

LA CORTE SUPREMA ¿TERCERA INSTANCIA?

BEATRIZ A. FRANCISKOVIC INGUNZA *
CARLOS ALBERTO TORRES ANGULO **

* Abogada. Conciliadora y Árbitro adscrita a varias instituciones. Docente de la Universidad San Martín de Porres, Inca Garcilaso de la Vega y Alas Peruanas. Socia y Sub Gerente de Franciskovic Asociados. Discente de Maestría de Derecho Procesal Civil en la PUCP.

** Licenciado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Adjunto del curso Teoría General del Proceso en la PUCP. Asesor Legal de instituciones públicas en materia tributaria.

Sumario: 1) Introducción. 2) El derecho fundamental de pluralidad de instancia. 3) La instancia. 4) Notas sobre el recurso de casación civil. A) La casación civil en el derecho europeo: a. La cassazione italiana, b. La revisión alemana, c. La cassation francesa B) Naturaleza jurídica de la casación civil peruana, sus fines y brevemente sus motivos. a) Naturaleza jurídica de la casación civil peruana. b) Los fines del recurso de casación, c).Motivos de casación: 5). Argumentos en contra y a favor de considerar al recurso de casación como instancia. A) Argumentos en contra. B) Argumentos a favor. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN.

Es casi unánime en la doctrina denegar la calificación jurídica de “instancia” al procedimiento que llevan a cabo nuestras Salas especializadas de la Corte Suprema cuando resuelven en casación; pero dentro del mismo ordenamiento jurídico, - de la realidad práctica, de como resuelve la Corte Suprema en determinados conflictos – podemos extraer elementos que permiten justificar que se trata, aunque no de una instancia plena, cuando menos en limitados casos de una instancia limitada; sin embargo, haciendo uso de una interpretación sistemática constitucional y procesal contamos con elementos que permiten justificar y hasta defender lo contrario, que la Corte Suprema debería ser una tercera instancia.

Las propuestas que aquí se formulan se apoyan en la experiencia adquirida en varios años de ejercicio libre de la profesión, en los cuales hemos observado como las resoluciones casatorias dictadas por la Corte Suprema han influido en el conflicto de intereses de las partes sometidos al tamiz de la jurisdicción, y conviene preguntarse si acaso, a través de este recurso, de manera mediata, ¿la Sala no se encuentra resolviendo conflictos en instancia definitiva?

En lo que sigue se buscará dar una respuesta en este último sentido. Como toda institución jurídica debe poseer un soporte constitucional, por tanto se parte del derecho constitucional, el que se califica como fundamental, de la pluralidad de instancia, éste posibilita la existencia de una segunda e incluso una tercera instancia;

luego se analiza el concepto de instancia, por su importancia, debe deslindarse de otros conceptos similares y establecerse claramente sus características; seguidamente se estudia la naturaleza jurídica y los fines de la casación, pues gracias a ellos se reconocerá mejor si este recurso puede ser asimilado a una instancia o no y sobre estos temas se pondrá especial énfasis en lo que dice la doctrina jurídica nacional, pues se considera que nuestro recurso de casación, tal como se encuentra legislado debe ser interpretado por nosotros los peruanos, quienes somos los que lo aplicamos diariamente en nuestra compleja realidad; y finalmente se mencionan argumentos de índole jurídica de ambas posiciones doctrinales respecto a si el recurso de casación constituye o no una instancia más.

2.- EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PLURALIDAD DE INSTANCIA.

De los horrores vividos en la segunda guerra mundial, se trasmuta de los derechos constitucionales a la idea de los derechos fundamentales. No basta que los derechos sean enumerados sin más por la Constitución, la guerra permitió vislumbrar su poca efectividad, se impuso así la necesidad de establecer ciertos derechos como fundamentales. “Para que los derechos se conviertan en fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre las demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley (...) son las garantías constitucionales las que hacen que la constitución deje de ser un documento exclusivamente político para pasar a ser además una norma jurídica, también son ellas las que hacen que los «derechos de las declaraciones» se conviertan en «derechos fundamentales»”¹

En principio, una errada interpretación, llevaría a sostener que la Constitución no consideraría los derechos y principios contenidos en su artículo 139°, y demás normas de esta misma índole como derechos fundamentales dado que se ubican en el Título II “De la Estructura del Estado” y el Capítulo VIII “Poder Judicial”, y no en el Capítulo I del Título I, de los “Derechos Fundamentales”; empero, por imperio del artículo 3° de nuestra Carta Magna y la falta de un tratamiento diferente para los derechos fundamentales o no en relación a las acciones de garantía establecidas en el artículo 200°, es nuestra posición que los derechos y principios de la función jurisdiccional, que se incluyen en el artículo 139°, deben ser correctamente considerados como **derechos fundamentales** cuya preceptividad es inmediata, es decir, su vigencia es automática no requiere de ley posterior que desarrolle tales derechos, y su vulneración

¹ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000. Pp. 264-265.

por el Poder Público podría ser observada incluso mediante proceso de amparo. A nivel Constitucional, la Constitución Política del Perú establece la pluralidad de instancia en el numeral 6) de su artículo 138² Desarrollando tal norma, el artículo X³ del Título Preliminar⁴ del Código Procesal Civil establece el principio de doble instancia. Primero deseamos realizar una precisión sobre su calificación como principio. Según RUBIO CORREA “Los principios generales del Derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, sub-conjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad”⁵, por lo que su presencia no es perceptible sólo a nivel constitucional, sino que se encuentran dentro del derecho procesal civil, es decir, dentro de esta rama jurídica se dan principios particulares como el de la doble instancia que se viene comentando. Además, los principios pueden estar o no contenidos en las normas legislativas, lo que no afecta su vigencia, vale decir que los principios del derecho, en general, y los del proceso civil, en particular, se encuentran vigentes hayan sido o no legislados. Sin embargo, estas normas del Título Preliminar, pese a su condición de principios o criterios rectores desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del derecho, formalmente hablando, son un conjunto de normas jurídicas con rango de ley (es decir del mismo valor que las demás leyes, decretos legislativos y otras normas equivalentes); esto quiere decir, que para su modificación, suspensión o derogación rigen las reglas comunes del sistema, sería otra norma de rango equivalente la que los modifique sin más trámite que su aprobación de acuerdo a la Constitución, por lo que

² “Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia. (...)”

³ “Artículo X.- Principio de Doble instancia.- El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta”.

⁴ Puede uno cuestionarse la significación del Título Preliminar del Código Procesal Civil dentro de la estructura general del sistema jurídico. No puede decirse, como sucede respecto al Título Preliminar del Código Civil, que se trata de disposiciones que tienen vocación de normar a todo el sistema jurídico, tanto al Derecho público como privado, tal como enseña entre nosotros RUBIO CORREA “En síntesis, pues, podemos concluir que el Título Preliminar del Código Civil ocupa un lugar preponderante dentro del sistema jurídico como conjunto, dictando normas de alcance general y que va más allá del Derecho Privado. Esa preeminencia debe ser respetada por las demás leyes de la República, con la finalidad de impedir alteraciones que quiten coherencia y equidad al conjunto de normas legisladas.” En RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar* en Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen III, Quinta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. P. 22. De ahí se observa que cada cuerpo normativo, en especial los cuerpos procesales, disponen de sus propios Títulos Preliminares. Entonces el significado del Título Preliminar del Código Procesal Civil es más modesto, informar sobre normas que conciernen sólo al proceso civil.

⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, sexta edición. Lima: Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. P. 301

su vigencia, validez y cumplimiento son imperativas, máxime cuando las normas procesales son de carácter público e indisponibles para las partes. Segundo, nuestra ley procesal habla de doble instancia, salvo disposición legal distinta, para no entrar en conflicto con la Constitución, la disposición legal distinta solamente podría, en ciertos asuntos, aumentar el número de instancias dentro de la administración de justicia, en ningún caso podría reducir el número a uno, porque en tal hipótesis resultaría vulnerando la garantía constitucional de la instancia plural.

Todo lo expuesto, nos lleva a concluir en este punto que: En el Perú, por expreso mandato constitucional, no puede existir un proceso con instancia única. En el proceso civil rige en principio, la doble instancia. Es posible que el proceso civil tenga más de dos instancias, cuando exista disposición legal expresa que así lo determine.

3.- LA INSTANCIA.

Podría incluso algún despistado estudioso confundir instancia con nociones como proceso y procedimiento. El proceso puede ser definido de muchas maneras, entre las principales, o es el medio para satisfacer pretensiones jurídicas, o desde una visión garantista el proceso es el sistema o medio de garantías constitucionales para satisfacer y/o eliminar patologías jurídicas; en todo caso no se encuentra una definición unánime como tampoco el momento de su inicio⁶, pero si su momento final, cual es la adquisición de una resolución firme que en él se dicte con la autoridad de cosa juzgada. Sobre el procedimiento sí es unánime decir que es el método **concreto** que utiliza el proceso, el desarrollo mecánico del mismo y parafrasando a MONTERO AROCA no es sino un conjunto de actos concadenados, cada uno de los

⁶ Debe conocerse desde cuando se inicia un proceso. Por ello debemos saber desde cuando un proceso se encuentra *pendiente*. Cuidado que decir que un proceso se encuentra pendiente no es lo mismo que identificarlo con el concepto de litispendencia. *Pendencia* es un estado que se produce en un lapso de tiempo comprendido entre el inicio del proceso jurisdiccional y su final. *Litispendencia* es el conjunto de efectos procesales, legítimamente previstos a favor de una o ambas partes, que se manifiestan durante la pendencia de un proceso con el objetivo de garantizar la eficacia de la futura definición judicial del derecho desde la perspectiva de la duración de dicho proceso, evitando que esta duración perjudique al derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes. Entonces debemos avocarnos sólo al tema de la pendencia y especialmente a conocer desde cuando un proceso se encuentra pendiente. Al respecto se postulan cuatro teorías:

- a).- Teoría de la presentación de la demanda.
- b).- Teoría de la admisión de la demanda.
- c).- Teoría del emplazamiento efectivo con la demanda.
- d).- Teoría de la contestación de la demanda.

Es obvio que tanto la Doctrina como cada legislación en particular, escogerá tal o cual teoría. Por ejemplo en Perú, una interpretación sistemática de nuestro código procesal, nos llevará a decidir por la tercera de ellas, pero en España, por otro lado, es expresa la adhesión a la primera teoría (la de presentación de la demanda). En conclusión en el Perú el proceso se inicia con el emplazamiento efectivo de la demanda al demandado, pero se verá los enormes problemas que ello puede originar.

cuales presupone al anterior y el último el grupo entero. Así puede anticiparse diciéndose que un proceso se desenvuelve en diversas instancias siguiendo determinados procedimientos. Pero antes de determinar si la Casación es una instancia o no, debo primero referirme a qué es lo que se entiende por instancia.

En la Doctrina hay una doble connotación de lo que es instancia, recurrimos principalmente a la doctrina argentina para la diferenciación respectiva.

En un primer sentido, es un equivalente a pedido donde "Instancia en términos generales es toda solicitud, petición o requerimiento (...) tratándose de una solicitud hecha al Poder Judicial"⁷; se dice entonces que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de parte, según que los realice el juez por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los interesados.

En un segundo sentido, también se llama instancia a todo un conjunto de actos que constituyen un procedimiento, lo que implica un movimiento, que tiene un momento inicial como un momento final. Así, ENRIQUE FALCÓN refiriéndose a la instancia dice: "Como tal, debe entenderse el conjunto de actos procesales que suceden a continuación del acto de apertura de la instancia, para cada proceso o procedimiento en particular y hasta la resolución que lo concluya"⁸; y ese acto de apertura de la instancia a que se refiere pueden ser: "Así la instancia sucede a partir de la demanda, en general, (...) a partir de la promoción del incidente; en caso de doble instancia, desde la concesión del recurso (...) y hasta el momento de conclusión de los actos que engloban el proceso o el procedimiento previsto"⁹. PALACIO formula su definición en términos muy amplios, entiende por instancia "el conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de una demanda (originaria o reconvenzional), la promoción de un incidente o la resolución mediante la cual se concede un recurso (ordinario o extraordinario) hasta la notificación del pronunciamiento final hacia el que dichos actos se encaminan"¹⁰. COUTURE decía "...instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de

⁷ LOUTAYF Y RANEA, Roberto. *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1989. P. 446.

⁸ FALCÓN, Enrique. *Caducidad o perención de instancia*. Buenos Aires: Abeledo-Perot; 1989. P. 16. En aquel mismo texto citado señala describiendo la instancia: "Cuando comienza el proceso o el procedimiento es cierto que con el decurso del mismo encaminado hacia una resolución el campo entre uno y otro acto es la instancia."

⁹ *Ibid.*

¹⁰ PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. P. 219 citado por MAURINO, Luís Alberto. *Perención de la instancia en el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991. P. 34.

apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, entonces de sentencia de primera y segunda instancia, de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o segunda instancia”¹¹; sin duda la instancia es la compleja actividad jurisdiccional que se sitúa entre determinados momentos en el desarrollo del proceso.

Así concebida, como el íter procesal que media entre un pedido y el pronunciamiento sobre éste corresponde luego conocer las características de la instancia. No hay dudas acerca de la amplitud de posibilidades que pueden darse en primera instancia, principalmente en materia de alegaciones y pruebas, con pleno conocimiento por parte del órgano jurisdiccional de hechos y derechos. Pero si hay confusión respecto al segundo examen, en la denominada segunda instancia. “Puede concebirse –aunque esta concepción resulte de muy difícil realización –como un nuevo proceso, con la posibilidad de formular alegaciones, excepciones, contradicciones y proponer pruebas como sí de un primer proceso se tratara, sin limitaciones provenientes de lo alegado y probado en la primera instancia. Así se admitiría cambiar el fundamento de la pretensión o, al menos, aducir hechos y procurar probarlos sin limitación alguna, “repitiendo” pruebas, por ejemplo. En el extremo opuesto del arco de posibles configuraciones se situaría una segunda instancia concebida para la exclusiva revisión del juicio jurídico determinante de la sentencia de primera instancia, pero sin posibilidad de revisar el juicio fáctico”¹²

Algunos autores definen el concepto de instancia en atención a la posibilidad que en el mismo puedan analizarse hechos, actuarse medios probatorios e introducirse nuevas pretensiones. Desde este punto de vista, la denominación "segunda instancia" es un tanto convencional, porque el recurso de apelación para ser verdadera instancia debería abrir una nueva ocasión de aportar ante el Tribunal *ad quem* todos o parte de los materiales de la primera instancia más los nuevos de que el recurrente tal vez disponga (*nova reperta*), y entonces si se tratará de una *apelación plena* (que incluye una segunda instancia) que permitiría incluso el complemento de las pretensiones ya ejercidas o el ejercicio de otras nuevas. Sin embargo, podría esa apertura quedar reducida o una ocasión para criticar la decisión reclamada y examinar el *Tribunal* únicamente los materiales de la primera instancia, con alguna posibilidad, más o

¹¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, tercera edición. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. Pp. 169-170.

¹² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración conforme la ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*, segunda edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001. P. 448.

menos amplia, según los sistemas, de aportar algunos otros nuevos (*apelación limitada* que no origina una verdadera segunda instancia). En nuestro Código Procesal Civil la apelación asume este último carácter; es una apelación limitada, con ciertas concesiones al llamado *ius novorum* y sólo para determinados procesos, que no es materia para analizar en el presente. En ella se trata de ver si, a base fundamentalmente de los materiales de la primera instancia, que ahora se examinan y valoran de nuevo, la sentencia impugnada es acertada o desacertada, justa o injusta.

Por otro lado, muy relacionada al anterior punto de vista, instancia sólo será cuando el juzgador tenga la posibilidad de pronunciarse sobre la pretensión deducida. Así en primera instancia se pide al juzgador un pronunciamiento sobre el fondo, fundado en derecho, que puede o no darse, empero siempre la segunda instancia entraña la posibilidad de que el tribunal competente confirme o revoque y sustituya, total o parcialmente, la resolución que puso fin a la primera instancia. Se buscaría ofrecer una respuesta a unas concretas peticiones de tutela jurídica, en primera instancia, existe la posibilidad de estimar o desestimar la pretensión, en tanto en segunda instancia, existe también la posibilidad de revocar o confirmar una resolución que se pronuncia sobre la pretensión; también puede darse el caso, que en ninguna de ambas instancias se consiga una resolución que se pronuncie sobre el fondo, pero y, lo más grave aún es que se lesione derecho constitucional y fundamental alguno, pues la exigencia de un pronunciamiento de fondo es previo cumplimiento de ciertos requisitos, pero basta la potencialidad de lograrlo. Es nuestra posición que la instancia no debe depender de la posibilidad de pronunciarse únicamente u concretamente sobre la pretensión; sino que revise el fondo con apertura de contradicción, excepciones, nuevos hechos, nuevas pruebas; pues de lo contrario, en ningún caso el recurso de casación constituiría una instancia más.

Lo dicho lleva a concluir en este punto que:

- Las instancias: si bien en teoría puede determinarse la existencia de una instancia única, o de una primera y de una segunda instancia, o de dos o más instancias, son los ordenamientos legales los que deben preveer una opción en particular. En casi todos los países con un estado de derecho social y democrático, se encuentra abolida en materia judicial la instancia única, por lo que la determinación de cuantas instancias se permiten en un sistema procesal queda reducida a las dos siguientes opciones. Se ha visto que en el Perú, un proceso civil, en principio puede tener dos instancias pero por ley expresa puede tener incluso más de dos instancias.

- Comienzo de la primera instancia: la primera instancia se abre con la mera presentación de la demanda, aunque no se haya conferido traslado o no haya sido notificada, resultando irrelevante, en consecuencia, que se haya establecido una relación jurídica procesal válida.
- Fin de la primera instancia: aunque constituye una materia opinable, la tendencia predominante indica que la instancia finaliza, no con el dictado de la sentencia, sino con su notificación.
- Inicio de la segunda instancia: la segunda instancia comienza con la concesión del recurso.
- Fin de la segunda instancia: la segunda instancia termina con el pronunciamiento del Superior jerárquico.
- En este trabajo se va asumir que constituye la instancia un iter procesal que media entre un pedido y el pronunciamiento sobre éste, cuyo contenido versa sobre hechos y derechos, aunque el primero lo sea de manera directa o indirecta.

4. NOTAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL.

Por primera vez en el Perú se regula la casación en el Código Procesal Civil vigente. La Exposición de Motivos¹³ del Código Procesal Civil no hace mención ni siquiera escueta a este especial recurso. En la mente de los abogados de experiencia, este nuevo recurso de casación es visto como aquel que reemplaza al recurso de nulidad previsto en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, recurso cuya esencia era el de ser una nueva apelación que ni siquiera requería de la fundamentación de perjuicios o agravios, por lo que se accedía a la Corte Suprema, la que actuaba como tercera instancia.

Se tendrían muchas definiciones sobre el recurso de casación. Transcribimos una que lo hace en sus justos términos. En palabras del maestro español PRIETO-CASTRO “El recurso de casación es un medio de impugnación, por regla general de resoluciones finales, esto es, de las que deciden el fondo de los asuntos, dictadas en apelación, y en algunos casos en única instancia, a fin de que el Tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento verifique un examen de la aplicación del Derecho

¹³ “Exposición de Motivos del Nuevo Código Procesal Civil” redactada por Javier Alva Orlandini, Presidente de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil, dirigida al señor Fernando Vega Santa Gadea, Ministro de Justicia en fecha 28 de febrero de 1992.

realizada por el órgano a quo o de la observancia de determinados requisitos y principios del proceso, que por su importancia se elevan a la categoría de causales de casación”¹⁴.

A)- La casación civil en el Derecho Europeo.

A continuación algunas ideas generales sobre la naturaleza jurídica de los principales modelos de casación existentes en Europa, la intención, más allá de conocer lo que significa cada uno de ellos para nuestro mundo jurídico, es descubrir cual de ellos considera a la casación como una instancia, y aquellos que no lo hicieron, cuales son las explicaciones de su rechazo. Y obviamente la influencia que cada uno de ellos ha tenido en la casación peruana.

a).- La cassazione italiana: es el modelo de casación que más fiel se ha mantenido al origen francés de la institución. Sus originalidades y diferencias son producto de la brillantez de la ciencia procesal italiana, sin olvidar el hecho de que la obra más importante de todos los tiempos sobre la casación fuera escrita precisamente en Italia por CALAMANDREI “La Cassazione civile”¹⁵. El recurso de casación italiano es ciertamente un recurso de naturaleza extraordinaria; donde no puede procederse a una revisión de la anterior instancia, pues tanto las posibilidades de impugnación del

¹⁴ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*, 5ta. Edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1989. P. 282.

¹⁵ La influencia del maestro florentino a través de su primera y magnífica monografía es casi indiscutible en Italia. Estaba CALAMANDREI empeñado en neutralizar un proceso degenerativo, es decir, aquella tendencia a verificar, independientemente de cualquier reclamo del juicio de hecho, la justicia de la decisión al caso singular. Aunque también por justicia debe destacarse que el pensamiento de CALAMANDREI joven no fue el mismo con el paso de los años, pues en 1950, pocas años antes de morir, expresaba: “A veces cuando observo en la práctica profesional de todos los días el modo como institucionalmente funciona la Corte de Casación, con su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, que parece expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social, como son los nuestros, en que el derecho en formación está todavía lleno todo él de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado. Y me pregunto también, sin que lo impida aquel antiguo amor de estudioso que ya hace casi cuarenta años me lanzó a recorrer la historia gloriosa de este instituto, si la primera responsable de esta reducción de la Justicia a un juego de lógica formal no es precisamente la Corte de Casación, que casi desdeñando el impuro contacto de los casos controvertidos, por excesivo amor a la pureza lógica, a una fabricación en serie de abstractas premisas mayores, que obligan a los jueces de reenvío a concluir el silogismo en contraste con las exigencias de la realidad y a menudo con las de sus conciencias. Pues bien, yo no puedo resignarme a creer que el sistema de la casación haya agotado su ciclo histórico; y estoy persuadido de que el adecuar el funcionamiento de la Casación a las nuevas exigencias de los tiempos que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empleo de la lógica pura, depende no tanto de los dispositivos procesales cuanto de los hombres que los administran. Y puesto que tengo confianza en estos hombres, confío también en que la Corte de Casación terminará por ser, en el futuro, cada vez más próxima y sensible a las exigencias de la justicia sustancial”.

recurrente como el análisis de la Corte de Casación están limitados a cinco motivos enunciados en el Código de Procedimientos Civiles¹⁶, por lo que puede afirmarse que la cognición de la Corte parece estar limitada en principio al examen de derecho, no pudiendo entrar en los hechos declarados y probados en la anterior instancia, ni siendo posible realizar nuevas averiguaciones sobre los hechos. Su finalidad es la protección del ordenamiento jurídico. Por tanto, es evidente que no nos hallamos en este caso ante una tercera instancia, sino que este recurso conoce las limitaciones típicas de todos los recursos de casación.

Verifícase en estos momentos en Italia una fascinante redefinición del estado actual de la casación. Prima entre ellos el modelo puro de casación incardinado en una adecuada y completa explicación de la función nomofiláctica, que no contempla incluir en ella la idea legalidad-justicia del caso singular; las pertinentes fijaciones–consideraciones y evaluaciones del mérito son aspectos privativamente reservados al juez *a quo*, de instancia o de grado. “Uno de los más inteligentes y profundos conocedores modernos del tema –nos referimos a MICHELE TARUFFO- señala las “penetraciones” (las presiones de la realidad) que experimenta en los últimos años la casación italiana comprimida como expresamos a la nomofiláctica por el modelo clásico. Lo hace poniendo de resalto cuatro factores, en cabeza de la Corte de Casación:

- 1) La tendencia (universal) a ocuparse de la justicia del caso concreto (*giustizia del caso concreto*)
- 2) La inclinación al examen del hecho (lo que distingue al modelo español argentino).
- 3) La inflación de la conformidad al precedente (*l' inflazione dei precedenti conformi*) y,
- 4) El contraste entre los precedentes (*contrasti tra i precedenti*)”¹⁷

¹⁶ El artículo 360 del Código de Procedimiento Civil italiano establece un listado de cinco motivos de casación, que son los siguientes:

-Infracciones de las normas sobre jurisdicción.

-Violación de normas sobre competencia, siempre que se haya decidido también sobre el fondo del asunto.

-Violación o falsa aplicación de normas de derecho.

-Nulidad de la sentencia o del procedimiento.

-Carencia, insuficiencia o contradicción en la motivación sobre un punto decisivo de la controversia, sean estos defectos observables de oficio, o a instancia de parte.

Se mezcla motivos *in iudicando* como *in procedendo*.

¹⁷ TARUFFO, Michelle . *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*. Foro Italiano, 1988, Vol. V, p. 237 y siguientes citado por MORELLO, Augusto Mario. *La Casación: un modelo intermedio eficiente*. Buenos Aires: Librería Editora Plantense –Abeledo Perrot, 1993.P. 49.

Reconociendo TARUFFO concluyentemente que es el segundo punto el factor principal, explica: "...en la decisión de la Corte la *ratio decidendi* real tiende a ser muy específica, en cuanto se modela sobre el caso en particular en vez del problema interpretativo de *orden general* que el caso concreto (*il caso di specia*) pone en relación con la norma, de suerte que la uniforme interpretación de la ley constituye un valor secundario, en realidad no actual"¹⁸

Asimismo, señala TARUFFO que "toda cuestión de derecho debe poder ser llevada directamente a la atención de la Corte, y está deberá verificar, pronunciándose explícitamente al respecto, pero que también la Corte debe ocuparse de la decisión del caso particular, no de la general exigencia de que las normas del derecho sean interpretadas y aplicadas de modo uniforme"

b).- La revisión alemana: este sistema de casación si supone un cambio de cierta importancia al modelo clásico francés. Es conocido que este recurso en Alemania, es legislado en base el modelo francés pero conservando la mentalidad política y jurídica alemana, su aparición ocurre en la ZPO de 1877, el modelo, salvo en lo referido al sistema de admisión, apenas ha cambiado desde sus orígenes, al menos en cuanto a su naturaleza jurídica. En cuanto a su naturaleza jurídica la Doctrina alemana califica a su recurso como **tercera instancia**, que despliega sus efectos solamente en la vertiente jurídica del proceso, en ese sentido se habla sin más, de una nueva valoración jurídica del caso concreto, siendo evidente, en estas condiciones, que estamos ante una *revisio priori instantie* en lo jurídico, puesto que puede analizarse toda la parte jurídica del objeto del juicio, si bien ello no quiere decir que esta revisión sea siempre global, o se resuelva en todo caso en un *novum iudicium*, pero puede convertirse en tal. El examen que realiza el Tribunal casatorio esta limitado al análisis de las pretensiones anulatorias de las partes, pero al mismo tiempo, el tribunal no esta limitado por los motivos alegados por el recurrente, lo cual quiere decir que el tribunal podrá localizar otros errores jurídicos no alegados, en tanto en cuanto de los mismos no se deduzcan posibilidades anulatorias más amplias de las solicitadas por el recurrente. En este recurso, no pueden formularse nuevas pretensiones, es decir diferentes a las expuestas durante las instancias anteriores, ni puede modificarse los hechos declarados y probados en la instancia anterior, ni tampoco pueden ser alegados nuevos hechos en casación, resaltando si que el análisis de los hechos sólo puede ser desvirtuado por motivos jurídicos, lo que ya implica en si mismo, aunque

¹⁸ TARUFFO, Michelle citado por MORELLO, Augusto Mario. *Ob. Cit.*P. 50

limitadamente, una modificación de los hechos. También existe en Alemania la misma discusión en cuanto a los fines de la casación que se produce en todo el mundo jurídico del derecho romano germánico, entre el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*, pero su legislación no se aparta de los fines clásicos¹⁹. Bajo estas condiciones, puede decirse que la revisión alemana es un recuso casacional, de naturaleza extraordinaria, pues la cognición del órgano jurisdiccional está limitada al derecho, siendo la única diferencia real respecto a la casación clásica ese carácter de tercera instancia plena en lo jurídico.

c).- La cassation francesa: si bien este país fue el iniciador de la casación, el modelo clásico se ha mantenido sólo en Italia, pero en lo fundamental carece de diferencias sustanciales con respecto al recurso de casación clásico. Se trata de un recurso extraordinario. La doctrina suele fundamentar este carácter extraordinario en la carencia de efecto suspensivo de su interposición, y por el hecho de que sólo puede interponerse por unas causas concretas y limitadas. No obstante, la razón de mayor peso de este carácter extraordinario, aunque sea dogmáticamente errónea, debiera venir del hecho de que sólo puede debatirse sobre el derecho a través de este recurso; con lo cual la diferencia con la revisión alemana no es demasiado destacable. Sin embargo la doctrina coincide en afirmar que la casación en Francia no abre una tercera instancia. Desde luego no existe una libertad de la *Cour de cassatio* en cuanto a la localización de errores jurídicos, sino que su examen se limita a los motivos invocados por el recurrente, al igual que no se pueden solicitar nuevas peticiones, pero si, se pueden alegar todo tipo de errores jurídicos, incluso aquellos que, presentes ya en la sentencia de primera instancia, no fueron alegados durante la segunda instancia. También se permite la alegación por primera vez de errores que afecten el orden público. La casación francesa se dedica solamente a valorar la corrección jurídica de la sentencia recurrida. En cuanto a los fines de la casación, la doctrina trata de establecer un equilibrio entre fines particulares y públicos, de este modo se afirma que es el único recurso que, además de servir al interés privado, tiene trascendencia social, puesto que sirve a la consecución del principio de igualdad de los ciudadanos, mediante la creación de una jurisprudencia uniforme que tutele la aplicación correcta del derecho.

¹⁹ Dice el §543.2 ZPO que se admite únicamente la revisión:

1. Si la cuestión jurídica planteada tiene carácter fundamental.
2. Si es precisa una sentencia del tribunal de casación para conseguir el perfeccionamiento del derecho, o la preservación de la uniformidad jurisprudencial.

B).- Naturaleza jurídica de la casación civil peruana, sus fines y brevemente sus motivos.

Los fines de la casación, en todos los modelos detallados son distintos a los de los demás recursos. Por eso la necesidad de su mención. Corresponde establecer ahora cuales son los actuales fines de la casación en general y particularmente de la casación peruana.

a).- Naturaleza jurídica de la casación civil peruana.

Dentro de las múltiples clasificaciones que suelen realizarse de los recursos, la mayor parte de la doctrina considera que éstos pueden ser ordinarios y extraordinarios. Nos dice Lino E. PALACIO que “La pauta fundamental par distinguir a los recursos ordinarios de los extraordinarios debe buscarse en la mayor o menor medida de conocimientos que respectivamente acuerdan a los tribunales competentes para conocer de ellos. Mientras que los primeros, en efecto, háyanse previstos para los casos corrientes y tienen por objeto reparar cualquier irregularidad procesal (*error in procedendo*) o error de juicio (*error in iudicando*), los segundos se conceden con carácter excepcional, respecto de cuestiones específicamente determinadas por la ley”²⁰. Así son recursos ordinarios aquellos en los cuales instancia *ad quem* asume una competencia funcional amplia, no tasada en motivos, por ejemplo entre nosotros el recurso de apelación; en tanto son recursos extraordinarios, aquellos en los cuales la instancia *ad quem* asume una competencia funcional restringida, encasillada a casos taxativos, por ejemplo en nuestra legislación lo sería la casación.

La inmensa mayoría de la doctrina extranjera atribuye al recurso de casación la naturaleza de medio extraordinario de impugnación. La doctrina peruana se pronuncia categóricamente sobre la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, así para MONROY “...la casación es un medio impugnatorio, específicamente, un recurso de naturaleza extraordinaria y con efectos rescisorios o revocatorios, concedido al litigante a fin de que pueda solicitar un nuevo examen de una resolución respecto a situaciones jurídicas específicas, el que deberá ser realizado por el órgano máximo de un sistema judicial, a quien se le impone el deber de cumplir con los siguientes fines: cuidar la aplicación de la norma objetiva, uniformar la jurisprudencia y obtener la

²⁰ PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14ª. Edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo, 1998, p. 581.

justicia al caso concreto”²¹ y para VIALE SALAZAR , citando a VÉSCOVI, “Tiene el carácter de *recurso extraordinario*, por cuanto “por salirse de la normalidad, sólo se concede en casos extremos, se rodea de formalidades especiales, se refiere a causales taxativas enumeradas y determina, en el órgano decisor, facultades excepcionales, lo que significa que, a la vez de ser restrictivas, son, por otro lado, muy profundas”²². En conclusión, tanto para la doctrina extranjera como para la nuestra, la casación es un recurso (medio impugnatorio) de carácter extraordinario, en el sentido que posee características especiales que lo hacen diferente de los demás medios impugnatorios.

b).- Los fines del recurso de casación: hablar de fines quiere decir el papel que un instituto como el recurso de casación cumple dentro del ordenamiento jurídico en general. El artículo 384^{o23} del Código Procesal Civil indica los fines de la casación A la vista de su fines y realizándose una apreciación global de nuestro recurso de casación, se llega a pensar que el mismo se ha legislado en base al modelo puro francés con algunas variantes, pero tampoco se ha ido más allá en la búsqueda de adaptarlo a una realidad compleja como la peruana. La inmensa mayoría de la doctrina extranjera considera que el recurso de casación debe estar limitado a cuestiones y revisión de **derecho**, (*ius constitutionis*) que no debe pasar al control de los **hechos** (*ius litigatoris*) pues esta tarea es privativa de los tribunales de instancia que son precisamente los únicos a los que les compete ese cometido. La Doctrina peruana también se ha preocupado de este tema desde la entrada en vigencia de nuestro nuevo Código Procesal Civil, Nos dice CARRIÓN LUGO que “La casación, como lo señala la doctrina y la legislación comparada, en un sistema puro, como recurso impugnatorio, es de carácter extraordinario y tiene por finalidad fundamental el control de la aplicación correcta por los jueces de mérito del derecho positivo, tanto del sustantivo como el adjetivo. Por ello, y con razón viabiliza el juzgamiento de la resoluciones judiciales a fin de evitar la incorrecta aplicación del derecho positivo por

²¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 1. Lima, 1997. P. 24

²² VIALE SALAZAR, Fausto. *Recurso de Casación: conveniencia acerca de la implantación del certiorari* en Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 07, 08 y 09 de agosto de 1996. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1996. P. 220.

²³ “Artículo 384°.- Fines de la casación.- El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.”

los jueces de instancia”²⁴ y agrega luego “...su finalidad es defender la ley contra resoluciones judiciales que la infrinjan”²⁵ y conviene preguntarse cómo se puede violar una ley, pues simplemente por interpretación errónea, por aplicación indebida y por mera no aplicación de la ley. RAMIREZ JIMENÉZ indica también sobre el particular: “Como se sabe, el recurso tiene por principales objetivos, según expresa disposición del artículo 384°, lograr la correcta aplicación del Derecho Objetivo, su correcta interpretación (función nomofiláctica, de *nomos*=ley y *phylaxo* = guardar) y la unificación de la Jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia; tales objetivos constituyen manifestación tangible de la vigencia del principio de igualdad de las partes ante la Ley”²⁶. MONROY GÁLVEZ establece como funciones de la casación, la defensa de la ley (función nomofiláctica), la uniformidad de la jurisprudencia (función uniformadora), y agrupa ambos bajo la categoría de fines clásicos de la casación, fines que considera “determinadamente extraprocesales”, sin embargo agrega un fin más contemporáneo al recurso “...este tercer fin consiste, simple y llanamente, en reivindicar el carácter justiciero del medio impugnatorio. Como sabemos, el uso de un nuevo recurso tiene por objeto evitar que el error cometido por un juez produzca un agravio definitivo, sobre uno de los litigantes. Precisamente, el tercer fin que describimos pasa a un segundo plano el carácter extraordinario de la casación y, en contraste, reivindica para ella su naturaleza impugnatoria y sobre todo recursiva, es decir, su afán de provocar la consecución de una decisión más acertada, y por ello casi siempre más justa”²⁷. VIALE SALAZAR establece tres finalidades, una función de *nomofilaquía*, es decir la defensa del derecho objetivo; una función de unificación de la jurisprudencia, entendida en sus justos términos; y una función *dikelógica*, “...de manera que busca hacer justicia del caso concreto; apareciendo así como un medio impugnativo (recurso) impulsado por el particular que sufre un agravio de la sentencia”²⁸.

²⁴ CARRIÓN LUGO, Jorge. *La casación en el ordenamiento procesal civil peruano (propuestas para que el recurso sea un instrumento eficaz y contribuya con la celeridad procesal)* en Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 07, 08 y 09 de agosto de 1996. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1996. P. 229. En esta misma ponencia indica igualmente que “La casación tiene por finalidad también uniformar la jurisprudencia por la instancia suprema” en CARRIÓN LUGO. *Ob. Cit.*, P. 230.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *El recurso de casación. Necesidad de una modificación legislativa* en Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 07, 08 y 09 de agosto de 1996. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1996. P. 209

²⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 1. Lima, 1997. P. 27.

²⁸ VIALE SALAZAR. *Ob. Cit.* P. 221

A la luz de la Doctrina, tanto nacional como extranjera, constituyen actualmente fines de la casación, los propios de la institución y otros que se han ido agregando estos últimos años producto de un Estado Social y democrático de derecho y las vicisitudes de la realidad.

- Tutela o protección del ordenamiento jurídico: es la función fundamental, la que se denomina función nomofiláctica o protección del *ius constitutionis*. Nuestra legislación lo denomina “correcta aplicación e interpretación del Derecho Objetivo” y se presenta ante una violación de la ley; se parte indudablemente de un interés particular, pues sólo quien se considere perjudicado por una sentencia que le es desfavorable, buscará a través del recurso interpuesto que la Corte Suprema indique la aplicación correcta o la interpretación correcta de la norma y definirá en sí la doctrina jurisprudencial aplicable al caso. Si se observa bien, en el fondo, al justiciable no le interesa tanto este fin, para él es una especie de medio de defensa más que él busca ante el ejercicio de poder de la Jurisdicción ante aplicaciones o interpretaciones incorrectas que de la ley hagan los jueces.
- Unificación de la Jurisprudencia nacional: a través de ella también se protege el ordenamiento jurídico, puesto que desde ningún punto de vista es aceptable que el mismo ordenamiento jurídico sea interpretado de forma diferente según sea el juez que conozca del asunto. También indirectamente, por obra de la iniciativa privada, se le facilita a la Corte Suprema la labor de unificar la Jurisprudencia Nacional, pues gracias a un caso particular concreto, se agiliza el estudio jurídico de determinada clase de procesos y de determinadas causas que los motivan. Esta finalidad está orientada a conformar una unidad jurídica y garantizar el principio de igualdad ante la ley; es decir, que se tienda a una interpretación de la norma jurídica común a todo el territorio nacional, ya que siendo las leyes abstractas y generales, es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos de menor jerarquía. Esto se logra con la existencia de un único órgano de casación nacional, en nuestro caso al Corte Suprema de Justicia de la República.
- Protección del derecho del litigante: con respecto al *ius litigatoris*, debe decirse que consiste fundamentalmente en la constatación de que la protección del derecho del litigante también debe ser una de las finalidades del recurso de casación. Aunque el recurso, tenga una finalidad, digamos pública, ello no

desmerecería para que el derecho que el litigante alega sea también tomado en cuenta, y no como un mero instrumento para la consecución de la función nomofiláctica, sino propiamente porque el recurrente posee un interés jurídicamente protegible, y el tribunal de casación debe brindarle dicha protección.

- Protección del derecho fundamental a la igualdad; desde este punto de vista, la existencia de la casación, al posibilitar la consecución de una jurisprudencia uniforme, favorecería decisivamente la materialización práctica de este principio, puesto que los justiciables recibirían soluciones jurisdiccionales análogas para casos concretos similares.
- Logro del ideal justicia.

c).- Motivos de casación: consecuentemente con las finalidades del recurso las causales para interponerlo tienen que ajustarse a los propósitos del mismo. Legislativamente, en nuestro país, las causales para interposición de un recurso de casación la encontramos en el artículo 386^{o29} del Código Procesal Civil. Cuando nos referimos a los motivos o causales casacionales, estamos aludiendo a los defectos o errores que se aduce puede tener una resolución, aquellos que la hacen pasible de ser atacada en vía de recurso de casación³⁰.

²⁹ “Artículo 386°.- Causales.- Son causales para interponer recurso de casación:

1.- La aplicación indebida de una norma o la interpretación errónea de derecho material así como de la doctrina jurisprudencial: o

2.- La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o

3.- La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Esta incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del artículo 236° de la Constitución.

³⁰ Nos enseña MONROY GÁLVEZ los tipos de error:

a).- Error normativo de percepción: el juez no identifica una norma para el caso, por eso no la puede aplicar; en el caso peruano se le conoce como violación, inobservancia e inaplicación de la ley.

b).- Error normativo de apreciación por elección: el juez escoge una norma que no es adecuada para resolver el caso; en el caso peruano se le conoce como falsa o errónea aplicación de la norma.

c).- Error normativo de apreciación por aplicación: el juez ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso concreto, sin embargo al momento de aplicar la norma a los hechos acreditados en el proceso, lo hace dándole a ésta un sentido u orientación que no corresponde a la que es admitida como tal en el sistema social en que la norma es vigente; en nuestro país se conoce como interpretación errónea de la norma.

d).- Error determinante en la norma procesal: cuando el juez comete infracciones a las normas procesales que se han tornado definitivas o determinantes para la decisión recaída en el proceso, como lo serían aquellas infracciones que produzcan indefensión o afectan derechos como sería el caso de violación de la tutela jurisdiccional efectiva.

5).- ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE CONSIDERAR AL RECURSO DE CASACIÓN COMO INSTANCIA.

A).- Argumentos en contra.

Empezamos por ellos porque constituyen materia dominante en la doctrina.

a).- No existe un nuevo juicio: el tribunal de apelación, teniendo en cuenta los errores denunciados por el recurrente, juzga de nuevo el asunto, basándose en los materiales que constan en los autos de la primera instancia. Sin embargo una Sala Casacional, no juzga de nuevo el objeto del juicio, sino que se limita a comprobar si el error denunciado por el recurrente puede provocar la casación de la sentencia. Juzgar de nuevo implicaría poder practicar nueva prueba. Pero es que aunque no se volviera a practicar prueba, ni siquiera pude volverse a valorar en la estricta significación del término, la prueba practicada, pues ello implicaría, de nuevo, un juicio renovado sobre el asunto. Y ello tampoco es posible en el marco del recurso de casación, sino que la Sala debe analizar simplemente la estructura lógica de la valoración probatoria. En definitiva, no puede realizar un nuevo juicio sobre la convicción que le producen unos hechos, fuera de las fronteras indicadas.

b).- No se practica prueba: en materia probatoria, el tribunal de apelación puede valorar la prueba practicada en primera instancia, pudiendo practicar eventualmente alguna prueba complementaria en casos excepcionales. En cambio, la Sala Casacional, no puede practicar prueba alguna en este punto, y sólo puede volver a valorar la prueba practicada en sentido impropio, porque únicamente podrá comprobar que el razonamiento probatorio del juez *a quo* siguió criterios lógicos, aunque no comparta la elección de esos criterios porque sus convicciones psicológicas o morales sobre los hechos eran diferentes, o porque su técnica probatoria hubiese sido distinta,

e).- Doctrina legal y Doctrina Jurisprudencial: cuando el juez se aparte de la Doctrina elaborada por los Tribunales de Justicia siempre que ésta sea de aplicación obligatoria por los tribunales de inferior jerarquía.

f).- Error de hecho en materia casatoria: en principio está prohibida la apreciación de hechos en materia casatoria, sin embargo en algunos sistemas esta posibilidad es admitida en casos como la subsunción jurídica de un hecho como generador de consecuencias jurídicas, o ante la existencia de una parecer absurdo y arbitrario en la valoración de los medios de prueba que condujeron a una decisión gravemente injusta.

g).- El absurdo y la arbitrariedad genéricos: esto se produce en cuanto al razonamiento que conduce a una conclusión desacertada, la que por no ser racional y coherente, incurre en el absurdo y la amplia gama de arbitrariedades.

Ver MONROY GÁLVEZ. *Ob. Cit. P.*

al ser más propenso a realizar esta fase de forma diferente. La frontera entre la lógica y la convicción psicológica es muy delgada, pero existe claramente. En la segunda se mezclan juicios de valor del tribunal *a quo* sobre la moral, la justicia o la oportunidad de la resolución, juicios de carácter intrínsecamente humano que siempre están presentes en un pronunciamiento judicial, y que el tribunal de casación sólo puede entrar de un modo muy marginal, puesto que no entrañan un error, una infracción, sino que, simplemente, se traducen en opciones plenamente legítimas del órgano de instancia, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

c).- No debe confundirse con actividad de instancia de la Sala Suprema: obviamente, todo lo anterior se refiere a la función casacional de la Sala Suprema. No a la misión que desempeña cuando dicta nueva sentencia sobre el fondo, momento en el cual ya no hace funciones de sala de casación, sino de auténtica sala de instancia.

d).- No se condice con los fines clásicos de la casación: puede preguntarse alguien por qué la casación debe conocer esas limitaciones en cuanto a la cognición sólo de derecho. Es decir, si no sería más sencillo que una Sala Supremo se encargara, simplemente de una segunda apelación. Desde luego, dogmáticamente, una solución como la expuesta ahorraría muchos quebraderos de cabeza a la doctrina, pero como ya se podrá advertir de los fines de la casación, no es viable.

e).- No podría la sala Suprema desempeñar eficientemente su tarea si tuviese un conocimiento pleno: es necesario reconocer que para conseguir que el Corte Suprema consiga realizar una labor eficaz y sobre todo abarcable, no puede hacerse cargo de una especie de segunda apelación, sino que debe limitar su examen a los vicios denunciados por la parte recurrente y de la manera expuesta. Por que de lo contrario se traduciría en una labor mucho más extensa que unas pocas salas supremas, siendo únicas para todo el Estado, sería imposible que pudieran realizar. Si así fuere, habría que recordar que las salas de Casación de la Corte Suprema son muy pocas y ante la abundancia de causas que vendrían a ser revisión, cualquiera fuese las características de ella, habría un caos producido por la excesiva demanda, lo que originaría cuando menos el desprestigio aún mayor y peor del Poder Judicial.

f).- No es un recurso de apelación más: si se cumple adecuadamente con lo anterior, es obvio que el ámbito de la cognición de la Sala Suprema es reducido, o por lo menos

más reducido que el de la segunda instancia, y desde luego muchísimo más reducido que el de la primera. Aunque la legislación no haga referencia a estas cuestiones más que en los escasos puntos se señalan como motivos de casación, es esta precisamente la característica diferencial del recurso de casación que no debe desaparecer nunca, a riesgo de que dicho recurso se convierta en un simple recurso ordinario de apelación.

B).- Argumentos a favor.

Se ha buscado argumentos a favor dentro del sistema jurídico.

a).- El respeto del valor Justicia en el Derecho: no es el momento oportuno de teorizar sobre el fin o la función del proceso. Tampoco de los valores que el proceso busca proteger, reducidos a seguridad y justicia, que también son los valores del Derecho mismo como sistema de control social. En el plano real, no se tiene más que leer el artículo III³¹ del Título Preliminar del Código Procesal Civil para advertir la finalidad abstracta del proceso, lograr la paz social en justicia. Habría que preguntarse si dos instancias pueden ser suficientes para garantizar en la inmensa mayoría de los casos la justicia de la decisión, debe recordarse que estamos en el Perú, pues en países, sobre todo del *common law* se piensa que dos instancias es suficiente esfuerzo para alcanzar la justicia, pero puede decirse lo mismo en las particularidades realidades latinoamericanas. Tampoco es posible aquí entrar a reflexionar lo que deónticamente debe axiológicamente debe entenderse por justicia. Reproducimos un fallo de la Corte Suprema Argentina sobre este particular tema: “Hacer justicia no importa otra cosa que la razonable determinación de lo justo en lo concreto, y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presentan, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos del hecho del caso cuyo desconocimiento no se compadece con la misión judicial”. Existe la idea cada vez más caracterizada en los ciudadanos consumidores de la jurisdicción (y también en los abogados) de que cualquier medio de impugnación, aún los más sofisticados, como la casación y la revisión, son medios (recursos y acción) encaminados principalmente a

³¹ “Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en **justicia**.

(...)”

(el resaltado es nuestro)

obtener una sentencia justa para el caso concreto, la ciudadanía reclama justicia, y sin duda, el recurso de casación, es quizá uno de los últimos medios que se tiene para lograr la tan ansiada justicia. Se pregunta ¿puede alcanzarse la justicia en sede casatoria, sin revisión de los hechos?

b).- Existe una revisión indirecta de los hechos: uno de los argumentos en contra de considerar a la casación como instancia es que no existe en ella un nuevo juicio por no existir un examen de hechos y por ende actividad probatoria. En su momento se dijo que se no iba a considerar, para efectos de este trabajo, como instancia a aquel iter procesal en el cual el órgano jurisdiccional se pronunciaba sobre la pretensión concreta y sólo se limitaba el concepto al iter procesal en el cual existe un examen de hechos y derecho. Pues bien el recurso de casación cumple estos dos requisitos. Si bien al examen de hechos llega de manera indirecta. Para algunos autores es indesligable el juicio de hecho de auque de derecho, su bifurcación es precaria y aparente, argumentan que no puede controlarse la correcta y debida aplicación de las normas sin una apreciación de los hechos, por ende un buen juicio casacional tiene que dar cuenta de la totalidad del asunto y ello implica definitivamente una tercera instancia. Se pregunta MORELLO “Que se endilgue a los Jueces (ministros) de la Casación que sean “fastiti” (jueces de los hechos), como una indeseable deformación, no alcanzamos a explicarlo. En efecto, ¿no es acaso el “fundamento de hecho” corrientemente el mejor de todos los que dan soporte al fallo? ¿No son los hechos y las afirmaciones bien probados, los que “imponen” la solución jurídica”³².

c).- Respeto de derechos constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de igualdad y, según lo establecido en la Constitución que el ser humano es el fin supremo del Estado: siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva un derecho de naturaleza constitucional, exigencias de esta índole implican que no puede dejarse de lado la existencia del agravio de carácter subjetivo, tanto así que es el perjuicio del justiciable que, a través del medio impugnativo, insta el pronunciamiento del tribunal de casación. Igualmente puede alegarse que la igualdad sólo se logra plenamente con el recurso de casación. Y, que debe resolverse el caso concreto en sí en aras y defensa del justiciable, de las partes y no en función de la Corte o por fines políticos.

³² MORELLO, Augusto M. *Ob. Cit.* P. 51.

d).- Nueva finalidad de la casación: en el modelo clásico, entre los fines de la casación primaba aquel del interés público sobre el privado. Modernamente se cree que hay que buscar el justo equilibrio, un medio entre el fin nomofiláctico de la casación y la efectiva tutela jurisdiccional, esto es, el interés público (*ius constitutionis*) y el interés privado (*ius litigatoris*) que subyacen en dicho medio probatorio. Incluso se ha visto que en Francia se prioriza el interés privado. Los procesos se ganan o se pierden sólo por los hechos controvertidos alegados y probados, de ahí la importancia de los hechos, acaso esto no es más importante que la legalidad, y acaso no son dignos de protección, pues son los hechos los que constituyen el fundamento principal del derecho subjetivo de las partes.

e).- Inexistencia del reenvío: en el modelo original francés si el Tribunal de casación apreciaba que la sentencia que se recurre había infringido alguna ley, debía casarla (literalmente del francés *casser*, que significa romper, partir, quebrar), ello suponía que el Tribunal de Casación re enviaba el litigio a otro tribunal, para que vuelva a resolverlo, ejerciendo así una función rescisoria. El sistema de casación civil peruano evita el reenvío para el caso que al declararse fundado el recurso de casación basado en errores *in iudicando*, se anule el fallo del tribunal de instancia, de manera que la propia Corte Suprema sustituye el fallo anulado. Evitando así, la pérdida de tiempo y esfuerzo con la intervención posterior de otro órgano jurisdiccional que pronuncie un nuevo fallo. Al no haber reenvío falla directamente. El Código Procesal Civil peruano sólo permite el reenvío para el caso de errores *in procedendo*. Como se observa falla directamente.

g).- Necesidad de perfeccionamiento de las normas jurídicas: aceptando provisionalmente que el recurso de casación se encargue sólo de la aplicación correcta de la ley o defensa de la legalidad, se sabe que la realidad es variable, mutable, para decirlo en palabras simples y fáciles de entender, "la realidad es más rica que cualquier norma" y son éstas las que deben adaptarse al cambio social y no al revés, entonces, como puede hacer un sistema procesal, al advertir tales cambios de la realidad, para que sus normas se vayan adaptando a dichos cambios sociales, si por ejemplo, la Corte de Casación, supremo intérprete de las leyes, no puede apreciar estos hechos que precisamente van generando el cambio social.

6.- CONCLUSIONES:

1. Sin duda nuestra actual Corte Suprema sólo tiene la atribución de resolver los recursos de casación que se interpongan y cuando se funden en las causales expresamente establecidas en el artículo 386 del Código Procesal Civil. Sin embargo, esto limita el reconocimiento en concreto de las garantías para hacer más compleja y efectiva la tutela jurisdiccional, el derecho de defensa, de igualdad en beneficio de los litigantes por lo que no podemos dejar de señalar que nuestra posición es, que teniendo una apelación limitada y por ende una segunda instancia limitada, por más que el proceso se demore, o en desmedro de sacrificar el principio de economía procesal, considero que la Corte Suprema debe ser una Instancia como lo era anteriormente al vigente código procesal.
2. En el sistema procesal peruano esta prohibida la instancia única, una norma constitucional –artículo 139° numeral 6)-, establece el derecho fundamental del justiciable a la pluralidad de instancia, que en materia civil es satisfecha con la doble instancia –artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil-, empero, esta misma ley procesal, admite la posibilidad de una tercera instancia en materia civil, para ello bastaría legislar una norma con rango de ley que así lo disponga; en resumidas cuentas, constitucionalmente no hay obstáculo para que en el Perú un recurso de casación pueda constituir una tercera instancia.
3. Debe manejarse un concepto de instancia como el iter procesal que media entre un pedido y el pronunciamiento sobre éste con conocimiento por parte del órgano jurisdiccional sobre hechos y derechos.
4. El recurso de casación es un recurso de naturaleza excepcional que tiene como fines fundamentales y clásicos la defensa del orden jurídico (función nomofiláctica), unificación de la jurisprudencia nacional (función unificadora); y como fines mediatos la protección de los derechos de los litigantes, el logro de la igualdad jurídica y el alcance del valor justicia en el proceso, en el caso concreto.
5. No puede seguir entendiéndose a la Corte Suprema como un órgano meramente encargado de las funciones típicas de la casación, pues, de ser así donde quedan los litigantes; la Suprema justamente como órgano Supremo cúspide de la estructura judicial, debe ser quien resuelva conforme al caso concreto, resuelva en base a los litigantes, teniendo en cuenta el caso privado y concreto en si y no pretender instrumentalizar a los sujetos procesales para, sólo en determinados casos, cumplir, cuando le convenga sus funciones.

7.- BIBLIOGRAFÍA.

1. ALEGRIA CAMPOS, Mario. *El poder judicial – reforma urgente*. Lima, s.e. 1971
2. CALAMANDREI, *el recurso de casación en el sistema de los medios para impugnar las sentencias en: De su casación civil*. III. Oxford, México.
3. CARRIÓN LUGO, Jorge. *La casación en el ordenamiento procesal civil peruano (propuestas para que el recurso sea un instrumento eficaz y contribuya con la celeridad procesal)* en Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 07, 08 y 09 de agosto de 1996. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1996.
4. CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú. Volumen I y II*. Segunda edición. Lima – Perú. Grijley.2003
5. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, tercera edición. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.
6. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración conforme la ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*, segunda edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001.
7. FALCÓN, Enrique. *Caducidad o perención de instancia*. Buenos Aires: Abeledo-Perot; 1989.
8. GALLARDO NEYRA, María del Carmen y FERNÁNDEZ PAREDES, Jorge. *Estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil a once años de su entrada en vigencia*. Sacado de www.pj.gob.pe/docinteres/2005/otros/3casació
9. LOUTAYF Y RANEA, Roberto. *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1989.
10. MAURINO, Luis Alberto. *Perención de la instancia en el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.
11. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 1. Lima, 1997.
12. MORELLO, Augusto Mario. *La Casación: un modelo intermedio eficiente*. Buenos Aires: Librería Editora Plantense –Abeledo Perrot, 1993.

13. MORELLO, Augusto M. *El órgano de casación y sus poderes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
14. PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14^a. Edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
15. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000.
16. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*, 5ta. Edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1989.
17. RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *El recurso de casación. Necesidad de una modificación legislativa* en Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 07, 08 y 09 de agosto de 1996. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1996.
18. RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *¿Casación o recurso de nulidad? Ius et veritas*.
19. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, sexta edición. Lima: Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
20. RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar* en Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen III, Quinta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
21. VIALE SALAZAR, Fausto. *Recurso de Casación: conveniencia acerca de la implantación del certiorari* en Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 07, 08 y 09 de agosto de 1996. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1996.