

# El Recurso de Casación en el Perú

Carlos Glave Mavila\*

*La historia del recurso de casación transita desde los primeros desarrollos del Derecho Romano, pasando por las variaciones del Derecho Francés. Este recurso extraordinario posee una importancia no solamente en el ámbito jurídico, sino también en la construcción de todo el sistema de justicia que nos remite al ordenamiento constitucional moderno en el cual nos encontramos inmersos. En esta oportunidad, el procesalista Carlos Glave Mavila deshilvana con solvencia las redes que se configuran con ocasión del rol de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, es cierto resaltar que este artículo constituye, sin duda alguna, un aporte interesante a la hermenéutica jurídica vinculada al análisis de los distintos paradigmas del Estado.*

## I. Introducción

El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre el rol que cumple la Corte Suprema de Justicia de la República en nuestro país que, como se sabe, conoce la mayoría de casos a través del recurso de casación. Para realizar ello, nos detendremos en analizar la importancia del paradigma del Estado Constitucional y cómo es que este influye en el rol de la Corte Suprema; así como porque debe ser reanalizado el recurso de casación que, conforme también explicaremos, tiene sus orígenes en un modelo de Estado absolutamente distinto al actual.

## II. El paradigma anterior al Estado Constitucional y el surgimiento del recurso de casación

Es interesante repasar cuáles son las características del Estado Constitucional y de su modelo anterior a fin de notar cómo es que el recurso de casación responde a una realidad absolutamente distinta a la que vivimos actualmente.

En un modelo anterior al Estado Constitucional se puede decir que prevalecía el principio de legalidad y de libertad, así como que una característica inherente al sistema jurídico consistía en la generalidad y abstracción de la ley.

El principio de legalidad supone que la ley era la principal fuente del ordenamiento y primaba por sobre cualquier otra fuente. De este modo, Joseph Aguiló<sup>1</sup> menciona que *“El Estado de derecho, entendido como imperio de la ley o gobierno de las leyes, implica una relación de sujeción pero solo a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos –los*

*propios del Estado de derecho– destinados a erradicar la arbitrariedad de esa relación”*. Es decir, que ya no habría arbitrariedad porque ahora los derechos están establecidos en la Ley que expresa la voluntad del pueblo y no en la voluntad del soberano que podía ser arbitraria.

De otro lado, el principio de libertad hacía que los individuos vean protegida su autonomía a través de la ley, estos en consecuencia están permitidos de hacer todo aquello que la ley no lo prohibía en tanto que gozaban de una autonomía originaria, en la que justamente se expresa esta libertad. En cambio los distintos poderes del Estado, es decir la administración, tenía una relación inversamente proporcional con la ley ya que solo podía hacer lo que ésta le permitía. En este sentido, también es importante resaltar que se entendía que los jueces, al ser meros aplicadores de la ley, estaban permitidos de hacer únicamente lo que la ley diga. Así es que se dice que en el Estado liberal de derecho existe<sup>2</sup> la *“libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como regla, la autoridad del Estado (en presencia de leyes) como excepción”*.

Ahora bien, esa ley que no era otra cosa que una regla que establecía un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica se caracterizaba, además, por ser general y abstracta. La generalidad de la ley quiere decir que se trata de una regla que es aplicable de la misma manera a todos por igual. De esta forma evidentemente se ve reflejado el respeto al principio de igualdad ante la ley o la propia separación de poderes porque la ley igualmente aplicable para todos no puede ser sustituida por actos de la administración o resoluciones jurisdiccionales. Así la ley, como expresión de la voluntad del pueblo, reflejada en el parlamento, es la fuente suprema del

\* Socio del Estudio Priori, Carrillo & Cáceres Abogados. Profesor de Clínica Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> AGUILÓ, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra–Temis. Lima–Bogotá (2004). p. 108.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 28-29.

ordenamiento en concordancia con los principios de legalidad y libertad.

La ley por ser abstracta necesariamente tiene una vocación de permanencia en el tiempo. Por ello se dice que la generalidad se da en el espacio y la abstracción en el tiempo. Así, al igual que en el caso de la generalidad, la abstracción también busca garantizar la certeza y previsibilidad del derecho y del orden jurídico en general dentro de un Estado de derecho o Estado Liberal de Derecho.

Bajo este modelo de sistema jurídico es que en Europa Continental y en Francia en particular se llevó a cabo la codificación. La ley que es una regla abstracta y general comenzó a codificarse con el objeto de, precisamente, regular todos los supuestos de hecho que se presentasen en la realidad. Es en este marco en el que surge formalmente el recurso de casación y en el que se desarrolla. Como veremos, es ese desarrollo del recurso de casación al interior de un modelo de Estado de Derecho que hemos recibido directamente en el Perú.

En este modelo de sistema jurídico formalmente el recurso de casación encuentra sus orígenes como tal. Lo que sucede exactamente hacia fines del siglo XVIII en la Francia post-Revolucionaria. Sin embargo, conforme lo explicado por Calamandrei<sup>3</sup> la casación en realidad está presente desde mucho antes en la justicia francesa. Calamandrei nos explica que antes de la revolución francesa se pueden encontrar los orígenes de la casación porque en los últimos años del antiguo régimen los Parlamentos, que eran los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional en el imperio en nombre del rey, muchas veces expresaban su oposición al rey en sus decisiones. Por lo que, con el afán de reafirmar su autoridad, el monarca concedió a las partes la demanda en casación con lo que el rey comenzó a tener la facultad de revisar y anular las sentencias que afectaran las normas expedidas por él. Por ello, antes de la revolución francesa, las bases de la casación ya estaban dadas: un mecanismo para concentrar el poder. La diferencia, luego de la revolución francesa, es que con la ruptura del antiguo régimen ese poder, en campo del derecho, ya no estaría concentrado en el rey.

Ahora bien, teniendo presente según lo expone Calamandrei<sup>4</sup>, que la casación no habría nacido si es que no hubiera existido un poder concentrado por parte del rey, es claro que la casación, como tal, surge formalmente con el triunfo del movimiento filosófico del iluminismo racionalista que provocó la caída del Antiguo Régimen. Con este cambio, el centralismo del poder se mantuvo vigente pero, ahora, ya no en manos de un monarca, sino en la razón, lo que, en el campo del derecho, se expresaba a través de la Ley. En Europa continental el poder absoluto del rey fue

derrotado por otro poder absoluto: el de la Ley. La ley, una norma que tiene por características esenciales el ser abstracta y general, por lo que responde a la lógica de los principios bases de ese modelo de Estado, el principio de legalidad y libertad en un Estado Liberal de Derecho. Este el marco al que responde la lógica del recurso de casación.

Es interesante apreciar, como señala el doctor Monroy Gálvez<sup>5</sup>, cuáles son los principales rasgos que tenía el primer tribunal casacional<sup>6</sup> que existió. Dichas características eran:

- El Tribunal casacional era un órgano político, no jurisdiccional.
- Al no ser un órgano jurisdiccional lo único que estaba permitido de hacer cuando decidía declarar la nulidad de la sentencia era reenviar el expediente al juez que emitió la resolución anulada para que se pronuncie nuevamente.
- El juez que recibía el reenvío no estaba obligado por la decisión nulificante del Tribunal Casacional, e incluso podía ratificar la decisión inicial. Si se daba ese caso podía surgir una nueva casación, pero producida la tercera casación el Tribunal Casacional debía enviar el caso al Poder Legislativo el cual emitía una interpretación auténtica de la ley, la misma que sí era obligatoria para el cuarto juez que recibía el expediente. A esta participación del Poder Legislativo se le denominó Recurso de Urgencia Obligatorio.
- También existía la posibilidad que al Tribunal Casacional en la tramitación del proceso le surgiera alguna duda respecto a la aplicación o interpretación de una norma, por lo que podía solicitar al Poder Legislativo su colaboración. Esta posibilidad era conocida como Recurso de Urgencia Facultativo.

Este es el modelo del primer sistema casacional que evidentemente a lo largo de los años ha sufrido cambios. Sin embargo, dichos cambios que han respondido a la adaptación del recurso de casación al sistema jurídico al que responde, no son cambios que en la actualidad puedan considerarse sustanciales y coherentes con el sistema vigente, es decir un recurso de casación que comprenda el rol que debe cumplir una Corte Suprema en un Estado Constitucional de Derecho.

De este sistema original se puede apreciar que, en realidad, la única finalidad era garantizar la correcta aplicación de la ley. No se puede ver que se considere que la finalidad de unificar la jurisprudencia era una finalidad de la casación original, pues lo único que se buscaba era abolir el poder interpretativo de los jueces<sup>7</sup> garantizando la supremacía del poder

3 CALAMANDREI Piero. *La Casación civil*, Grandes Clásicos del Derecho, Volumen 2, p. 13.

4 *Ibid.*, p. 13.

5 MONROY GÁLVEZ, Juan. "Apuntes para el estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 01. p. 18.

6 Establecido específicamente el 27 de noviembre y el 01 de diciembre de 1790 cuando la Asamblea Nacional aprueba una Ley que creó el Tribunal de Casación.

7 CALAMANDREI Piero. *Op cit.* p. 38.

legislativo sobre el judicial. De acuerdo a ello, el primer Tribunal Casacional en Francia no era ni siquiera un órgano jurisdiccional y sus resoluciones, únicamente, tenían un carácter negativo que le prohibían expresar cualquier cuestión de derecho expresada en la sentencia.

**“El modelo de Estado en el que se desarrolló y surgió el recurso de casación ha sido superado. Hace mucho ha surgido un nuevo modelo denominado Estado constitucional.”**

Dentro del marco de un Estado de Derecho la casación se desarrolla y sufre cambios generando que surjan las otras finalidades de esta institución que, en el Perú, siempre hemos conocido. Tan solo medio siglo después de la creación del primer Tribunal Casacional se expidió una ley que derogó el Recurso de Urgencia Obligatorio, precisando que si un caso llegaba por segunda vez al Tribunal como consecuencia de una segunda casación el juez debía resolver conforme a lo que decía el Tribunal Casacional. Aquí se evidencia claramente que dicho Tribunal dejaba de ser un órgano político para convertirse en uno jurisdiccional, pues su decisión pasaba a ser vinculante para el juez, es decir se encontraba diciendo derecho y dejando de lado su función original puramente negativa.

La transformación del Tribunal Casacional, de control político del poder judicial hacia regulador judicial de la interpretación jurisprudencial, se dio por dos motivos: la codificación del derecho objetivo y la desaparición de la desconfianza en los jueces que el pensamiento de la revolución había heredado del antiguo régimen. Es decir que se comenzó a distinguir entre la interpretación auténtica, que correspondía al poder legislativo y a la que se veían obligados a utilizar los jueces para resolver las controversias en el sistema inicial, de la interpretación jurisprudencial la cual corresponde al poder judicial. Se distinguió a la jurisprudencia ya no como un peligro para la ley, sino como una colaboración del legislador en la aplicación de la norma en la correspondiente evolución del derecho, y por tanto se entendió a la uniformidad de la jurisprudencia como uno de los fines claves del sistema casacional<sup>8</sup>.

Posteriormente, uno de los primeros datos doctrinales y legislativos orientados a regular la casación como la hemos entendido en nuestros días ocurrió en España. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1852 se regula sistemáticamente el recurso de casación y lo más resaltante es que se establecían entre las causales para interponer el recurso de casación la infracción

de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, el quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio, o el error basado en la apreciación de la prueba, y además se señalaba que el órgano de casación podía resolver el fondo del asunto en alguno de los casos que hubiera casado la sentencia impugnada. Específicamente el artículo 1745 establecía que en el caso que se declare fundado el recurso de casación interpuesto por considerar que se ha incurrido en infracción de la ley o doctrina legal, el mismo Tribunal Supremo además de casar la sentencia, dictará otra resolviendo el fondo del asunto<sup>9</sup>.

De esta manera no solo se reafirmaba el carácter puramente jurisdiccional del Tribunal Casacional, sino también se le sumaba al recurso de casación un fin netamente procesal que consiste en llegar a la justicia en el caso concreto. Sin embargo, es claro que conforme al modelo de Estado en el que se desarrolla el recurso de casación, esa justicia a la que se llega en el caso en concreto viene dada por lo que dice la ley y su correcta aplicación. Con este fin se completan las finalidades clásicas del recurso de casación que han estado vigentes hasta nuestros días: el fin nomofiláctico, la uniformidad de la jurisprudencia y la justicia del caso concreto o también denominado fin dikekológico.

Esos mismos fines del recurso de casación que se desarrollaron y que responden a un modelo de Estado anterior al Estado Constitucional, son los hemos heredado en el Perú y que, hasta la fecha, seguimos teniendo a pesar de los últimos cambios legislativos en la regulación del recurso de casación en el Código Procesal Civil.

Por ello, a continuación buscaremos reflexionar a cerca del modelo de Estado vigente, es decir el Estado Constitucional de Derecho y cómo es que el recurso de casación debería de ser adaptado a este modelo tomando en cuenta el rol que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República y cómo ello debería equilibrar la relación existente entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

## **II. El paradigma del Estado Constitucional y la función jurisdiccional**

El modelo de Estado en el que se desarrolló y surgió el recurso de casación ha sido superado. Hace mucho ha surgido un nuevo modelo denominado Estado constitucional. Para describir el surgimiento de este nuevo modelo propio del siglo XX el doctor Hernando Nieto<sup>10</sup> cita al profesor italiano Luigi Ferrajoli, según el cual *“La tesis que trato de sostener es que estos dos significados corresponden a modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado Legislativo de Derecho (o*

<sup>8</sup> Calamandrei Ibid. p. 95-96.

<sup>9</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 1745: “Si el Tribunal estimase si en la sentencia se ha cometido la infracción de ley o doctrina en que se funde el recurso, declarará haber lugar a él y casará la sentencia, mandando devolver el depósito si se hubiere constituido.

Acto continuo, y por separado, dictará sentencia que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito, o sobre los extremos respecto de los cuales haya recaído la casación.”

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En: *Neoconstitucionalismo (s)*. Edición de CARBONELL, Miguel. Madrid, Trotta, 2005, p.14. Citado por: HERNANDO NIETO, Eduardo. “Reforma de Justicia y Filosofía del Derecho”. En: *Ius Et Veritas* N° 34, p. 293-294.

*Estado legal), que surge del nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neouspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional), producto a su vez de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias”.*

En el Estado Constitucional el contenido de la ley es completamente diferente, ya que su propia realización no responde más a los mismos parámetros de plenitud y heterogeneidad propios de las sociedades liberales. Los grados máximos de generalidad y abstracción no se presentan más. Zagrebelsky<sup>11</sup> señala que se ha dado la “pulverización” del derecho legislativo, lo que quiere decir que actualmente ya no hay más una ley que sea hecha a la medida de todos, y por tanto aplicable a todas las personas por igual, sino que existe una gran multiplicidad de leyes sectoriales y temporales.

La ley pasó a ser una manifestación de un conflicto social entre diversos actores que buscan alcanzar sus objetivos y fines diversos a través de ella. Por lo tanto, la ley no es mas considerada como una expresión sistemática de un ordenamiento jurídico, y por ello se dice que<sup>12</sup> *“hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento –como podía suceder en el siglo pasado–”* (siglo XIX).

En consecuencia, bajo este nuevo escenario, es absolutamente necesario dotar de un derecho más alto, que tenga fuerza obligatoria incluso respecto al legislador. Ese derecho más alto debe de, a pesar de todo, tener un consenso y es justamente en el que se basa el Estado constitucional, con lo cual Zagrebelsky indica que<sup>13</sup> *“la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el ámbito del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”*, surgiendo así entonces el principio de constitucionalidad.

Bajo el ámbito del principio de constitucionalidad, es interesante resaltar que ya no se puede hablar únicamente de reglas que son aplicables verificando la existencia de un supuesto de hecho previsto en la norma para aplicar la consecuencia jurídica correspondiente; de manera muy diferente, ahora los aplicadores del derecho tendrán que ponderar principios y, al respecto, es muy interesante lo que explica Zagrebelski cuando señala que todos los principios que se asuman no deben de serlo de manera absoluta. Dicho autor dice que *“Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al*

*aspecto sustancial) y en la lealtad de su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Estas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal”.*

Tenemos así que desde el punto de vista formal la Constitución es la norma suprema del Estado y toda norma jurídica, actuar de los poderes públicos y de los particulares se somete a ella, pues la Constitución está en el vértice mismo del sistema jurídico. Pero la noción de Estado constitucional no es una noción eminentemente formal y privada de contenido, pues hay un nivel material que justifica precisamente el hecho de que la Constitución tenga esa posición preeminente en el ordenamiento jurídico

Para comprender mejor ello, es necesario tener en consideración el hecho de que en el Estado constitucional, puede identificarse a partir de dos niveles inseparables<sup>14</sup>, sin los cuales es imposible aprehender la verdadera riqueza de esa expresión: (i) un nivel formal, en virtud del cual el Estado constitucional es un Estado en el que la Constitución se convierte en la unidad de medida del actuar de los poderes públicos y de los ciudadanos<sup>15</sup>, de manera que toda actuación particular y pública debe sujetarse a los mandatos constitucionales; y (ii) un nivel material, que nos permite señalar que el Estado constitucional se<sup>16</sup> *“(…) caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales (...)”*.

Como se aprecia, en el estado Constitucional es muy claro que el derecho no debe ser aplicado desde una visión positivista del mismo. Precisamente, porque el positivismo jurídico es propio de una realidad anterior (el Estado de derecho) en la que los jueces aplican el derecho realizando una reconducción y reducción a los componentes unificados en la ley, pues en ella giraba todo el sistema y finalmente era sobre la que recaía cualquier aspecto del derecho.

En el estado Constitucional es incorrecto considerar que quienes ejercen función jurisdiccional debe respetar únicamente una concepción positivista del derecho, incluso si lo hicieran al pretender aplicar normas constitucionales. Zagrebelski nos indica que<sup>17</sup> *“la supervivencia ideológica del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado”*.

11 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. p. 37.

12 *Ibid.* p. 39.

13 *Ibid.* p. 40.

14 En esa misma línea Carlos Santiago Nino señala que: hay dos sentidos principales de ‘constitucionalismo’: el sentido mínimo y el sentido pleno. El sentido mínimo supone la sola existencia de una Constitución. En cambio, el sentido pleno exige la existencia y vigencia de determinados principios y valores propios de la democracia liberal. NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea: Buenos Aires, 2002. Págs. 3 y 4.

15 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op cit.* 34.

16 HABERLE, Peter. *Op cit.* p. 3.

17 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op cit.* p. 41.

En ese mismo sentido el doctor Gorki Gonzales<sup>18</sup>, en un trabajo realizado a propósito de obra “El juez preconstituido por Ley” del profesor Roberto Romboli, refiriéndose al positivismo jurídico, señala que “Esta visión del Derecho corresponde, en suma, a la de un paradigma vertebrado desde la esfera legislativa que atribuye a la función judicial un papel puramente instrumental”. Es decir justamente un papel que no es consecuente con el Estado constitucional al cual debe de responder, por ello, el mismo autor continúa diciendo que “La influencia de esta concepción, aún vigente sobre el pensamiento y la práctica jurídica, impide vislumbrar la fuerza normativa de los principios y valores incorporados en el orden jurídico-constitucional, como expresión de la vida social”.

## “¿Acaso la Corte Suprema de la República no debe también dejar de lado la estricta aplicación del derecho desde un punto positivista propia de un modelo anterior?”

La función de los jueces en consecuencia debe de estar íntimamente ligada a la interpretación de los principios del sistema al cual pertenece. Por ejemplo, como señala el doctor Gorki Gonzales<sup>19</sup> estudiando el trabajo del profesor Romboli, el principio del juez preconstituido por ley en realidad es contradictorio con la idea de “juez natural” que existía anteriormente, y que sigue teniendo vigencia actualmente como un rezago del positivismo jurídico contradictorio con el Estado constitucional, ya que esta concepción de lo natural responde a la necesidad de un juez imparcial que busque decisiones justas, las cuales son legítimas en si mismas puesto que cumplen con el papel de ser simples “bocas de la ley”. En cambio, en un Estado constitucional, el principio del juez preconstituido por ley presupone la necesidad que la actividad del juez, igualmente imparcial, provea de unidad al sistema jurídico, unidad que mas que ser *a priori* impuesta por el legislador, se convierte en una tarea *a posteriori* buscando la articulación de los principios del sistema.

Los jueces en consecuencia deben de satisfacer las demandas de los casos en concreto yendo más allá de la voluntad que haya tenido el legislador, es decir buscando alcanzar esa unidad y coherencia del sistema. Por ello se dice que los jueces tienen por obligación la necesidad de acreditar sus decisiones con argumentos y razones de orden constitucional, es decir buscando una justificación válida en el sistema jurídico<sup>20</sup>.

En ese mismo sentido Hernando Nieto<sup>21</sup> señala que, en el Estado constitucional la labor de los jueces ya no corresponde a la aplicación de reglas, es decir únicamente a la subsunción de las situaciones concretas a los supuestos de hecho abstractos previstos en la norma, sino que principalmente su labor debe girar en torno a otras normas conformadas por principios y directrices. Ello sin duda es una labor mas compleja, ya que son normas que tienen supuestos de hecho o consecuencias abiertas, lo cual en las palabras del mencionado autor es necesario que la actividad jurisdiccional se de en el concurso del “razonamiento dialéctico” antes que del “razonamiento práctico”.

Finalmente, es importante tener presente que, además de los evidentes cambios en la manera de aplicar el derecho en el Estado Constitucional, también es cierto que estamos frente a un paradigma que exige que esta norma fundamental sea interpretada por lo que Haberle<sup>22</sup> denomina una “sociedad abierta de los intérpretes de la constitución” en donde en los procesos de interpretación de la constitución deben de estar incluidos todos los poderes públicos, los ciudadanos y grupos en general, en tanto que participan en la sociedad abierta y la norma fundamental es constituida por ellos<sup>23</sup>.

En ese sentido, Haberle también señala que solo se está ante un verdadero Estado Constitucional si: “(...) en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución! Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera conciente y menos *realiter*, un asunto de una “sociedad cerrada”: la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea su sociedad”<sup>24</sup>.

En base a todo lo indicado hasta el momento cabe preguntarse ¿Acaso la Corte Suprema de la República no debe también dejar de lado la estricta aplicación del derecho desde un punto positivista propia de un modelo anterior? No queremos decir que la labor de la Corte Suprema en la actualidad refleje estrictamente un criterio positivista del derecho; sino que lo que buscamos es reflexionar acerca del recurso de casación que es a través del cual el máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial emite sus

18 GONZALES MANTILLA, Gorki. “El Juez preconstituido por ley en tiempos del constitucionalismo”. En: *Ius Et Veritas* N° 34. p. 102.

19 *Ibid.* p. 107.

20 *Ibid.* p. 108.

21 HERNANDO NIETO, Eduardo. “Reforma de Justicia y Filosofía del Derecho”. En: *Ius Et Veritas* N° 34. p. 294.

22 HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2003. p. 149.

23 *Ibid.* p. 150.

24 HABERLE, Peter. *Op cit.* p. 150.

fallos jurisdiccionales para entender que, en base al entendimiento de los fines de dicho instituto, nuestra Corte Suprema no puede terminar de consolidarse en el rol que le compete cumplir en un Estado Constitucional. Lo que, por lo demás, genera graves problemas en un país en donde también existe un Tribunal Constitucional.

### III. El recurso de casación: función nomofiláctica en la actualidad

Hemos hecho referencia a cómo el primer Tribunal Casacional existente en el mundo era, al inicio, un órgano político y no jurídico. Por lo que, en estricto, la primera función del recurso de casación era exclusivamente la función nomofiláctica, entendida como aquella que busca celosamente resguardar la única y correcta aplicación de la ley.

Posteriormente, los tribunales de casación dejaron de ser órganos políticos para pasar a ser órganos jurisdiccionales toda vez que su labor consistía en interpretar el derecho, en este caso la ley, como normas abstractas y generales, que si bien son aplicables a un caso en concreto, trascienden ese aspecto siendo aplicables a casos similares. Por ello, se aprecia la importancia de un sistema casacional busca hacer predecibles los fallos dentro del sistema de justicia, lo cual es primordial para su buen funcionamiento. Es decir, surge la uniformidad de la jurisprudencia<sup>25</sup> como otro clásico fin de un sistema casacional.

Asimismo, también se ha hecho referencia al posterior surgimiento del último fin clásico del recurso de casación cuando se comenzó a entender que a través del recurso de casación sería posible, no solamente declarar nulo un fallo y reenviarlo a la instancia correspondiente, sino también emitir un pronunciamiento directo sobre el asunto. Con ello, surge el alcance de la justicia al caso concreto como el último fin de la casación.

Lo importante es que la función nomofiláctica es, en estricto, la primera y auténtica finalidad del recurso de casación y es entonces principalmente esta finalidad la que tiene que ser analizada a la luz del paradigma de ordenamiento jurídico que tenemos en la actualidad.

Michelle Taruffo ha reflexionado acerca de los alcances de la finalidad nomofiláctica bajo el marco de un modelo de ordenamiento jurídico en el que no existe más una ley absolutamente general y abstracta que intenta regular todas las situaciones de hecho que

pueden presentarse en la realidad. Michelle Taruffo<sup>26</sup>, nos explica que es falso pensar que la interpretación de una disposición legislativa, o de cualquier norma, determina el significado exacto de la norma, es decir que sea correspondiente con cánones objetivos y rigurosos sobre la base de un cálculo. Evidentemente esta interpretación correspondería a la función nomofiláctica de la casación en sus orígenes, pues así se buscaba garantizar su correcta aplicación, entendiendo que se trataba de una norma general, abstracta y entendida en los términos del principio de legalidad del siglo XVIII y XIX.

Por ello, en la actualidad, se dice que una nomofilaquia formalista no tiene sentido, pues no significaría una defensa de la ley, sino una defensa de una interpretación formal de la ley<sup>27</sup>. La función nomofiláctica en tiempos del estado Constitucional mas bien atiende a la exactitud del método de interpretación de la ley, pues de esta forma se busca garantizar que la elección de la interpretación esté fundada en las mejores razones, sean estas lógicas, sistemáticas o valorativas. Lo que se quiere decir con ello es que en realidad a través de la función nomofiláctica se da una corrección del procedimiento de elección utilizado para la interpretación de la ley. Michelle Taruffo en este sentido menciona que<sup>28</sup> *"Se tiene método justo y, por tanto, exactitud metódica de la decisión cuando esta se encuentra razonablemente justificada tanto bajo el perfil interno (de la coherencia entre premisas y conclusiones), como bajo el perfil externo (de la fundabilidad y aceptabilidad de las premisas). Es, sobre todo, bajo este segundo perfil que, atendiendo al fundamento de las opciones que determinan la decisión interpretativa, se conecta la exactitud del método con la justicia de la decisión"*. Y es claro que ello tiene una relación directa con la finalidad nomofiláctica de la casación, pues mediante esta nueva concepción de defensa de la ley, a través de una interpretación que no puede ser absolutamente formal como lo sería en el modelo del Estado de Derecho ya dejado atrás en el tiempo, la Corte Suprema logra cumplir su función en un Estado Constitucional.

En este sentido el mismo autor señala que<sup>29</sup> *"(...) el modelo clásico de la Casación se presta a una relectura que, siendo de un lado coherente con los postulados de una teoría aceptable de la interpretación, de otro lado, es coherente con las funciones que una Corte Suprema está llamada a desarrollar en un Estado moderno. Obviamente, el paso de una a otra concepción implica una serie de cambios relevantes en la definición de los propósitos que vienen asignados a la Casación: así, se pasa del descubrimiento de la solución exacta del*

25 Es interesante como Bruno Marchese explica que la uniformidad de la jurisprudencia en la actualidad no puede concebirse como aquella finalidad que busca garantizar una misma aplicación permanente de la ley en el tiempo. Según dicho autor, la unificación de la jurisprudencia por medio del recurso de casación se refiere únicamente a la tendencia de la interpretación judicial en el espacio y en un momento determinado, de modo que una norma jurídica sea interpretada del mismo modo en todo el territorio del Estado, pero no necesariamente en todo el tiempo. Es decir que a la uniformidad de la jurisprudencia, como fin del recurso de casación, le es inherente la uniformidad en el espacio pero no la uniformidad en el tiempo. Con lo que, en realidad, consideramos que se está reflejando la adaptación de una de las finalidades del recurso de casación al paradigma del Estado Constitucional en donde los jueces no deben aplicar exclusivamente en una norma puramente abstracta y general (la ley del estado de derecho), sino hacer efectivo el principio de constitucionalidad. Con ello, es claro que en el Estado Constitucional no cabe duda que es posible apartarse de una interpretación realizada, siempre que se motive adecuadamente los motivos de esta decisión. Sin embargo, este correcto entendimiento de esta finalidad del recurso de casación no es suficiente para su adaptación a la actualidad.

26 TARUFFO, Michelle. *El Vértice Antiguo, Ensayos sobre la Casación Civil*. Biblioteca de Derecho Procesal. Traducción de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. Palestra Editores, Lima-2005. p. 128.

27 *Ibid.* p. 129.

28 *Ibid.* p. 130.

29 *Ibid.* p. 141.

*problema interpretativo, a la formulación de la solución justa; el fundamento de las decisiones interpretativas no se identifica más con un cálculo conceptual, sino con una justificación fundada en buenas razones”.*

De esta manera, la función nomofiláctica que debe ejercerse en el paradigma del Estado Constitucional es aquella que busca garantizar un correcto método interpretativo entendiendo que no existe una única solución justa que, en realidad, no existe. La clave está en garantizar una interpretación orientada sobre la base de criterios lógicos, sistemáticos y que principalmente que otorguen legitimidad al método utilizado para así lograr una mayor justicia en la decisión.

A nuestro entender, este actualizado entendimiento de la función nomofiláctica no es otra cosa que verificar el respeto del principio de constitucionalidad. Al tener por finalidad, no llegar a una única solución justa que sería coherente a la aplicación del principio de legalidad, sino garantizar un adecuado método interpretativo por el cual, a través de una motivación razonable y proporcional se llega a una decisión, lo que se está haciendo es verificando la constitucionalidad de esa decisión. Haciendo ello la Corte Suprema cumpliría el rol que le corresponde en el Estado Constitucional.

#### **IV. Reflexiones finales**

El presente trabajo no tiene de ninguna manera por objetivo resolver un tema tan amplio y complejo como el rol que debe cumplir la Corte Suprema y las tensiones existentes en su relación con el Tribunal Constitucional. Simplemente buscamos plantear como tema de reflexión la necesidad de considerar como punto central de la función de la Corte Suprema el análisis de la validez constitucional de las resoluciones jurisdiccionales que son sometidas a su revisión por medio del recurso de casación.

Entendemos que si esto no es analizado existe un grave riesgo de incomprensión del propio Poder Judicial de su rol en el Estado constitucional. Lo que, sumado al excesivo poder de control que el Tribunal Constitucional viene ejerciendo en los últimos tiempos, genera una situación tensa y lesiva para el propio Estado constitucional en nuestro país.

A continuación simplemente haremos breves reflexiones sobre temas particulares que demuestran la necesidad de discutir acerca de la importancia de resaltar el actualizado entendimiento de la función nomofiláctica del recurso de casación para que la Corte Suprema cumpla el rol que le compete en el Estado Constitucional.

#### **A) Amparo: ¿tutela urgente?**

Nadie puede negar que el trámite actual del proceso de amparo en nuestro país se encuentra muy lejos de brindar la tutela urgente que, en teoría, es la que se debería alcanzar mediante este proceso. El

proceso de amparo en general ha sido objeto de intentos de regulación que han intentado disminuir los casos para generar que solamente aquellos que sean posibles de recibir tutela urgente se tramiten como tales. Desde la vigencia del Código Procesal Constitucional es claro que el proceso de amparo es una vía residual y en la jurisprudencia se ha intentado ratificar ello. Es decir, el proceso de amparo solamente es procedente cuando no exista otra vía igualmente satisfactoria.

Sin embargo, ese debe ser un análisis a realizarse caso por caso y en cada caso siempre nos preguntaremos ¿Existe una vía igualmente satisfactoria? ¿Estamos en capacidad de poder asegurar en todos los casos cuando hay una vía igualmente satisfactoria y cuando no?

Sin perjuicio del extenso análisis y discusión que merece el estudio de la procedencia del proceso de amparo, consideramos que un adecuado entendimiento de la función nomofiláctica del recurso de casación que ayude a cumplir el rol que le corresponde a la Corte Suprema ayudaría a dejar para el proceso de amparo lo que le corresponde brindando una tutela urgente. Si los procesos ordinarios fueran escenarios en donde el máximo órgano jurisdiccional tiene por central función garantizar la constitucionalidad de la decisión, uniformizando la jurisprudencia en este sentido, tendríamos un escenario más claro en donde los procesos ordinarios serían las vías satisfactorias y el proceso de amparo quedaría reservado para aquello en lo que se busque una efectiva tutela urgente.

#### **B) ¿Cosa juzgada constitucional?**

Este es un concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional a través de un precedente vinculante (Nro. 006-2006-PCC/TC) en el que se entiende que la cosa juzgada únicamente es tal si es que respeta la constitución, lo que quiere decir que solamente será cosa juzgada si es que respeta los fallos del Tribunal Constitucional.

No nos encontramos de acuerdo con este concepto porque parece entender a un valor constitucional como si fuera absoluto, pues únicamente habría cosa juzgada si es que se trata de una sentencia definitiva que no entra en conflicto con ningún valor constitucional. Del mismo modo, se podría decir que libertad de contratar solo es “libertad de contratar constitucional” si es que al ejercerla no se ha vulnerado otro derecho constitucional; cuando lo cierto es que se trata de un derecho constitucional, que sigue siéndolo aún, y especialmente, cuando entra en conflicto con otro.

La cosa juzgada es un valor inherente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y, por ello, si estamos frente a una sentencia que ha quedado que pone fin al proceso es una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Distinto es el hecho que, siendo cosa juzgada,

entre en conflicto con otro valor constitucional. Si ello sucediera habría que ponderar ambos valores constitucionales, pero ello no significa que la sentencia no tenga la autoridad de cosa juzgada.

Nuevamente, si la Corte Suprema cumpliera el rol que le corresponde en el Estado Constitucional y, en consecuencia, garantizara el respeto del principio de constitucionalidad de las resoluciones judiciales emitidas en los procesos ordinarios; entonces, no deberíamos nunca entrar en discusiones acerca de conceptos como el de “cosa juzgada constitucional”.

### **C) Certiorari**

El vigente artículo 392-A de nuestro Código Procesal Civil establece lo que se ha denominado un *certiorari* positivo, es decir un método por el cual la Corte Suprema discrecionalmente decide conocer un caso. Concretamente la norma señala que la Corte Suprema puede conocer un caso que no cumple con los requisitos de procedencia de manera excepcional y si considera que al resolverlo cumplirá con los fines del recurso de casación. Al ser discrecional no significa que pueda ser una facultad arbitraria, por ello la norma también exige que la Corte Suprema motive su decisión de procedencia.

Como se aprecia, este tema está intrínsecamente ligado a las finalidades del recurso de casación. Pues, el *certiorari* es una facultad discrecional de la Corte Suprema que sirve, precisamente, para conocer casos a través de los cuales va a cumplir con

las finalidades del recurso de casación. Por ello, es determinante reflexionar acerca de esas finalidades y, concretamente, la función nomofiláctica que, como hemos expuesto, en la actualidad debería ser entendida como aquella que busca garantizar el respeto del principio de constitucionalidad.

Si no se reflexiona primero sobre ello, el *certiorari* no va a tener utilidad. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que el *certiorari* es un instituto que tiene su origen en un sistema en donde no existe Tribunal Constitucional y, en consecuencia, en donde el rol principal de la Corte Suprema ha sido asegurar la vigencia de la Constitución. Es cierto que el *certiorari* ha servido para aligerar la carga de los casos que conocen las cortes supremas y, de esta forma, se concentran en aquellos que se consideren relevantes para cumplir su función. Sin embargo, más allá de destacar la posibilidad que brinda el *certiorari* de aligerar la carga procesal para concentrarse en los casos importantes, lo determinante es que se trata de un instituto que sirve para que la Corte Suprema cumpla la función que le corresponde y, en nuestro caso, es indispensable antes de hablar de *certiorari*, pensar en el rol que le corresponde a nuestra Corte Suprema. Lo que es aún más determinante si es que, a diferencia de los países donde se ha creado el *certiorari*, tenemos un órgano jurisdiccional tan importante como el Tribunal Constitucional que entre sus competencias resuelve en última instancia procesos constitucionales que, como el amparo, deberían brindar una tutela urgente ☒