



Tercera entrega

## **Proyecto sustitutorio al Capítulo que regula el recurso de casación en el Código Procesal Civil de 1993**

Juan Monroy Gálvez



“La técnica y la razón fueron los medios que los positivistas postularon como tejas que iluminarían nuestro camino hacia el progreso. ¡Vaya luz que nos trajeron! El fin de siglo nos sorprende a oscuras, y la evanescente claridad que aún nos queda, parece indicar que estamos rodeados de sombras. Náufrago en las tinieblas, el hombre avanza hacia el próximo milenio con la incertidumbre de quien avizora un abismo” (Ernesto Sabato, *Antes del fin*).

**Sumario:** I. Exposición de Motivos. 1. Un breve enfoque histórico. 2. La función actual de la Corte Suprema en sede civil. 3. Funciones y fines de las cortes de casación. 4. Técnicas para relacionar las funciones con los fines. 5. Los modelos actuales de cortes supremas. 6. La elección del modelo y su relación con el fin privilegiado. 7. El significado de optar por uno u otro fin. 8. Fundamentos del Proyecto. 9. Aspectos puntuales del Proyecto. II. Proyecto.

### **I. Exposición de Motivos**

#### **Un breve enfoque histórico**

Aunque no se confirme pero tampoco se cuestione, se presume que las instituciones jurídicas de antigua data -a las que usualmente nombramos con un término estándar- son estructuras unitarias que guardan una conformidad esencial, más allá de los avatares de tiempo y espacio. Es el caso de la palabra “casación”. Apenas la escuchamos o leemos, creemos saber exactamente a qué se refiere quien la cita y entonces nos disponemos a compartir o rechazar lo que se haya dicho sobre ella. Sin embargo, más pronto que tarde la incomprendición nos envuelve y se acrecienta.

Lo descrito se debe, entre otras razones, a que aquello que sea “casación” no solo depende de quien lo expresa, sino que la referencia puede involucrar a lo que hubo, a lo que hay o incluso a lo que debería haber. Y para agregar más confusión, la cita pudo haber sido expresada en un plano normativo, doctrinal, jurisprudencial o fenomenológico. Demasiadas variables para que la aparente identidad universal se resista. El presunto acuerdo tácito entre los juristas sobre el uso de un término, entonces, es una versión que no soporta el más elemental análisis histórico-comparado.

Mejor sustento tiene la afirmación de que las instituciones jurídicas se adecúan a los comportamientos de un grupo social determinado donde, con el transcurrir del tiempo –ese gran escultor como lo llama Marguerite Yourcenar–, empiezan a ser afectadas por la influencia recíproca que se produce entre el medio social y su empleo. Nos referimos a un

proceso de transculturación que concluye, o parece concluir, cuando nos encontramos ante una institución jurídica de antiguo nombre y reconocimiento, pero con rasgos particulares impuestos por la tradición jurídica del ordenamiento jurídico que la acoge. Esto es lo que ocurre con la casación, una institución de relativa antigüedad respecto de la cual hay que estar muy atentos para identificar su específico empleo en cada ocasión.

A lo dicho se agrega el hecho de que, por lo menos desde hace dos siglos -tiempo aproximado de existencia del instituto de la casación en su versión más reconocida-, el derecho ha pasado a convertirse en un conjunto de claves culturales que expresan o representan alguna forma de identificación con algún Estado, en tanto este las emplea para organizar y regular la vida en sociedad. Esto significa que, en un breve lapso y como consecuencia de los postulados de la Ilustración el derecho pasó, de ser parte natural en el tejido social de una comunidad (regulaba las relaciones entre parientes, agremiados y siervos en general), a convertirse -para los nacientes Estados de Europa occidental- en un medio de concretar su autonomía y también en el instrumento por excelencia para el ejercicio del poder desde el Estado.

En los países que según la clasificación de Galeano<sup>1</sup> nacieron para perder -como el caso de los sudamericanos- también se presentó el fenómeno descrito. En los nacientes Estados de este lado del mundo, los cuales durante siglos cumplieron, formal y sustancialmente, su función de sociedades vencidas, el derecho penetró en la forma de un instrumento de dominación y se mantuvo, inclusive, varias décadas después que estos hubieron logrado su independencia política. Lo que nos conduce a una conclusión obvia: se trató de una independencia formal, tanto que se intentó su reversión algunas décadas después.

En el caso nacional, en materia judicial transcurrieron muchos años después de 1821 para que empezáramos a tener nuestra propia ley de organización judicial y, por cierto, nuestros propios códigos civil y de enjuiciamientos en materia civil (ambos desde 1852). Y aunque en perspectiva histórica siempre es más importante cómo se acaba que cómo se empieza, no es un tema baladí confirmar que nuestro ordenamiento jurídico inicial solo fue una copia del ordenamiento jurídico impuesto durante tres siglos por el imperio a sus colonias. En otras palabras, nuestro derecho no fue diseñado para responder a las necesidades concretas de un Estado en construcción y, después, lamentablemente tampoco para solventar las exigencias de un Estado moderno.

El tema referido a las funciones que debe cumplir una corte suprema, por ejemplo, no recibió un tratamiento especial. Desde su inicio se comportó como un tribunal de tercera instancia, esto es, un órgano revisor de lo que antes había decidido alguna de las cortes superiores del país, órganos de grado que, a su vez, revisaban las sentencias expedidas por los así llamados jueces de primera instancia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. México D.F.: Siglo XXI, 1979, p. 3.

<sup>2</sup> Usamos la terminología (instancia) empleada regularmente en sede nacional para referirse a los grados funcionales de nuestra jurisdicción, con el fin de simplificar la explicación. En materia impugnatoria se denomina "instancia" al grado jurisdiccional donde las partes pueden proponer sus pretensiones, defensas y actuar sus pruebas. Por esa razón, en estricto, la única instancia que ha existido y existe en el Perú, por lo menos en sede civil, es el primer grado. Como se sabe, las cortes superiores o quien haga las veces de "segunda instancia" solo cumplen una función de revisión de lo decidido, por tanto, en rigor no son instancias, como sí ocurre en otros ordenamientos donde se opta por otro sistema de apelación.

Por otro lado, el caso de la corte suprema en función casatoria es una opción radicalmente distinta a la atribución de tribunal de tercera instancia, tanto que esta solo puede entenderse como una opción opuesta a la casatoria. La tercera instancia estuvo vigente en sede nacional con el nombre de recurso de súplica desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 ("Art. 1716. El que ha perdido su causa en segunda instancia, ante una corte de justicia o tribunal especial, puede suplicar del todo o parte de la sentencia, en los

La opción de darle a la corte suprema la calidad de órgano de revisión (en realidad órgano de tercer grado) tiene un origen germánico. De hecho es la alternativa a la opción francesa de convertir a la corte suprema en corte de casación. En 1852 se decidió dar a la corte suprema una doble función: resolver el mérito o la validez de la sentencia (en algunos casos del procedimiento). Esta elección dependía del impugnante, sea que este propusiera un recurso de súplica o un recurso extraordinario de nulidad, respectivamente. Esta dualidad duró poco. En marzo de 1855 se derogó el recurso de súplica y se entendió que el extraordinario de nulidad comprendía también la función de revisar el mérito en aplicación de lo dispuesto por el art. 1751<sup>3</sup>.

Entonces, a la Corte Suprema se llegaba en sede civil interponiendo un recurso llamado extraordinario de nulidad, esto fue así hasta 1993. Sospechamos que lo de extraordinario era para diferenciarlo de los recursos de nulidad que se proponían en cualquier etapa de los procedimientos con el objeto de controlar sus formas y que se trataban como incidentes o incidencias. El extraordinario de nulidad contaba, entonces, con una particularidad muy especial entonces: permitir –desde 1855– que la Corte Suprema revise tanto la validez del procedimiento como el mérito de lo discutido en este.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 dudó entre convertir a la Corte Suprema en tribunal de casación o mantenerlo como segundo grado revisor. Optó por lo segundo, esto es conservar las cosas tal como estaban. Al referirse al monto de la cuantía para conceder el recurso y, sobre todo, a las razones para no optar por el recurso de casación se expresa algo significativamente importante en la Exposición de Motivos del Código citado:

*"En su día, cuando el personal de los tribunales superiores se coloque a un alto grado de ilustración y de independencia; y cuando el desarrollo de la riqueza pública y la magnitud de las transacciones lo haga preciso, podrá retocarse el Código en esos dos puntos: la naturaleza de las funciones de la Corte Suprema y la entidad de los asuntos que deben elevarse a su conocimiento"<sup>4</sup>* (el resaltado es del autor).

La importancia del párrafo reside en que, actualmente, atendiendo al número de decisiones discretas que se expediten en algunas cortes superiores del país, algunos jueces supremos –al igual que sus colegas hace más de 110 años– consideran que todavía no están dadas las condiciones jurídicas para que los procesos culminen mayoritariamente en dos grados. Como suele ocurrir con algunas polémicas sobre fenómenos masivos, sin base

casos que no estén exceptuados por este Código."), hasta que fue formalmente derogado por el Decreto dictatorial de 31 de marzo de 1855.

<sup>3</sup> "Art. 1751. Cuando la Corte Suprema declare la nulidad, en el caso del artículo anterior, fallará al mismo tiempo sobre lo principal".

**Nota:** El recurso extraordinario de nulidad había sido previsto, como es obvio, para pedidos de nulidad. Por ello, la consecuencia de su amparo era el reenvío de los actuados al juez inferior, con excepción de la causal de nulidad de la decisión por sustentarse contra ley expresa y terminante. Solo en ese caso la Corte expedía un pronunciamiento de mérito. Al derogarse el recurso de súplica, el artículo 1751 amplió su espectro, permitiendo a la Corte Suprema resolver el mérito cuando se interponía un recurso extraordinario de nulidad, es decir ingresar al *thema decidendum*.

<sup>4</sup> Comité de Reforma Procesal. *Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles* (Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1909, p. 228).

estadística cada quien aporta al debate su experiencia, lamentablemente estimándola como si fuera un dato definitivo. En cualquier caso, lo que está fuera de duda es que la morosidad judicial es una de las más graves taras de nuestro sistema judicial, y lo dramático es que el diseño normativo actual del recurso de casación, entre otros graves defectos, alienta la mora injustificadamente.

La Exposición de Motivos no explica la razón por la que se siguió denominando recurso de nulidad al remedio procesal para llegar a la Corte Suprema, a pesar de que, normativamente<sup>5</sup>, se prescribía una segunda y última revisión, es decir, la Corte carecía de límite para analizar todo lo que considerara revisable en el proceso que tenía ante sí. Como resulta evidente, con una regulación como la descrita pasó a ser poco importante lo que pudiera o no obtenerse en los grados inferiores, lo único que interesaba era estar apto para persuadir a la Sala Suprema de que se tenía la razón o de que el proceso debía ser anulado por cualquier vicio que se encontrara. Así es como puede empezar a explicarse la longevidad de los procesos en el Perú desde comienzo del siglo pasado.

Este es el panorama que el legislador del Código Procesal Civil de 1993 encontró en torno a la función de la Corte Suprema cuando acometió la reforma. Dentro de una percepción aldeana del sistema de justicia, la Corte Suprema realizaba una segunda revisión de todos los procesos que se iniciaban ante los llamados juzgados de primera instancia, cuyas sentencias habían sido revisadas antes por las salas superiores de cualquier distrito judicial del país, y si la parte perdedora así lo proponía, es decir, casi siempre.

Un sistema judicial que coloca en su vértice a una corte suprema a la cual le endilga como función revisar prácticamente todos los procesos que se inician en un juzgado de primer grado, es decir, que se comporta como un órgano nacional de tercer grado, produce consecuencias jurídicas y sociales perniciosas y, además, de considerable incidencia en la función social del sistema. Por ejemplo, el aumento de la duración media de los procesos en no menos de un cuarenta por ciento, debido a que las salas supremas se transforman en órganos jurisdiccionales agredidos por un aluvión de expedientes. No es complicado advertir que, como todo fenómeno social de masas, los procesos se ven afectados por la relación inversamente proporcional que se da entre la calidad y la cantidad de su producción<sup>6</sup>.

Constituye un rasgo distintivo de estas salas el hecho de que, al privilegiar su actividad masiva, renuncian a ser el instrumento para la construcción de un sistema de justicia que se prestigie a través de sus decisiones.

<sup>5</sup> Código de Procedimientos Civiles de 1912

Art. 1133. Cuando la Corte Suprema declare haber nulidad, fallará al mismo tiempo sobre lo principal; pero si la nulidad proviene de alguno de los vicios que anulan el juicio, se limitará a reponer la causa al estado que corresponda.

<sup>6</sup> Los siguientes datos pueden mostrarnos por contraste la magnitud del problema: en el año 2012 la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos recibió 7,509 *certiorari*s, esto es, pedidos de revisión de sentencia de todos los estados de la Unión. Esta cantidad equivale a un 2.5% menos de los *certiorari*s propuestos en 2011, es decir, hay una media alrededor de esas cantidades. De los propuestos en el 2012 solo se admitieron 77, lo que significa un 1.02%. Dentro del mismo año 2012 se resolvieron 76, es decir, la Corte dejó como carga procesal para el año siguiente un solo caso.

En el Perú, las distintas salas de la Corte Suprema resuelven unos cincuenta mil casos al año y dejan sin resolver no menos de diez mil para el año siguiente. Solo este último dato puede evidenciar la magnitud del embalse que se acumula año a año.

## 2. La función actual de la Corte Suprema en sede civil

Con los antecedentes descritos y ya insertos en la última década del siglo XX, se imponía una reforma radical no solo de la función política y social de la Corte Suprema sino de toda la justicia civil. Eso fue lo que se intentó con el Código Procesal Civil (en adelante, CPC) vigente desde fines de julio de 1993. Hay una precisión que es imprescindible compartir: el éxito de las reformas legislativas –en este caso, la referida a la tutela procesal civil- requiere, como presupuestos, apoyo desde el poder político y que exista un conocimiento previo de los postulados teóricos de la disciplina a ser reformada. Y eso en el Perú no existió.

Sobre lo primero hay poco qué decir, un gobierno que controló de facto el sistema judicial le interesó muy poco que mejorara su calidad. En estricto, si solo lo hubieran pensado, les hubiera parecido negativo. Sobre el segundo, el plano doctrinal, no excedieron de tres las obras jurídicas nacionales que hasta 1990 –a tres años de la entrada en vigencia del CPC- habían desarrollado las bases de la ciencia del proceso. La bibliografía existente sobre la materia en las primeras nueve décadas del siglo pasado solo cumplió una función exegética, esto es, comentar el articulado del Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Si este dato no fuera suficiente, se comprenderá mejor el estado actual de la justicia civil si se constata que la legislación sobre nuestra organización judicial está afincada en los postulados de la reforma bonapartista de 1810. De hecho, la estructura judicial vigente en el Perú solo es un rezago del diseño burocrático y vertical forjado en Francia a inicios del siglo XIX. La consecuencia no es otra que una estructura judicial que solo confirma que el actual sistema de justicia es, en su conjunto, una organización socialmente inconfiable y, además, morosa. El estado de la situación se asienta, entonces, en raíces profundas y múltiples.

La más destacada es que en el Perú republicano ningún gobierno ha enfrentado el tema de la impartición de justicia como un asunto de política pública. Si se hubiera hecho, se habría descubierto que la así llamada crisis de la justicia no se explica únicamente por un abandono reiterado en el presupuesto estatal, hecho indiscutible, sino también por el mantenimiento de una estructura judicial anacrónica además de ajena. A lo que debe agregarse la profunda desinformación colectiva sobre lo que significa para una sociedad democrática el cumplimiento eficaz y oportuno de las decisiones judiciales y la necesidad de reivindicar al juez y su función.

En el diseño actual la Corte expide decenas de miles de sentencias anuales -a través de sus diferentes salas especializadas-. Solo este dato es suficiente para comprender por qué la Jurisprudencia ha dejado de ser una fuente de derecho razonable. Si es la realidad el ámbito donde se presentan los casos justiciables (conflictos o incertidumbres sobre los que el derecho funciona como regulador de conductas), es el lugar hacia donde debe llegar su mensaje sobre la conducta a seguir o a reprimir. Una percepción insólitamente descuidada por la Corte. La abundancia de decisiones ha condenado a la Jurisprudencia a la promiscuidad. Si las pautas de conducta propuestas por el máximo órgano del sistema estatal de solución de conflictos se multiplican y contradicen, al extremo de no poder ser reconocidas como fuente jurídica, la Corte se convierte, inexorablemente, en un factor más de desconfianza social.

Y aun cuando la morosidad del sistema está menos ligada a la disfunción de la Corte Suprema y más a una organización judicial cuya estructura y conformación no responde a

una estrategia destinada a mejorar su funcionamiento, en tanto es un subproducto surgido de medidas de emergencia tomadas para evitar su colapso, hay, sin duda, una cuota en la mora judicial que le es atribuible a la actual Corte Suprema, tal como la tenemos diseñada.

El articulado actual del recurso de casación se originó en un proyecto elaborado por una comisión conformada por jueces de la Corte Suprema y algunos juristas invitados. El proyecto se sustentó y aprobó sin modificaciones en la Comisión de Justicia del Congreso, consciente de la necesidad de mantener la coherencia. Sin embargo, una vez en el Pleno, un asunto tan delicado como el diseño de una Corte Suprema en auténtica función casatoria fue destazado. Eso explica que ahora contemos con una regulación que cuando no es contradictoria o absurda, es más de lo mismo. En efecto, se eliminaron del Proyecto instituciones que hubieran permitido reducir a una cantidad razonable el número de procesos que ingresan a la Corte y, con ello, permitir que intente cumplir su trascendente finalidad. También se eliminó la facultad de las cortes superiores de declarar la improcedencia del recurso en aspectos puntuales como, por ejemplo, su presentación extemporánea.

Todo esto ha devenido en una suerte de relajamiento de la actividad de la Corte Suprema con resultados lamentables. Las reglas de actuación de la Corte están lo suficientemente distendidas como para que se sigan concretando actuaciones no solo desprolijas sino antijurídicas. Así, algunas salas de la Corte consideran que tienen facultad para declarar nulidades que no han sido pedidas, cuando desde una correcta técnica casatoria (dirigida a un resultado previamente determinado por el recurrente y aprobado por la Corte) ello es antijurídico. También algunas salas están resolviendo sobre el mérito cuando la causal invocada es anulatoria o viceversa. En ambos casos la afectación a la tutela procesal de las partes es gravísima.

Es probable que las salas –sus miembros en realidad- hayan perdido la perspectiva de que el recurso de casación les impone un control de legalidad que, en cuanto sea posible, deben convertirlo en paradigmático para el ordenamiento jurídico, es decir, deben procurar que sus efectos paradigmáticos trasciendan el caso concreto. En cualquier caso, queda la sensación de que las salas supremas olvidan, con mucha facilidad, que su función no involucra un control de justicia.

### **3. Funciones y fines de las cortes de casación**

Siendo una situación que el Proyecto adjunto pretende revertir, las funciones a cumplir por la Corte Suprema en sede nacional se convierten en un asunto que debe ser esclarecido previamente, sobre todo por su incidencia en la determinación de los fines que debe promover la propia Corte.

La categoría “corte suprema” abarca órganos jurisdiccionales con actividades disímiles según sea el sistema judicial del cual se trate. Así, algunas cortes mantienen fuera de su competencia al tema constitucional -aspecto de trascendental importancia-, otras el de los derechos humanos, convirtiéndose los órganos que asumen estos temas en tribunales jurisdiccionales paralelos y autónomos. Aquí solo se hará referencia a las cortes supremas ubicadas en el vértice del sistema judicial clásico y en lo que respecta a su función jurisdiccional. En consecuencia, quedan fuera de esta propuesta otras actividades ajenas como, en el caso peruano, el enjuiciamiento a altos funcionarios públicos<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Constitución Política del Perú

“Artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad.”

Calamandrei advirtió que más allá de los nombres que se den a las cortes supremas o a los recursos que se interpongan para acceder a su competencia, en el derecho comparado la actividad de cualquiera de ellas se reduce a dos funciones. La primera se refiere al control de la calidad en el empleo de la norma positiva por los órganos inferiores, función que denominó nomofilaquia. La segunda consiste en la obtención de la uniformidad del derecho (a través, por cierto, de la uniformidad de la jurisprudencia). La tesis adquirió con el tiempo los rasgos de un dogma.

Es importante destacar que las dos funciones descritas trascienden la decisión sobre el caso concreto, es decir, son extraprocesales. Esta identificación de las funciones que desempeñan la diversidad de las cortes no significa, ni por asomo, que todas hagan lo mismo para lograrlo. Las cortes suelen emplear distintas modalidades, producir distintos efectos y conducir su actuación a objetivos diferentes al tiempo de cumplir las mismas funciones. Es aquí donde el término “casación” empieza a acumular contenido diverso, sea atendiendo al país, al autor o a la variante sistémica que se postule.

Las diferencias entre las técnicas para concretar las funciones están influidas por dos variables: la relación de subordinación que se otorga a una función respecto de la otra, y la consecuente relevancia que termina otorgándose a uno de los dos fines del recurso<sup>8</sup>. Por ello, debemos insistir en la diferencia entre técnicas, funciones y fines de la casación.

Las cortes supremas son los únicos órganos de solución de conflictos que, dentro de un sistema judicial, pretenden concretar un objetivo adicional al de resolver el conflicto materia del proceso, aunque valiéndose de él. Este objetivo adicional se conoce con el nombre de fin público. Consiste en establecer un estándar de aplicación del enunciado normativo sometido al control por la Corte, a fin de que este criterio o línea de aplicación sirva como referente para los jueces de grado inferior, sea vinculándolos o persuadiéndolos sobre su empleo.

En el otro extremo está la opción clásica, es decir, aquella por la cual la Corte solo se limita a resolver el conflicto. En este caso, las cortes supremas solo eligen el enunciado

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula la denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

<sup>8</sup> “Finalidades que, como afirma el propio Jolowicz, son en sustancia comprendidas en dos grandes tipologías:

- *Finalidades públicas*, consistentes en la interpretación uniforme, armonización y desarrollo del derecho a través de la correcta aplicación del juez.

- *Finalidades privadas*, que son evidenciadas por el hecho de que –salvo casos excepcionalísimos, como en Italia, el recurso de casación del procurador general en el interés de la ley, o en Francia la denominada *saisine pour avis* (remisión para opinión)– el proceso ante la Corte Suprema se desenvuelve sobre un recurso del individuo y la Corte no emite una opinión, sino que resuelve la controversia singular con una sentencia destinada a pasar en cosa juzgada” (CARPI, Federico. *Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado*. En: *Reforma Procesal Civil*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2010, p. 632).

normativo correspondiente o la interpretación correcta cuando resuelven el caso concreto. Este sería el fin privado, aquél donde la solución del conflicto es la razón de ser del recurso de casación.

Sin perjuicio de la claridad de la clasificación asumida, los fines no son categóricamente divergentes entre ellos, ni en la teoría ni en la práctica. De hecho, es casi imposible concebir un sistema cuya corte suprema tenga un fin público o privado excluyentes<sup>9</sup>.

Por otro lado, la tendencia a considerar una función como refuerzo para el cumplimiento eficaz de la otra va a determinar, en la práctica, la preferencia por uno de los fines. Y ya en un plano más puntual, la regulación (o la falta de ellas) de algunas técnicas procedimentales determinará no solo la tendencia a privilegiar una función, sino también, como consecuencia lógica, a concretar con preferencia un fin. Veamos algo de ellas.

#### **4. Técnicas para relacionar las funciones con los fines**

a. Los trabajos recientes sobre la materia vienen incidiendo, sustancialmente, en encontrar una solución a un problema de técnica procedural que ha devenido en muy grave: cómo reducir el número de casos que ingresan a las cortes. Sin embargo estemos claros, enfrentar este problema es atacar el síntoma no la enfermedad. La ingente cantidad de recursos que hace colapsar el funcionamiento de las cortes supremas es consecuencia de dos indeterminaciones en el diseño del sistema casatorio asumido.

Sin que sea el orden en que deben ser enfrentadas, la primera consiste en no haber definido previamente cuál de las funciones debe ser privilegiada. Dicho de otra manera, qué función debe estar al servicio de la otra. Detrás de la deficiencia descrita, que no es menor, se oculta la segunda, la más importante: no haber definido -como presupuesto del trabajo legislativo- cuál es el fin preferente que la corte suprema debe cumplir en el contexto del ordenamiento jurídico y de la sociedad a la que sirve. Veamos hacia dónde nos conducen las opciones.

Si se privilegiara la función de establecer tendencias en las decisiones a fin de propender a la uniformidad del derecho, es evidente que solo deberían acceder a la corte aquellos casos que, consistiendo en interpretaciones divergentes de los jueces inferiores, necesitan de uniformidad en la materia jurídica discutida a fin de reducir la carga procesal y también la conflictividad social. Si, en cambio, lo que se considera determinante es la función de obtener la “correcta” aplicación de la ley al caso concreto, no habría

---

<sup>9</sup> En un trabajo reciente y aunque no hace referencia a fines, el profesor Taruffo, intentando establecer un rasgo común a la diversidad de cortes, considera que este sería que sus decisiones no admiten impugnación en sede nacional. Opina luego que la actividad común a las distintas cortes supremas puede sintetizarse en lo que denomina, por un lado, “tutela y promoción de la legalidad”, lo que gruesamente sería equiparable a la búsqueda de la legitimidad de la decisión en cada caso concreto, actividad que también la denomina “reactiva”. Y por otra, está la tendencia a privilegiar la evolución del derecho, es decir, una función de las Cortes lanzada hacia el futuro, que la denomina “proactiva”. Precisa que, sin embargo, estas actividades no se encuentran en estado puro en ninguna corte, por lo que estas suelen realizar ambas actividades, aunque puede predominar alguna de ellas. En cualquier caso, la función “reactiva” tendería hacia un fin privado y la función “proactiva” hacia un fin público (TARUFFO, Michele. *Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales*. En: *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 233-234).

fundamento para excluir uno u otro caso, solo bastaría que el recurrente alegue una violación de la norma para que surja el deber de la Corte de resolverlo. Una reforma legislativa tiene, entonces, que privilegiar una de las funciones y luego regular la técnica procesal para concretar tal relevancia.

**b.** Se asevera que los requisitos para conceder el recurso pueden, aparentemente, ser neutros, es decir, no estar previstos para privilegiar ningún fin. Se trata de una afirmación discutible. Cuando una norma procesal, por ejemplo, faculta a la Corte a conceder el recurso a pesar de la falta de un requisito, no hay duda que dicha disposición normativa pretende asegurar que esta haga efectivo el fin público<sup>10</sup>.

Ahora, qué se entienda por “interés público” o la denominación que se decida emplear para lo que denominamos fin público no es un asunto pacífico. Cada vez que se ha regulado dicha categoría como requisito para acceder al recurso, permitiendo que sea la propia corte quien interprete el alcance de este concepto jurídico indeterminado, los resultados han sido confusos y a veces frustrantes. Por cierto, esto no ocurre en aquellos sistemas donde la autoridad moral e intelectual de los miembros de la corte ha eliminado la incertidumbre, con el agregado que están eximidos de sustentar su decisión.

**c.** Desde la perspectiva de una reforma legislativa, la metodología idónea consiste, nos parece, en identificar el fin que se pretende privilegiar en la actuación de una corte suprema. Establecido este fin o interés –público o privado- ya es menos complicado determinar cuál es la función que debe ser privilegiada.

La disyuntiva es ideológica por tanto el peligro va a estar siempre presente. O tenemos una corte suprema recatada y obediente, fiel cancerbera del sistema legal que, a su vez, no es otra cosa que el estatuto de las reglas de juego de los grupos de poder; o tenemos una corte suprema dispuesta a convertir la interpretación actualizada del ordenamiento legal en un instrumento dinámico de transformación de los valores del mercado en los valores constantes de una democracia republicana.

**d.** Luego de establecidas estas líneas vectoriales, debe regularse, entre otros aspectos complementarios al fin y a la función elegidas, los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, las regulaciones sobre la actuación de los litigantes, las causales o motivos para recurrir, la incorporación o no del recurso en interés de la ley, los casos de admisión de *amici curiae*, los alcances de la decisión de la corte, entre otros aspectos técnicos.

**e.** El entramado que conecta la determinación del fin con las regulaciones normativas de las cortes supremas, no tiene que ser necesariamente riguroso. No solo porque el siglo XXI de los derechos no soporta más razonamientos matemáticos –el derecho no puede ser apreciado como si fuera un saber formal cuyas reglas tienen pretensiones de exactitud-, sino porque las cortes supremas sufren contemporáneamente condicionamientos, tanto de la clase política como de los grupos de poder económico nativos o foráneos. Son muchos los casos en los que es la presión de los grupos antes citados, la que determina el grado de

---

<sup>10</sup> “Si el recurso no es sobre una cuestión de derecho, pero el tribunal tiene discreción, como es el caso del *certiorari* no solo ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y en la mayoría de las Cortes Supremas de los Estados en los Estados Unidos, sino también en la ahora Corte Suprema del Reino Unido, el peso último del interés público depende de cómo el tribunal ejerce esta facultad discrecional. Parece obvio, sin embargo, que los tribunales tienen la tendencia a otorgar la admisión o licencia del recurso solo en casos de interés público, y no en todos ellos” (KERN, Christoph. *El rol de la suprema corte*. Ibídem, p. 67).

involucramiento de una corte suprema en el cumplimiento eficaz de sus funciones y, por esa vía, en el afianzamiento de uno de sus fines. Una razonable apertura a la actuación de la Corte puede coadyuvar al cumplimiento de sus funciones que, como se advierte, no solo son jurídicas sino sociales y políticas.

**f.** Si un sistema judicial regulara la legitimidad extraordinaria del derecho a recurrir de algunos funcionarios públicos –el Defensor del Pueblo o el Fiscal de la Nación, por ejemplo– resultará evidente que el legislador ha optado por el fin público y la función uniformadora. Y este recurso, que suele llamarse “casación en interés de la ley”, permitiría a su titular recurrir incluso (o de preferencia) cuando el plazo para las partes e interesados esté vencido.

En cualquiera de los casos citados, establecido el fin y la función que el reformador decide privilegiar, resulta claro que ello determinará, también, un perfil de todo el sistema de impartición de justicia. Si ello no ocurriera, la normatividad vigente podría permitir de manera simultánea, el privilegio de una o de otra función, inclusive de uno u otro fin. Con ello, la Corte suprema estaría aportando su cuota a la crisis del sistema judicial. En considerable medida es lo que podría estar ocurriendo en sede nacional.

**g.** Puede considerarse, como principio, que la reducción de las causales para acceder a la corte se regula en beneficio del interés público, en tanto produce una disminución considerable de la carga procesal de la corte, dándole así una oportunidad a esta de cumplir con mayor eficiencia su función paradigmática. Sin embargo, la misma mengua normativa puede entenderse a favor del interés o fin privado. Así, puede considerarse que la principal consecuencia de su regulación es que las partes van a obtener que los casos sean resueltos en menor tiempo dado que no existe interés en lo que signifique la decisión a futuro, además con la autoridad de la cosa juzgada. Ante tal situación, lo mejor será tener identificados los fundamentos de cada una de estas causales, dado que ellos sí permitirán determinar cuál es el fin privilegiado.

**h.** Algo parecido ocurre con la restricción de la competencia de la Corte solo a cuestiones de derecho, uno de los rasgos más repetidos dentro de la diversidad de reglas asumidas por las cortes supremas. Para empezar, no se trata de una regla absoluta sino de una pauta generalizada de considerable utilidad para consolidar el fin público. La razón es evidente. Resulta excepcional que la regla jurídica probatoria que se extraiga de su empleo pueda ser utilizada en otros casos. Esta situación será sin duda distinta si se tratara de una cuestión de derecho, donde es natural que el empleo de la regla jurídica pueda ser extendido a casos posteriores<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> “Como las restricciones sirven tanto al interés privado como al público –lo que no puede sorprender a la luz de lo que se ha dicho antes en relación a la clásica pregunta– es indispensable al examinar el tipo de restricción, determinar si hay un predominio de motivos públicos o privados. La generalizada, aunque no unánime, restricción a solo las cuestiones de derecho parece ser una limitación que sirve principalmente al interés público, ya que los errores en la determinación de los hechos solo pueden ser excepcionalmente relevantes en otros casos.

Mientras que los errores en la aplicación del derecho pueden ser repetidos por el mismo tribunal o por otros tribunales en casos posteriores. No es sorprendente que esto haya creado un debate sobre la manera de distinguir el ‘Derecho’ y los ‘hechos’, incluso algunos autores buscan una definición conceptual.

Otros proponen considerar cuestión de derecho a cualquier directiva de naturaleza general para casos futuros y una cuestión de hecho a cualquier cuestión de carácter único o individual, que solo se refiere al caso concreto. Fuere como fuere, hay también un aspecto importante de ‘interés privado’ en donde la restricción a cuestiones

Más allá de las incertidumbres descritas, constituye un valor entendido que la reducción del número de casos que ingresan a las cortes supremas está conectada al objetivo de fortalecer el fin público, en tanto se privilegia la función de uniformar el derecho o permitir su evolución a través de la jurisprudencia.

i. Otro aspecto técnico que, dependiendo de la opción que se elija, puede producir resultados contradictorios respecto de los fines del recurso, tiene que ver con el tipo de pronunciamiento de las cortes supremas. Históricamente, por lo menos, cuando una corte suprema, fiel a su origen en la Asamblea Nacional francesa de 1790, solo anula o aprueba la actuación de un órgano inferior, se considera que está afianzando el interés público. Lo que significaría, por oposición, que si la corte realiza adicionalmente una actividad creativa, es decir anula y resuelve el mérito, estaría privilegiando el interés privado, específicamente el del impugnante. Sin embargo, tal argumento puede ser desarrollado en sentido inverso. Así, ingresar al mérito puede ser la mejor manera de uniformar el derecho a través del desarrollo jurisprudencial de una posición jurídica sustancial y, privilegiando tal función, aportar al interés público.

Finalmente, si las cortes supremas no van a ser las instituciones encargadas de proponer las directrices que orienten la evolución del pensamiento jurídico nacional, y tampoco las que refuerzen los valores democráticos y sociales que permitan postular una sociedad igualitaria y solidaria<sup>12</sup>, no tendría sentido reconocerlas como instituciones esenciales para la transformación de una sociedad. Esto es lo que está en juego.

## **5. Los modelos actuales de cortes supremas**

Superando diferencias de detalle que podrían propiciar una división más escrupulosa pero no necesariamente más útil, actualmente son reconocibles tres modelos de cortes supremas: I) el franco-italiano, II) el angloamericano y III) el alemán. Describamos cada uno reduciendo la descripción de sus rasgos a aquellos que los hacen singulares.

a) El modelo franco-italiano -denominado así siguiendo su ruta histórica-interesa porque es asumido por casi todos los países sudamericanos. No suele tener competencia sobre temas constitucionales, para los cuales el sistema incorpora tribunales especializados siguiendo la propuesta de Kelsen.

Aun cuando la regla se ha relativizado, en este modelo las cortes solo anulan (casan) la resolución impugnada, esto es, no resuelven el mérito. Tendencialmente suelen privilegiar el interés subjetivo del impugnante sobre el

---

de derecho converge para reducir la duración y el costo del proceso. Por cierto, no resulta una carga tan pesada, ya que las partes tuvieron oportunidad de corregir errores de hecho en segunda instancia" (KERN, Christoph. *El rol de la suprema corte*. En: *La misión de los tribunales supremos*. Ob. cit. 2016. pp. 65-66).

<sup>12</sup> "El maestro Morello escribió que las Cortes Supremas, más que testigos privilegiados de las transformaciones sociales, son coprotagonistas de ellas.

Y esto es sin duda verdadero si se piensa que también la jurisprudencia de las Cortes –el derecho viviente como surge de las interpretaciones y aplicaciones de los jueces– es un importante factor de caracterización de la estructura social de un país" (CARPI, Federico. *Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado*. En: *Reforma Procesal Civil*. Ob. cit., p. 630).

interés objetivo de permitir que la Corte cumpla una tendencia uniformadora. Esto conduce, como resulta evidente, a proteger el fin privado (darle al recurrente un nuevo examen) sobre el público (cumplimiento de su deber jurídico-político).

Constituye un rasgo de este modelo constatar que la Corte actúa de manera fraccionada (salas, cámaras, secciones), tomando como criterio las especialidades jurídicas con el propósito de garantizar a los justiciables la vigencia de la función nomofiláctica<sup>13</sup>. Inclusive hay países donde el interés principal consiste en permitir que todos los justiciables ejerzan su derecho a impugnar; al extremo que se establecen Cortes de casación por ámbitos geográficos, como el caso italiano.

En un escenario como el descrito, la búsqueda de uniformidad de la jurisprudencia por medio de los precedentes ha fracasado. No olvidemos que la utilidad de estos aumenta siempre que se concrete una relación inversamente proporcional con su cantidad. El resultado es previsible: una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, contradictoria y por ello inconfiable, no produce ninguna autoridad<sup>14</sup>.

España asumió el modelo comentado y esa es la razón por la que países como el nuestro han seguido tal lineamiento.

**b)** El modelo creado en Inglaterra y exportado por esta a sus colonias, ha recibido muchas modificaciones en el último medio siglo, tanto en su casa matriz como en aquéllas ahora independientes. Hasta el 1 de octubre de 2009, el órgano judicial de cierre en Inglaterra se llamaba la *House of Lords*, aunque en estricto quien se encargaba de impartir justicia no era toda la *House* sino un órgano de ella, el *Appellate Committee*. En 1934, para limitar la excesiva carga judicial, se reguló que el acceso a la *House* fuese controlado por un *leave to appeal* que, años después, pasó a llamarse *permission*<sup>15</sup>.

El hecho de que la *House of Lords* fuese un órgano legislativo, dentro del cual había un órgano que se encargaba de la actividad jurisdiccional, constituía de por sí una anomalía a la cual se puso fin por medio de la *Constitutional Reform Act* de 2005. Esta creó el Tribunal Supremo como órgano de último grado del Reino Unido, reemplazando al Comité

<sup>13</sup> “Como se verá, en efecto, el legislador parece considerar que la Corte de Casación debe desplegar la función de nomofilaquia decidiendo toda particular y específica cuestión de derecho que surge en el ámbito de cualquier controversia. Se trata, por así decirlo, de una nomofilaquia particularista y analítica: toda cuestión de derecho debe poder ser llevada directamente a la atención de la Corte, y esta deberá verificar, pronunciándose explícitamente al respecto, si el juez inferior ha o no aplicado correctamente la ley resolviendo cada una de estas cuestiones” (TARUFFO, Michele. ¿Una reforma de la casación civil?. En: *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Coordinadores: Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile. 2007, pp. 524-525).

<sup>14</sup> El profesor Taruffo hace referencia a una obra que con solo su nombre describe el estado de la jurisprudencia italiana: MONETA. *Mutamenti nella giurisprudenza della cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquenio 1988-1992* (Cambios en la jurisprudencia de la casación civil. Ochocientos sesenta y siete casos contradictorios en el quinquenio 1988-1992) (Padua, 1993). En: ibidem, p. 518.

<sup>15</sup> El camino regular al Tribunal Supremo es a través del *Permission*, el cual no es más que una solicitud de intervención. El nombre guarda mucho lo que contiene porque no es otra cosa que un “permiso de apelación”, por ello el Tribunal Supremo sustenta la denegatoria de manera genérica (“In the opinion of the Committee the petition did not disclose a point of law which merited an appeal to the House”). Esta técnica determina que el Tribunal decida qué casos admite a trámite y por ello no resuelve más de ochenta casos por año.

de Apelación de la Cámara de los Lores (*Appellate Committee of the House of Lords*). Así se estableció la separación material entre la actividad judicial y la Cámara alta del Parlamento.

El Tribunal Supremo es, entonces, el órgano de última instancia del Reino Unido para los casos civiles y también para los casos penales en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Está formado por doce jueces, uno de los cuales es el presidente (con la reforma del 2005 el *Lord Chancellor* dejó de ser la máxima autoridad en asuntos judiciales).

La materia del reexamen del Tribunal es exclusivamente jurídica, pero esta se encuentra limitada por lo que las partes le proponen como cuestión de derecho. El aforismo *Iura Novit Curia* no forma parte del sistema judicial inglés. Aunque no tiene control directo o difuso sobre las leyes, el Tribunal Supremo sí puede declarar incompatible una norma si viola el Acta de Derechos Humanos de 1998.

- La expresión más destacada del *Common law* en la materia es la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un primer rasgo de esta es que realiza un control de legalidad solo sobre cuestiones de derecho y, regularmente, resolviendo el mérito. Siendo una república federal, cada Estado que conforma la Unión tiene su propia Corte Suprema. Sin embargo, para efectos del tema investigado, en adelante haremos referencia a la Corte Suprema federal. Esta agrega a su competencia las cuestiones de constitucionalidad.

El rasgo prominente de este modelo es la búsqueda constante de que sus decisiones establezcan criterios interpretativos que, convertidos en precedentes, actúen como “normas” que puedan ser usadas por los demás jueces para futuros casos similares o análogos. A este objetivo suele llamársele actuación de “legalidad futura”. Aquí la función de control de legalidad se conecta (en nuestra opinión se coloca a su servicio) con la otra función, la de uniformidad del derecho a través de la jurisprudencia. Así, cuando la legalidad futura es exitosa (aplicación relativamente constante de los mismos criterios de decisión), se produce una jurisprudencia uniforme que es respetada hasta que la Corte varíe (si ocurre) su posición sobre el tema, siguiendo reglas precisas como el *prospective overruling*<sup>16</sup>.

Para hacer efectiva esta concepción paradigmática de las decisiones, resulta imprescindible contar con un factor que expanda el conocimiento de aquello que debe convertirse en patrón de actuación futura. A este efecto, resulta esencial el empleo de la doctrina y técnica del precedente judicial, al cual se conecta el *Stare decisis*<sup>17</sup>, una doctrina complementaria encargada de dotar de autoridad al precedente en línea vertical<sup>18</sup>. Con

<sup>16</sup> La Corte Suprema norteamericana puede decidir variar un precedente, atendiendo al reconocimiento que este ha tenido y hasta el momento tiene en el derecho vigente. Sin embargo, la variación en un caso concreto no significa que el nuevo precedente será utilizado en dicho caso, atendiendo al hecho de que la parte actuó en pleno reconocimiento de la autoridad del precedente anteriormente expedido. El nuevo precedente, entonces, puede tener vigencia para los casos posteriores a su publicación, pero no para aquel en que se expidió.

<sup>17</sup> “El principio del *stare decisis*, simplemente expuesto, consiste en que la decisión en un caso debiera gobernar las decisiones en todos los casos como ese, pero solo de esos casos” (JONES, Harry W., KERNOCHAN, John M. y MURPHY, Arthur W. *Legal Method. Cases and Text Materials*. The Foundation Press, 1980, p. 122).

<sup>18</sup> “La doctrina del precedente, típica de los países que se encuentran dentro de la órbita del *Common Law*, parte de la obligación en que se halla un tribunal de resolver un caso del mismo modo que lo hizo al decidir con anterioridad otro caso cuyos hechos relevantes eran similares. Los autores suelen acudir a

ambas se busca la uniformidad en las decisiones y, al mismo tiempo, disuadir a los justiciables de enfrentar lo establecido.

Empleamos el concepto “autoridad” para no distorsionar el grado de influencia del precedente judicial sobre los jueces inferiores. La autoridad del precedente judicial se sustenta en el reconocimiento de la solvencia jurídica y ética de la Corte que lo expide. Por eso se afirma, con precisión, que se trata de una “fuerza persuasiva”. Con lo descrito se descarta la tesis afincada en sede nacional –a partir de una interpretación errada de un principio, ni siquiera un enunciado normativo, aún vigente<sup>19</sup>– según la cual el precedente vincula al juez inferior al punto de que genera en él una responsabilidad disciplinaria ante su eventual apartamiento. Nada más inexacto. La versión correcta es que el precedente se impone por la autoridad de la razón (*Autorictate ratione*) y no por las razones de la autoridad (*Rationis autorictates*).

Dado que la eficacia del precedente es inversamente proporcional a su número, la actuación procedural de la Corte está dirigida al logro de dos objetivos. Por un lado, que esta pueda elegir qué casos decide y, por otro -una consecuencia lógica del anterior- asegurar que los precedentes sean una cantidad limitada<sup>20</sup>.

Es natural que una Corte preocupada por uniformar la jurisprudencia a través de un control de legalidad lanzado al futuro, requiera tomarse su tiempo para resolver, atendiendo a la importancia de sus decisiones. Precisamente la fuerza persuasiva del precedente judicial persigue que, al obtenerse uniformidad jurisprudencial, se disuada a los justiciables de enfrentar lo establecido, salvo que se argumente que es necesario sustituirlo. Y esa responsabilidad solo puede solventarse, como ya se destacó, si el número

una simple fórmula para justificar esta doctrina: ‘Los casos iguales deben ser tratados del mismo modo’. Por su parte, el *stare decisis et quieta non movere*, tal su formulación original, estrictamente considerada, según Schauer, implica la obligación en que se hallan los tribunales inferiores de seguir la jurisprudencia establecida por el tribunal más alto de la jurisdicción a la que pertenecen (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. En: *Stanford Law Review*. Vol. 39, pp. 571-576, nota de pie de página n. 11). Es decir que esta visión destaca la obligatoriedad en sentido vertical de la doctrina del precedente y la anterior pone el énfasis en su obligatoriedad horizontal” (GARAY, Alberto F. Nota (e) de su traducción al artículo *Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio* de Henry P. Monaghan. En: *Lexis*, nro. 0003/010404. 2004, s/p).

<sup>19</sup> Código Procesal Constitucional  
“Art. VII. Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de su precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

<sup>20</sup> El poder de la Corte Suprema americana de elegir qué casos decide, pasa por eliminar la regla según la cual aquella está obligada a pronunciarse fundamentaladamente respecto de la procedencia de cada impugnación. Para tal efecto, el acceso a la Corte se obtiene –casi exclusivamente– por el *writ of certiorari*, el cual, más que un instituto al servicio del impugnante es una prerrogativa por la que la Corte está autorizada a elegir los casos que decidirá, en consecuencia, también aquellos que no. Se trataría del equivalente al recurso de casación de las cortes del *Civil Law*, pero con el rasgo particular de que no necesita expresar motivación para rechazarlo, siendo entonces un acto discrecional.

La concesión del *certiorari* no tiene efecto suspensivo respecto de la resolución recurrida. Sin embargo, se puede solicitar a la Corte que lo expidió la suspensión de la ejecución. Si no fuera concedida, se puede renovar el pedido ante un juez de la Corte Suprema. La ventaja del *certiorari* es que permite a la Corte descargarse de todo aquello que, en su criterio, considera irrelevante para realizar su función. La desventaja es que su rechazo no genera precedente, en tanto la decisión carece de fundamentación.

de causas que ingresan se reduce radicalmente. Para este modelo es imprescindible que sea la Corte Suprema y no el justiciable quien decida cuándo actúa.

Finalmente, un sistema dinámico de *overruling* permite establecer una relación permanente entre la actualidad de las exigencias valorativas sociales (justicia, paz, seguridad, eficacia, etc.) y las decisiones judiciales.

c. El modelo alemán se distingue porque constituye un tránsito de salida desde el *Civil Law* al *Common Law*, es decir, formando parte del modelo franco-italiano, el alemán ha empezado a orientarse hacia el modelo angloamericano desde hace algunos años. Se trata de una reforma que, si bien se manifiesta en el aspecto procedural como una tendencia a reducir considerablemente el número de casos conocidos por el Tribunal Supremo Federal (en adelante TSF), tiene una relevancia mayor en el aspecto funcional. En efecto, constituye un desplazamiento de la importancia de una función a otra.

Siendo tradicional el privilegio del control de legalidad debido a la influencia del modelo franco-italiano, la reforma alemana se orienta a darle prioridad a la unificación de la jurisprudencia y, por extensión natural, al fin público del recurso<sup>21</sup>. Alineándose en la ruta diseñada por la Corte Suprema norteamericana, el TSF alemán continúa realizando un control de legalidad pero orientado a la creación de precedentes a fin de hacer uniforme la jurisprudencia sucesiva: la nomofilaquia por precedente que comentamos a propósito del modelo anterior.

El cambio se originó en una reforma legislativa vigente desde julio de 2001. En ella se estableció que solo se concede recurso: a) en los casos de fundamental importancia (*grundsätzliche Bedeutung*), b) cuando el TSF considere que su decisión es necesaria para generar jurisprudencia uniforme, o c) para concretar una evolución del derecho<sup>22</sup>.

Si bien mantiene un margen de discrecionalidad, al estar presente un criterio legal que determina los casos en que el TSF debe conocer el recurso, se impone la función que esta institución debe privilegiar en el contexto de su ordenamiento jurídico. Entonces, al consolidarse una normativa que regula los motivos (causales) del recurso, el modelo alemán parece alejarse del modelo angloamericano que en la materia, recordemos, es puramente discrecional. Sin embargo, ello no es necesariamente así, el TSF no admite a

<sup>21</sup> “Tras esta reforma, solo es posible interponer un recurso de última instancia en interés de la ley. El propósito del recurso en esta instancia ya no es, principalmente, obtener una decisión correcta para la causa particular, sino decidir las cuestiones jurídicas de relevancia fundamental con el propósito de desarrollar la doctrina jurisprudencial y asegurar su unidad” (GOTWALD, Peter. *El recurso ante el Tribunal Supremo Federal alemán tras la reforma de 2001*. En: *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*. Ob. cit., p. 109).

<sup>22</sup> Código Procesal Civil alemán (ZPO)  
“543. Casación por admisión

1) La casación tiene lugar solo cuando ella es admitida por:  
1. El tribunal de alzada en la sentencia o  
2. El tribunal de casación en virtud de la queja contra el rechazo del recurso.  
2) La casación debe admitirse cuando:  
1. La cuestión de derecho tiene un significado fundamental o  
2. Sea necesaria una resolución del tribunal de casación para el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada.

El tribunal de casación se encuentra vinculado a la admisión pronunciada por el tribunal de alzada”.

trámite el recurso por cualquier error de juicio, solo lo hace cuando confirma que este se ha convertido en repetitivo<sup>23</sup>.

El procedimiento descrito y el elenco puntual de motivos ya anotados, determinan que las partes carezcan de un derecho incondicionado a recurrir. La concepción detrás del procedimiento es muy definida: más importante que el interés del justiciable es el interés público en asegurar que el Tribunal reduzca su actuación a temas de trascendencia.

Otro rasgo consiste en que, si bien los criterios de selección permiten controlar que sean solo algunos miles de recursos concedidos al año, parece seguir siendo una cantidad excesiva, aunque esta no sería una conclusión correcta<sup>24</sup>. Aun cuando por el fraccionamiento en salas sigue pareciéndose al modelo franco-italiano, el modelo alemán ha conseguido reducir los defectos surgidos del fraccionamiento en base a una división imaginativa de la especialidad jurídica de las salas (*senate*).

## **6. La elección del modelo y su relación con el fin privilegiado**

Detrás de los modelos descritos, sus técnicas, instituciones o grados de intensidad para concretar una u otra de los fines y las funciones ya enunciadas, existe un trasfondo de filosofía política de la mayor importancia. Los fines y las funciones de la Corte son extraprocesales, en el sentido que no están conectadas al contenido concreto y específico del tema impugnado. En el caso de los fines, además de ser extraprocesales, manifiestan la opción de la Corte por una determinada política pública y, sin duda, una concepción del mundo.

El predominio que el legislador o la Corte le concedan a una función u otra será solo un apoyo metodológico que complementa una elección más importante que se realizó antes, la obtención de un fin que trascienda lo jurídico: mejorar la calidad de lo que se decida en todo el sistema de impartición de justicia. Aunque teóricamente parece despejada y clara la línea que separa un fin del otro, se trata de una impresión engañosa.

---

<sup>23</sup> “No obstante, el extremo más relevante fue y sigue siendo si un error de juicio obvio en una sola causa debe someterse a la corrección del Tribunal Supremo Federal y justifica la admisión del recurso de última instancia. Pese a vehementes ataques, todas las salas de lo civil del Tribunal Supremo Federal confirmaron que un error de juicio sobre cuestiones de derecho en una única causa no justificaba la admisión del recurso de última instancia, pero suavizaron su postura al decidir que las resoluciones arbitrarias violarían los principios constitucionales y que un peligro abstracto de repetición y emulación podría ser suficiente para calificar un error de ‘sintomático’” (GOTWALD, Peter. *El recurso ante el Tribunal Supremo Federal alemán tras la reforma de 2001*. En: *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*. Ob. cit., pp. 110-111).

<sup>24</sup> “Empero, es también significativo el ejemplo del *Bundesgerichtshof* alemán. La autorización al recurso que a continuación de la reforma ocurrida en 2001 es concedida según el criterio de la *grundsätzliche Bedeutung* de la cuestión de Derecho invocada con el recurso, y la condición de que la decisión de la corte realice la *Fortbildung des Rechts* y sea necesaria para la unificación de la jurisprudencia, opera de modo que limita significativamente el número de las decisiones tomadas cada año por la corte suprema alemana, que en los últimos años ha pronunciado un número de sentencias por poco superior al 10 por 100 de las sentencias pronunciadas por la Corte de casación italiana. No se trata de cantidades tan reducidas como las de la corte inglesa o la estadounidense, sino que parece evidente que el precedente alemán está destinado a tener una fuerza que en línea de principio no podría ser comparada a un precedente italiano. Además, los criterios en función de los cuales se admite el recurso a la corte alemana hacen evidente que su función principal es la de contribuir a la evolución del derecho resolviendo cuestiones de ‘fundamental importancia’”. (TARUFFO, MICHELE. *Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales*. En: *La misión de los tribunales supremos*. Ob. cit. p. 247).

Esto se debe a que los límites entre los contenidos de cada fin aparecen relativizados por los métodos para obtenerlos<sup>25</sup>.

La tesis chiovendiana de que la función de un juez cuando sentencia es expresar en ella la concreta voluntad de la ley, fue asumida tal cual por Calamandrei. Esta lo condujo a la conclusión de que la función propia de las cortes supremas consiste en descubrir la interpretación correcta de la ley, de manera tal que el juez se convierte en un complemento o guardián del legislador, en tanto debe encontrar la única interpretación posible de la ley.

Se trata de la aplicación de una teoría cognitivista de la interpretación jurídica, la cual concibe a la jurisdicción como el instrumento para obtener aquello que propuso el legislador respecto de un caso concreto. Este formalismo interpretativo llevó a Calamandrei a afirmar que el recurso de casación busca obtener “la unidad del derecho objetivo”, es decir, las cortes supremas constituyen órganos encargados de declarar, oficialmente, “la única interpretación correcta de la ley”.

Esta versión interpretativa ha visto reducida su importancia en la actualidad debido al auge del constitucionalismo en el derecho contemporáneo. En efecto, una teoría interpretativa reciente, por ejemplo, afirma que el centro del proceso de interpretación es la justificación. Así, cuando un juez extrae un significado de un enunciado normativo (ley), lo que hace es elegir una interpretación aplicable al caso concreto. Como esta propuesta debe ser comunicada –el juez es un funcionario público que debe fundamentar públicamente sus decisiones- a las partes, interesados y a quien quiera enterarse, debe sustentar su decisión en un razonamiento lógico y coherente, además, su decisión debe fundamentarse en valoraciones e individualizaciones referidas al caso concreto. Esto es, la decisión debe ser racional y, además, razonable. A la primera exigencia se le denomina justificación interna (lógica) y a la segunda, justificación externa (práctica y axiológica).

Esta segunda técnica interpretativa, denominada lógico-argumentativa, es idónea para el periodo actual de constitucionalización de los derechos, en tanto permite al juez descartar la interpretación que afecte la Constitución sin afectar el texto (enunciado normativo) y, asimismo, propiciar las interpretaciones que aseguren la vigencia de un Estado constitucional de derecho. En el plano técnico de la interpretación es mucho más clara la diferencia entre uno y otro fin.

Ahora, cuál sea el fin que debe privilegiar una corte suprema se trata de una elección que escapa a lo jurídico. Sin embargo, la experiencia comparada del último medio siglo muestra una situación impactante: la inmensa demanda de justicia impulsada por la difusión masiva de los derechos fundamentales de primera generación en amplios sectores de la población, durante el primer tercio del siglo pasado, ha producido un cambio al cual los servicios judiciales no han sabido responder.

En el siglo pasado se produjo un acercamiento físico, aunque no jurídico, entre las cortes supremas y las extensas franjas de ciudadanía que reclamaban justicia como jamás

<sup>25</sup>

“En particular, ‘interés público’ e ‘interés privado’ no son alternativas distintas; una mirada más cercana demuestra que ni siquiera son los puntos extremos de algo continuo sino que hay una relación compleja entre los diversos fines a los que sirven las Cortes Supremas” (KERN, Christopher A. *El rol de la Corte Suprema*. En: *La misión de los tribunales supremos*. Op. cit. p. 76).

había ocurrido. En ese contexto, las salas supremas vienen produciendo una inmensa cantidad de respuestas, lo suficientemente contradictorias como para concluir que, lo que existe en realidad, es una confusión respecto a la obtención de los fines. Con tal antecedente, las salas, sin reconocerlo como problema, vienen cumpliendo simultáneamente uno y otro fin sin mayor conciencia de las consecuencias perniciosas de tal tarea. Esta es la razón por la que Campodonico considera que se ha producido una commixtión<sup>26</sup>.

La práctica en los sistemas casatorios de diversos países confirma que, tanto en el cumplimiento de las funciones como en el uso de técnicas procedimentales para concretarlas, la capacidad para identificar con claridad cuál es el fin que se está obteniendo se pierde con extrema facilidad. En otras palabras, los resultados obtenidos no vienen justificando el postulado teórico propuesto por Calamandrei, y ello no solo ha generado incertidumbre y una permanente disfunción de las Cortes Supremas, con el consecuente costo de desconfianza social que ello produce, sino también perplejidad ante los pésimos resultados. Tal vez haya llegado el momento de revisar los fundamentos doctrinales que hemos asumido como correctos, con el fin de superar los rasgos míticos que determinaron su aceptación pacífica. Nos referimos, entre otros, a los que a continuación se detallan.

Ningún antecedente histórico sobre el instituto de la casación es lo suficientemente completo o idóneo como para asumir que el objetivo del jurista debe ser “encontrar” el modelo ideal. Esto alcanza a lo doctrinal y a lo legislativo. Prueba de ello es Calamandrei. El considerable mérito de su monumental monografía sobre el tema no inhibe afirmar que buena parte de ella persiguió dos objetivos a la fecha frustrados: una búsqueda de antecedentes del instituto más atrás de la Revolución francesa y, por otro, darle consistencia teórica a las dos funciones de la casación que propuso, funciones que todos han admitido y compartido por décadas pero sin conocer su trasfondo. Todo lo cual ha conducido a la situación actual donde se confirma que llevar a la práctica ambas funciones es, hasta el momento, una tarea parecida al mito de Sísifo<sup>27</sup>.

Sobre el primer objetivo es claro que la ausencia de antecedentes sobre el recurso tiene, a nuestro juicio, un poderoso fundamento histórico y de sentido común encubierto: si el monarca que impartía justicia hubiera ordenado que su decisión solo alcance para

<sup>26</sup> “La commixtión entre los dos *jura*, recibida y desarrollada (o degenerada: depende del punto de vista) en el sistema de la ‘Corte de casación como tribunal de legitimidad’ (o de aquel híbrido que CALAMANDREI ha considerado más apropiado para nuestro sistema) nunca ha sido precisa materia de discusión entre los procesalistas, que siempre se han limitado a referirse a ellas como a un brocado común” (CAMPODONICO, Francesco. *La génesis de la ambigüedad. Apuntes para una investigación histórica sobre la commixtión entre Jus Constitutionis y Jus Litigatoris*. En: *Debatiendo con Taruffo*. Ob. cit., pp. 112-113).

<sup>27</sup> “Tal como hace veinte años, en efecto, a muchos les gusta pensar en la Corte *como si* –en realidad- correspondiese a su concepción formalista de supremo garante de la aplicación del *derecho objetivo nacional*. No se discutirá aquí la falacia de la ideología formalista, dado que casi dos siglos de antiformalismo deben habernos convencido (¡menos mal!) de lo absurdo de definir cualquier derecho como ‘objetivo’. Con todo, tan evidente contraste entre la realidad y el papel ideal sigue sin desatar muchas preocupaciones. Como anota TARUFFO: ‘aquel que es no contradice aquello que debería ser’, siempre que el modo de operar de la Corte no entre en conflicto con la ‘concepción de su relación con la ley que se ha propuesto como la más óptima bajo el perfil teórico funcional’. En otras palabras, dado que la construcción teórica se mantiene en vigor y, en concreto, el funcionamiento de la Corte no la invalida, el contraste –que en realidad existe- no hace ‘chillar’ el sistema” (CAMPODONICO, Francesco. *La génesis de la ambigüedad. Apuntes para una investigación histórica sobre la commixtión entre Jus constitutionis y Jus litigatoris*. En: *Debatiendo con Taruffo*. Ibídem, p. 111).

anular, reenviar el caso y no decidirlo, ello no solo hubiera limitado su poder, sino que un recurso así hubiera significado una declinación severa de este. Como es evidente, se trata de una autolimitación que ningún rey podía permitirse.

Calamandrei diseñó una teoría sobre el recurso de casación y las cortes supremas que, por décadas, ha sido reconocida como una aspiración a ser concretada por cada sistema judicial. La realidad, lamentablemente, viene demostrando que la actividad desarrollada para concretar la propuesta teórica no da resultado. Sin embargo, y esto es más sorprendente, ello no ha significado que se considere siquiera la posibilidad de alterar el marco teórico.

Piero Calamandrei, en consecuencia, sigue siendo el punto de partida de los estudios sobre la materia, aunque el presente de las cortes supremas nos enseña que sería traicionar su reconocimiento y admiración seguir creyendo que es el punto de llegada. Si creemos en la base científica del derecho, debemos refutar el deslumbramiento ingenuo porque solo producirá imitaciones acríticas y mediocres.

Los órganos de cierre del sistema (cortes supremas, tribunales supremos, etc.) tienen un rasgo singular: regularmente se llega a ellos cuando el proceso ya discurrió por dos grados, recibió dos decisiones expedidas atendiendo al hecho y al derecho discutidos y una previa actuación y valoración de las pruebas, es decir, todo el proceso lógico-volitivo indispensable para que los juzgadores puedan expedir sentencias sobre el conflicto que dio origen al proceso.

Siendo así, queda por decidir si el órgano supremo debe insistir (sería una tercera sentencia) en declarar su concepción de lo justo para el caso concreto o si, trascendiendo el escenario particular, debe orientar a los jueces de otros niveles hacia una interpretación que les permita expedir decisiones justas. Queda claro que si los órganos de cierre hicieran lo primero (preocuparse por el caso concreto), el sistema judicial se perdería en un inmenso universo de sentencias promiscuas, contradictorias y estériles. Si se encarga al órgano de cierre una función paradigmática y universalista es porque, previamente, se ha ratificado que el encargo de buscar la decisión justa para el caso concreto fue asumido y cumplido previamente por los dos órganos de grado<sup>28</sup>.

La exigencia a los órganos de cierre de que imparten justicia solo para el caso concreto puede, en principio, parecer lógica<sup>29</sup>. Inclusive un fundamento político muy fuerte

<sup>28</sup> “Desde el punto de vista teórico las versiones moderadas del particularismo no excluyen, como se ha visto precedentemente, que puedan y deban haber situaciones intermedias, en las cuales la atención necesaria para todas las *particulars* relevantes se conjuga con la individualización de reglas tendencialmente universales, capaces de ser aplicadas en otros casos. No se excluye, por ello, incluso admitiendo que se razone teniendo en cuenta las características irrepetibles de cada caso concreto, que le corresponda a las cortes, y en particular a la Corte Suprema, la tarea de hacer relativamente predecible y controlable la interpretación de las normas” (TARUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia*. En: *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Coordinador: Giovanni Priori. Lima: Palestra, 2015, p. 143).

<sup>29</sup> “Para proteger la ley basta un sistema que permita corregir las decisiones, con miras al pasado. La uniformidad de la jurisprudencia, al revelar el ‘sentido exacto de la ley’, constituye un parámetro para la corrección de las decisiones. De esta forma, el recurso se ve como un derecho de la parte. Está a disposición del litigante, aunque constituya un ‘medio’ para que el tribunal pueda tutelar el derecho objetivo. La decisión, dado que nada añade al orden jurídico, solamente afecta a los litigantes. No presenta ninguna utilidad para los demás usuarios de la justicia: simplemente revela o reitera lo que ya está en el orden jurídico y se limita a resolver el caso en conflicto. Es obvio que no tiene por qué recaer sobre los ciudadanos o ser motivo

para mantener tal situación es la teoría de la separación de poderes. Sin embargo esta es, a la fecha, una teoría destortalada que solo la necesidad de los grupos de poder de emplearla para mantener el *statu quo* impide su superación desde un ya anacrónico reconocimiento constitucional. En tal escenario, el rol de las cortes supremas frente a poderes legislativos discretos o poderes ejecutivos comprometidos con intereses ajenos a los de la comunidad en su conjunto, resulta de singular trascendencia histórica.

- La función paradigmática -la nomofilaquia orientada a conseguir la uniformidad de la jurisprudencia- se puede concretar si el órgano supremo realiza su actividad recibiendo una cantidad idónea de casos, esto es, una adecuada a sus posibilidades y al interés de concretar orientaciones jurisprudenciales. Sin embargo, no hay que buscar el número ideal, si en el modelo estadounidense la cantidad es cercana a cien decisiones al año, este es un dato a tener en cuenta. Nada más. No olvidemos que, entre otras razones, en aquel país cada Estado tiene su propia corte suprema. La cantidad, entonces, siempre dependerá de lo que cada sistema requiera para darle funcionalidad e importancia a su jurisprudencia, por tanto, será una cantidad variable siempre que sea la idónea.

En el Perú las salas supremas expiden, como ya se dijo, más de cincuenta mil sentencias al año. Con esa cantidad la jurisprudencia se convierte en una fuente de derecho desechar. A pesar de lo expresado, insistimos en que ninguna cantidad es exagerada o diminuta *a priori*. La aventura de los juristas consiste en identificar la cantidad que se necesita para alcanzar el fin deseado. Por otro lado, no nos parece adecuado realizar este análisis prescindiendo de un panorama integral de cada comunidad, sobre todo de la situación de aquellos que tienen satisfechas sus necesidades primarias<sup>30</sup>. Descartar o aprobar los datos estadísticos ajenos sin esta percepción global no es científico, es hacer ahistoriología<sup>31</sup>.

para obligar a los tribunales ordinarios. Así, cumple insistir en que lo que recae sobre los ciudadanos y obliga a los jueces es la ley.

La decisión, como solo aplica la ley al caso concreto, es revelada en su parte dispositiva y es esta la que produce efectos entre las partes. Como la decisión no añade nada al orden jurídico, no cabe razonar en términos de efectos prospectivos. En otras palabras: i) como la decisión se limita a aplicar la ley, sus efectos no tienen por qué proyectarse más allá de las partes; ii) como la decisión no añade nada al orden jurídico, no hay motivo para considerar sus fundamentos; y iii) como la decisión simplemente reafirma el orden jurídico, no hay porqué temer una ‘sorpresa injusta’ o efectos retroactivos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Del tribunal que declara ‘el sentido exacto de la ley’ al tribunal que sienta precedentes*. En: *La misión de los tribunales supremos*. Coordinadores: Michele Taruffo, Luiz Guilherme Marinoni y Daniel Mitidiero. Op. cit., p. 209).

<sup>30</sup> “Y es que si se ponen las cartas sobre el tapete con un poco de seriedad, habría que decir que resulta imposible concebir cómo un tribunal puede mantener honestamente la protección de un ordenamiento jurídico dictando simplemente 100 sentencias aproximadamente cada año. Puede decirse que podría ser así si la base del derecho del Estado es jurisprudencial, aunque ello sea absolutamente falso. Pero si dicha base es de derecho positivo, la suposición realizada se rompe estrepitosamente. ¿Acaso puede concebirse que sean 100 los problemas de interpretación que genera todo un ordenamiento jurídico al cabo de un año? Cuando un tribunal mantiene esa actitud, el valor de su existencia es puramente político o, mejor aún, simbólico si se quiere, de cara a que el ciudadano perciba que hay un alto tribunal que le va a amparar en último término, aunque no lo haga en realidad” (ibídem, p. 106).

<sup>31</sup> La ahistoriología es un neologismo que consiste en una narración que guarda con la historia la misma relación que la astrología tiene con la astronomía. En el análisis ahistoriológico la historia se mezcla con la imaginación y con los prejuicios personales de quien lo sustenta, haciendo prevalecer estos sobre los hechos reales. Se superponen analogías más o menos improvisadas con las que se consigue establecer identidades entre fenómenos profundamente diferentes. Cfr. GENTILE, Emilio. *Quién es fascista*. Madrid: Alianza editorial. 2019. pp. 14-15.

## 7. El significado de optar por uno u otro fin

- Si se privilegia el derecho subjetivo a impugnar, es decir, si se convierte en última *ratio* la satisfacción del litigante que recurrió el fallo porque quiere mejorar su posición en el conflicto de intereses, se habrá optado por una finalidad privatista. Ello significa que las Cortes buscan proteger el derecho del recurrente a mejorar su posición sobre el mérito o sobre la validez del procedimiento. Para ello se trata de encontrar la legitimidad de la decisión del caso singular, aquello que también suele denominarse la tutela del *jus litigatoris*.
- Cuando la actividad de las Cortes tiene como principal objetivo resolver las cuestiones de derecho contenidas en el caso concreto pero persiguiendo, a su vez, que algún fundamento de su decisión tenga un alcance general y prospectivo -reduciendo así el nivel de importancia de los intereses de las partes sobre el caso concreto- significa que persiguen una finalidad pública. Con ello, las Cortes imponen, con la autoridad de su conocimiento, rutas de actuación a los jueces inferiores propiciando de esa manera una evolución del derecho.

Las Cortes privilegian el fin público cuando colocan la obtención de la nomofilaquia como un instrumento al servicio de la uniformidad de la jurisprudencia, es decir, cuando pretenden el desarrollo armónico del derecho por medio de la decisión judicial<sup>32</sup>.

- No se descubre nada cuando se afirma que detrás de la opción por privilegiar un fin u otro, está presente una carga ideológica que define la elección. Curiosamente, no es sencillo establecer una relación directa entre la actividad casatoria y lo que la mayoría de los ciudadanos exige de su sistema judicial. Sea por razones de cuantía o sea por la materia discutida, la actividad casatoria no incide directamente en las franjas donde la mayoría resuelve sus controversias. Lo que no significa que la función que realicen las Cortes no pueda afectar –positiva o negativamente- a la mayoría. Las líneas vectoriales que establezcan pueden convertir los procedimientos en más expeditivos y las decisiones en más previsibles. Por lo tanto, se yerra cuando se afirma, categóricamente, que optar por el litigante es una decisión humanista. La relación órgano supremo/justiciable respecto de la

---

<sup>32</sup> “El tribunal fija o define la norma extraíble de la legislación, es decir, añade algo al orden jurídico. Aquí, al contrario de lo que hace el tribunal preocupado por tutelar la ley, se define el sentido atribuible al texto legal. Se otorga contenido al orden jurídico, al añadirse sustancia al texto legislativo. El tribunal parte de la premisa de que la ley es insuficiente para materializar el orden jurídico y que la sociedad necesita un derecho que depende de la conjugación de las actividades del poder legislativo y el judicial.

El Poder Judicial, en el contexto de la disociación entre texto y norma y de elaboración de la norma a partir del caso concreto y la Constitución, tiene en el tribunal supremo al órgano cuya función es definir el sentido que debe extraerse al texto legislativo. Definir el sentido extraíble del texto no significa expresar el sentido exacto de la ley. El tribunal supremo es el órgano que, dentro del Poder Judicial, se sitúa junto al Poder Legislativo para que el derecho estatal infraconstitucional madure ajustado a las necesidades sociales. Valga decir, el tribunal supremo tiene la misión de otorgar sentido al derecho y propiciar así su desarrollo. Es un tribunal de atribución de sentido o de interpretación, de forma que esta función se entiende como algo que está más allá de la que el modelo tradicional concibe para el tribunal de casación” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Del tribunal que declara ‘el sentido exacto de la ley’ al tribunal que sienta precedentes*. En: *La misión de los tribunales supremos*. Coordinadores: Michele Taruffo, Luiz Guilherme Marinoni y Daniel Mitidiero. Ob. cit., p. 210).

discusión y decisión de casos concretos tiene, lamentamos decirlo, una elevada dosis de demagogia<sup>33</sup>.

Lo expresado no desconoce que un sistema judicial –no solo el subsistema de acceso a las funciones del órgano supremo– debe estar comprometido con acentuar, por medio de sus decisiones, los valores que convertirán a una sociedad en democrática, igualitaria, libertaria y solidaria en los hechos y no en la teoría. Al cumplir con uniformar la jurisprudencia por medio de la función nomofiláctica, los órganos supremos hacen efectivo por lo menos dos objetivos jurídico-políticos: eliminan o reducen las incertidumbres en la comprensión del mandato legal y aseguran la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Será el sistema judicial en su conjunto el que preste su aporte para hacer efectiva la vigencia real del ordenamiento jurídico y el afianzamiento de los valores sociales que la Constitución postula.

Lamentablemente los sistemas judiciales de esta parte de América son instrumentos al servicio del poder económico trasnacional, el que, a su vez, controla las políticas públicas de los gobiernos de turno. Es por esa vía que se ha fracturado la soberanía de nuestros países, penetrando sus instituciones a fin de condicionarlas a su interés. Inclusive las reformas que algunas veces se proponen, tienen regularmente como objeto asegurar la vigencia de las reglas del libre mercado para ser aplicadas en un mercado que, contradictoriamente, no es libre sino condicionado por las relaciones de producción propias de la economía capitalista. El objetivo es que todo el sistema jurídico sea lo suficientemente versátil para asegurar la circulación vertiginosa de los productos y servicios y, al mismo tiempo, lo suficientemente mezquino como para no garantizar una retribución mínima de la fuerza de trabajo<sup>34</sup>.

Veamos con un ejemplo como funciona un gobierno complaciente desde el proceso. La imprescindible necesidad de “lavarnos la cara”, a fin de conseguir que Estados Unidos apruebe tener con nosotros un Tratado de Libre Comercio (TLC), llevó al Gobierno peruano en el año 2008 a una serie de reformas legislativas. Como el presidente en ejercicio, al igual que su partido político, alguna vez fue en la teoría un político comunitario y no liberal –

---

<sup>33</sup> “Los gobernantes de un país no pueden sobrevivir por mucho tiempo si su población está descontenta, y lo estará si sus tribunales de instancia no funcionan bien y su tribunal supremo no hace nada para corregir la situación. Podrán adoptar decisiones populistas y hacer uso del *panem et circensis* cuando convenga, pero el engaño no durará para siempre. El pueblo acabará levantándose periódicamente (como suele ocurrir en los Estados más desfavorecidos), y hasta que no se resuelva el problema de la Justicia, se seguirá rebelando cada cierto tiempo porque una vez que el pueblo ha votado su parlamento y ha recurrido a sus tribunales en búsqueda de justicia, ya no tiene donde acudir más que a sus gobernantes” (NIEVA FENOLL, Jordi. “La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoriis*”. En: *Revista de Processo*. RePro 147. Año 32. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 118).

<sup>34</sup> “Desde el punto de vista de la lógica del mercado libre, debería haber una completa libertad de movimientos de todos los factores de la producción. Y sin embargo se ha demostrado poco menos que imposible conseguir que un factor de producción como es el trabajo pueda moverse sin ataduras de ninguna clase.

Hoy existe menos libertad de movimiento de la fuerza de trabajo de la que había en el mundo antes de 1914, cuando no existía límite alguno a la inmigración ni en los Estados Unidos ni en América del Sur. No conozco ningún país que tenga hoy una política de inmigración análoga, ni los Estados Unidos mismos. Y menos que ninguno la Unión Europea que, desde un punto de vista global, es sobre todo un mecanismo organizado para excluir la inmigración” (HOBSBAWM, Eric. *Entrevista sobre el siglo XXI*. Barcelona: Crítica, 2000, pp. 99-100).

“peligrosa especie la de los arrepentidos” recuerda Eduardo Galeano<sup>35</sup>— no tuvo inconveniente en concretar las reformas.

Una de ellas consistió en modificar el Código Procesal Civil de 1993. Este fue vilmente tasajeado para disfrazar el propósito perseguido: modificar el proceso de ejecución y mejorar la infraestructura de la subespecialidad comercial a fin de que el tráfico de bienes y servicios sea fluido y expeditivo. Por cierto, el Gobierno obedeció el mandato y los empresarios –nacionales y extranjeros– agradecieron la “reforma”. El ejemplo sirve porque cuando se propone la modificación de una institución judicial con el propósito de dar confianza a los empresarios e incentivar la inversión extranjera, estamos escuchando el canto de sirena del anarcocapitalismo, una lacra que venimos sufriendo en sede sudamericana hace varias décadas.

Afirmar que los órganos supremos deben reformarse para estimular la celeridad de los negocios e incentivar la inversión extranjera<sup>36</sup>, significa que en sede nacional ya no será necesario preocuparse porque el 40 por ciento de los locales judiciales sean arrendados o por el salario miserable que perciben los funcionarios judiciales, entre ellos los jueces.

## 8. Fundamentos del Proyecto

a. La división internacional de los países respecto del bienestar general nos muestra que, en distintos grados, Sudamérica está formada por naciones emergentes. En el plano judicial esta minusvalía estructural y funcional nos impuso una “técnica”: incorporar instituciones de la cultura judicial de los países fundadores de la tradición jurídica occidental para gestar “nuestro” sistema de solución de conflictos. Aunque el método está muy cerca de celebrar dos siglos de independencia, no ha variado sustancialmente.

Para no seguir fracasando, debemos alterar esa constante. Así, podemos empezar por descubrir las causas por las cuales la institución investigada fue incorporada al ordenamiento jurídico de su país. Luego, aprestarnos a conocer el contexto histórico-social de tal ocurrencia, pero estando prevenidos que una investigación jurídica no se agota conociendo la regulación de una institución jurídica sino que se complementa comprendiendo su funcionamiento. Tanto como lo descrito, importará saber si el problema enfrentado allende con la propuesta normativa tiene rasgos comunes con el problema real en sede nacional. Si así fuera, revisaremos el conjunto de elementos exógenos al instituto jurídico, a fin de asegurar que su eventual adecuación no esté afectada por factores inadvertidos, en la ingenua creencia que el ámbito jurídico es autónomo del acontecer histórico.

<sup>35</sup> GALEANO, Eduardo. *Días y noches de amor y guerra*. Madrid: Alianza editorial, 2015, p. 29.

<sup>36</sup> “Y si, al mismo tiempo, el Tribunal de casación no hace absolutamente nada al respecto, el empresario acabará por no contratar con personas de otras regiones –dependiendo del negocio por supuesto–, porque los tribunales del lugar simplemente no le merecen confianza. Por el contrario, si existiera un tribunal de casación eficaz sabría que, pase lo que pase en los tribunales de ese territorio, siempre le quedará la oportunidad de acudir ante ese tribunal de jurisprudencia previsible.

[...].

Para demostrarlo, debería reflexionarse por un momento sobre una de las principales razones de la depresión económica de muchísimos países del mundo. Dicha depresión suele traer causa de una falta de inversión extranjera. Y dicha carencia de inversión se debe en muchísimos casos a la falta de fiabilidad de los tribunales de aquel país. Cualquier economista sabe que ningún empresario se atreve a invertir en dichos países ante una situación flagrante de inseguridad jurídica” (NIEVA FENOLL, Jordi. *La relevancia social de la casación: la importancia del ius litigatoriis*. Ob. cit., p. 116).

Cumplido este procedimiento estaremos en condiciones de incorporar una institución jurídica a nuestro ordenamiento con un margen reducido de incompatibilidad.

**b.** El derecho en las repúblicas sudamericanas –marcadas por la experiencia colonial– fue una clave cultural impuesta desde fuera. No tuvimos la oportunidad de cuestionar su calidad. Casi siempre, cuando recibimos algo como único creemos que es lo mejor. Es nuestro caso. Por otro lado, el derecho y sobre todo el proceso es, desde una perspectiva marxiana, una superestructura al servicio de un poder político-económico nativo que, a su vez, responde a las exigencias de seguridad y ventaja de un poder económico trasnacional. Este es el contexto que se ha tenido en cuenta al proponer la reforma de nuestro sistema de casación.

**c.** Afincada en el modelo franco-italiano (la organización judicial bonapartista contenida en la ley de 1810 está vigente en varios aspectos de nuestra actual Ley Orgánica del Poder Judicial), contamos con una Corte Suprema formada por varias salas especializadas (ahora son ocho, pero podrían ser más en cualquier momento) que expide un promedio de cincuenta mil sentencias al año.

La consecuencia más grave de esa masificación de la función de las cortes supremas, es el abandono de la calidad de fuente de derecho de la jurisprudencia. En los escasísimos casos en que se ha forjado una tendencia jurisprudencial, no está definido si debe ser seguida “obligatoriamente”, y menos aún cuáles son las técnicas para apartarse de ella. Más allá de algunos intentos de privilegiar el fin público de la Corte, como la regulación del artículo 400 del Código Procesal Civil en su versión original<sup>37</sup>, es evidente que la inmensa cantidad de casos que se resuelven anualmente demuestran que la experiencia ha fracasado.

**d.** Aunque sustentada en una propuesta teórica con prosapia –propuesta de Calamandrei– sobre las funciones de la casación, el modelo padece una generalizada deficiencia en su práctica. Es moroso, caótico e ineфicaz como instrumento para que las cortes supremas cumplan con actualizar la vigencia del sistema legal como medio de transformación dinámica del acontecer jurídico, social, político y económico de nuestra sociedad.

Por lo expuesto, es evidente que la Corte Suprema peruana no cumple con los fines de política social propios de un órgano supremo del siglo XXI. Se afilia al cumplimiento de una finalidad privatista, esto es, solo persigue otorgarle legitimidad a la decisión privilegiando el derecho subjetivo a impugnar del recurrente.

<sup>37</sup> Código Procesal Civil

“Artículo 400.- Doctrina jurisprudencial.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

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

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

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

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

Aunque carecemos de estadísticas plenamente confiables, la duración promedio de un proceso de conocimiento pleno puede estar entre los cinco a siete años, y de ellos, más de un tercio se consume en la Corte Suprema.

**e.** Constatadas las deficiencias del modelo franco-italiano postulamos su abandono o, por lo menos, la atenuación de sus rasgos negativos. Hay una tendencia en algunos países tributarios del modelo franco-italiano –es el caso del modelo alemán– a usar la función de nomofilaquia para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia a través del precedente, y con ello lograr que las cortes cumplan el fin público de la casación.

**f.** Pretender que la doctrina del precedente arraigue en sede nacional, *tout court*, sin una previa reforma de la enseñanza jurídica –nos referimos al método de casos- ha producido y sigue produciendo defeciones en sede nacional. La institución navega entre Escila y Caribdis: para algunos es la solución de todos los problemas de la judicatura nacional y, para otros, una desgracia que hay que descartar prontamente. Una vez más, resulta necesario adecuar la doctrina a nuestras necesidades y no al revés, con ello, además, nos liberaremos de extremismos.

**g.** Ratificando lo antes expresado, la opción por uno de los fines del recurso no puede, en ningún caso, ser asumida como radical y absoluta. El derecho no es binario en sus respuestas, no responde a las categorías “bueno o malo”, “correcto o incorrecto”. Privilegiar el fin público, entre otros aspectos, expresa el derecho de los ciudadanos (sean ahora o después parte de un proceso) a contar con un sistema que produzca respuestas tendencialmente semejantes para situaciones que también lo son o que por lo menos son similares en lo esencial. No puede desconocerse el hecho de que detrás de un sistema predecible, expeditivo y dinámico, el impugnante tendrá mejor garantizados sus derechos, sin perjuicio de que, en perspectiva, la estabilidad de las decisiones reduzca, progresivamente, el uso excesivo del sistema judicial.

**h.** La conducta del juez supremo peruano viene consistiendo, regularmente, en hacer aquello que mejor convenga al ejercicio de su poder o, en el mejor de los casos, a dejar las cosas como están. Parecería no ser consciente de la responsabilidad histórica que le impone su elevado cargo<sup>38</sup>.

**i.** Una reforma de la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema nacional pasa por admitir que sus funciones son extraprocesales. Al estar el control de legalidad y la uniformidad de la jurisprudencia fuera del objeto litigioso del proceso, es imprescindible concluir que el fin a cumplir por la Corte Suprema también debe ser extraprocesal, es decir, público.

**j.** Para que la Corte Suprema cumpla su función nomofiláctica lanzada hacia el futuro –es decir, para que el control de legalidad sirva para uniformar la jurisprudencia buscando que sus decisiones conformen pautas de actuación de los jueces inferiores– es imprescindible

---

<sup>38</sup> “Una de las condiciones de la cual depende el resultado de cualquier reforma de la Casación es que se elimine del todo, donde exista, la concepción que consiste en considerar la pertenencia a la Corte Suprema como una prestigiosa prebenda, más que como el debido desarrollo de un altísimo servicio en una de las instituciones fundamentales del Estado. [...]. En todo caso, es necesario evitar que el trabajo de la Corte dependa de circunstancias contingentes o casuales, o de la buena voluntad de sus miembros” (TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo: ensayos sobre la Casación Civil*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 257).

que el número de casos que resuelva sea considerablemente menor a los que expide actualmente.

**k.** La Corte debe extender sus funciones a aquellas áreas jurídicas urgidas de encauzamiento (jurisprudencia contradictoria de las cortes superiores, necesidad de proponer una evolución del derecho sobre un tema trascendente, etc.), e inclusive, de manera excepcional, a aquellos temas que formalmente no tengan acceso por razones de competencia<sup>39</sup>.

**l.** Reconocer nuestras carencias y también nuestras posibilidades de gestar una reforma, constituyen la cantera de donde extraer los postulados de un sistema casatorio propio, eficaz y socialmente útil. Esto en el marco de un sistema judicial eficiente, coherente, confiable y orientado hacia un desarrollo racional de un derecho comprometido con nuestros valores.

**m.** En el derecho las instituciones no se trasplantan. Importará poco la información que tengamos del derecho comparado sobre tal o cual institución, si carecemos de un conocimiento esencial sobre nuestra realidad social y también sobre nuestro ordenamiento jurídico. El Proyecto adjunto pretende contener los ingredientes para que, incorporando nuestra cuota de imaginación creadora, produzcamos el cambio que necesitamos.

**n.** Y lo último pero no lo último: ningún sistema judicial puede llamarse así si renuncia a propiciar las condiciones para hacer efectivos los valores sociales que expresan la riqueza espiritual de una comunidad que aspira a ser democrática, igualitaria, libertaria y solidaria. Con lo expresado ratificamos que, en la misma medida que podemos convertir el derecho (sobre todo el proceso) en un instrumento de liberación, debemos diseñar órganos jurisdiccionales que, trascendiendo la solución del caso concreto, privilegien la justicia, la eficacia, la oportunidad o la seguridad a través de sus decisiones. De hecho, es el caso de las cortes supremas. No son órganos políticos, pero es inevitable admitir que sus decisiones afectarán formas de ejercicio del poder y políticas públicas.

## 9. Aspectos puntuales del Proyecto

**a.** El Proyecto opta por privilegiar el fin público del recurso. En esa dirección, establece que la función nomofilática está al servicio de la función uniformadora.

**b.** Siendo el recurso de casación una institución procesal técnicamente compleja, al punto que la decisión de proponerla es exclusivamente del abogado, el incumplimiento de algún requisito formal no puede ser imputado a la parte asesorada, por ello el pago incompleto del arancel es responsabilidad de la asesoría técnica. En esa línea el Proyecto considera que las multas deben ser asumidas por el abogado, quien pasa a ser el sancionado, sin perjuicio de que ello ocurra por negligencia o por un intento de dilatar el procedimiento.

---

<sup>39</sup> Así, la resolución que pone fin a un incidente cautelar no pone fin a un proceso, por lo que jamás llegará a la Corte Suprema. Sin embargo, no está en duda la importancia que esta se pronuncie sobre un tema tan necesitado de líneas vectoriales como el cautelar.

c. Dado que la exigencia en los requisitos de procedencia del recurso es más intensa en lo referente a la identificación y fundamentación de la infracción normativa, así como en la determinación de la incidencia directa de esta sobre la decisión impugnada, el Proyecto duplica el plazo para interponer el recurso.

d. Como en su aspecto técnico la corte de casación realiza simplemente un control de legalidad, a diferencia de los grados previos donde se han apreciado en toda su extensión los fundamentos fácticos y jurídicos propuestos y discutidos por las partes, es decir un control de justicia, se propone que en aquellos ámbitos donde la decisión es uniforme en ambos grados, no proceda el recurso.

e. La sola presentación del recurso de casación produce una dilación gravosa hasta que se califica su procedencia, dado que se prolonga el estado de gravamen. A fin de reducir ese perjuicio, se propone que el efecto suspensivo del recurso no alcance a las sentencias de condena y de ejecución, permitiéndole al condenado o ejecutado, según el caso, otorgar garantía a fin de suspender la actuación de la sentencia. Se propone, entonces, para las sentencias de condena y de ejecución el empleo del instituto de la actuación de la sentencia impugnada.

f. Se propone incorporar la Doctrina Jurisprudencial y el Precedente para que sirvan como instrumentos para concretar el fin público. Esto es, lograr que algunas decisiones trasciendan su eficacia interna y, en tal calidad, se conviertan en tendencias o líneas jurisprudenciales que orienten materias específicas del ordenamiento jurídico.

g. La doctrina del *stare decisis*, precisamente aquella que permite al precedente tener efecto vinculante hacia los órganos de grado, le impone a la propia Corte Suprema asumir la dirección y control del órgano encargado de la publicidad de sus actuaciones. No debe olvidarse que se trata de un documento oficial, del cual van a depender los efectos en el tiempo de sus decisiones.

h. Salvo el caso en que la Constitución le otorga competencia de grado único a la Corte Suprema, es imprescindible eliminar o reducir al mínimo su actuación en tal calidad o en la de tribunal de segundo grado, a fin de potenciar su función de corte de casación.

Por esa razón se propone que en todas las demandas de anulación de laudo sea competente el juez constitucional donde lo hubiera, o en su defecto el juez civil. La razón es que con prescindencia de la materia que fue discutida en el procedimiento arbitral (laboral, comercial, etc.), lo que se pretende en una demanda de anulación es la ineficacia del laudo por haberse afectado el derecho al debido proceso o las variantes de esta afectación previstas en la ley sobre arbitraje. En consecuencia, el juez especializado para la materia es el constitucional o, en su ausencia, el juez civil.

i. La reducción del número de casos que ingresan a la Corte Suprema va a determinar, necesariamente, un aumento de los casos que van a concluir con sentencia firme en segundo grado. A este propósito, ante una eventual aprobación de este proyecto, se debe conceder una *vacatio legis* no menor de un año. El objetivo es que las salas de las cortes superiores asuman el alto grado de responsabilidad que les impondrá el hecho de que la mayoría de sus decisiones pondrán fin al conflicto de manera definitiva.

## **II. Proyecto**

### **“Capítulo IV**

#### **Casación**

**Artículo 384.- Funciones y fin de la casación.**- La casación tiene como funciones incentivar la aplicación e interpretación adecuada del derecho y, por medio de ella, promover la uniformidad actualizada de la jurisprudencia.

La casación tiene por finalidad ratificar y difundir la vigencia de los valores que sustentan el ordenamiento jurídico.

**Artículo 386.- Causales.**- El recurso se concede por:

1. Infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada; o
2. Apartamiento de un precedente judicial.

**Artículo 387.- Requisitos de admisibilidad.**- Son requisitos de admisibilidad del recurso adjuntar:

1. Recibo de la tasa judicial; y
2. Copia del precedente invocado cuando se trate de la causal prevista en el artículo 386 inciso 2., autenticada por el abogado que suscribe el recurso.

Si se incumple alguno de los requisitos descritos, la Sala Superior concederá al abogado del impugnante un plazo de tres días para subsanarlo, sancionándolo con una multa de veinte

Unidades de Referencia Procesal. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación y el pago de la multa, la Sala Superior declara firme la inadmisibilidad del recurso, imponiéndole al abogado una multa de cincuenta Unidades de Referencia Procesal.

**Artículo 388.- Requisitos de procedencia.-** Son requisitos de procedencia del recurso:

1. Interponerlo ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada, dentro del plazo de veinte días contado desde el día siguiente de su notificación.
2. Proponerlo solo contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, actuando como segundo grado, ponen fin al proceso, siempre que hayan sustituido, total o parcialmente, alguna decisión de primer grado;
3. Fundamentar, explícita y claramente, en qué consiste la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial.
4. Demostrar la incidencia directa de la infracción o del apartamiento del precedente sobre la decisión impugnada;
5. Precisar el pedido casatorio atendiendo a lo dispuesto en el artículo 388-A.

Cuando se invoca la causal de apartamiento del precedente judicial no es requisito la sustitución descrita en el inciso 2.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos da lugar a la declaración de improcedencia del recurso.

Si la Corte considera que ha habido temeridad en la interposición del recurso, además de la declaración de improcedencia sancionará al abogado responsable con una multa de cincuenta Unidades de Referencia Procesal.

**Artículo 388-A.- Pedidos casatorios.-** Los pedidos casatorios son anulatorios, sustitutorios o mixtos.

Si es anulatorio, se precisa si es total o parcial. En este último caso se indica hasta dónde alcanzan los efectos de la nulidad pedida.

Si es sustitutorio, se precisa en qué consiste dicho pedido.

Si el recurso fuese mixto, se propone el anulatorio como principal y el sustitutorio como subordinado. Si la Corte considera que el pedido sustitutorio es manifiestamente fundado o infundado, puede prescindir pronunciarse sobre el pedido anulatorio y resolver directamente el mérito del recurso.

**Incorporar el artículo 389, actualmente derogado, con el siguiente tenor:**

**Artículo 389.- Casación por salto.-** Si las partes han convenido lo previsto en el Artículo 361, solo pueden recurrir en casación por infracción normativa procesal, debiendo cumplir con los artículos 387 y 388 en lo que corresponda.

**Artículo 391.- Trámite del recurso.-** La Sala superior ante la cual se interpone el recurso, controla la observancia de los requisitos establecidos en los Artículos 387 y 388, haciendo efectivas las consecuencias previstas en ellos.

Si la Sala superior admite el recurso, elevará los autos a la Corte dentro del tercer día, notificando a las partes. Dentro del décimo día de ingresado el expediente, las partes se apersonarán acreditando su domicilio legal en una casilla electrónica, bajo apercibimiento de dárseles por notificados con las resoluciones desde el día siguiente de su expedición.

La Corte calificará la procedencia del recurso en un plazo de treinta días de recibido el expediente. La resolución que lo declara procedente, fija el día y la hora para la Vista, la cual no será antes de los quince días de notificada la resolución que informa a los interesados. Solo se podrá solicitar informe oral dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la Vista.

#### **Sustituir el artículo 392-A:**

**Artículo 392-A.- Casación en interés de la ley.**- La Corte puede avocarse al conocimiento de un proceso que ha concluido hace más de tres meses pero menos de dos años y que no tiene pronunciamiento casatorio, si considera que la cuestión jurídica contenida en él le permitirá cumplir el fin previsto en el segundo párrafo del artículo 384.

El Fiscal de la Nación, el Presidente del Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo, pueden solicitar a la Corte se avoque al conocimiento de un proceso que guarde las exigencias descritas en el párrafo anterior.

Lo decidido en la sentencia que se expida tiene la calidad que la Corte le conceda atendiendo a lo dispuesto en el artículo 400.1, pero no tiene eficacia entre las partes.

**Artículo 393.- Sentencias impugnadas no ejecutables.**- La interposición del recurso suspende la actuación de las sentencias con decisiones meramente declarativas y constitutivas. Son ejemplos de ambas las de prescripción adquisitiva, filiación, nulidad de matrimonio, nulidad de acto jurídico, resolución de contrato, separación de cuerpos, divorcio por causal, capacidad y estado civil y, en general, todas las que no requieran ejecución para su actuación.

#### **Incorporar los artículos 393-A y 393-B:**

**Artículo 393-A.- Ejecución de la sentencia impugnada.**- La interposición del recurso no suspende la actuación de las sentencias de condena y las de ejecución.

**Artículo 393-B.- Sentencia fundada con varios decisorios.**- Si la sentencia impugnada tiene varios decisorios y uno o más de ellos fuesen de condena o de ejecución, éstos podrán ser actuados a pedido de parte, salvo que su ejecución esté condicionada a la adquisición de firmeza de otro u otros decisorios.

**Artículo 394.- Actividad procesal de las partes.**- La actividad procesal de las partes en la Corte se limita a la presentación de alegatos y a informar oralmente durante la vista de la causa.

Solo se pueden adjuntar documentos para acreditar la existencia de precedente judicial, de doctrina jurisprudencial, de la ley extranjera y su sentido, la sucesión procesal, el

nombramiento o cambio de representación procesal, la sustracción de la materia controvertida o, a juicio de la Corte, de otro hecho jurídico relevante.

**Artículo 396.- Resolución casatoria fundada.-** Si la Corte declara fundado el recurso por infracción:

1. De una norma o por apartamiento de un precedente judicial de derecho material, la resolución impugnada es sustituida, total o parcialmente, según corresponda. También realizará función sustitutoria si la infracción fue de una norma procesal la cual, a su vez, fue materia de la pretensión principal o del auto impugnado en casación;
2. De una norma o por apartamiento de un precedente judicial de derecho procesal pero que no requiere de reenvío. En tal caso sustituirá, total o parcialmente, la resolución impugnada, según corresponda; o

Si la infracción procesal amparada sólo puede enmendarse mediante reenvío, la Corte anula la resolución impugnada y retrotrae el proceso hasta el momento que corresponda:

- 2.1. Ordenando a la Sala superior que expida una nueva resolución; o
- 2.2. Anulando lo actuado en segundo grado hasta el acto que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que continúe el proceso; o
- 2.3. Declarando insubsistente lo actuado en la Sala superior, anula la resolución apelada y ordena al Juez de primer grado que expida otra; o
- 2.4. Declarando insubsistente lo actuado en la Sala superior, anula la resolución apelada y declara insubsistente lo actuado hasta el acto en que se cometió la infracción inclusive y ordena que desde allí se reinicie el proceso; o
- 2.5. Declarando insubsistente lo actuado, anula el auto admisorio y declara improcedente la demanda.

La sentencia casatoria tiene fuerza vinculante sobre los jueces de grado.

**Artículo 397.- Rectificación de la motivación.-** La Corte no casará la resolución por contener una motivación errónea o aparente, si considera que su parte decisoria se ajusta a derecho. Sin embargo, realiza la correspondiente rectificación.

**Artículo 400.- Doctrina jurisdiccional y Precedente judicial.-**

1. La Corte puede identificar entre los considerandos de su sentencia un fundamento jurídico y otorgarle la calidad de doctrina jurisprudencial. También puede, excepcionalmente, otorgarle en la primera ocasión la calidad de precedente judicial.
2. Si una doctrina jurisprudencial es pronunciada por la Corte en por lo menos dos procesos consecutivos, esta puede otorgarle valor de precedente judicial en la tercera ocasión, adquiriendo los efectos y la autoridad de una norma y siendo reconocida así dentro del ordenamiento jurídico. Los efectos normativos solo se aplican a los procesos que se inicien

con posterioridad a la publicación oficial de la resolución que instituyó el precedente judicial, salvo que la Corte prescriba una fecha de vigencia distinta.

La Corte puede apartarse de su precedente. Sin embargo, para que la nueva doctrina jurisprudencial adquiera valor de precedente judicial sustituyendo al anterior, será necesario que lo declare expresamente.

3. Los Jueces de grado no pueden apartarse de los efectos normativos del precedente judicial, salvo que consideren que existen circunstancias excepcionales para hacerlo, en cuyo caso justificarán prolijamente las razones de su apartamiento, bajo responsabilidad.

4. La Corte Suprema editará y dirigirá la publicación oficial de sus decisiones. En ella dará a conocer sus resoluciones y todo aquello que considere tiene la calidad de interés público. Salvo disposición distinta contenida en la propia resolución, su efecto extrapartes empezará a regir desde el día siguiente de su publicación. El contenido de lo publicado se presume conocido por todos sin admitir prueba en contrario.

5. La Corte Suprema, en ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa, puede proponer al Congreso que un precedente judicial se convierta en ley, o que derogue aquélla que es contraria a su contenido.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

### **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**PRIMERA.**- La presente ley entra en vigencia al día siguiente de cumplido el primer año de publicada en el Diario Oficial El Peruano.

**SEGUNDA.**- La presente norma se aplica a los procesos judiciales en trámite en los que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, no se haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Los que tengan recurso interpuesto continuarán tramitándose según la legislación anterior.

**TERCERA.**- Las sentencias plenarias que se hubieran emitido antes de la entrada en vigencia de esta ley mantienen su calidad de precedentes judiciales.

### **DISPOSICIONES MODIFICATORIAS**

**PRIMERA:** Modifíquense: el inciso 3 del artículo 35 de la Ley N° 27584 –Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo–; los artículos 128, 401, 403, 688 y 837 del Código Procesal Civil; los numerales 4 y 5 del artículo 8, los numerales 1 y 5 del artículo 64 del Decreto Legislativo N° 1071; y, el artículo 85 del Código Procesal Constitucional, los cuales pasan a tener la siguiente redacción:

#### **1.1. Artículo 35, inciso 3 de la Ley N° 27584**

##### **“Artículo 35.- Recursos**

En el proceso contencioso administrativo proceden los siguientes recursos:  
(...).

3. El recurso de casación, el cual se rige por las normas establecidas en el Código Procesal Civil”.

#### **1.2. Los artículos 128, 401, 403, 688 y 837 del Código Procesal Civil:**

**“Artículo 128.- Admisibilidad y procedencia.-** El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando adolece de un defecto subsanable. Declara su improcedencia si el defecto es insubsanable”.

**“Artículo 401.- Objeto.-** El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisible o improcedente un recurso de apelación. También procede contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado, y cuando la Sala superior declare improcedente un recurso de casación”.

**“Artículo 403.- Interposición.-** El recurso de queja se interpone ante el órgano superior a aquél que denegó el recurso de apelación, lo concedió con efecto distinto al pedido o denegó el recurso de casación. El plazo para interponerlo es de tres días, contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que deniega el recurso o de la que lo concede en efecto distinto al solicitado.”

**“Artículo 688.- Títulos ejecutivos.-** Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes y las impugnadas en casación según lo previsto por los artículos 393-A y 393-B;
2. Los laudos arbitrales firmes;
3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;
4. Los Títulos Valores que confieran la pretensión cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
5. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
6. La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido;
7. La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta;
8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial;
9. El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acrede instrumentalmente la relación contractual;
10. El testimonio de escritura pública;
11. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo”.

**“Artículo 837.- Competencia.**- El proceso al que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil se interpone ante el Juez Civil de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer.

Se aplica al proceso de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros las Disposiciones Generales de esta Sección, en todo lo que no se opongan a la Ley de Arbitraje”.

### **1.3. Artículo 8, inciso 4 y 5 del Decreto Legislativo N° 1071:**

**“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.**

(...)

4. Para conocer la demanda de anulación de laudo es competente el Juez Civil Subespecializado en lo Constitucional o, en su defecto, el Juez Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

5. Para el reconocimiento de laudo extranjero es competente el Juez Civil Subespecializado en lo Constitucional o, en su defecto, el Juez Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos”.

### **“Artículo 64.- Trámite del recurso.**

1. La demanda de anulación se interpone ante el Juez de la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, la demanda de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

(...).

5. Contra lo resuelto por el Juez solo procede recurso de apelación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente, ante la Sala competente de la Corte Superior”.

### **1.4. Código Procesal Constitucional:**

**“Artículo 85.- Competencia**

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

1. El Juez correspondiente por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y
2. El Juez correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos”.

**SEGUNDA:** Incorpórense al Código Procesal Civil el artículo 718 y el artículo 718-A con la siguiente redacción:

**"718. Requisitos y procedimiento de la ejecución de la sentencia impugnada.-** La ejecución se solicita ante el Juez de la demanda adjuntando copia certificada de la resolución impugnada en casación.

Además de lo dispuesto en el artículo 715, el mandato de ejecución contendrá la determinación del monto de la garantía dineraria que deberá ser otorgada por el ejecutado a efectos de suspender la ejecución. En los casos de condena dineraria, la garantía no será menor al monto de ésta. En los demás supuestos, la determinación se realizará atendiendo a la importancia del caso concreto, sin perjuicio de lo cual, el monto de la garantía no será menor a 50 Unidades de Referencia Procesal.

Contra el mandato de ejecución procede contradicción dentro del plazo de cinco días, contado desde el día siguiente de notificado. Ésta sólo puede sustentarse en la inobservancia de lo previsto en los artículos 393, 393-A o 393-B.

El plazo para pedir la suspensión de la ejecución es de diez días posteriores a la notificación del mandato. Es requisito de procedencia del pedido adjuntar el certificado de consignación judicial o la fianza bancaria solidaria, correspondientes a la garantía dineraria exigida.

En lo demás, se sigue el trámite previsto para la ejecución de la sentencia firme".

**"718-A. Efectos de la resolución casatoria sobre la ejecución.-** Decidido el recurso, la Corte oficiará en el día al Juez de la ejecución, utilizando el medio técnico más expeditivo e idóneo.

Si el recurso se declara improcedente o infundado, continúa la ejecución o se levanta la suspensión, si la hubiere. En este caso, a pedido del ejecutante se ordena la realización de la garantía para el pago de la deuda, intereses, daños y costas y costos, en los casos que así corresponda.

Si se casa la sentencia, concluye la ejecución. El ejecutado, acompañando medios probatorios documentales, puede pedir que se expida mandato para que el ejecutante reintegre la situación al estado anterior al inicio de la ejecución y pague la reparación por los daños que ésta hubiera ocasionado. Si el reintegro deviene imposible, el ejecutado puede incluir esta situación como parte de la liquidación de los daños.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplica también al proceso de ejecución concluido antes de la expedición de la sentencia casatoria.

En los incidentes regulados en este artículo no procede apelación con efecto suspensivo ni recurso de casación".

#### **DISPOSICIONES DEROGATORIAS:**

**PRIMERA.-** Deróguense el artículo 37 de la Ley N° 27584 (Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo) y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 3 de la Ley N° 29497.

**SEGUNDA.-** Queda derogada toda norma que otorgue:

- a) A la Corte Suprema la calidad de órgano jurisdiccional de primer grado, con excepción de lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución.
- b) A las Salas Superiores la calidad de órgano jurisdiccional de primer grado.