, de las 8 casaciones fundadas, en 5 había el doble y conforme y en 3 no.

La primera es la casación N° 2500-2013-Lima, de fecha 23-07-2014, de la Sala Civil Transitoria, materia: reivindicación. La sentencia de vista casada había confirmado la apelada que declaró infundada la demanda. La infracción normativa procesal por afectación al principio de la debida motivación originó el mandato para que el inferior emita nuevo fallo (casación con reenvío).

La segunda es la casación N° 4659-2013-Lima Norte, de fecha 26-11-2014, de la Sala Civil Transitoria, materia: reivindicación. La sentencia de vista había confirmado la resolución apelada que declaró fundada la demanda. Se casa la sentencia impugnada por una deficiente valoración de la prueba y se dispuso la expedición de nueva decisión (casación con reenvío).

La tercera es la casación N° 5001-2013-Ica, de la Sala Civil Transitoria, materia: desalojo por ocupación precaria. La sentencia de vista igualmente había confirmado la resolución de primera instancia que declaró infundada la demanda. Se anuló la impugnada por vulneración a un precedente vinculante y se ordenó al órgano de mérito profiera nueva sentencia (casación con reenvío), pues hacer lo contrario, se anotó, implicaría valorar hechos y pruebas.

La cuarta casación es la N° 3671-2011-Cusco, de fecha 06-01-2015, de la Sala Civil Permanente, materia: tercería de propiedad. La sentencia de vista había confirmado la apelada que declaró fundada en parte la demanda. Se acepta la infracción normativa procesal por vulneración a la

debida motivación y se dispone la emisión de nuevo fallo (casación con reenvío).

Y la quinta casación es la N° 187-2013-Lima, de fecha 06-03-2014, de la Sala Civil Permanente, materia: obligación de dar bien mueble. La sentencia de vista había confirmado la resolución apelada que declaró fundada la demanda. Se ordenó nuevo fallo (casación con reenvío) por infracción a la motivación de las resoluciones judiciales.

En las restantes tres casaciones: N° 2358-2008-Lima, N° 3449-2013-Piura y N° 284-2014-Callao, la sentencia de vista había revocado total o parcialmente cuando menos a la sentencia de primer grado.

d) En 2016, de las 6 sentencias fundadas, **en 2 existe el doble y conforme** y en 4 no.

La primera es la casación N° 938-2014-Del Santa, de fecha 27-01-2015, de la Sala Civil Permanente, materia: reivindicación. La sentencia de vista casada había confirmado la apelada que declaró infundada la demanda. Se acogió la infracción normativa procesal referente a una deficiente valoración conjunta y razonada de la prueba incurrida por ambas instancias de mérito. Por ello, se dispuso nueva sentencia por parte del juzgado de primera instancia (casación con reenvío).

La segunda es la casación N° 1843-2014-Lambayeque, de fecha 02-06-2015, de la Sala Civil Permanente, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista casada había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. Se encontró vulneración al principio de motivación y, por ende, se ordenó a la Sala Superior emita nuevo fallo (casación con reenvío).

En las demás casaciones N° 328-2014-Callao, N° 697-2014-Lima, N° 1751-2014-Lima y N° 1968-2014-Callao, la resolución de la Sala Superior había revocado la del juzgado respectivo.

e) En 2017, de las 9 sentencias fundadas, **en 3 había la regla del doble y conforme** y en las otras 6 no.

La primera es la casación N° 3982-2013-Lima, de fecha 09-08-2016, de la Sala Civil Permanente, materia: nulidad de acto jurídico. La sentencia de vista había confirmado la apelada que declaró fundada la demanda. Se ordenó a la Sala Superior nueva decisión por infracción de la debida motivación (casación con reenvío).

La segunda es la casación N° 1417-2014-Lima, SCP, materia: cambio de nombre. La sentencia de vista había confirmado la apelada que desestimó la demanda. Al casar la sentencia, la Sala Suprema actuó en sede de instancia y revocó la sentencia desestimatoria de primer grado y, reformándola, declaró fundada la demanda.

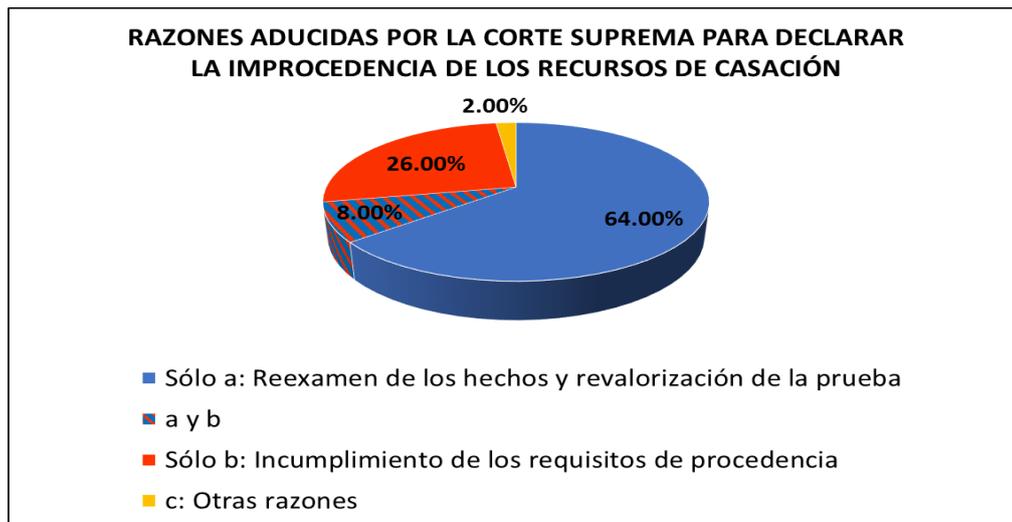
Y la tercera casación es la N° 291-2015-Lima Norte, SCP, materia: resolución de contrato. La sentencia revisora confirmó la de primera instancia que había declarado fundada en parte. La Corte Suprema casa la impugnada y, actuando en sede de instancia, revoca la apelada y, reformándola, declara infundada la demanda.

En las otras seis casaciones: N° 359-2015-Ica, N° 1151-2015-Cusco, N° 2632-2015-Pasco, N° 3170-2015-Huaura, 922-2015-Arequipa y 37-2015-Madre de Dios, la resolución de vista revoca (cinco) y una anula la apelada.

E. PRINCIPALES RAZONES ADUCIDAS POR LA CORTE SUPREMA PARA DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN

La muestra de casaciones civiles que han declarado improcedente el recurso de casación es de 50. Hemos visto que en 46 de ellas existe el doble y conforme y solo en 4 no.

RAZONES ADUCIDAS POR LA CORTE SUPREMA PARA DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN	Sólo a: Reexamen de los hechos y revalorización de la prueba	a y b	Sólo b: Incumplimiento de los requisitos de procedencia	c: Otras razones	TOTAL
CANTIDAD	32	4	13	1	50



Ahora ver

A continuación, veremos qué razones principales han invocado las Salas Civiles Supremas para expedir este tipo de fallo inhibitorio.

a) Reexamen de los hechos y revalorización de la prueba

Sin duda que la mayoría de resoluciones supremas examinadas concluye que los recursos de casación son improcedentes por pretender que el órgano casatorio revalore el material fáctico y probatorio establecido por las instancias de mérito.

Las casaciones que han invocado este argumento son **36 (72.00%)**: 468-2012-La Libertad, 36-2012-La Libertad, , 520-2012-Lima, 528-2012-Arequipa, 1188-2012-Lima Norte, 1337-2012-Tacna, 1975-2011-San Martín, 836-2013-Lima, 5058-2012-Lima, 836-2013-Lima (hasta aquí todas publicadas en 2013), 634-2011-Cañete, 3407-2011-Lima Norte, 1091-2013-Amazonas, 1232-2013-Lima, 1838-2013-Lima, 2717-2013-Lima, 4224-2013-Lima Norte (publicadas en 2014), 2636-2013-Huánuco, 2169-2014-Del Santa, 2347-2014-Lima Norte, 2358-2014-Lima Norte, 2595-2014-Ica, 1098-2013-Lima, 3859-2013-Junín, 1878-2014-Lima (publicadas en 2015), 2912-2014-Lima, 4254-2014-Del Santa, 543-2015-Arequipa, 602-2015-Lima, 695-2015-Lima, 2163-2015-Lima (publicadas en 2016), 616-2016-Ventanilla, 1855-2016-Arequipa,

1858-2016-Ica, 1889-2016-Piura y 1947-2016-Lima Norte (estas cinco últimas publicadas en 2017).

Cabe señalar que no siempre esta motivación es la única que las Salas Supremas invocan para declarar improcedentes los recursos de casación, también en varias de las ejecutorias precitadas se aprecian otras razones concurrentes, según el número de infracciones normativas denunciadas y rechazadas.

b) Incumplimiento de los requisitos de procedencia

Dentro de este punto destacan argumentos como los siguientes: no se ha descrito en forma clara las infracciones denunciadas, no se ha demostrado las infracciones normativas alegadas, no se ha acreditado la incidencia directa de las supuestas infracciones sobre la decisión adoptada, la sentencia impugnada está debidamente motivada y afines.

Las casaciones que invocan esta fundamentación son **17 (34.00%)**: 1398-2013-Lima, 4954-2013-Lima, 4963-2013Lima (publicadas en 2014), 2036-2014-Cusco, 2169-2014-Del Santa, 1878-2014-Lima (publicadas en 2015), 4292-2014-Arequipa, 849-2015-Arequipa, 986-2015-Lima, 1205-2015-Ica, 2163-2015-Lima (publicadas en 2016), 1603-2015-Arequipa, 616-2016-Ventanilla, 1384-2016-Moquegua, 1577-2016-Lima Norte, 1842-2016-Lambayeque y 1849-2016-Lambayeque (estas seis últimas publicadas en 2017).

Del mismo modo se enfatiza que al menos en cuatro de estas resoluciones casatorias también se han mencionado de manera copulativa argumentos relacionados con la reevaluación fáctica y probatoria.

c) Otras razones

En la casación N° 4591-2013-Huaura, la improcedencia se declara porque el recurrente había consentido la sentencia de primera instancia **(2.00%)**.

3.4. FUNDAMENTOS JURÍDICO-FILOSÓFICOS PARA PRESERVAR Y FORTALECER LA FINALIDAD DIKELÓGICA EN LA CASACIÓN CIVIL NACIONAL

Corresponde dar respuesta al problema planteado en la presente investigación, para cuyo fin se examinará la hipótesis propuesta que consta de cuatro fundamentos jurídicos-filosóficos, los cuales se analizarán por separado del siguiente modo:

3.4.1. EL *IUS LITIGATORIS* COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DE UNA CORTE DE CASACIÓN

Empecemos recalando que la comunidad jurídica de nuestro país estima que el recurso de casación no ha cubierto las expectativas que se habían cifrado en él en más de dos décadas y media de vigencia. Y los datos estadísticos evaluados lo confirman fehacientemente: alrededor del 75% de los recursos presentados son declarados improcedentes por las Salas Civiles de la Corte Suprema. Como sostienen varios juristas, seguramente ello puede deberse, en algunos casos, al incumplimiento del ritualismo estricto que supone su presentación, aunque es verdad que a partir de la Ley N° 29364 el mismo se ha flexibilizado notablemente; en muchos otros, quizá a un afán dilatorio del litigante perdedor; y, en otros más, a una búsqueda irracional de justicia basada en aspiraciones puramente emotivas del justiciable.

Para tener una visión más integral del problema al que nos enfrentamos y así recalcar en la relevancia actual del *ius litigatoris*, debemos comentar y resumir la evolución que ha protagonizado la casación desde su origen en la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII: primero surgió como una institución política encargada de controlar la aplicación jurisdiccional de la ley. Se pretendía que ésta reflejara fielmente el texto legal y, en todo caso, la intención del legislador como única voz válida y representativa del pueblo soberano. El Poder Judicial moderno nació de este modo subordinado inmisericordemente al Poder Legislativo. Este prístino Tribunal de Casación, que inicialmente no perteneció a la jerarquía del Poder Judicial,

respondía así al encumbramiento del Estado Legal de Derecho que desde entonces rigió el mundo jurídico del *civil law* hasta mediados del siglo XX aproximadamente.

Desde luego que un Estado moderno defensor de la democracia y del principio de separación de poderes no podía permitir por mucho tiempo un escenario así. Como ya hemos visto, el propio Estado francés en 1837 lo corrigió al reconocerle a la Corte de Casación funciones jurisdiccionales supremas dentro de la organización jerárquica del Poder Judicial. A pesar de este reconocimiento de su carácter jurisdiccional, vértice de la organización judicial francesa, mantuvo su primigenio rol de control sobre la actuación jurídica de los jueces: casación y reenvío a otro juez para que se juzgue nuevamente. La Corte de Casación no estaba diseñada para conocer el fondo del litigio, a pesar de que desde sus orígenes solo se podía acceder a ella mediante la activación de la parte que se sentía afectada por la sentencia impugnada.

Esta casación denominada clásica o pura no admitía entonces la posibilidad de fallar sobre el mérito del proceso. Pero esto fue cambiando poco a poco, dentro del propio Estado Legal de Derecho, pues a mediados del siglo XIX en España se le impregnó a la casación nuevos aires y rumbos. Se estipuló que cuando la infracción normativa descansaba en errores *in iudicando* e incluso en situaciones de valoración probatoria, la Corte de Casación debía enmendarlos y resolver, de una vez por todas, el fondo del asunto. Era dilatorio y totalmente vano devolver el proceso a las instancias de grado para que se corrijan errores sustantivos, bien jurídicos o fácticos, que aquella ya los había purgado. Había surgido de esta manera la casación sin reenvío o casación 'bastarda'.

Cabe acotar que, en la propia Francia, a partir de 1967, a través de la Asamblea Plenaria, y desde 1979, su Corte de Casación, están facultadas ya para resolver la controversia mediante un pronunciamiento positivo y definitivo; esto es, se ha admitido sin cortapisas la casación sin reenvío.

Para algunos juristas, como ya se ha examinado, esto no solo constituye un viraje revolucionario en la mutación de la casación, por cuanto trastoca por mucho su esencia, sino que además importa la asunción de otra función

novedosa, con claro contenido axiológico -y que podríamos decir debería profundizarse en un Estado Constitucional de Derecho-, acorde con estos nuevos tiempos: el fin dikelógico, en tanto el conocimiento del fondo de la controversia y su resolución definitiva, previa corrección de los errores detectados, implicaba en sustancia 'hacer justicia en el caso concreto'. Por tanto, los fines primigenios (nomofiláctico y luego el unificador de la jurisprudencia) ya no eran suficientes. En realidad, y en nuestra opinión, la adopción de este fin valorativo es lo único que puede catalogar a una Corte de Casación como un verdadero órgano jurisdiccional, pues los acotados fines públicos son esencialmente de carácter político, por cuanto pretenden de un modo un tanto general y abstracto definir el sentido de una norma (nomofilaquia), para luego obligar a los jueces de las instancias inferiores a seguir a pie juntillas esta interpretación (unificación de la jurisprudencia), pero sin reparar demasiado en la particularidad del caso específico, la cual, sí, es terreno fértil de la función dikelógica.

Otros doctrinarios, como igualmente hemos destacado, propugnan que la finalidad dikelógica está incompleta, pues requiere que en determinadas situaciones la Corte de Casación pueda también conocer y reevaluar los hechos y las pruebas. Desde luego que no en todos los casos, de lo contrario sería una tercera instancia, más sí en supuestos de palmaria arbitrariedad e injusticia. Este pensamiento genera muchas críticas sin ser descabellado. Todo lo contrario: si sabemos que los fines de todo proceso civil son resolver los conflictos de intereses y propiciar la paz social en justicia, podemos concluir que la finalidad dikelógica calza perfectamente con este cometido.

En nuestro caso, ya hemos visto que la función dikelógica de la casación está reconocida en el artículo 384 del CPC y está adherida indisolublemente a la función nomofiláctica, en tanto la expresión "*adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto*" comprende a ambas e incluso los términos "*adecuada*" y "*caso concreto*" sugieren la prevalencia práctica de la primera sobre la segunda. Es decir, no cabe duda que esta nueva redacción claramente tiene una connotación que va más allá de la función nomofiláctica. En nuestra opinión, es el reconocimiento

cabal de la importancia del anhelo de búsqueda de justicia en cada proceso; o mejor, es la aceptación de que la aplicación de la norma jurídica solo tiene sentido en un caso específico. La interpretación puede ser extrajudicial (legislativa, doctrinaria), pero la aplicación solo es posible en el campo jurisdiccional. Aun cuando los órganos jurisdiccionales supremos dicten precedentes de observancia obligatoria ejerciendo su función uniformadora de la jurisprudencia, siempre de por medio estará la solución de una situación litigiosa concreta. Así lo ilustran la decena de plenos casatorios civiles publicados hasta la fecha, en los que los fines públicos de la casación están indisolublemente unidos al fin privado de búsqueda de justicia.

Cabe recordar que incluso, mucho antes de la promulgación de la Ley N° 29364, la Corte Suprema ya admitía de manera explícita la vigencia de dicha finalidad axiológica. Así, en la Casación N° 4361-2001-San Martín, se señala: “(...) *La casación es un recurso que tiene las siguientes finalidades: a) Nomofiláctica, esto es, juzga el derecho material y procesal; b) Uniformadora, es decir, tiende a la unificación de la jurisprudencia nacional; y, c) Dikelógica, vale decir, la aplicación de la justicia al caso concreto*”.

En buena cuenta, estimamos que, si la Corte de Casación prescinde de su fin dikelógico, prácticamente dejaría de ser un órgano jurisdiccional, por la sencilla razón de que los fines públicos aludidos son sustancialmente de naturaleza política. Y esto no podría darse en un Estado Constitucional de Derecho, en el que en todo proceso judicial impera la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso; principios que en última instancia incluyen la resolución de los conflictos jurídicos conforme a los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad que las circunstancias particulares exigen en cada caso. No hay forma de escapar de la casuística bajo el sensible riesgo de dejar de ser juez.

Aún más: desde que se reguló la casación, ya sea como demanda o medio impugnatorio extraordinario, intrínsecamente se acogió el *ius litigatoris* como un fin implícito de la misma, puesto que al dejarse en manos de la parte la activación de dicho instituto, el Tribunal solo podía conocerlo por

dicha vía y, consecuentemente, aun cuando pretendiese dar cátedra de cuál es la interpretación “correcta” o “unívoca” de la ley para su aplicación a posteriores casos análogos (el *ius constitutionis*), siempre tenía que resolver el asunto particular que había motivado su interposición; ergo, el litigante de todos modos recibía el pronunciamiento requerido. Esto sucedía inclusive en las casaciones denominadas en interés de ley, accionadas por el Ministerio Público o de oficio por la Corte de Casación, en tanto ésta de todas maneras conocía y dirimía un caso concreto.

Por ello, la única manera de preterir la función dikelógica desde una visión moderna es convirtiendo a la Corte Suprema en un órgano meramente político, encargado de interpretar la ley y llenar sus defectos o deficiencias, por ejemplo, a través de plenos supremos o acuerdos plenarios vinculantes o no, en los que se definen y uniformizan pautas y directrices jurídicas a partir de la existencia de criterios dispares en la casuística judicial, más sin conocer ni solucionar ningún proceso judicial específico, pues la sola existencia de éste determina la presencia inevitable del *ius litigatoris*.

De otro lado, a pesar de lo razonado, nuestro ordenamiento procesal no ha recogido expresamente la posibilidad de que la Corte de Casación reevalúe el material fáctico y probatorio. No existe ninguna causal que se funde en ello. Podríamos decir que la función dikelógica está mutilada e incompleta. Pero consideramos que no todo debe estar estipulado en la literalidad de la ley. Los principios constitucionales arriba citados, de la mano de una interpretación jurídica constructivista o valorativa, son el sustento de esta extensión del fin dikelógico, los cuales alimentan lo que se conoce como debido proceso sustantivo o, en términos simples, una decisión justa o razonable.

Inclusive pensamos que la figura de la casación excepcional, estatuida en el novedoso artículo 392-A del CPC, podría constituirse también en un portal para que la Corte Suprema ocasionalmente aborde la otra cara de la función dikelógica: la revalorización fáctica. Desde luego que esta posibilidad realmente tiene que ser muy especial y supeditarse a situaciones extremas en las que las decisiones a revisar exuden síntomas de evidente absurdidad o irracionalidad; más aún si también somos de la

opinión que el aspecto jurídico de un proceso no puede analizarse en total aislamiento de los hechos que lo componen. Puede haber prevalencia en el análisis de uno sobre el otro, mas no puede haber supresión de algunos de los dos, pues ambos son prácticamente indisolubles.

Lo que sí debemos destacar es que la muestra casatoria estudiada ilustra que de 116 casos solo en uno se utilizó la potestad singular del acotado artículo 392-A, pero sin llegar a reevaluar el material probatorio ni los hechos, a pesar de que las circunstancias lo demandaban. Esto a su vez significa que la Corte Suprema no tiene mayor interés en reexaminar el aspecto fáctico del proceso aun cuando ello sea estrictamente necesario. Prefiere la decisión con reenvío; lo cual creemos exige la regulación de una causal específica sobre el particular, constreñida sin duda a situaciones extremas de injusticia o arbitrariedad, pues, de lo contrario, aquella acabaría convirtiéndose en tercera instancia, lo que a estas alturas de la evolución del recurso nadie quiere suscribir.

De cualquier modo, en el escenario abordado, estimamos claramente que **el *ius litigatoris* se cierne como un fundamento jurídico-axiológico indispensable para preservar y fortalecer la función dikelógica.** Es la diferencia puntual entre una corte de justicia y una institución política. Y, como es obvio, la Corte Suprema esencialmente es un órgano jurisdiccional y debe seguir siéndolo, sin menoscabar sus importantes funciones políticas, deliberativas y hasta administrativas. Lo que sí convenimos es en la necesidad de reformar por segunda vez la casación civil, pero en esta ocasión debemos procurar que lleguen a su conocimiento los casos que verdaderamente necesiten de un pronunciamiento suyo.

Y acá viene la discusión, puesto que no existe consenso doctrinario en construir los niveles y dimensiones que debe tener el edificio jurídico casatorio. Para muchos, dado el poco éxito del modelo adoptado en nuestro país, es momento para introducir una sustancial reforma a partir de la consolidación de las funciones públicas del recurso (nomofilaquia y unificación de la jurisprudencia), en desmedro de su función privada (la búsqueda de justicia del caso concreto). Para nosotros, por el contrario, el tema no pasa por la eliminación de tal o cual función, sino por introducir

cambios efectivos que disminuyan significativamente el número de recursos. Por ejemplo, las estadísticas examinadas demuestran que, de cada cuatro casaciones, tres son improcedentes. Entonces, un primer reto es establecer mecanismos claros y precisos para que la mayoría de estos recursos no puedan siquiera presentarse, como la regulación del principio de la doble conformidad que se desarrollará más adelante.

Además, confiamos que en esta investigación estamos aportando ideas básicas que apoyan la tesis de que la función dikelógica sí es compatible con las funciones públicas de la casación (que es uno de los objetivos específicos trazados). Por ello, no es recomendable eliminar una u otra, pues todas ellas robustecen la figura casatoria. En particular, el *ius litigatoris* es un aspecto del recurso que en un Estado Constitucional de Derecho moderno no puede dejarse de lado. Es la esencia de la función jurisdiccional y, por ende, inclusive se puede abordar su fortalecimiento, con reglas claras para evitar el incremento de recursos. Desde luego que también es importante indagar el sentido más adecuado de la ley, pero dirigido a la controversia concreta. Hacer pedagogía jurídica para con base en ella establecer pautas y criterios elementales que sean de cumplimiento obligatorio para las instancias inferiores y así verdaderamente uniformizar la jurisprudencia, la cual es una garantía no negociable para la real eficacia del principio de igualdad en el proceso.

Refuerzan esta conclusión las reformas llevadas a cabo recientemente en Colombia y Argentina, en 2012 y 2013, respectivamente. Como se ha constatado, en ambos países se han consagrado de manera conjunta el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, con causales claras y concretas. En el caso colombiano, la causal que de modo implícito protege la búsqueda de justicia es bastante amplia: “*reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida*”; lo que de seguro incluye la cuestión fáctica del asunto.

Por su parte, en Argentina la causal recogida simplemente es la arbitrariedad. Es también genérica, pero sin duda su campo es más reducido que el de su par colombiano, por estar restringido a una decisión

arbitraria o irracional, aunque ésta del mismo modo posibilite la revisión de los hechos y la prueba.

Por último, dos citas finales que apoyan la tesis sobre este neurálgico punto. Primero, Hurtado (2012) resume:

(...) al resolver el recurso de casación actualmente se admite la realización de los dos fines: se apunta al *ius constitutionis* (como mecanismo para mejorar el control normativo), pero, no será el único que se busca alcanzar, porque no es posible olvidar el derecho del litigante. Por lo cual, se puede encontrar una especie de relación entre el llamado *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, ello si consideramos que no es posible lograr el primero sin el segundo, pues, el control normativo y la unidad jurisprudencial se realiza solo si media el interés de las partes en impugnar la decisión para que la Corte de Casación resuelva su caso. Se relacionan directamente en el entendido que a partir de las decisiones que nacen de la impugnación los particulares saben cómo es que se deben resolver los casos futuros (p. 75).

Y, en segundo lugar, Tovar (citado por Hinostroza 2009) sintetiza:

El medio del cual se sirve la Sala de Casación para hacer marchar al unísono el interés individual hacia la justicia del caso particular y el interés público hacia la exacta y abstracta interpretación de la ley es el Recurso de casación (...) Se prefirió hacer de ella un Tribunal (...) (con) facultad para decidir sobre el derecho concreto de las partes y ejerce su función solo cuando alguien provoca su ejercicio; se la limitó al disfrute del interés individual de los litigantes puesto al servicio del interés público, mediante el Recurso de Casación, instituyendo éste como un derecho de impugnación otorgado a la parte perdedora para que solicite a la Sala de Casación la anulación de aquellas sentencias injustas, pero cuya injusticia esté fundada en una interpretación errónea de la ley (...) (p. 65).

3.4.2. LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA COMO FIN ESENCIAL DEL PROCESO

Sabemos que el pensamiento constitucional moderno, concerniente al ámbito judicial, propugna que las decisiones jurisdiccionales por encima de la ley deben ser receptoras de los preceptos, principios y valores constitucionales. Precisamente uno de ellos es el valor justicia, cuya vertiente correctiva o conmutativa es la que interesa al derecho.

En efecto, Aristóteles (citado por Goldschmidt, 1981), destaca que la justicia correctiva, reguladora de las relaciones de cambio:

Supone que cuando interviene, ya se ha realizado el delito o ya se ha llevado a cabo la prestación, de tal suerte que urge corregir el desequilibrio producido en las relaciones mediante la imposición de la pena o la realización de la contraprestación. También aquí se aplica el principio de igualdad; pero en una forma diversa de la anterior, porque aquí se trata de medir impersonalmente la ganancia o el daño, esto es, las cosas y las acciones en su valor efectivo, considerándose iguales en términos personales (...). Esta especie tiende a lograr que cada uno de los hombres que se encuentran en una relación, se halle con respecto al otro en una condición de paridad, de tal suerte que ninguno dé, ni reciba, más ni menos. De donde se sigue la definición de tal forma de justicia, como el punto intermedio, entre el daño y la ganancia (p. 376).

Esta justicia correctiva tangible exige que el conflicto de intereses con relevancia para el derecho se resuelva cuando menos en virtud de los hechos acreditados y probados en el proceso y de las normas jurídicas pertinentes. Pero qué sucede si, por ejemplo, tales hechos o los medios probatorios que pretenden acreditarlos han sido valorados e interpretados por las instancias de mérito de manera contradictoria u opuesta a lo que realmente ha acontecido; o si los dispositivos legales sustantivos invocados son inidóneos o el sentido que se les ha atribuido no es el adecuado. En esta última hipótesis, la parte agraviada tiene expedito el camino para acudir a la Corte Suprema vía recurso de casación, sustentándose en las causales previstas en el artículo 386 del CPC.

Pero no ocurre lo mismo con el primer supuesto, por cuanto no se ha previsto una causal en la que se alegue directamente vulneración al razonamiento probatorio o fáctico; sin embargo, sí se podría aducir, bajo el ropaje de la misma causal de infracción normativa, la existencia de vicios lógicos en la motivación que conlleven a un fallo con reenvío. Esto, en rigor, ocurre con cierta regularidad, desde que el control de logicidad (corrección del razonamiento desde el punto de vista de la lógica jurídica o, más ampliamente, desde la argumentación jurídica) por una inadecuada motivación desde hace buen tiempo se considera una vulneración al principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales estipulado

en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política⁷. Lamentablemente, para los fines del proceso, la casación que ampara esta situación solo es *rescindente*; lo que ocasiona la prolongación interminable del proceso, puesto que éste es devuelto a la instancia inferior para que emita nueva decisión.

No obstante, ello, la Corte de Casación parecería tener un límite: no puede reevaluar los hechos que los órganos jurisdiccionales de grado han juzgado acreditados o que han desechado por falta de demostración, a pesar de que estas conclusiones sean debatibles. En estos casos, y siempre que se advierta arbitrariedad o inequidad manifiestas, estimamos que aquella sí está facultada para conocer el fondo de la controversia bajo el amparo del artículo 392-A del CPC. Como sabemos, esta norma permite la concesión de un recurso de casación aun cuando no cumpla con los requisitos exigidos si la Corte al conocerlo satisfará los fines establecidos en la ley. Y en el hipotético supuesto de revaloración fáctica, claramente el fin casacional que se yergue es el dikelógico: hacer justicia.

Allí verificamos la profunda conexión de dicho fin con el valor justicia. “El dar a cada uno lo suyo o lo que le corresponde” se mantiene vigente desde hace mucho. No cabe duda que no pretendemos definir en puridad los alcances que involucra tan preciado bien axiológico. Es suficiente con recalcar que el Poder Judicial ha sido concebido como el órgano medular encargado de la satisfacción del servicio público de impartir “justicia”, para recordar y exaltar la trascendencia de dicho término. Seguramente que el ordenamiento jurídico vigente, que incluye las diversas fuentes formales del derecho (la ley, doctrina, jurisprudencia, costumbre y los principios generales del derecho), conjuntamente con la dinámica social y el plexo valorativo y moral que nos orienta, proporcionarán la decisión más apropiada a la singularidad de la situación concreta sometida a juicio.

⁷ Precisamente, respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional sostiene que “*el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso*” (Sentencia 3943-2006-PA/TC, fundamento 4).

Lo importante es que la finalidad dikelógica ha nacido y se ha construido para corregir los desaciertos de las instancias de trámite y así procurar hacer justicia en el caso particular, lo que además recordemos es uno de los objetivos medulares del proceso civil, conforme así lo señala el artículo III del Título Preliminar del CPC⁸. Es decir, la justicia, como uno de los valores supremos del derecho, es la que ha guiado, en el propio terreno de la realidad, a la evolución de la institución casatoria; le ha impregnado otra cara, una más amable, más cercana a la gente y a sus peculiaridades; la ha hecho descender de las alturas de la interpretación jurídica abstracta a la evaluación concreta de las circunstancias especiales del proceso, para así darle una solución equitativa, razonable, justa.

Así queda ilustrada la fuerte conexión entre la finalidad concreta del proceso civil con la finalidad dikelógica de la casación: ambas, en última instancia, buscan hacer justicia en el caso individual. Ésta ha sido y será la razón fundamental de la existencia del proceso: solucionar con razonabilidad y proporcionalidad un conflicto de intereses sobre la base de los hechos probados y el derecho vigente. Claro que la casación no se circunscribirá solo a dicha finalidad, más al ser el postrero eslabón de la cadena procesal, no puede existir óbice alguno para que como tal allí se corrijan las injusticias que previamente se hayan podido perpetrar.

Adicionalmente diremos que la función dikelógica de la casación posibilita que la Corte Suprema, cuando se trata de infracciones normativas sustantivas, expida una sentencia de fondo definitiva. Lo mismo creemos debe ocurrir, al amparo del artículo 392-A del CPC, si se han alegado errores de hecho (supuestos de arbitrariedad que se han desarrollado en el acápite correspondiente) que efectivamente existan y que sean de tal magnitud que repugnen a la justicia. En ambos supuestos se reemplazará la decisión impugnada por la que se juzgue adecuada al caso concreto, o, cuando menos, la más razonable y aceptable para nuestro medio social.

⁸ Artículo III del Título Preliminar del CPC: "El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

3.4.3. RELEVANCIA MEDULAR DEL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Recordemos que el debido proceso sustantivo exige que las resoluciones judiciales, sobre todo las que finalizan la instancia, han de estar adecuadamente sustentadas fáctica y jurídicamente, así como deben observar inclusive los principios de proporcionalidad y razonabilidad cuando el contexto casuístico así lo requiera (casos difíciles y casos trágicos, por ejemplo).

También hemos indicado que el Tribunal Constitucional ha señalado de manera explícita que en tres supuestos procedería el control constitucional en salvaguarda del debido proceso sustantivo: a) el respeto o sujeción a los derechos y valores constitucionales, b) la interdicción a la arbitrariedad y c) la exigencia de sentido común o racionalidad en la toma de decisión.⁹

Por tanto, la presencia de estos tres parámetros en una decisión judicial permite inferir si la misma ha observado mínimamente el debido proceso sustantivo. Por el contrario, la ausencia por lo menos de uno de ellos determina que la sentencia en cuestión sea inconstitucional y, por tanto, impugnabile mediante un proceso de amparo, en aplicación del artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, debemos recordar que, en primer lugar, el recurso de apelación, inspirado en el principio de la instancia plural, es el camino otorgado a las partes para recurrir una resolución definitiva adversa y así posibilitar su revisión por un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior. En teoría, se espera que los probables errores cometidos por el inferior sean enmendados en esta segunda instancia. Seguramente así acaece en la mayoría de procesos que son apelados. Pero la realidad grafica que cierto porcentaje de sentencias revisoras aún contienen yerros que aguardan ser igualmente corregidos. Para ellas, en tanto sean situaciones trascendentes, se ha previsto el recurso de casación. Es un último intento por dirimir la controversia, al menos conforme a derecho, ante el máximo órgano del Poder Judicial. Sin embargo, a diferencia de la apelación, aquel

Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02698-2012-AA/TC.

es más restrictivo, por su carácter extraordinario, de tal manera que uno de sus caracteres más conspicuos es la valla relativamente exigente en cuanto a los requisitos de procedibilidad que se ha de satisfacer. Asimismo, otra nota distintiva es que no genera una tercera instancia, en tanto por lo general no se puede revalorar hechos ni prueba.

Entonces, la observancia de las garantías del debido proceso formal y sustancial es una cuestión cardinal en un Estado Constitucional de Derecho que vincula a los jueces de todos los niveles; sin embargo, lo mismo que acontece con el error judicial, existen casos en que se vulneran tales garantías. Para corregir estas (un tanto esporádicas) situaciones se ha previsto, como se reitera, primero la apelación, que genera una segunda instancia plena, en el sentido de que teóricamente posibilita la revisión de todos los componentes del proceso: jurídicos y fácticos. Pero qué sucede si la transgresión persiste o el órgano revisor es el que la perpetra. Probablemente un porcentaje menor de casos es el que se encuentra en esta particularidad, pues con seguridad las instancias de mérito mayoritariamente respetan tales garantías. No obstante, ello, la experiencia demuestra que el referido porcentaje sí existe y demanda, por ello, una alternativa de solución integral y definitiva. Lo único que queda lógicamente en el nivel *intraproceso* es el recurso de casación.

Por consiguiente, en estos tiempos de predominio de los derechos fundamentales y vigencia de principios y valores constitucionales, la casación no puede circunscribirse a lograr fines exclusivamente legalistas, como la otrora aplicación e interpretación “correctas” del derecho objetivo. Reconocemos la utilidad de este fin con la evolución que ha tenido (aplicación e interpretación adecuadas del derecho objetivo) pero al mismo tiempo advertimos sus limitaciones. Como enfatiza Glave (2010), ahora debemos verificar el respeto del principio de constitucionalidad y ya no el de legalidad que fue propio de un Estado Legal de Derecho ya superado.

Esta nueva realidad jurídica de la que forma parte el derecho peruano desde ya hace varias décadas -aunque valgan verdades todavía hay muchos rezagos legalistas que faltan extirpar- demanda, a nuestro entender, la potenciación de la función *dikelógica* -que busca alcanzar

justicia en el caso concreto-, por ser la única que engarza íntimamente con el debido proceso sustantivo, cuyo contenido medular es construir una decisión justa (razonable y proporcional) a la controversia. Si bien Glave (2012) estima suficiente refundar la función nomofiláctica, nosotros estamos convencidos de que la clave es la revalorización del fin dikelógico.

En efecto, el aludido autor señala: “De esta manera, la función nomofiláctica que debe ejercerse en el paradigma del Estado Constitucional es aquella que busca garantizar un correcto método interpretativo entendiendo que no existe una única solución justa (...). La clave está en garantizar una interpretación orientada sobre la base de criterios lógicos, sistemáticos y que principalmente otorguen legitimidad al método utilizado para así lograr una mayor justicia en la decisión” (p. 109).

Luego el mismo escritor añade:

“A nuestro entender, este actualizado entendimiento de la función nomofiláctica no es otra cosa que verificar el respeto del principio de constitucionalidad. Al tener por finalidad, no llegar a una única solución justa que sería coherente a la aplicación del principio de legalidad, sino garantizar un adecuado método interpretativo por el cual, a través de una motivación razonable y proporcional se llega a una decisión, lo que se está haciendo es verificando la constitucionalidad de esa decisión. Haciendo ello la Corte Suprema cumpliría el rol que le corresponde en el Estado Constitucional (p. 109).

Suscribimos este agudo razonamiento, solo que los argumentos esbozados creemos sirven tanto a la función dikelógica como a la nomofiláctica, por cuanto esta última se enfoca en interpretar y aplicar la norma jurídica de manera descontextualizada y, por ende, para la generalidad de casos, mientras que la primera se detiene más en el detalle y la particularidad, habida cuenta que en la realidad los conflictos de naturaleza civil, sobre todo, están invadidos por circunstancias específicas que requieren respuestas del mismo nivel de especificidad. Por ende, buscar la mejor o mayor justicia en la decisión, la más más razonable y proporcional, es un asunto que concierne esencialmente a la función dikelógica, aunque se reconoce su estrecha ligazón con la visión nomofiláctica actual que admite la posibilidad efectiva de que la norma jurídica usualmente tenga varios significados posibles y razonables y ya no uno solo como originariamente

se creía. La cuestión ahora es elegir la solución adecuada conforme a las exigencias del caso, lo que nos lleva a la búsqueda de justicia como misión plausible de la casación.

En efecto, como lo dice el precitado autor, en un Estado Legal de Derecho la finalidad nomofiláctica persigue una única solución justa en la decisión, bajo el parámetro exclusivo de la ley medida en sus características de abstracción y generalidad; mientras que en un Estado Constitucional de Derecho ya no es válido sopesar en abstracto la norma jurídica, sino en función del caso concreto, para dotarle de la mejor o mayor solución en mérito en última instancia de los derechos fundamentales y valores constitucionales. La elección del método es capital conforme a las exigencias de la situación particular, más la argumentación que sustente la decisión es lo que en definitiva permitirá comprobar si se ha respetado o no el debido proceso sustantivo.

Además, juzgamos que la preservación y fortalecimiento de la función dikelógica posibilitará que, en el propio seno del Poder Judicial, esta vez recurriendo al órgano de vértice, se alcance justicia en la resolución del proceso. Si esto se logra, no cabe duda que será satisfecho el debido proceso sustantivo y, por ende, no habrá argumentos para que el litigante perdedor acuda al proceso de amparo, como viene sucediendo algunas veces, bajo la invocación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional que estatuye que *“El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...).”* Es decir, la propia ley prevé que, si una resolución judicial definitiva emanada en un proceso ordinario no es respetuosa del debido proceso, ya sea formal o sustantivo, el perjudicado está habilitado para interponer una demanda constitucional de amparo que, como sabemos, puede llegar hasta el Tribunal Constitucional si las dos instancias previas del Poder Judicial la han denegado.

En consecuencia, lo que se pretende destacar con esta investigación es, en primer lugar, la existencia de varios fundamentos jurídico-filosóficos que abogan por la preservación de la finalidad dikelógica en nuestro

ordenamiento procesal civil, e incluso apuntan a robustecerla para que en situaciones excepcionales de arbitrariedad o irracionalidad manifiestas en el análisis del material fáctico y probatorio, la Corte de Casación conozca el fondo de la controversia y la dirima conforme corresponda. En segundo lugar, esto ayudará al logro de decisiones justas o razonables; lo que guarda estrecha vinculación con el debido proceso sustantivo. La observancia de éste, en tercer lugar, evitará la prosecución de futuros procesos de amparo que con alguna frecuencia crispan los ánimos de la propia Corte Suprema cuando sus decisiones son invalidadas por el Tribunal Constitucional por la afectación de dicha garantía básica.

En cuarto y último lugar, creemos que la calidad de las decisiones judiciales puede tener una relación inversamente proporcional con la cantidad de procesos de amparo; es decir, si las primeras son meticulosas con los derechos, principios y valores constitucionales, los amparos tendrían que reducirse. Por el contrario, si tales resoluciones son menos acuciosas y vigilantes de la normatividad y axiología constitucional, los amparos se incrementarían. Aquí surge el dilema: ¿o bien potenciamos y mejoramos la casación como último filtro dentro del propio Poder Judicial para que se subsanen decisiones violatorias del derecho a un debido proceso sustantivo, o relajamos este recurso, eliminando su función dikelógica, con lo cual podríamos abrir una peligrosa puerta que conduzca a la amparización de la justicia ordinaria?

Y en cuestión de carga procesal, claro que es loable tratar de disminuir el número creciente de procesos civiles que llegan a la Corte Suprema, pero no puede tenerse una mirada simplista que solo por atender este punto ocasione al instante, y como lógica contrapartida, una proliferación de amparos que atesten los anaqueles de las instancias jurisdiccionales inferiores y con total seguridad los del propio Tribunal Constitucional; vale decir, no se puede bajar sustancialmente la carga de expedientes que soporta la Corte Suprema si ello va a generar un incremento inversamente proporcional en la carga que le tocaría asumir al Tribunal Constitucional. El problema en ciernes no se puede trasladar de una entidad a otra; más aún si esta última tiene inclusive menos magistrados.

En resumen, se aprecia una vinculación estrecha entre la función dikelógica del recurso de casación y el debido proceso sustantivo, pues la primera busca que la Corte de Casación conozca y resuelva el fondo del asunto de manera definitiva, incluso de manera integral si la situación lo amerita, para corregir la injusticia de la decisión jurisdiccional impugnada; mientras el segundo responde también a un anhelo concreto de justicia para el caso; es decir, que éste se dirima con proporcionalidad y razonabilidad. Y si esto se verifica en la realidad judicial, la consecuencia esperada sin duda será la reducción de demandas de amparo, pues difícilmente se podría argumentar la vulneración de esta fundamental garantía procesal.

3.4.4. PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Primeramente, podemos asegurar que el razonamiento efectuado en el acápite precedente parcialmente sirve también como sustento de este cuarto fundamento jurídico-filosófico: la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones judiciales, por su evidente conexión con el anterior, en el entendimiento y dimensión que ambos adquieren dentro del contexto del Estado Constitucional de derecho, en el que los fallos judiciales deben ser inexorablemente respetuosos del debido proceso, tanto formal como sustancial, y del principio de interdicción de la arbitrariedad.

En líneas generales, sintetizamos que una resolución judicial es arbitraria cuando no está justificada mínimamente en el derecho pertinente y en los hechos debidamente probados en el proceso. Por tanto, existe una relación inversamente proporcional, de un lado, entre la arbitrariedad; y, del otro, la motivación de las decisiones de los jueces y el respeto al debido proceso sustantivo. A mayor motivación (nos referimos a una motivación adecuada y suficiente), la arbitrariedad se diluye. Igualmente, ésta se esfuma si la

decisión adoptada cumple los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad que el caso concreto exige.

En un Estado Constitucional de Derecho definitivamente no debe haber cabida a la arbitrariedad y menos en el aparato jurisdiccional, en el que la toma de decisiones requiere primero de procedimientos y ritos preconcebidos que llamamos debido proceso formal; y, segundo, de una debida justificación que solo así será calificada si se basa en los hechos y pruebas alegados y acreditados y en la normatividad jurídica correspondiente.

Pero qué sucede si la resolución judicial no cumple con los estándares mínimos de motivación que el Tribunal Constitucional ha sintetizado en diversos pronunciamientos y que han sido detallados en el acápite respectivo del Marco Teórico *ut supra*. La consecuencia es la nulidad de tal decisión, lo que en última instancia puede y debe lograrse mediante la interposición de un proceso de amparo. Sin embargo, al interior del proceso civil ordinario existen mecanismos para revertir un fallo de dicha naturaleza. El primero y más importante que hemos señalado sin duda es el recurso de apelación; y el segundo, en el supuesto que no haya logrado su cometido, o cuando el vicio motivacional inunda la decisión revisora, es el recurso de casación. No hay más instrumentos intraprocesales cuando la decisión cuestionada es una sentencia o un auto que ha puesto fin a la instancia.

Entonces, no debemos esperar a que un proceso de amparo corrija un asunto ordinario que rebosa rasgos de arbitrariedad cuando en el propio seno del proceso civil tenemos vías para tal fin. Entonces, el recurso de casación se yergue como el último filtro para dejar sin efecto una decisión arbitraria. Si bien cuando la arbitrariedad atañe a una inadecuada aplicación o interpretación de la norma jurídica, la casación no tiene problemas para activarse y permite incluso sustituir la sentencia impugnada (casación sin reenvío), no ocurre lo mismo cuando aquella concierne a la parte fáctica de la decisión, en cuyo caso la Corte de Casación a lo sumo solo podría dictar un fallo rescindente (casación con reenvío). Creemos que la casación en este segundo supuesto también puede finiquitar la controversia con una sentencia sustitutiva (rescisoria). Claro que no

abogamos por convertir a la Corte Suprema en una tercera instancia; su activación únicamente estaría justificada cuando la arbitrariedad en la evaluación de los hechos y la prueba de los órganos de mérito sea detectada en forma palmaria e incontrovertible.

Recordemos que la arbitrariedad en términos amplios significa injusticia, absurdidad o mero capricho; es decir, alude a una decisión carente de razón, justificación, motivación, lógica o justicia. También hemos visto que en un proceso pueden darse dos tipos de arbitrariedad: la normativa, que supone un fallo que no se sustenta en el derecho vigente o pertinente o cuando la interpretación jurídica es absurda; y la fáctica, que se refiere a la evaluación errónea de los hechos y de las pruebas, situación que al final lleva a la conculcación del derecho a la prueba que tienen las partes.

Igualmente se ha destacado que en sustancia la arbitrariedad constituye una clara afectación al principio-derecho a la motivación de las resoluciones judiciales previsto en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; por tanto, desde un punto de vista amplio, una decisión judicial será arbitraria cuando no esté debidamente fundamentada o el sustento invocado sea defectuoso.

Precisamente, el Tribunal Constitucional, en la STC N° 00728-2008-PHC/TC (caso Giuliana Llamuja Hilaes), parte final del primer párrafo del fundamento 8, ha dejado sentado que:

(...) toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional". Asimismo, en el segundo párrafo del fundamento aludido sostiene: "La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que está más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

Y en el fundamento 9 prosigue:

Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículos 3° y 43° de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido

moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Exp. N° 0090-2004-AA/TC. FJ 12). A lo dicho debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44° de la Norma Fundamental).

En este orden de ideas, sin perjuicio de los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional para alegar transgresión del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, con ello, hacer patente un caso de arbitrariedad judicial, la doctrina (Hurtado, 2012) ha congregado un conjunto de hipótesis que pueden ser consideradas arbitrarias, partiendo medularmente del tratamiento inapropiado del material fáctico, lo que tiene mayor vinculación con el derecho a una adecuada valoración de la prueba y que es una manifestación del derecho esencial de las partes a probar y son los siguientes: i) arbitrariedad por prescindir de prueba decisiva, ii) arbitrariedad por invocar fuente de las que no extraen las consecuencias que sustentan el fundamento de la sentencia, iii) arbitrariedad por valorar prueba ilícita, iv) arbitrariedad por infraccionar las reglas legales de la prueba, v) arbitrariedad por apreciación fragmentada y aislada de la prueba, vi) arbitrariedad por valoración de prueba no admitida formalmente, vii) arbitrariedad por indebido reparto de la carga probatoria, viii) arbitrariedad por apreciación contradictoria de la prueba, ix) arbitrariedad por decisiones meramente dogmáticas, x) arbitrariedad por prueba inexistente y xi) arbitrariedad por decisión absurda.

Creemos que cuando ocurra alguna de estas excepcionales situaciones, la Corte de Casación debería expedir, en principio, un fallo de fondo y no uno inhibitorio (improcedencia de la casación) como normalmente viene sucediendo. En segundo término, en la medida de lo posible el fallo tendría que ser rescisorio y no rescindente. No podemos seguir tolerando que algunos procesos duren años, quinquenios y hasta décadas. Reiteramos sí que la arbitrariedad fáctica alegada debe ser contundente y clara,

fácilmente detectable e incuestionable racionalmente; es decir, no puede haber otra alternativa hermenéutica viable u otra lectura que se apoye en algún espacio de razonabilidad.

Lo relevante, para concluir este tema, es que las decisiones judiciales arbitrarias deben ser corregidas, en última instancia, por la Corte Suprema. De allí que la casación civil tiene que fortalecer su función dikelógica con la asignación de una causal específica que prevea tal escenario, el cual estimamos se presenta en forma aislada o esporádica, pero que, de todos modos, aun no siendo la regla, requiere una justa solución en el ámbito intraprocesal. Esto, además, contribuirá a la reducción de procesos de amparo, cuya regulación precisamente, entre otros muchos supuestos, está también estipulada para enmendar fallos arbitrarios de la justicia ordinaria.

CAPÍTULO CUARTO

PERSPECTIVAS PARA LA REFORMA DE LA CASACIÓN CIVIL EN EL PERÚ

4.1. LA CORTE SUPREMA Y LA FINALIDAD DIKELÓGICA

Este tema servirá para satisfacer uno de los objetivos específicos previstos. Para ello, diremos que el estudio muestral ha revelado que las Salas Civiles de la Corte Suprema son bastante reacias para invocar la función dikelógica cuando se trata de revalorar el material fáctico del caso. En realidad hemos comprobado que casi tres de cuatro casaciones improcedentes (72%) se sustentan en que no es tarea de la Corte de Casación reexaminar hechos. Esto tiene sentido por cuanto la normatividad procesal no ha previsto ninguna causal taxativa que regule un supuesto de dicha naturaleza. Y nos parece bien (en el sentido de que no sería aconsejable prever una causal abierta para el reexamen de los hechos o de la prueba), pues de lo contrario la Corte Suprema sería nuevamente tercera instancia. No avalamos un retorno a tiempos pretéritos, pero sí sostenemos que aquella de manera excepcional podría ingresar al abordamiento de los hechos en situaciones anegadas de arbitrariedad.

No obstante, ello, se ha detectado que en muchas de estas casaciones improcedentes el órgano casatorio, de modo sutil y tangencial, basa también el rechazo de los sendos recursos en que no advierte ninguna irregularidad en el análisis fáctico o probatorio efectuado por las instancias de mérito. Esta constatación de cierta manera es alentadora porque da cuenta que en la calificación de los requisitos de fondo indirectamente sí se verifica que la decisión impugnada tenga un mínimo de coherencia y razonabilidad.

De otro lado, en las resoluciones supremas que contienen un pronunciamiento de fondo estimatorio (fundadas) todavía hay prevalencia de las casaciones con reenvió (66.66%) frente a las casaciones sin reenvío (33.33%). De todos modos, este último dato informa que la función

dikelógica sí viene siendo aplicada en un porcentaje no desdeñable, dado que en tales decisiones (1 de cada 3) la Corte Suprema, luego de casar (anular) la resolución impugnada, actúa en sede de instancia (como segunda instancia) confirmando o revocando la sentencia del juzgado (primera instancia). Esto le permite conocer el proceso en forma integral; es decir, en estos casos la evaluación de los hechos y la prueba es posible por su actuación de órgano revisor, aunque es lícito decirlo que, aun en estas favorables circunstancias, esta posibilidad es utilizada con mucho celo.

En efecto, tal realidad se exterioriza al analizar las casaciones con reenvío, en varias de las cuales la Sala de Casación, para evitar revalorar los hechos, acude al recurso de la indebida motivación o de la valoración probatoria incompleta o no razonada para disponer al órgano de instancia expida nueva decisión. Creemos que esta salida no es la esperada, por cuanto aquella sí puede proceder como órgano de segunda instancia, corregir la deficiente motivación o valoración probatoria y definir la controversia de una vez por todas.

Por ejemplo, en la Casación N° 2701-2011-La Libertad, que curiosamente es la única concedida y resuelta sobre la base del artículo 392-A del CPC (casación excepcional), a pesar de que se apreció la incorrección del razonamiento de la Sala Superior, de manera inexplicable adoptó una decisión con reenvío, evitando actuar como sala de instancia y confirmar la sentencia desestimatoria del juzgado, que era lo que correspondía. En efecto, la sentencia de vista había revocado la apelada que declaró infundada la demanda y, reformándola, la declaró fundada. La Sala Suprema comprobó (no supuso) que se había afectado el derecho de propiedad de terceros, por lo que la consecuencia lógica era la infundabilidad de la demanda (la materia era rectificación de área y linderos), conforme el juzgado de primer grado lo había declarado. No obstante, ello, increíblemente la ejecutoria casatoria solo fue anulatoria.

En esta línea de ideas, un segundo análisis indica que si la Corte Suprema se vistiera de órgano de segunda instancia en los supuestos comentados (de deficiente motivación o ponderación probatoria), las casaciones con pronunciamientos concluyentes de fondo (casaciones sin reenvío) se

incrementarían sustancialmente, pues de las 22 casaciones con reenvío al menos en 15 había dicho problema (un 68%); vale decir, estos 15 casos hubiesen recibido fallo de fondo definitivo, al igual que las 11 casaciones restantes (la muestra fue de 33). Por tanto, 26 de todas estas casaciones habrían sido sin reenvío (el 78.78%). En buena cuenta, de cinco casaciones, cuatro serían sin reenvío y sola una con reenvío, y no como ahora que las primeras representan únicamente el 33.33%.

Volviendo al tema del reexamen de los hechos, es curioso que se hayan encontrado algunas casaciones, distintas a las de la muestra tomada en esta tesis y de fechas anteriores incluso a la modificatoria producida por la Ley N° 29364, en las que la Corte Suprema explícita o implícitamente encara esta problemática y acepta sin tapujos y de manera amplia su función dikelógica. Así, en la Casación 3695-2001-Huaura se lee:

(...) Esta Sala (Suprema) jurisprudencialmente ha venido declarando procedente el recurso (de casación) en relación de los hechos cuando ha advertido en su determinación o en su calificación jurídica un absurdo (...).

En la casación N° 839-2003-Lima esta admisión es más diáfana:

(...) Si bien es cierto que la Sala de casación, atendiendo a las finalidades dikelógica y axiológica de este recurso extraordinario (casación), excepcionalmente, revisando caso por caso, puede entrar al reexamen de las pruebas, ello sólo es posible cuando hubiese un error patente o una decisión arbitraria (...).

Y en la Casación N° 2057-2007-Santa el raciocinio supremo es todavía más claro y contundente:

(...) Frente a los postulados rígidos de la finalidad nomofiláctica del recurso de casación que recoge nuestro ordenamiento procesal, cabe señalar, que hay casos en que el control fáctico es indispensable para lograr enmendar el absurdo, la arbitrariedad y para llegar a la justicia del caso concreto, y, por consiguiente, el control casatorio de los hechos depende de la finalidad que se le quiere atribuir al recuso (de casación) (...) Que, reconociendo que los jueces de grado son los juzgadores de los hechos y, por tanto, soberanos en esa materia (...) la sala de casación necesariamente debe revisar la demanda, la contestación, los medios probatorios, las sentencias inferiores, para conocer precisamente los hechos enunciados y probados; y, en base a esa revisión determinar los hechos materia de controversia, los que a veces no coinciden con los relatados por los jueces de mérito (...).

Empero, y aunque suene un tanto contradictorio, luego de la reforma casacional del año 2009, la Corte Suprema parece haberse vuelto más conservadora con relación al despliegue de su función dikelógica vinculada con la evaluación fáctica del caso, a pesar de que la modificación experimentada por el artículo 384 del CPC, que regula los fines de la casación, ha consagrado la “*adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto*” como uno de ellos; expresión que sin duda denota el aterrizaje de la finalidad nomofiláctica y su unión inescindible con la búsqueda de justicia que cada asunto litigioso particular demanda.

Para finalizar este tópico, en el acápite correspondiente se abordarán los procedimientos y cambios que deben hacerse para fomentar el uso racional de la función dikelógica en situaciones donde la arbitrariedad ha anidado.

4.2. PRESERVACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE LA FUNCIÓN DIKELÓGICA

Sabemos que, de acuerdo con el diseño de nuestro sistema procesal civil, solo cierto porcentaje de procesos (civiles) llega en casación a la Corte Suprema de Justicia, pues la mayoría de ellos termina con una resolución final (auto o sentencia) de primera o de segunda instancia. A su vez, desde nuestra modesta experiencia como abogado litigante primero y luego como juez, nos permitimos aseverar que de este porcentaje minoritario solo una porción, hasta cierto punto algo minúscula, revela una grave deficiencia en la argumentación relacionada bien con el análisis de los hechos y las pruebas o bien con la aplicación del derecho. Pero es indudable que, en un Estado Constitucional de Derecho, ante la factibilidad real de que exista una sola situación conflictiva que se pueda resolver de modo injusto, surge la necesidad de prever alguna vía para remediarlo.

Por ello, reiteramos nuestra firme convicción de que se mantenga la función dikelógica e incluso postulamos su fortalecimiento confiriendo a los jueces supremos la facultad excepcional de examinar el fondo fáctico y probatorio del asunto litigioso cuando adviertan de modo palmario que las instancias jurisdiccionales de mérito han actuado con arbitrariedad o irracionalidad.

Esto en buena cuenta significaría preferir siempre el fondo sobre la forma, la justicia sobre el derecho, puesto que en rigor este último únicamente constituye un medio o instrumento para la consecución de los fines del proceso: resolver el conflicto de intereses en virtud de los hechos alegados y probados, así como alcanzar la paz social con justicia.

Asimismo, hemos constatado que el Constitucionalismo moderno proporciona las bases materiales axiológicas y jurídicas fundamentales para que la Corte Suprema de Justicia invoque y aplique la finalidad dikelógica de la casación, para así alcanzar una decisión justa que satisfaga las exigencias del debido proceso sustantivo.

Por su parte, la Teoría de la Argumentación se cierne como una de las herramientas medulares para que el razonamiento judicial del órgano supremo sea catalogado correcto desde el punto de vista lógico-formal y desde el punto de vista sustancial; lo que a su vez conllevaría al pleno logro de las finalidades concreta y abstracta del proceso civil, así como a la propia legitimación del Poder Judicial ante la sociedad. Pero aún más: se evitarían procesos de amparo por infracción del debido proceso sustantivo, pues el anhelo de justicia de los ciudadanos se vería satisfecho; además desde luego de la subsecuente disminución de conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

En resumen, creemos que la función dikelógica es consustancial a la casación civil dentro de un Estado Constitucional de Derecho y perfectamente compatible con sus funciones públicas (nomofilaquia y unificación de la jurisprudencia), por lo que por lo menos merece mantenerse regulada legislativamente en los términos actuales, sin perjuicio de sugerir su ampliación mediante una causal expresa que sintetice las infracciones a la valoración absurda de los hechos. Así convenimos que la causal podría ser simple y llanamente la "arbitrariedad", como se ha establecido hace poco en Argentina. Disentimos de la amplitud de la regulación de la casación colombiana en cuanto al *ius litigatoris*, por cuanto ello sí podría originar una avalancha de recursos que terminaría convirtiendo a la Corte de Casación en tercera instancia. Pero si esto no llega a suceder, pensamos que la manera esporádica de abordar este asunto fáctico es a través de la casación

excepcional. Solo que la potestad de abrir esta puerta ya no queda en manos de la parte agraviada sino de la Corte Suprema.

De todos modos, la situación verificada en esta investigación, al analizar los números estadísticos de la producción resolutive de las Salas Civiles Supremas en el periodo de julio de 2007 a diciembre de 2017, nos lleva a suscribir la imperiosidad de la reforma del recurso de casación. Así, no es concebible que nuestra Corte Suprema utilice mucho más de la mitad de su valioso tiempo calificando casaciones para declararlas improcedentes. Se ha determinado que en dicho periodo el 75% de los recursos de casación de índole civil siguen esta suerte, casi 10% son declarados infundados y solo alrededor del 15% de casaciones son fundadas. Es decir, de 20 casaciones, 15 son declaradas improcedentes, 2 infundadas y solo 3 son amparadas.

Estos números revelan la urgencia de efectuar una nueva reforma en la institución casatoria. El talón de Aquiles sin duda sigue siendo las improcedencias del recurso y no las casaciones que son desestimadas por el fondo (infundadas), pues estas últimas solo representan el 10% del total y cerca del 40% de todas las sentencias de fondo.

Ahora bien, el primer tema en debate, conforme a la literatura jurídica, proyectos de ley y opiniones versadas en general, sería redefinir las funciones de la casación. Muchos autores y dos de los tres proyectos de ley presentados luego de la dación de la Ley N° 29364, uno de ellos del propio Poder Judicial, han planteado la supresión de la función dikelógica. Se pretende la eliminación de la frase “caso concreto” del texto del artículo 384 del CPC. Insistimos en que es inviable esta propuesta desde el punto de vista dogmático jurídico, en tanto en la presente investigación hemos expuesto suficientes razones para sostener que dicha función es la que verdaderamente otorga a una Corte de Casación su carácter jurisdiccional. Si bien apreciamos la actual trascendencia de las funciones públicas tradicionales por contribuir a la predictibilidad de los fallos judiciales y, con ello, a la seguridad jurídica, pero en sustancia tales funciones son más de índole política. Por tanto, y según la estructura de nuestro sistema jurídico-político, la Corte Suprema no puede tener por sí solo fines o competencias políticas. Desde luego que se reconoce la evolución, dinamicidad y

adaptabilidad de los ordenamientos jurídicos modernos del *civil law*, más todavía si la esencia de una Corte de justicia es su naturaleza jurisdiccional, y, por ende, por ejemplo, no podríamos compararla con la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica que sí posee una construcción más política.

Y para fines pragmáticos, la cercenación de la función dikelógica no sería relevante, dado que dentro de un Estado Constitucional de Derecho la ley ya no es más el vértice de la pirámide jurídica; lo son los derechos fundamentales y los principios y valores constitucionales (lo que se conoce como Constitución dogmática), los que, si las circunstancias se presentan, exigirán de los órganos jurisdiccionales, en especial de la Corte Suprema, una solución adecuada o justa al caso concreto. Siempre que esto suceda, la función dikelógica, esté o no consagrada en la ley, desplegará su esperada influencia, bajo el riesgo de abrir el camino para una amparización de la justicia ordinaria. Por lo demás, no se ha explicado en forma prolija de qué manera concreta la supresión del fin dikelógico puede ayudar a la reducción de la carga procesal suprema y al éxito o logro de los fines públicos.

4.3. REGULACIÓN DE UNA CAUSAL DE CASACIÓN QUE PROTEJA EXPRESAMENTE EL *IUS LITIGATORIS*

La segunda cuestión es abordar la conveniencia de modificar las causales de casación. Según se ha analizado en esta tesis, la Ley N° 29364 se ocupó sustancialmente de esta situación, al reducir y sintetizar drásticamente tales causales. Se hizo una cirugía mayor al simplificarlas de ocho a dos. Estimamos apropiado lo implementado, tanto por razones de orden teórico como práctico, por cuanto la diversificación de las infracciones normativas que estipuló el código en su redacción primordial, sobre todo las sustantivas, traducidas en sustentar qué es inaplicación, aplicación indebida o interpretación incorrecta de la ley, fueron un tanto artificiosas y complicadas de estructurar. Es mucho más digerible y razonable el haber establecido una única causal para las infracciones normativas materiales o procesales, en tanto incidan directamente en el sentido de la resolución objetada.

Además, estamos convencidos que este cambio lingüístico verificado va más allá de una simplificación gramatical. En efecto, la redacción originaria de las causales de casación reflejaba aún la poderosa influencia del Estado Legal de Derecho y la primacía sin atenuantes del Poder Legislativo. A pesar de que nuestro código procesal vigente se sancionó en 1992 (entro en vigencia el 28 de julio de 1993), cuando nuestro sistema jurídico ya estaba adscrito al contemporáneo Estado Constitucional de Derecho, en la mente de los legisladores peruanos parece que todavía resonaba con fuerza el imperio supremo de la ley. De allí que las causales normativas previstas aludían explícitamente a la interpretación y aplicación correcta de la ley (en abstracto).

Ahora la causal en ciernes ha mutado y se expresa en “la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”, mucho más emparentada con la función de la ley bajo el poder de la normatividad constitucional; e incluso dicha causal es más realista, al aceptar de manera tácita que la ley puede tener varios sentidos correctos o razonables y que el contexto es lo que en último grado define cuál es la aplicación adecuada.

Sin embargo, como lo hemos adelantado, es recomendable añadir una causal que proteja exclusivamente el *ius litigatoris*, como sucede en Argentina que con tal fin ha previsto la arbitrariedad. Si bien mediante la casación excepcional estatuida en el artículo 392-A del CPC la Corte Suprema puede abordar el fondo del asunto fáctico en supuestos donde la decisión recurrida es arbitraria o absurda, pero el estudio de la muestra casatoria del quinquenio 2013-2017 demuestra que aquella no está interesada en examinarlo al menos de manera directa, en tanto la determinación elegida siempre acude al mecanismo del reenvío. Es decir, no es que el órgano casatorio sea ajeno a sentencias de instancia injustas, lo que sucede es que cuando las constata sí las anula, más en vez de emitir un pronunciamiento de mérito definitorio se aferra, equivocadamente, a que solo es un tribunal que puede corregir temas jurídicos y, por ello, devuelve el proceso para que se expida nuevo fallo, bajo el argumento de que la resolución casada contiene algún defecto motivacional que debe subsanarse.

Esta realidad debe cambiar en la medida que este tipo de casaciones con reenvío dilatan innecesariamente el proceso, postergando su solución de fondo muchas veces por varios años más. Entonces, si la Corte Suprema no es consciente de que en virtud de su función dikelógica y al amparo del aludido artículo 392-A está facultada para evaluar íntegramente la controversia casatoria en situaciones límite como las descritas, lo que resta es establecer una causal expresa y concreta que las prevea, tal como ocurre en ordenamientos jurídicos vecinos como Colombia y Argentina y que algunos autores como Carlos Alberto Celis Zapata lo sostienen. Lo que sí se reitera es que dicha causal debe ser restrictiva y ceñirse únicamente a supuestos de arbitrariedad. No queremos convertir a la Corte Suprema nuevamente en tercera instancia. En rigor, creemos que en estos tiempos ello ya no es necesario. El estudio estadístico efectuado exhibe datos contundentes sobre el alto porcentaje de recursos de casación que son declarados improcedentes (75%) y otro porcentaje que es desestimado (infundado) (alrededor del 10%). La lectura que sigue es que las energías deben concentrarse en el restante 15% de casaciones que sí son amparadas. Esto requiere medidas específicas para fortalecer el instituto casatorio, dentro de las cuales abogamos por la regulación de una causal explícita que sintetice los casos donde se advierta con nitidez arbitrariedad en el análisis fáctico o probatorio.

4.4. ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO O REGLA DEL DOBLE YCONFORME O DE LA DOBLE CONFORMIDAD

Ahora bien, habíamos hecho hincapié en la destacable transformación materializada por la Ley N° 29364 en el nuevo tratamiento de las causales de casación, pero, a pesar de esta notable reingeniería, los datos estadísticos del segundo semestre de 2007 y de los años 2008 y 2009, en que estuvo vigente la versión originaria del recurso de casación, patentizan que la complejidad y rigurosidad de las causales reguladas (aunado seguramente a los afanes emotivos de justicia de los litigantes, entre otros) ocasionaron que alrededor del 75% (75.20% exactamente) de las casaciones fueran declaradas improcedentes. Por su parte, desde el vigor

de la Ley N° 29364 este porcentaje prácticamente se ha mantenido (74.91%); lo que revela que el problema no está en la simplicidad o dificultad con que están redactadas tales causales, pues si hubiese sido esto último en la década precedente más recursos debieron haber alcanzado el análisis de fondo. A pesar de ello, no parece aconsejable modificar nuevamente este tema (con relación obviamente a esta causal que resguarda la función nomofiláctica).

También debemos valorar que en promedio casi el 15% de los recursos son declarados fundados; esto es, de cada 100 procesos que llegan a conocimiento de la Corte Suprema, 15 merecen una decisión de fondo a favor del impugnante. Es un porcentaje destacable, aunque en modo alguno puede revelar niveles de dramatismo, más sí grafica por lo menos dos lecturas. La primera, de eficacia inmediata, señala que el nivel de calidad (o de justicia) de las resoluciones de las Salas Superiores es bueno, pero no óptimo. Aunque no hay estudios concluyentes, tal vez un estándar ideal para una Corte de Casación como la nuestra sea que el nivel de rechazo de las casaciones supere el 95%. Quizá solo así podría restringirse significativa y razonablemente el acceso a dicha Corte. No es el escenario que tenemos. Por ello, la realidad casuística invita, más bien, a preservar la institución casatoria, pero claro no en la amplitud y magnitud actuales. Los indicadores estadísticos de todos modos exigen algunos sesudos cambios, los que deben darse con el límite de no reducir demasiado el acceso al recurso casatorio, por cuanto del otro lado del escenario litigioso siempre está latente la posibilidad de un desbordamiento de amparos contra procesos ordinarios que, probablemente, causarían mayores problemas de los que hoy afrontamos y queremos solucionar.

La segunda lectura, cuya implementación realísticamente puede acaecer a mediano o largo plazo, desencadena en la exigencia de reestructuración de las Cortes Superiores. En el modelo actual, auscultado de cerca por la Oficina de Productividad del Poder Judicial y bajo la llave financiera del Ministerio de Economía y Finanzas, el factor clave es la cantidad de sentencias o resoluciones finales que un órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado produce semanal, mensual, semestral y anualmente. No tiene

mayor peso la calidad de la decisión ni la diversidad de materias asignadas a cada uno. La experiencia recomienda que se debe avanzar en la especialización de la judicatura para obtener un equilibrio entre cantidad y calidad.

Entonces, creemos que el problema continúa siendo la (relativa) excesiva carga procesal que asumen las Salas Civiles Supremas. El promedio de la última década son 1220 procesos que cada Sala (de cinco jueces) resuelve anualmente. Son 244 casos que se asignan a cada juez supremo. No es un guarismo alto si sabemos que veinticinco asistentes jurisdiccionales ayudan a proyectar las resoluciones (cinco por magistrado). Pero la idea es que el análisis de las casaciones sea más personal y profundo y mejore la calidad de las decisiones supremas. Asimismo, se gane celeridad. No es justo que un recurso tarde en resolverse entre dos y tres años.

Desde luego que establecer un número máximo de casos por ahora puede catalogarse un poco arbitrario. Pero no es descabellado aspirar a que una Sala Civil de la Corte Suprema pueda conocer de 200 a 300 casaciones por año. Sería bastante reducir a menos de la cuarta parte la carga procesal de hoy. Sin transformar radicalmente (por ahora, quizá más adelante) la institución casatoria, propugnamos que es momento de retomar algunas recomendaciones que se formularon y no se adoptaron en la primera reforma de 2009 y que los tres proyectos de ley presentados en el último decenio las han acogido de manera pacífica, sobre todo el principio del doble y conforme (cuando la resolución de segunda instancia ha confirmado íntegramente la de primera) y el establecimiento de la eficacia inmediata de la resolución impugnada. Urge legislar ambas propuestas para verdaderamente hacer residual, predecible y descollante la casación. Se requerirá plasmar otras ideas, como determinar supuestos puntuales para una casación excepcional y una limitación mayor para eludir lo más posible a la casación con reenvío, pero aquellas ahora son en verdad imprescindibles e impostergables.

En efecto, la regla del doble y conforme postula que las decisiones de los jueces de primera instancia que hayan sido confirmadas por las Salas Superiores ya no deberían ser objeto de casación. Es una buena alternativa que debe ser seguida. En teoría, la concordancia de criterios de las dos

instancias de mérito proporciona suficientes elementos de juicio para inferir que la solución adoptada se ajusta a los cánones de justicia de nuestra sociedad. No es infalible esta inferencia, pero tiene cierto sustento pragmático, en la medida que no está en cuestión que el error judicial disminuye significativamente cuando un asunto es revisado por otro órgano jurisdiccional (superior), más aún si este último consta de tres jueces.

En la doctrina no hay unanimidad para fijar el contorno preciso del doble y conforme, por lo que la ley debe fijarlo. No es propósito de esta investigación delimitarlo; empero, sugerimos que el parámetro a seguir sea la confirmación de la decisión apelada en su integridad, salvo que los puntos revocados, anulados, integrados, aclarados o corregidos sean meramente accesorios (establecer intereses legales previstos en la norma y que habían sido omitidos, precisar la fecha de cómputo de dichos intereses, aclarar el nombre de una parte, corregir un monto, entre otros), en cuyo supuesto tal paradigma no debe ser alterado.

Por tanto, la regla debe ser que ante el doble y conforme no procede el recurso de casación. Si esta recomendación se implementa se obtendrá en el breve plazo una reducción mayúscula en la carga procesal suprema. Esto es así porque de la población de casaciones evacuadas por las Salas Civiles Supremas en el periodo 2013-2107 (cinco años), hemos constatado que la misma asciende a 10643: 1742 fundadas, 1152 infundadas y 7749 improcedentes. A su vez, de la muestra tomada y analizada (116 casaciones: 33 fundadas, 33 infundadas y 50 improcedentes), en el primer grupo de *fundadas*, en el 39.39% (dos de cinco) está presente la regla del doble y conforme, porcentaje que al generalizarlo arrojaría 686 casaciones de la población de ejecutorias fundadas; en el de *infundadas*, dicha regla representa el 66.66% (dos tercios), o sea, 767 casaciones al universalizarlas a toda la población de infundadas; y en el de *improcedentes* el porcentaje crece hasta el 92% (de 10 más de 9), es decir, 7129 casaciones si generalizamos esta proporción al universo de las casaciones que han resuelto en este sentido.

Asimismo, al sumar tales cifras llegamos a 8582 casaciones (entre fundadas, infundadas e improcedentes) que la Corte Suprema no hubiese conocido si

la regla en comento estuviese vigente. En otras palabras, de las 10643 casaciones expedidas en cinco años, las Salas Supremas solo hubiesen tenido que emitir 2061 casaciones o 412 por cada año entre ambas (una reducción del 81%). El promedio anual por cada Sala: 206 (un sexto de la vigente). Incluso con este drástico aligeramiento, la Sala Civil Transitoria podía cesar en sus funciones definitivamente, en tanto una carga de 412 expedientes por año es todavía razonable (un tercio de la actual) para ser exclusivamente asumida por la Sala Civil Permanente.

Entonces, estos números demuestran que la regla del doble y conforme es la solución para el tema de la excesiva carga de expedientes que se atiborran en los anaqueles supremos por años, en tanto la disminución de casaciones llegaría hasta casi el 81%. Dicho de otro modo, solo el 19.36% de la carga actual habría sido la asignada a la judicatura civil suprema (de cada cinco procesos actuales, solo uno hubiese llegado a conocimiento casatorio). Si se mantienen las dos Salas Supremas, cada uno de los diez jueces sería ponente en 41 casaciones por año (entre fundadas, infundadas e improcedentes), menos de un proceso por semana; y si se suprime la Sala Transitoria, la carga se duplica hasta 82 ponencias anuales y menos de dos por semana; números que continúan siendo asequibles y manejables para una Sala Civil Suprema estructurada con el andamiaje jurídico en vigor.

Además, la merma muy significativa de la carga procesal sin duda traerá consigo una mejora sustancial en la calidad de las decisiones, con la subsecuente materialización de las funciones de la casación, por cuanto los jueces supremos tendrían mucho más tiempo para analizar los procesos que llegan en casación y con ello se espera (razonablemente) que cada caso concreto sea abordado más exhaustivamente para encontrarle la solución más justa (función dikelógica), la normatividad pertinente sea interpretada y aplicada con mayor estudio y debate (función nomofiláctica) y así las resoluciones puedan tener más coherencia y predictibilidad para situaciones futuras análogas (uniformización de la jurisprudencia).

4.5. AMPLIACIÓN DE LA CASACIÓN EXCEPCIONAL

Pero existe una debilidad que conjurar. En el caso de las ejecutorias improcedentes e infundadas no hay problema alguno, pues con la vigencia del principio del doble y conforme simplemente la Corte Suprema se ahorrará el trabajo de conocer procesos destinados a ser desestimados. La cuestión solo compromete a las casaciones fundadas en las que había el doble y conforme y que representan el 39.39% de la población estimatoria estudiada según la muestra disgregada. En cinco años han sido 686 casaciones (unas 137 por año) (significan casi el 6.5 de la población casatoria total de 10643) que no hubiesen llegado a territorio supremo a pesar de que merecían hacerlo, puesto que son casos en los que el recurrente tenía la razón. Esto obliga a prever un canal por donde tales causas puedan encaminarse hasta la Corte Suprema y así permitirle a ésta la posibilidad de enmendar la solución impugnada.

Para lograr tal cometido, tiene que estipularse un supuesto de casación excepcional contra la regla de la doble conformidad, que podría ser cuando la decisión de la Sala Superior contradiga abiertamente un precedente vinculante o tal vez algo más sutil y genérico como la alegación de un agravio evidente e inaceptable a los derechos, principios o valores constitucionales. Esto alejará la sombra de la amparización que se puede concretar si tal ventana no se prevé, sin perjuicio de que la actual figura de la casación excepcional preceptuada en el artículo 392-A del CPC pueda servir perfectamente para este propósito, aunque parecería que su regulación se ha contemplado para situaciones más extremas, en las que, por ejemplo, sea absolutamente necesario revalorar hechos y pruebas. Lo neurálgico es que la regla del doble y conforme urge ser implementada con las excepciones correspondientes. Esto constituiría un primer martillazo - invocando un término muy de boga en esta pandemia que azota al mundo-, al abuso del recurso de casación de hoy en día (recuérdese que en el 92% de las casaciones declaradas improcedentes y en el 66.66% de las casaciones infundadas está presente la regla del doble y conforme). Por tanto, se ha demostrado categóricamente que el número de casaciones menguará en un porcentaje bastante apreciable.

Como una suerte de parangón y con las diferencias correspondientes, resaltaremos que en los denominados procesos constitucionales de la libertad (amparo, hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento), en los que se ha previsto tres instancias (dos en el Poder Judicial y la última a cargo del Tribunal Constitucional), a la tercera solo se accede si la resolución de segunda instancia es desestimatoria (improcedente o infundada la demanda). Así lo subraya el artículo 15° del Código Procesal Constitucional; sin embargo, el Tribunal Constitucional, jurisprudencialmente, ha señalado que, de manera excepcional, cuando la sentencia estimatoria ha vulnerado sus precedentes vinculantes, es posible llegar hasta su fuero mediante el recurso de agravio constitucional.

Entonces, la regla es que la decisión judicial de segundo grado que declara fundada la demanda concluye el proceso constitucional, sin posibilidad de transitar la tercera instancia, a menos que se haya infringido algún precedente del propio Tribunal Constitucional o cuando la resolución revisora es desestimatoria. Esto debe ser trasladado a la regulación del recurso de casación con la regla del doble y conforme que impida acceder a la Corte de Casación, dejándose prudentemente una pequeña puerta para supuestos extraordinarios, como la vulneración flagrante de algún pleno casatorio o en situaciones anómalas de palmaria arbitrariedad.

Claro que esta reforma ha de traer aparejada la restitución de la facultad de las Salas Superiores para que rechacen los recursos de casación interpuestos contra resoluciones que satisfacen la exigencia del doble y conforme. No tendría sentido que el proceso se eleve a la Corte Suprema para que sea ésta quien constate, probablemente luego de valiosos meses y hasta más de un año, situaciones tan evidentes como la descrita.

4.6. DEROGACIÓN DEL EFECTO SUSPENSIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

Pero consideramos que los cambios sugeridos hasta aquí podrían ser aún insuficientes. La evidencia sugiere que el abuso de las casaciones puede tener dos componentes invisibles cardinales: el propósito de dilación del proceso y un anhelo muy subjetivo de buscar justicia. Resulta obvio que un

motivo menor tiene que ser la deficiente defensa técnica del litigante que recurre en casación, más creemos que dentro del 75% de recursos rechazados sin pronunciamiento de fondo (declarados improcedentes) el alargamiento deliberado del proceso y la emotividad rezumante del proponente (acorde con sus intereses particulares) son los factores subyacentes de esta realidad, aunque los mismos no aparezcan mencionados en el recurso y tampoco en la decisión desestimatoria.

Se han revisado innumerables resoluciones supremas que han declarado improcedentes sendos recursos de casación. Entre las razones objetivas más extendidas se verifica, en primer lugar y con el 72% de frecuencia, la petición, la mayoría de veces implícita, para la reevaluación del material fáctico y probatorio; aspecto que no constituye causal de casación. Estimamos que solo un afán justiciero y la intención de prolongar el conflicto para no aceptar la derrota judicial pueden estar detrás de este tipo de recursos. La motivación de las resoluciones supremas denota indirectamente el convencimiento subjetivo del recurrente de que tiene la razón y de que los jueces de mérito no habrían evaluado adecuadamente los hechos y las pruebas; es decir, en rigor lo que se busca es una tercera instancia para situaciones ordinarias que no la requieren.

En segundo lugar, se aprecia inconsistencias en la fundamentación jurídica de los recursos, sobre todo en cuanto a la precisión de la infracción normativa y su incidencia en el sentido de la resolución impugnada (34%). Bien que se deba a falencias técnicas de la defensa o a propósitos dilatorios, el asunto es que no es admisible que esta clase de recursos sigan presentándose sin temor alguno, por cuanto se afecta el principio de la duración razonable de los procesos y la propia confianza en el sistema de justicia.

Para afrontar esta problemática situación, el segundo martillazo requerido debe ser la derogación de la regla de que el recurso de casación suspende automáticamente la eficacia de la resolución objeto del mismo, al menos respecto de decisiones de condena. Si el 85% de los recursos son desestimados por infundados o improcedentes, claramente que la estipulación suspensiva actual está beneficiando al litigante perdedor. No es

una proporción de éxito del recurso de 50%, puntos más o puntos menos, que aconseje mantener tal norma. No obstante, ello, el 15% restante obliga a tomar algunas medidas precautorias; esto es, la regla ha de ser la eficacia inmediata de la resolución impugnada, pero con excepciones puntuales. Tal vez se exija una especie de garantía real o caución para quienes pretendan suspender la ejecución de la decisión, pero suponemos que lo más razonable sería que solo la declaración de procedencia del recurso y consecuente señalamiento para la audiencia de vista de la causa debe traer la suspensión acotada.

Sinteticemos: primero, no procederá recurso de casación cuando la resolución de segunda instancia ha confirmado en su integridad a la apelada, salvo afectación evidente de un pleno casatorio vinculante o cuando esté revestida de arbitrariedad manifiesta. Segundo, dicho recurso no suspenderá la eficacia de la resolución impugnada, sobre todo en decisiones de condena, a menos que el recurrente preste garantía real o deposite una caución dineraria. Tercero, elevado el proceso a la Corte Suprema (se remitirá el cuaderno de ejecución al juzgado competente), solo la declaración de procedencia del recurso (que implicará de todas maneras una decisión de fondo) determinará la suspensión de la ejecución en marcha. Claro que esperamos que, con la reducción significativa de la carga de expedientes, la calificación de los recursos por parte de la Corte de Casación sea más expeditiva y célere.

Valoramos que estos cambios son necesarios y hasta cierto punto suficientes en el contexto actual para transformar la casación civil en nuestro país y así reencausarla para que se utilice con ponderación. El objetivo inicial es aminorar la carga procesal que la Corte Suprema arrastra desde siempre, poniendo candados efectivos que desalienten al mal litigante. Ello a su vez determinará alcanzar los retos más ansiados que son el cumplimiento con solvencia de las funciones nomofiláctica, uniformadora y dikelógica de la casación, puesto que, reiteramos, una reducción notable de expedientes permitirá mejorar la calidad de las resoluciones supremas, en la medida que solo conocerá casos que verdaderamente exijan el pronunciamiento dirimente del órgano jurisdiccional de mayor jerarquía del país.

4.7. PROHIBICIÓN DE LA CASACIÓN CON REENVÍO

Asimismo, estimamos que, si queremos optimizar aún más la casación civil, debemos prácticamente prohibir la casación con reenvío y, en todo caso, dejarla solo a situaciones límite en las que la infracción procesal detectada sea de tal magnitud que haga imposible dictar un pronunciamiento de fondo definitivo, por estar de por medio la vulneración de un derecho fundamental de la parte agraviada que únicamente puede ejercerse o garantizarse en instancias previas del proceso.

Lo que sí parece obvio es que las deficiencias en la motivación (que incluye todo lo relacionado con la valoración probatoria) no deben ser razón para que la Corte Suprema ejerza el reenvío. Actualmente las estadísticas demuestran que del total de casaciones con pronunciamiento de fondo estimatorio (fundadas), las casaciones con reenvío representan el 66.66% (2 de cada 3 o 22 de 33 en la muestra tomada) y de dicho porcentaje en el 68% de las analizadas (aproximadamente 2 de cada 3 o 15 de 22) la razón medular para anular la resolución impugnada y disponer nuevo fallo ha sido la vulneración al principio de motivación de las resoluciones judiciales; situación que creemos puede y debe ser corregida y definida por la propia Corte Suprema, no solo porque se ha garantizado el principio de la doble instancia para las partes sino porque hoy en día aquella está facultada para corregir la motivación incorrecta, errónea o deficiente, sin anular la recurrida, si la decisión de ésta se ajusta a derecho. Por ello, el control de logicidad que ejerce nuestro máximo órgano jurisdiccional, como Corte de Casación, no puede dar lugar a fallos con reenvío. Se tiene que enmendar el defecto motivacional y emitir sentencia de fondo definitiva.

Este escenario permitirá que en adelante la mayoría de casaciones sea sin reenvío. En efecto, en la muestra analizada de 33 casaciones fundadas, en 11 de ellas hubo pronunciamiento de mérito definitivo; y de los 22 restantes, casaciones con reenvío, en 15 predominó el tema motivacional. Si este asunto se supera y en rigor prohíbe como causal de nulidad, tendríamos 26 de 33 casaciones sin reenvío, es decir, el 78.78%: casi cuatro de cinco casaciones serían sin reenvío. Un nada desdeñable cambio, por cuanto en

verdad las casaciones con reenvío deben ser minoritarias, un tanto excepcionales, y no la regla como la estadística comprueba es ahora.

4.8. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

Como aspectos complementarios, opinamos que la casación excepcional contenida en el artículo 392-A del CPC debe mantenerse como tal, sin perjuicio de los otros supuestos adicionales que se requiere incorporarlos. Tal vez con la disminución de la carga procesal que soporta la Corte Suprema su uso pueda extenderse un poco, más resaltamos que su regulación es un primer paso en el afianzamiento de los poderes casatorios para situaciones límite en las que es preciso una decisión de fondo. Es el norte para que algún día los fines esenciales de esta institución sean cumplidos a cabalidad, acorde a las expectativas ciudadanas que en un Estado Constitucional de Derecho se han moldeado.

Finalmente, estimamos que no es aconsejable incorporar lo que en doctrina se denomina *summa gravaminis*, es decir, un criterio mínimo de cuantía como causal de casación; y menos excluir de la impugnación casatoria algunas materias o procesos, como el de ejecución o el sumarísimo. Además de enredar el instituto casatorio y hacerlo poco técnico y abiertamente discriminatorio, en esta tesis hemos ilustrado con sólidos fundamentos argumentativos y estadísticos que las propuestas analizadas en líneas precedentes serían suficientes para encausar la casación civil al logro de sus fines. En esta perspectiva, las ideas alusivas plasmadas en el proyecto de ley N° 3732-2014—PJ, realmente no tienen mayor sustento y llaman mucho la atención que hayan sido adoptadas por la propia Corte Suprema, sin la correspondiente contrastación empírica y argumentación teórica mínima exigible.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La función dikelógica no fue regulada en el texto originario del artículo 384 del CPC; únicamente las funciones públicas nomofiláctica y unificadora estuvieron en los planes del legislador (*ius constitutionis*). Asimismo, claramente la plasmación de este texto se adscribe todavía dentro de la fase del Estado Legal de Derecho, en el que predominaba una concepción positivista (legalista) y cognocitivista del mismo, materializada en que el Poder Judicial prácticamente no podía interpretar la ley y solo debía aplicarla previa indagación de su exacto y único significado consagrado en la propia construcción lingüística.

SEGUNDA: La utilización del adjetivo “esenciales” en el texto aludido para referirse a los fines públicos estipulados de manera expresa (el *ius constitutionis*), permite inferir que tales fines no eran los únicos que la casación perseguía y que, por tanto, podían existir otros de carácter secundario. Precisamente, el inciso 1) del artículo 396 del CPC, antes de ser modificado, reguló la casación bastarda o sin reenvío ante infracciones legales de carácter material, con lo cual podemos sostener que implícitamente cobijó en parte la finalidad dikelógica de la casación, en tanto se obligó a la Sala Suprema a resolver el fondo del asunto de manera definitiva si casaba la resolución impugnada.

TERCERA: Se aprecia dos cambios trascendentes en la modificada redacción de dicho enunciado legal introducida por la Ley N° 29364. El primero directamente se vincula con la supresión del vocablo “esenciales”, cuya secuela devela que desde entonces todos los (tres) fines clásicos de la casación tienen, cuando menos en teoría, la misma relevancia. El segundo está estrechamente ligado al anterior, por cuanto la función dikelógica, relegada a un plano subordinado en la regulación originaria, ahora exhibe la misma trascendencia legislativa que las demás. Así, estimamos que la expresión “***adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto***” del actual artículo 384 contiene indisolublemente unidas a las funciones nomofiláctica y dikelógica, en la medida que la nomofilaquia solo persigue conocer el sentido correcto de una

norma jurídica, desde una perspectiva abstracta y genérica y no particular como demanda la última de las nombradas.

CUARTA: Estos cambios legislativos también grafican la evolución experimentada por la función nomofiláctica desde la perspectiva primordial del Estado Legal de Derecho -que buscaba la interpretación y aplicación correcta y unívoca de la ley como norma suprema- hacia una realidad jurídica más acorde con un Estado Constitucional de Derecho, donde la ley ya no es más la cúspide del sistema y cuyo significado no siempre es único.

En segundo lugar, este nuevo paradigma jurídico representa también la asunción de las teorías constructivistas o prescriptivistas de la interpretación, que postulan a ésta como una actividad esencialmente argumentativa y valorativa, que pretende reconstruir del modo más óptimo posible el significado a atribuir al derecho en función del caso particular en cuestión.

En tercer lugar, esta nueva regulación plasma legislativamente el fin dikelógico, aun cuando mutilado, por cuanto la Corte Suprema no está habilitada, al menos en el común de los procesos recurridos en casación, para reevaluar los hechos y las pruebas en forma distinta a la efectuada por los órganos de mérito.

QUINTA: En la segunda Unidad de Análisis se ha efectuado un primer estudio sobre la cantidad de casaciones expedidas por las Salas Civiles (Permanente y Transitoria) de la Corte Suprema en el periodo julio 2007 – diciembre 2017 (10 años y medio), correspondientes al sentido del fallo adoptado y que han sido publicadas en el diario oficial El Peruano, cuyo resultado es el siguiente: El total de ejecutorias supremas de dicho periodo es de **25624**, de las cuales **3821** fueron **fundadas**, **2585 infundadas** y **19218 improcedentes**, que representan el **14.92%**, **10.08%** y **75%**, respectivamente.

SEXTA: Se ha diferenciado este estudio estadístico a su vez en dos grupos: el primero que abarca el periodo del segundo semestre de 2007 y de los años 2008 y 2009, en cuya resolución de los recursos de casación la Corte Suprema ha aplicado la legislación casacional del texto originario del Código Procesal Civil; y un segundo grupo subsumirá el periodo 2010-2017, en el que ya han tenido plena aplicación las modificaciones incorporadas por la Ley N° 29364.

Así, el primer periodo de dos años y medio comprende un total de **7419 casaciones**, de las cuales **1012 son fundadas**, **828 infundadas** y **5579 improcedentes**; es decir, las primeras equivalen al **13.64%**, las segundas al **11.16%** y las casaciones improcedentes son el **75.20%**.

El segundo periodo 2010-2017 (ocho años) comprende **18205 casaciones**, de las que **2809 son fundadas**, **1757 infundadas** y **13639 improcedentes**, las que significan el **15.43%**, **9.65** y **74.92%**, respectivamente.

SÉTIMA: Los datos obtenidos demuestran que las modificaciones normativas que introdujo la Ley N° 29364, en cuanto a la simplificación de las causales de casación, no han tenido casi ninguna incidencia práctica en la declaración de improcedencia de los recursos, pues el porcentaje de las casaciones rechazadas de esa manera ha pasado del 75.20% al 74.91%.

OCTAVA: La subsiguiente parte de esta segunda Unidad de Análisis contiene el estudio del **universo poblacional** de todas las resoluciones casatorias publicadas en el diario oficial El Peruano por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema en los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 (cinco años). El resultado es el siguiente: Son **10643 casaciones**. En este guarismo están incluidas todas las ejecutorias que han declarado fundado, infundado o improcedente el recurso de casación.

Por el sentido del fallo, que ha sido lo realmente relevante para esta tesis, de las **10643** ejecutorias, **1742 son casaciones fundadas**, **1152 infundadas** y **7749 improcedentes**, que representan el **16.36%**, **10.82%** y **72.80%**, respectivamente.

NOVENA: Del universo poblacional aludido se ha tomado una **muestra** de 116 casaciones de ambas Salas Supremas, de las cuales 33 han declarado fundado el recurso, 33 lo han declarado infundado y 50 son improcedentes. Las evidencias estadísticas obtenidas de este estudio son las siguientes:

9.1. De las 33 casaciones que han declarado fundado el recurso de casación, 22 son del tipo de casaciones con reenvío (66.66%) y las 11 restantes (33.33%) son casaciones sin reenvío.

9.2. Del examen de las 33 casaciones que han declarado fundado el recurso, se ha verificado que únicamente en 13 de ellas existía el doble y conforme (39.39%) y en los 20 restantes no (60.60%). De las 33 casaciones que han declarado infundado el recurso casatorio, en 22 se apreciaba la presencia del doble y conforme (66.66%) y en 11 no (33.33%). Y de las 50 casaciones que han declarado improcedente el recurso de casación, en 46 se ha encontrado la presencia de la regla de la doble conformidad (92.00%) y en 4 no (8.00%).

DÉCIMA: Entre las principales razones aducidas por la Corte Suprema para declarar la improcedencia de los recursos de casación, tenemos que, de las 50 ejecutorias examinadas, en 36 de ellas (72%) la improcedencia esencialmente se basa en el pedido de reexamen de los hechos y revalorización de la prueba; 17 casaciones (34%) rechazan el recurso por el incumplimiento de requisitos de procedencia; y solo 1 (2%) se cimenta en otras razones (porque el recurrente había consentido la sentencia de primera instancia).

UNDÉCIMA: Uno de los principales fundamentos jurídico-filosóficos para preservar y fortalecer la finalidad dikelógica en la casación civil nacional es la asunción del *ius litigatoris* como presupuesto para el ejercicio de funciones jurisdiccionales de una Corte de Casación. La adopción de esta función valorativa es lo único que puede catalogar a una Corte de Casación como un verdadero órgano jurisdiccional, pues los prístinos fines públicos (*ius constitutionis*) son esencialmente de carácter político, por cuanto pretenden de un modo un tanto general y abstracto definir el sentido de una norma (nomofilaquia), para luego obligar a los jueces de las instancias inferiores a seguir a pie juntillas esta interpretación (unificación de la jurisprudencia).

DUOCÉDIMA: Adicionalmente, la Corte de Casación, en un Estado Constitucional de Derecho, no puede prescindir de su función dikelógica, no solo porque dejaría de ser un órgano jurisdiccional, sino también por cuanto en todo proceso judicial impera la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso; principios que en última instancia incluyen la resolución de los conflictos jurídicos conforme a los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad que las circunstancias particulares exigen en cada caso.

DÉCIMO TERCERA: El siguiente fundamento jurídico-filosófico para preservar la finalidad dikelógica en la casación civil nacional es la efectividad de la justicia como fin esencial del proceso civil. Así, la casación es la última fase del proceso y, como tal, ha evolucionado para corregir los desaciertos de las instancias de trámite y de ese modo procurar hacer justicia. Es decir, ésta, como uno de los valores supremos del derecho, es la que ha guiado a la transformación de la institución casatoria, de tal manera que la conexión entre la finalidad concreta del proceso civil con la finalidad dikelógica de la casación se circunscribe a que, ambas, en última instancia, buscan hacer justicia en el caso particular (solucionar razonablemente un conflicto de intereses sobre la base de los hechos probados y el derecho).

DÉCIMO CUARTA: El tercer fundamento jurídico-filosófico para preservar y fortalecer la finalidad dikelógica en la casación civil nacional es la relevancia medular del debido proceso sustantivo en un Estado Constitucional de Derecho. La estrecha vinculación hallada entre la función dikelógica y el debido proceso sustantivo queda ilustrada en que la primera busca que la Corte de Casación conozca y resuelva el fondo del asunto de manera definitiva, incluso de manera integral si la situación lo amerita, para corregir la injusticia de la decisión jurisdiccional impugnada; mientras el segundo responde también a un anhelo concreto de justicia para el caso; es decir, que éste se dirima con sujeción a los principios y valores constitucionales, que tenga un mínimo de sentido común o racionalidad y que no hayan atisbos de arbitrariedad.

DÉCIMO QUINTA: El cuarto y último jurídico-filosófico para preservar y fortalecer la función dikelógica en la casación civil nacional es la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones judiciales. La arbitrariedad por lo general alude a una decisión carente de razón, justificación, motivación, lógica o justicia, por ende, constituye una clara afectación al principio-derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al propio principio de interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, resulta deseable que las decisiones judiciales arbitrarias sean corregidas por la Corte Suprema. Esto viene sucediendo en el campo normativo, pero no en el fáctico. Por ello, la casación civil tiene que fortalecer su función dikelógica con la asignación de una causal específica que prevea tal escenario.

Esto, además, contribuirá a la reducción de procesos de amparo, cuya regulación está también estipulada para enmendar fallos arbitrarios de la justicia ordinaria.

DÉCIMO SEXTA: La función dikelógica es consustancial a la casación civil dentro de un Estado Constitucional de Derecho y perfectamente compatible con sus funciones públicas (*ius constitutionis*). En efecto, desde el punto de vista dogmático-jurídico, aquella es imprescindible porque es la que le otorga a una Corte de Casación su carácter jurisdiccional. Las funciones públicas contribuyen a la predictibilidad de la justicia y, con ello, a la seguridad jurídica, pero en sustancia tales funciones son más de índole política.

DÉCIMO SÉTIMA: El estudio muestral ha revelado, en primer lugar, que las Salas Civiles de la Corte Suprema son bastante reacias para invocar la función dikelógica cuando se trata de revalorar el material fáctico del caso. En realidad, hemos comprobado que casi tres de cuatro casaciones improcedentes (72%) se sustentan en que no es tarea de la Corte de Casación reexaminar hechos.

En segundo lugar, en las resoluciones supremas que contienen un pronunciamiento de fondo estimatorio (fundadas) todavía hay prevalencia de las casaciones con reenvío (66.66%) frente a las casaciones sin reenvío (33.33%). De todos modos, este último dato informa que la función dikelógica sí viene siendo aplicada en un porcentaje no desdeñable, dado que en tales decisiones (1 de cada 3) la Corte Suprema, luego de casar (anular) la resolución impugnada, actúa en sede de instancia (como segunda instancia) confirmando o revocando la sentencia del juzgado (primera instancia).

En tercer lugar, se ha constatado, al analizar las casaciones con reenvío, que en muchas de ellas la Sala de Casación, para evitar revalorar los hechos, acude al recurso de la indebida motivación o de la valoración probatoria incompleta o no razonada para disponer al órgano de instancia expida nueva decisión. Creemos que esta salida no es la esperada, por cuanto aquella sí puede proceder como órgano de segunda instancia, corregir la deficiente motivación o valoración probatoria y definir la controversia de una vez por todas.

DÉCIMO OCTAVA: Los datos estadísticos de la producción resolutoria de las Salas Civiles Supremas en el periodo de julio 2007 - diciembre 2017, indican que

la reforma casacional del año 2009 ha sido insuficiente y que, consiguientemente, se requiere una nueva reforma. En efecto, se ha corroborado que la improcedencia de los recursos de casación se mantiene en torno al 75% y que la carga casatoria sigue elevada; es decir, desde la perspectiva numérica prácticamente nada ha cambiado. Si bien se ha avanzado con el reconocimiento del *ius litigatoris* como un fin de la casación, a la par del *ius constitutionis*, y con la simplificación de las causales del recurso, pero todavía falta robustecer al primero con la incorporación de una causal expresa que regule los supuestos de arbitrariedad fáctica. Del mismo modo, ha quedado pendiente la refrendación de modificaciones legislativas que realmente permitan una efectiva reducción de la carga procesal suprema, que posibilitará el mejoramiento sustancial de la institución casatoria.

DÉCIMO NOVENA: Se ha constatado que en promedio cada Sala Civil de la Corte Suprema resuelve anualmente 1220 casaciones. Al respecto, si, por ejemplo, estuviese vigente la regla que ante el doble y conforme (cuando la resolución de segunda instancia es confirmatoria) no procede el recurso de casación, se obtendría una reducción mayúscula en la carga procesal suprema. Esto es así porque de la población de casaciones evacuadas por las Salas Supremas en el periodo 2013-2017: 10643, alrededor de 8582 casaciones (entre fundadas, infundadas e improcedentes) no hubiesen podido ser presentadas. En otras palabras, las Salas Supremas en 05 años solo hubiesen tenido que emitir 2061 casaciones o 412 por cada año entre ambas (una reducción del 81%).

VIGÉSIMA: Finalmente, la merma significativa de la carga procesal sin duda traerá consigo una mejora sustancial en la calidad de las decisiones, con la subsecuente materialización de las funciones de la casación, por cuanto los jueces supremos tendrían mucho más tiempo para analizar los procesos que llegan en casación y con ello se espera que cada caso sea abordado más exhaustivamente para encontrarle la solución más justa (función dikelógica), la normatividad pertinente sea interpretada y aplicada con mayor estudio y debate (función nomofiláctica) y así las resoluciones puedan tener más coherencia y predictibilidad para situaciones futuras análogas (uniformidad de la jurisprudencia).

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Recomendamos añadir una causal casatoria que proteja exclusivamente el *ius litigatoris*. Se ha demostrado que la Corte Suprema no parece consciente de que, en virtud de su función delictológica y al amparo incluso del artículo 392-A, está facultada para evaluar íntegramente la controversia casatoria en situaciones de arbitrariedad manifiesta, por lo que ante este escenario de cierta indeterminación se debe establecer una causal expresa y concreta que las prevea, tal como ocurre en ordenamientos jurídicos vecinos como Colombia y Argentina. Lo que sí se reitera es que dicha causal debe ser restrictiva y ceñirse únicamente a supuestos donde se advierta arbitrariedad o absurdidad en el análisis fáctico o probatorio.

SEGUNDA: Recomendamos incorporar la regla del doble y conforme como impedimento para presentar un recurso de casación. Dicha regla postula que las decisiones de los jueces de primera instancia que hayan sido confirmadas por las Salas Superiores ya no pueden ser objeto de casación. En teoría, la concordancia de criterios de las dos instancias de mérito proporciona suficientes elementos de juicio para inferir que la solución adoptada se ajusta a los cánones de justicia de nuestra sociedad. No es infalible esta inferencia, pero tiene cierto sustento pragmático, en la medida que no está en cuestión que el error judicial disminuye significativamente cuando un asunto es revisado por otro órgano jurisdiccional (superior). El objetivo primordial es la reducción de la carga procesal y, con ello, facilitar a la Corte Suprema el logro de sus funciones casatorias.

TERCERA: En cuanto a la regulación de la regla del doble y conforme existe una debilidad que recomendamos conjurar. En el caso de las ejecutorias improcedentes e infundadas no hay problema alguno, pues con la vigencia del principio del doble y conforme simplemente la Corte Suprema se ahorrará el trabajo de conocer procesos destinados a ser desestimados. La cuestión solo compromete a las casaciones fundadas en las que había el doble y conforme y que representan el 39.39% de la población estimatoria estudiada según la muestra disgregada. En cinco años han sido 686 casaciones (unas 137 por año)

(significan casi el 6.5 % de la población casatoria total de 10643) que no hubiesen llegado a territorio supremo a pesar de que merecían hacerlo, puesto que son casos en los que el recurrente tenía la razón. Esto obliga a prever un canal por donde tales causas puedan encaminarse hasta la Corte Suprema y así permitirle a ésta la posibilidad de enmendar la solución impugnada.

Para lograr tal cometido, tiene que estipularse un supuesto de casación excepcional contra la regla de la doble conformidad, que puede ser cuando la decisión de la Sala Superior contradiga abiertamente un precedente vinculante o, tal vez algo más sutil y genérico, como la alegación de un agravio evidente e inaceptable a los derechos, principios o valores constitucionales. Esto alejará la sombra de la amparización que se puede concretar si tal ventana no se prevé.

CUARTA: Recomendamos acoger la derogación de la regla de que el recurso de casación suspende automáticamente la eficacia de la resolución objeto del mismo, al menos respecto de decisiones de condena. Si el 85% de los recursos son desestimados por infundados o improcedentes, claramente que la estipulación suspensiva actual está beneficiando al litigante perdedor. No obstante, ello, el 15% restante obliga a tomar algunas medidas precautorias; esto es, la regla ha de ser la eficacia inmediata de la resolución impugnada, pero con excepciones puntuales, como una garantía real o caución para quienes pretendan suspender la ejecución de la decisión, aunque suponemos que lo más razonable sería que solo la declaración de procedencia del recurso y consecuente señalamiento para la audiencia de vista de la causa debe traer la suspensión acotada.

QUINTA: Sinteticemos: primero, no procederá recurso de casación cuando la resolución de segunda instancia ha confirmado en su integridad a la apelada, salvo afectación evidente de un pleno casatorio vinculante o cuando esté revestida de arbitrariedad manifiesta. Segundo, dicho recurso no suspenderá la eficacia de la resolución impugnada, sobre todo en decisiones de condena, a menos que el recurrente preste garantía real o deposite una caución dineraria. Tercero, elevado el proceso a la Corte Suprema (se remitirá el cuaderno de ejecución al juzgado competente), solo la declaración de procedencia del recurso

(que implicará de todas maneras una decisión de fondo) determinará la suspensión de la ejecución en marcha.

SEXTA: También recomendamos prohibir la casación con reenvío y, en todo caso, dejarla solo a situaciones límite en las que la infracción procesal detectada sea de tal magnitud que haga imposible dictar un pronunciamiento de fondo definitivo, por estar de por medio la vulneración de un derecho fundamental de la parte agraviada que únicamente puede ejercerse o garantizarse en instancias previas del proceso. En este sentido, las deficiencias en la motivación (que incluye todo lo relacionado con la valoración probatoria) no deben ser razón para que la Corte Suprema ejerza el reenvío. Creemos que ésta, ante un escenario como el descrito, debe de una vez por todas resolver el fondo, no solo porque se ha garantizado el principio de la doble instancia para las partes sino porque hoy en día aquella está facultada para corregir la motivación incorrecta, errónea o deficiente, sin anular la recurrida, si la decisión de ésta se ajusta a derecho.

SÉTIMA: Finalmente, recomendamos que no es aconsejable incorporar lo que en doctrina se denomina *summa gravaminis*, es decir, un criterio mínimo de cuantía como causal de casación; y menos excluir de la impugnación casatoria algunas materias o procesos, como el de ejecución o el sumarísimo. Además de enredar el instituto casatorio y hacerlo poco técnico y abiertamente discriminatorio, en esta tesis hemos ilustrado con fundamentos argumentativos y estadísticos que las propuestas analizadas en líneas precedentes serían suficientes para encausar la casación civil al logro de sus fines. En esta perspectiva, las ideas alusivas plasmadas en el proyecto de ley N° 3732-2014—PJ, realmente no tienen mayor sustento y llaman mucho la atención que hayan sido adoptadas por la propia Corte Suprema, sin la correspondiente contrastación empírica y argumentación teórica mínima exigible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1989). Teoría de la Argumentación Jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert (1999). El concepto y la validez del Derecho, 2º Edición, Gedisa Editorial, Barcelona, España.
- ARIANO DEHO, Eugenia (2003). Problemas del Proceso Civil, Edit. Jurista Editores, Primera Edición, Lima, Págs. 728.
- ARIANO DEHO, Eugenia (2015). Impugnaciones Procesales, Instituto Pacífico, Lima, Primera Edición, Págs. 347.
- ATIENZA, Manuel (1985). Introducción al Derecho, Editorial Club Universitario, Alicante, España.
- ATIENZA, Manuel (2006). El Derecho como Argumentación, Editorial Ariel, Primera Edición, Barcelona, España.
- ATIENZA, Manuel (2004). Las Razones del Derecho; Teorías de la Argumentación Jurídica, Editorial Palestra, Segunda Edición; Lima.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria (2014). El Neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad; artículo disponible en la página web: revistas.ufpr.br/direito/article.view.
- BIBLIOGRÁFICA OMEBA (1981). Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, Director: Bernardo Lerner.
- CALAMANDREI, Piero (1945). La Casación Civil, Tomo I, Volumen I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- CARNELUTTI, Francisco (2006). Teoría General del Derecho, Ara Editores, Lima - Perú.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid y FORTICH LOZANO, Iliana Marcela (2018). Teoría y metateoría de la interpretación jurídica: un análisis desde la teoría general del derecho; artículo publicado en la página web: dialnet.uniroija.es.

- CARRION LUGO, Jorge (2000). Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Primera Edición, Editorial GRIJLEY, Lima.
- CARRION LUGO, Jorge: "Tratado de Derecho Procesal Civil". Tomo II, Primera Edición, Editorial GRIJLEY, Lima-2000 y 2004.
- CARRION LUGO, Jorge (2004). Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo III, Primera Edición, Editorial GRIJLEY, Lima.
- CARRUITERO LECCA, Francisco (2004). Filosofía del Derecho: Selección de Lecturas, Jurista Editores SRL., Primera Edición, Lima.
- CELIS ZAPATA, Carlos Alberto (2013). Casación civil en el Perú, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Primera Edición, Lima.
- CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO (2010), Tomo II, Editorial ADRUS; coordinador Johan S. Camargo Acosta, Primera Edición, Lima.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005). La Argumentación en el Derecho, Segunda Edición, Palestra Editores, Lima.
- GLAVE MAVILA, Carlos (2012). El recurso de casación en el Perú; artículo publicado en la página web www.revistas.pucp.edu.pe.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1981). Introducción Filosófica al Derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, Sexta Edición, págs. 376.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2013). Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz, Ara Editores, Primera Edición, Lima.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (1993). Los fines de la casación en el proceso civil; artículo publicado en la página web: www.dialnet.unirioja.es.
- GUASTINI, Riccardo (2018). La interpretación de los documentos normativos, CIIJUS, Primera Edición, México.
- HART, H.L.A (1980). El nuevo desafío al Positivismo Jurídico", pp. 3-18.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2009). El nuevo recurso de casación, Jurista Editores, Primera Edición, Lima.

- HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2016). Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo II, Instituto Pacífico, Cuarta Edición, Lima.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000). Procesos Abreviados, Edit. Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, Lima.
- HURTADO REYES, Martín (2012). La casación civil; IDEMSA, Lima.
- IUS ET VERITAS (2009). Derecho Procesal Civil, artículo: La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso; de Priori Posada, Giovanni; págs. 45-91; Jurista Editores, Lima.
- IUS ET VERITAS (2009). Derecho Procesal Civil, artículo: Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, de Monroy Gálvez, Juan; págs. 681-707; Jurista Editores, Lima.
- IUS ET VERITAS (2009). Derecho Procesal Civil: Estudios, Jurista Editores, Lima.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (2010). La reforma de la Casación en el Perú, Comentarios en torno a las principales modificaciones; artículo publicado en la página web: www.justiciayderecho.org.pe.
- KELSEN, Hans (1991). Teoría Pura del Derecho, Traducción de Moisés Nilve, 18ª edición, edición limitada y para uso exclusivo de estudiantes de las universidades UNAS y UCSM de Arequipa.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2018): “Argumentación e interpretación jurídica”, Tirant lo Blanch, Valencia – España.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2019). En defensa de una concepción constructivista de la interpretación jurídica; artículo publicado en la revista Revus; página web: <https://journals.openedition.org/revus>.
- MONROY GALVEZ, Juan (1996). Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá. Colombia.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (2013). La modificación del recurso de casación, documentos reunidos (2001-2012), Volumen 3, Fondo Editorial de la AMAG, Primera Edición, Lima.

- MONTERO AROCA, Juan (2000). Derecho Jurisdiccional, Tomos I-II, Valencia - España.
- NINO, Carlos Santiago (1991). Introducción al Análisis del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, España.
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (2003). Temas del Proceso Civil, Jurista Editores, Primera Edición, Lima.
- PERELMAN, Chaim (1989). Tratado de la Argumentación: La nueva retórica, Madrid, Editorial Gredos.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (2009). Constitución y Proceso (actas del seminario internacional de Derecho Procesal: Constitución y Proceso: setiembre 2009), “El proceso en el Estado constitucional”, de Priori Posada, Giovanni, Ara Editores, Lima, pág. 347.
- POZZOLO, Susanna (2015). Apuntes sobre neoconstitucionalismo, Capítulo X; artículo publicado en la página web: [dialnet.unirioja.es>servlet.articulo](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2010). Neoconstitucionalismo (un catálogo de problemas y argumentos); artículo publicado en la página web: [revistaseug.ugr.es.index.php>acfs>article>download](http://revistaseug.ugr.es/index.php>acfs>article>download).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2018). Constitucionalismo y Positivismo, Palestra Editores, Primera Edición, Lima.
- RECASÉNS SICHES, Luis (1980). Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho”, 3ª Edición, Editorial Porrúa S.A., México.
- REVISTA PERUANA DE DERECHO PROCESAL (1998), Tomo I-II-III-IV-V-VI-VII-VIII., Lima – Perú.
- RIOJA BERMUDEZ, Alexander (2011). El Nuevo Proceso Civil Peruano; Editorial Adrus, Primera Edición, Arequipa.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005). Manual de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Grijley, Sexta Edición, Lima.
- ROJAS RÍOS, Gloria Isabel (2009). La interpretación jurídica; monografía publicada en la página web: www.monografias.com>interpretación>jurídica2,

- RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993, Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel (2004). Argumentación Jurídica, Jurista Editores, Lima.
- SOLANO PAUCAY, Vicente (2016). El Neoconstitucionalismo. Una definición y una taxonomía latinoamericana; artículo publicado en la revista *Ius Humani*, Volumen 5, pág. 163; página web: www.researchgate.net.
- TÁVARA CÓRDOVA, Francisco (2009). Los recursos procesales civiles, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, Págs. 214.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2013). La eliminación de la casación civil: una marcha contra los tiempos; artículo publicado en la web: <https://derecho.udd.cl/files/2013/06/la-eliminación-de-la-casación-civil>, pdf.
- TICONA POSTIGO, Víctor (1999). El Debido Proceso y la Demanda Civil, Tomo II, Editorial RODHAS, Segunda Edición.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2001). Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho, Segunda Edición, Editorial Themis, Bogotá - Colombia.
- ZELA VILLEGAS, Aldo (2010): “El recurso de casación: entre el ser y el deber ser”; artículo contenido en el libro denominado “Manual de Actualización Civil y Procesal Civil”, Gaceta Jurídica, Lima.