

Enrique Valverde Gonzáles*

La posibilidad de observar la norma nace, en cambio, cuando alguno, en la vida práctica, viene a encontrarse positiva y concretamente en aquellas determinadas condiciones de hecho que la norma señala en hipótesis de un modo abstracto.

*Piero Calamandrei
La casación Civil*

Nuestro recurso de casación civil a la luz de la última reforma legislativa

1. Previos

Con fecha 28 de mayo de 2009 se publicó la Ley N° 29364 que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil relacionados a la regulación del recurso de Casación.

Se han expuesto consideraciones de una y otra parte a favor y en contra de la reforma. No es intención nuestra levantar el albarán de su defensa o de adoptar un enfoque aséptico, sino que nuestro interés se dirige al hecho de que tales modificaciones contienen varias aristas que merecen ser comentadas con detenimiento.

Desde ya, debemos dejar constancia que desde nuestro punto de vista el recurso de Casación se ha tornado más técnico y purista, a diferencia de la redacción anterior que, pese a tener un catálogo de causales, resultaba de un mejor y más fácil manejo para los abogados.

Lo dicho es factible de corroborar cuando, en el nuevo artículo 386°, tras la frase “...se sustenta en la infracción normativa...” -que para muchos se constituye en la puerta abierta al ingreso libre y sin control de causales-, continuadamente se señala que ésta debe incidir “...directamente sobre la decisión contendida en la resolución impugnada...”, lo que, a nuestro juicio, hará más complicado superar la valla de la calificación de procedencia por la Sala Suprema Civil. Ni qué decir sobre la dificultad que emergerá el llevar a buen puerto

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad César Vallejo, sede Lima Norte.

las exigencias señaladas por el nuevo artículo 388° del CPC.

Nuestro propósito es hacer un somero comentario de las más resaltantes modificaciones -prácticamente siguiendo el camino exegético-, por lo que no ambicionamos alcanzar otro objetivo que ese, dado que sin duda otros autores se ocuparán con mayor profundidad y suficiencia de temas específicos.

2. En torno a las modificaciones

a) De los fines de la casación¹

Artículo 384°.- Fines de la casación

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

a.1. Sobre la aplicación del derecho objetivo

Se ha instaurado como uno de los fines de la casación la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, a diferencia de la anterior redacción que hacía alusión a la “correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo”.

El cambio de terminología, a nuestro juicio, no resultaría fútil, puesto que en el caso anterior se hablaba de una correcta aplicación e interpretación en tanto que ahora solamente se hace alusión a la adecuada aplicación del derecho objetivo; manteniéndose igual la otra finalidad de la casación, cual es la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Refiriéndose a la combinación de la finalidad de nomofilaquia con la de unificación jurisprudencial, Calamandrei nos decía que: “Estos dos aspectos de la función ejercida por la casación no aparecieron simultáneamente en el desarrollo histórico del instituto y, como consecuencia, no han sido simultáneamente apreciados y puestos en claro por la doctrina. En los decenios inmediatos siguientes a la fundación del Tribunal de Cassation en Francia, entendió la doctrina que la finalidad predominante o más bien la

única, del instituto era la defensa de la ley de las arbitrariedades del poder judicial: y esta concepción no podía considerarse equivocada, cuando el órgano de casación se ponía fuera del ordenamiento judicial, en una situación de intermedia entre el poder legislativo y el poder jurisdiccional que le permitía censurar la actividad de los jueces sin participar en ella (...). Más tarde, cuando la Corte de Casación asumió la posición de un tribunal supremo, la misma se encontró con que poco a poco iba siendo absorbida por aquel mismo ordenamiento judicial que originariamente debía vigilar fuera de él; y a partir de ese momento, la función originaria de nomofilaquia quedó en parte vacía de contenido y predominó sobre ella la función de unificación jurisprudencial.”²

Hay opiniones, en el sentido que la única finalidad de la casación sería la nomofiláctica, en tanto que la “...jurisprudencia uniformadora es el resultado inevitable, o la justificación práctica, con la que el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, cumple con su finalidad principal cual es la defensa del Derecho, de la norma (...) Dicho en otras palabras, la uniformidad de la jurisprudencia no constituye un bien, no tiene valor en sí misma, sino tan sólo como expresión del Derecho en lo concreto que permite a los ciudadanos conocer anticipadamente, y con una cierta seguridad, cuál será la regla que les será aplicada en una eventual controversia para que puedan ajustar sus conductas a la previsible resolución jurisprudencial.”³

Ante esto, observamos que nuestro legislador ha optado por considerar como fines de la casación tanto a la nomofilaquia como a la uniformidad de la jurisprudencia.

Ahora bien, surge la cuestión de qué debemos de entender por “adecuada aplicación del derecho objetivo”, labor que no resulta fácil.

En primer lugar, se entiende que el derecho objetivo es aquel que se identifica con el derecho positivo en cuanto sus normas o preceptos son dictados o reconocidos por el Estado. Por tanto “...en sentido objetivo el derecho hace referencia a una norma o conjunto de normas o preceptos imperativo-atributivos que integran el orden jurídico positivo formalmente válido, es decir, a un conjunto de reglas que no sólo imponen obligatoriamente unas conductas o debe-

1 Sobre los fines de la casación también nuestro Tribunal Constitucional se ha ocupado. Es ilustrativo lo dicho en el f.j. 2, Exp. N° 0754-2004-AA/TC, que a la letra dice lo siguiente: “2. Previamente, este Colegiado ha de advertir que, conforme se establece en los artículos 384°, 386°, 387° y 388° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (CPC), 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, y procede frente a determinado tipo de resoluciones judiciales, por las causales y con los requisitos de forma y de fondo que en las referidas normas se establecen”

2 El mismo autor anota línea más adelante que hubo algún doctrinario de la época que “...pareció considerar que el lograr la uniformidad de la jurisprudencia, consecuencia posible pero no necesaria de la Corte de Casación, no constituyese en modo alguno una finalidad de este instituto.”
Cf. CALAMANDREI, Piero, *La casación civil (Bosquejo general del instituto)*, vol. 3, trad. de Santiago Sentís Melendo con prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, México, Oxford University Press, 2000, pp. 86 y 87.

3 Cf. BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro, *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*, Madrid, Djusa, 2006, p. 115. En ese mismo sentido Nieva Fenoll sostiene que “...impropiamente se ha solido (sic) estimar que la elaboración de la jurisprudencia uniforme era una finalidad de la casación, cuando no es así. No puede confundirse la labor principal de un órgano con el objetivo final de ese trabajo, la protección de la norma.”

Cf. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación ante el tribunal de justicia de las comunidades europeas*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 124.

res, sino que también conceden o reconocen unas determinadas facultades.”⁴

Por su parte, el derecho “...en sentido subjetivo hace referencia a la atribución de una facultad o facultades a un sujeto determinado para exigir de otro o de otros unas determinadas conductas, viniendo a significar precisamente la autorización o facultad concedida al pretensor por el precepto y en virtud de la cual, por ejemplo, puede éste usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás.”⁵

Siendo así, nos dice Castán Tobeñas⁶ que el Derecho para cumplir su razón de ser “...ha de hacerse real, incorporándose a la vida social y plegándose a sus relaciones. Pero esta realización del Derecho debe ser concebida, y ha sido, en efecto, entendida, según las épocas, de dos modos distintos: como mera aplicación de una norma abstracta a los casos concretos, o como verdadera y propia realización o elaboración del derecho.”

Siguiendo tal línea expositiva, Vigo sostiene que frente a la primera opinión empobrecedora y dogmática –se refiere a la mera aplicación de la norma– se encuentra la otra orientación “...que admite la pluralidad de fuentes del derecho y reconoce expresamente que al aplicarse cualquiera sea la norma jurídica de que se trata, se crea derecho al determinarse en ese caso un suyo a alguien.”⁷

Pablo Navarro al abordar el tema de la interpretación de la norma y su relación con la aplicación de la misma nos dice respecto a la Tesis de Inevitabilidad que “...siempre es necesaria una decisión interpretativa para identificar o aplicar una norma general. Conforme a esta tesis, las normas no se aplican por sí mismas sino que siempre es necesaria una decisión

interpretativa que resuelva acerca de la aplicabilidad de una determinada norma...”⁸

No se crea que esta posición sea pacífica, porque dependerá mucho de qué es lo que se entiende por Derecho para decir qué es lo que se busca aplicar “adecuadamente”.

Ya hemos visto que no es la mera aplicación de la norma la que se realiza al momento de resolver, sino que ésta debe ser interpretada.⁹

Sólo adentrándonos poco más allá de este ámbito de la aplicación o interpretación, hay autores, como Rafael Hernández Marín, que sostienen que el Derecho está formado sólo por enunciados jurídicos, los mismos que son expresiones bien formadas y con sentido completo que integran los cuerpos jurídicos (mencionando a las constituciones, leyes, decretos, etc.), concluyendo seguidamente que “...siempre que se aplica el derecho se aplica un enunciado jurídico, dado que (...) en el derecho no hay otra cosa que enunciados jurídicos.”¹⁰

Pues bien, resumiendo, si por derecho objetivo concordamos que es la norma escrita, en consecuencia queda por tomar posición respecto a lo que se deba entender por “aplicación” del derecho objetivo, y desde nuestro punto de vista esa palabra deberá entenderse de manera más amplia, en el sentido que cuando se aplica una norma, en realidad se está interpretando la misma, de otro modo no entendemos cómo podría dejarse de lado la labor interpretativa del juzgador; por el contrario, lo estaríamos convirtiendo en “un ser inanimado que repite las palabras de la ley sin suavizarles la fuerza o el rigor” al más puro concepto de Montesquieu.

4 Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, pp. 49 y 50.

5 Cf. PÉREZ LUÑO, Ob. cit., pp. 50-51.

6 Cf. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (Metodología y técnica operativa en derecho privado positivo)*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, p. 11.

7 Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica (Del modelo inpositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 91.

8 El autor tiene una actitud crítica frente a esta denominada Tesis de Inevitabilidad (TI); distinguiendo tres variantes de ella: a) La identificación de las normas. La interpretación es inevitable para identificar las normas que expresan los textos que ha promulgado la autoridad normativa; b) El alcance de las normas. La interpretación es inevitable para determinar el alcance de una norma general, i.e. los casos que la norma regula, y c) La aplicación de las normas. La interpretación es inevitable para aplicar normas generales a casos individuales.

En otro acápite de su comentario dice: “Un rasgo compartido por las diferentes versiones de TI es el siguiente: la constatación de que una norma se aplica a un cierto caso es el resultado de una decisión interpretativa. Aunque sea posible identificar las normas generales que expresa una determinada formulación (i.e. conocer el significado de un texto), ello no quiere decir que podamos determinar si la norma se aplica o no a un cierto caso sin una decisión interpretativa. En este sentido, TI aparece ligada a la aplicabilidad de las normas jurídicas.

Una adecuada reconstrucción de la aplicabilidad de las normas tiene que distinguir con claridad entre dos sentidos de la afirmación: ‘la norma N se aplica al caso C’. En un primer sentido, nos referimos al hecho de que el caso C es regulado por la norma N, y en un segundo sentido, decimos que la norma debe ser tenida en cuenta en la solución del caso C. En otras palabras, cuando decimos que una norma es aplicable en un determinado caso C, podemos señalar tanto que C está comprendido en el alcance de la norma como así también que esa norma es la que debe aplicarse en un determinado caso, i.e. tiene fuerza para imponer una solución. A efectos de evitar confusiones dire que una norma es internamente aplicable a los casos que regula, mientras que una norma es externamente aplicable a los casos en que debe ser aplicada. De esta manera, cuando TI sostiene que las normas no se aplican por sí mismas a los casos que regulan sino que siempre es necesaria una decisión interpretativa que resuelva acerca de la aplicabilidad de una determinada norma es importante distinguir entre las siguientes afirmaciones: (a) las normas no son internamente aplicables sin una decisión interpretativa acerca de su alcance y (b) las normas no son externamente aplicables sin una decisión interpretativa acerca de su fuerza.”

Cf. NAVARRO, Pablo Eugenio. “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación jurídica”, en: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22 (abril 2005), México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, pp. 100, 101-102 y 107.

9 No podemos dejar escapar el hecho que se suscita la cuestión de cuándo los jueces aplican el Derecho, por no ser éste voluntariamente llevado a cabo por los directamente obligados: ¿están aplicando meramente el Derecho? o es que lo están creando? Cf. Buendía Cánovas, Ob. cit., p. 137.

Las posturas casi son uniformes en cuanto a que aunque sea posible diferenciar la aplicación de las normas de su interpretación, estos momentos están estrechamente ligados. Por eso es posible distinguir ambos fenómenos únicamente con carácter didáctico, pero bajo la perspectiva de que la aplicación requiere siempre de la interpretación de las normas.

Cf. PEGES-BARBA, Gregorio, Eusebio Fernández y Rafael de Asís. *Curso de teoría del derecho*. 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 230., y Rafael de Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 276.

10 Cf. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 91-92.

Para terminar sobre este tema, nada más pertinente que recoger las sabias palabras de Larenz, cuando nos dice: “Las normas jurídicas son interpretadas, por regla general, para ‘aplicarlas’ a los hechos concretos. En la interpretación de las normas jurídicas se trata sólo aparentemente de un proceso en el que la norma aplicable se coloca en cierto modo como un metro plegable sobre el hecho enjuiciable y éste es medido por él. Esto presupondría, en primer lugar, que la norma aplicable estuviera ya antes tan determinada en sí que su contenido preciso no fuera cuestionable. Si así fuera, no necesitaría interpretación alguna. Pero, en segundo lugar, esto presupondría que el hecho enjuiciable constara, en todos sus elementos, ya antes de todo enjuiciamiento jurídico, y que fuera de tal condición que pudiera ajustarse exactamente al modelo dado en la norma. Tampoco esto ocurre.”¹¹

En suma, consideramos que si bien es cierto, de primera impresión pareciera que la norma actual tuviera un alcance embretado, no resulta menos cierto, que la misma debería entenderse, en nuestro criterio, de una manera más razonable, en cuanto toda aplicación de la ley encierra necesariamente su previa interpretación por el juzgador.¹²

a.2 El caso concreto

Otro aspecto que suscita nuestra atención es el concerniente a la aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

Pues bien, si entendemos a la casación como lo hacía Calamandrei en el sentido que la función específica del recurso no podía sujetarse a consideraciones referidas al sólo interés de las partes, dado que la Corte de Casación “...sirve a un interés público, de la misma manera que a un interés público sirve todo

el proceso y, por consiguiente, todos los órganos jurisdiccionales: lo que importa establecer es, por el contrario, que el interés público al cual sirve la casación no es el mismo interés público al cual sirven los otros tribunales, puesto que el bien que el Estado se propone alcanzar a través de la casación no es igual al bien que el Estado se propone alcanzar a través de los otros tribunales.”¹³ Entonces resulta pertinente lo sostenido por Taruffo, cuando al referirse que la Corte de Casación actúa sobre el caso concreto lo que se está haciendo es poner en evidencia no “... tanto la violación de la regla de derecho en sí considerada, sino la lesión de una específica situación subjetiva individual.”¹⁴

“(...) se sustenta en la infracción normativa... que para muchos se constituye en la puerta abierta al ingreso libre y sin control de causales de casación.”

Por esa razón, dice el citado autor, la Casación entiende la nomofilaquia más como una actuación del *ius litigatoris* que del *ius constitutionis*, privilegiándose así las exigencias de justicia del caso concreto sobre las referidas a la uniforme interpretación de la ley.¹⁵

De lo dicho, en nuestro criterio, la modificación legislativa resulta sustancial frente a la anterior regulación, dado que si la Corte de Casación va a resolver teniendo en la mira la justa solución del caso concreto, lo que hará ineludiblemente es “...modelar la interpretación de la norma sobre las peculiaridades del supuesto de hecho concreto, antes que a configurar interpretaciones destinadas a valer más allá de éste.”¹⁶

Como se advierte, con la modificación legislativa, existe un giro conceptual entre lo que se normaba anteriormente y la actual redacción, dado que el punto medular no es sólo la búsqueda de la adecuada aplicación del derecho objetivo (interés general) sino que también esa adecuación debe estar referida al caso concreto (interés particular).¹⁷

11 Más adelante el autor señala que el texto de la norma es problemático para quien lo aplica atendiendo a la aplicabilidad de la norma a un hecho de tal clase. Como el lenguaje usual del que se sirve la norma no es el lógico matemático, cuyo ámbito está exactamente fijado, hace que un texto legal sea constantemente problemático.

Cf. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, 2ª ed. de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 200-308.

12 La aplicación del derecho, en palabras de Prieto Sanchís, presupone la existencia de unas normas preconstituidas que han de ser interpretadas; y parece presuponer también una motivación o justificación que acredite que la decisión adoptada en el caso individual corresponde a lo establecido en las normas pertinentes. Acotando seguidamente que la existencia de normas jurídicas y motivación constituirían los dos ingredientes fundamentales de los que se conoce como aplicación del Derecho.

Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2008, p. 275.

13 Cf. CALAMANDREI. Ob. cit., pp. 30-31.

14 Cf. TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, trad. de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez, Lima, Palestra, 2006, p. 155.

15 Posición diferente mantiene Buendía, quien sostiene que tanto el *ius constitutionis* como el *ius litigatoris* no se presentan como contrapuestos, sino como complementarios, puesto que no es posible afirmar que aquello que interesa al Estado no interese también al particular y viceversa. Por esa razón, cuando el Tribunal dicta sentencia casacional, se están satisfaciendo paralelamente dos intereses: por una parte el de la colectividad y del propio Estado, interesados en la necesidad de restablecer la seguridad jurídica en su más genuina acepción, quebrantada por la errónea inteligencia y aplicación de la ley; y por otro lado, el particular del litigante, dado que con la sentencia de ingresa a conocer y resolver el fondo del litigio.

Cf. BUENDÍA CÁNOVAS. Ob. cit., pp. 208-209.

16 Cf. TARUFFO. pp. 156-157.

17 Bien valen las palabras de TARUFFO cuando nos dice: “En realidad, basta considerar, siguiendo una indicación de DENTI, que no es fácil comprender qué cosa significa nomofilaquia si a la defensa de la legalidad en la interpretación de la ley no se asocia el valor –tendencial hasta donde se quiera, pero no por eso menos real- de la igualdad de trato sobre los casos iguales frente a la ley.

a.3 Sobre la uniformidad de la jurisprudencia

Resta por mencionar el otro fin de la Casación, cual es la uniformidad de la jurisprudencia. Tema del que emergen múltiples aristas, como son: la denominada unidad jurisdiccional, los precedentes vinculantes, la seguridad jurídica, el principio de igualdad ante la ley y la sujeción de los jueces a la ley. Aspectos que iremos abordando a lo largo de este trabajo.

Como casi todo es debatible en Derecho, este punto también lo es, puesto que existen algunas posturas que sostienen que el fin primordial de la casación no es el nomofiláctico sino el de uniformar la jurisprudencia, con el objeto de salvaguardar el principio de igualdad ante la aplicación e interpretación de la ley, así como de los principios de seguridad y certidumbre jurídicas.¹⁸

Al margen de este debate, lo que nos interesa por ahora es abordar la cuestión misma de la uniformidad de la jurisprudencia, que además está como uno de los fines de nuestra Casación a raíz de la última modificación del Código Procesal Civil.

Pues bien, el artículo 139°, inciso 1, de nuestra Constitución consagra la denominada Unidad y Exclusividad de la función jurisdiccional. Concepto este —en palabras de Alejandro Buendía— que no sólo exige una organización judicial ordinaria de ámbito general y predeterminada por ley y por tanto “...con repudio de las jurisdicciones especiales...”, sino que también se entiende por unidad jurisdiccional la unidad del Sistema en lo operativo, en lo material, sin cuyo requisito sería del todo ineficaz.¹⁹ Por tanto, no resulta suficiente que los jueces sean exclusivos y únicos en el ejercicio de su labor jurisdiccional, sino que además resulta necesario que en sus decisiones exista unidad y coherencia, dentro del respeto al principio de independencia judicial y de la necesaria evolución y adaptación del Derecho.

¿Cómo se puede lograr este objetivo? la respuesta ideal sería teniendo un solo tribunal general, pero como ello no es posible al no ser materialmente factible, es el Tribunal de Casación quien “...a través de su principal función casacional, desempeña un fun-

damental cometido con el que intenta aproximarse a ese anhelado deseo.”²⁰

Todo esto surge a raíz de la necesaria existencia de una multiplicidad de órganos jurisdiccionales de diversa gradación jerárquica, dado que por necesidades prácticas e ineludibles se consiente la existencia simultánea en diversas circunscripciones del territorio nacional de órganos judiciales del mismo grado, ejerciendo cada uno, dentro de los límites de su competencia, la función que habría podido ejercer sobre todo el territorio un hipotético Tribunal Único del Estado. Pero, —como dice Calamandrei— esta simultánea pluralidad de tribunales de un mismo grado “... puede constituir una grave amenaza para la unidad del derecho positivo...”, dado que, en cada distrito judicial, cada juez se puede convertir en el origen y el centro de un movimiento de opinión que tienda a interpretar la ley en el modo en que el juez la haya interpretado en sus sentencias.

Es por ello que, —continúa diciendo Calamandrei— de la pluralidad de tribunales nace la pluralidad simultánea de las interpretaciones jurisprudenciales dadas por jueces diversos a una ley nominalmente única en el Estado; ergo, “...esta simultánea diversidad de la jurisprudencia produce en el ordenamiento jurídico (...) un daño actual y un daño potencial.”²¹

La diversidad de interpretaciones y la posibilidad de que interpretaciones erróneas adquieran la autoridad de precedentes constantes y admitidos conllevan al peligro de quebrar o desconocer el principio de igualdad ante la ley que la unificación de las normas del derecho positivo procura, así como también de crear confusión sobre el Derecho o a sustituirlo por interpretaciones equivocadas, afectando el principio de certidumbre jurídica.

Si nos encontramos ante el panorama de que cada tribunal, dentro de su ámbito competencial, impone sus propios criterios, no resulta raro que en diversos territorios del mismo Estado se acepten, por el prestigio del precedente jurisprudencial, como coincidentes con la ley, múltiples interpretaciones de la misma norma jurídica, diversas o inconciliables.²²

Esta diversidad de criterios, muchas veces contrapuestos, incluso dentro de un mismo Distrito Judi-

Es intuitivo que, si no se quiere degradar la legalidad —y, por tanto, a la nomofilaquia— a la mera justicia del caso concreto, aquella debe estar vinculada con la uniformidad de la interpretación: la Casación no sólo debe asegurar que la norma sea interpretada de modo justo en el caso concreto; si una determinada interpretación es justa, es necesario que ella valga para todos los casos recondicionales al mismo supuesto de hecho (fatispecie).”

Ibid., p. 231.

18 Cf. GUZMÁN FLUJÁ, Vicente C., *El recurso de casación civil (Control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 25, quien sigue en tal postura a González-Cuellar Serrano. Para las opiniones contrarias nos remitimos a lo dicho en la n. 3.

Si de variopintos pareceres se trata, cabe traer a colación que para Hitters tres serían los fines de la Casación, a saberse: 1) Función uniformadora; 2) Contralor de la justicia del caso, cuando se configura una flagrante iniquidad por arbitrariedad o absurdo; y 3) Cumplimiento de la observancia de la ley.

Cf. HITTERS, Juan Carlos, *Fines de la casación*, en: *Temas de casación y recursos extraordinarios, en honor al Dr. Augusto M. Morello*, La Plata, LEP, 1982, p. 34, n. 27.

19 Cf. BUENDÍA CÁNOVAS. Ob. cit., p. 254.

20 Ibid. p. 255. De criterio distinto es De la Rúa, para quien no se requiere de la Casación para lograr uniformar la jurisprudencia. Vid. De la Rúa, Fernando, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1968, p. 22.

21 Cf. CALAMANDREI. Ob. cit., pp. 66-67.

22 Cf. DE LA RÚA. Ob. cit., p. 42 y CALAMANDREI. loc. cit.

cial, hace que se atente, desde nuestro punto de vista, contra dos principios: el de la *igualdad en la aplicación de la ley* y el de *seguridad jurídica*.²³

Sobre el primero, el Tribunal Constitucional nos dice que “...se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos, al momento de aplicar la ley, no deban realizar tratos diferentes entre casos que son sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.”²⁴

En tanto que concerniente a lo segundo (la seguridad jurídica), debe entenderse como la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsible los valores de libertad e igualdad, por lo que no resulta lógico contraponer la seguridad a la justicia o a la libertad, dado que la justicia no es otra cosa que la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad.²⁵

Por ello, nada más pertinente que lo dicho por Buendía Cánovas, cuando comenta que “...ante la inevitable realidad de una multiplicidad de jueces cada vez más especializados que desempeñan la función jurisdiccional, se hace necesario en pro de garantizar la seguridad jurídica, la igualdad, y la unidad del Derecho, que la propia jurisdicción se organice en grados que permitan la revisión de sus decisiones y, finalmente, que exista un único y último tribunal que proceda a la unificación de criterios. Con ello estaremos aproximando un sistema de jurisdicción dispersa a ese ideal de juez único con el que poder garantizar la necesaria unidad jurisdiccional y con ello la seguridad jurídica.”²⁶

b) De las causales

Como es evidente, también las causales han sido sustancialmente modificadas, hoy tenemos únicamente dos, a saberse: a) La Infracción normativa que incida

directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada; y b) el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

b.1 La Infracción normativa

Sobre esta causal, se han expuesto conjeturas varias. Las más intranquilizadas sostienen que con esta causal se ha dejado abierta la puerta a la interposición indiscriminada del recurso de casación y ello conllevará indefectiblemente a un embalse inconmensurable de procesos en la Corte Suprema, lo cual agravará aún más su situación actual, que si hoy se queja de tener enorme carga procesal, con esta modificación lo único que ocurrirá será su extinción “por ahogamiento” de sobrecarga procesal.

Si el asunto se ve desde una sola faceta, sin duda que dichas posturas de alarma tienen toda la razón; no obstante, consideramos que se yerra al adoptar una perspectiva unilateral y por ende en el mal augurio.²⁷

Por nuestra parte, consideramos más bien que el recurso de casación se ha vuelto sumamente técnico y si bien es cierto que a primera vista pareciera que cualquier denuncia de infracción normativa dará lugar a la interposición del recurso –y con ello ocasionaría el congestionamiento de la carga procesal–, no resulta menos cierto que la labor de los abogados se verá tremendamente dificultada porque además de denunciar la citada infracción normativa, *deberán demostrar la incidencia directa sobre la decisión impugnada*. En otras palabras, pensamos que la carga procesal seguirá siendo la misma o menor, porque si antes se declaraba improcedentes una gran cantidad de recursos por no ajustarse a las casuales contenidas en el anterior artículo 386°, hoy en día lo serán porque no se ha llegado a demostrar la incidencia directa de la infracción, con lo cual, en el peor de los casos, la carga seguirá siendo la misma.

La alusión a la alegación de infracción normativa²⁸ no estaba inicialmente contemplada en los proyectos de ley que se fueron presentando sucesivamente al

Igual de interesante resulta lo dicho por De la Plaza, cuando, aludiendo a la numerosidad de tribunales, dice: “...porque en este caso, el propósito de unificar la interpretación, en aquello que puede ser de esencia, no es sino necesario respeto para dos principios que son fundamentales en materia de justicia: el de *igualdad ante la ley* que la articulación de un Código procura acuciosamente, pero que, prácticamente, frustra la variedad de interpretaciones, y el de *certidumbre jurídica*, necesaria para el comercio humano, so pena de introducir confusión en los justiciables y ahuir, en último término, a una explicable desconfianza en la justicia.” Cf. De la Plaza, Manuel, *La casación civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944, p. 22.

23 Habría que considerar que todo magistrado debe de actuar moderadamente dentro del ámbito de su independencia judicial, debiendo buscar siempre ser un “buen juez” como solía decirse en el derecho antiguo, y a quien se le exigía que posea cinco cualidades principales: a) *Ciencia*, es decir, conocer los libros y las leyes; b) *Experiencia*, en el ejercicio de su ministerio y en el conocimiento de la tierra; c) *Entendimiento agudo*, para aplicar la norma a la medida del caso; d) *Rectitud de conciencia*, comprensiva de un haz de elementos éticos, morales y religiosos; y e) *Prudencia*, como “conocimiento discreto” de lo que se debe hacer u omitir. Cf. Tau Anzoátegui, Víctor. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Indiano, 1992, p. 488.

24 Exp. 0023-2005-PI/TC, fj. 68. Publicada en el diario oficial El Peruano el 01-12-2006.

25 Cf. ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Valencia, Club Universitario, 1998, pp. 107-108.

26 Cf. BUENDÍA CÁNOVAS. Ob. cit., p. 256.

27 No vaya a pensarse hoy en día que los litigantes y sus abogados se muestran recatados y pudorosos al momento de interponer sus recursos de casación, puesto que aprovechando de sus efectos suspensivos no hesitan un momento para impugnar, así que el hecho de que se cambien las causales en nada variará el número de recursos a interponerse, el asunto, reiteramos, va por el pernicioso efecto suspensivo del recurso, que se sigue manteniendo.

28 Los proyectos de ley a los que hemos tenido acceso y que se encuentran publicados en la página Web del Congreso de la República relacionados al contenido del artículo 386° son los siguientes:

Congreso de la República desde el año 2006 en adelante, la misma que sí fue consignada expresamente en los dos proyectos de modificación del profesor Juan Monroy Gálvez.²⁹

Pasando a comentar lo que tenemos ahora, creemos que la denuncia de la citada infracción normativa abarca tanto a las normas materiales como a las procesales, en tanto y en cuanto, tal contravención resulte relevante para la decisión. Regulación que no resulta muy distante de la española, dado que la LEC en su artículo 477.1 dice: *El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.*³⁰

Esta incidencia tiene estrecha relación con la redacción del actual artículo 388°, específicamente con el inciso 4, el cual precisa que se debe: *“...indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisará si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta dónde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado.”*

112

Como producto de la concordancia de ambos dispositivos legales sostenemos que no es que se haya hecho “más fácil el recurso” sino que, por el contra-

rio, se ha cerrado aún más la posibilidad de acceder exitosamente a este, puesto que sin hesitación alguna serán muy pocos, demasiado pocos, los que logren superar este harnero, habida cuenta que en otros términos, el litigante que conquiste el bastión de la procedencia, prácticamente tendrá libre el camino de ver amparada su pretensión impugnativa, por lo menos en la mayoría de los casos, salvo que la Corte declare la procedencia con fines ilustrativos y no de fundabilidad del recurso, que es otra cosa.

Si bien el artículo 388°, inciso 4, exige que el recurrente establezca si su pedido es anulatorio o revocatorio, habrá que estarse a lo que la Sala Suprema vaya a considerar qué criterios serán suficientes para pasar esta barrera, dado que de hacer un exhaustivo examen, estaría ingresando a analizar la base misma del asunto, dando pie a que nada quedará como cuestión de fondo a resolverse.

La otra novedad de la modificación es que vía la infracción normativa se pueda lograr no el reenvío del proceso sino que se resuelva en sede de instancia, tal sería el caso, por ejemplo, cuando se invoque la infracción de una norma procesal y se pida la revocación de la decisión impugnada, lo cual es perfectamente viable de acuerdo al nuevo artículo 396° del CPC.

A guisa de ejemplo, puede plantearse el siguiente supuesto: si mediante un auto interlocutorio se de-

A) Proyecto de Ley N° 749/2006-CR, presentado por el Poder Ejecutivo el 02-12-2006:

“Artículo 386°.- Causales del recurso de casación.- Son causales para sustentar el recurso de casación:

1. *El error en el juzgamiento por aplicación indebida o inaplicación debida, o la falsa o errónea interpretación del derecho material que corresponda, siempre que resulte trascendente en el caso bajo juzgamiento;*
2. *Los errores de procedimiento por quebrantamiento esencial de forma que constituyan real afectación de las garantías constitucionales de la administración de justicia o del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva esencial para la validez de los actos procesales; siempre que no sea posible la subsanación sin la afectación de los principios ya enunciados.”*

También traía la siguiente propuesta, muy curiosa por cierto en su redacción:

Artículo 389°.- Causal especial de recurso de casación por revisión judicial del control constitucional.- La revisión del control constitucional de orden difuso, siempre que haya sido dispuesta o acogida por jueces y tribunales del Poder Judicial, conforme a la segunda parte del Art. 138° de la Constitución y el Artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, decidida o ratificada por las Cortes Superiores, constituye causal especial del recurso de casación ante la Sala correspondiente de la Corte Suprema, la que discrecionalmente determinará su procedencia, confirmación o revocación, según sea del caso.”

B) Proyecto de Ley N° 725/2007-CR, presentado por Unidad Nacional el 15-10-2007:

“Artículo 386°.- Causales.- El recurso de casación sólo puede sustentar en las infracciones:

1. *A las normas aplicadas, de manera determinante, para la decisión contenida en la resolución impugnada.*
2. *A las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.”*

C) Proyecto de Ley N° 2181/2008-CR, presentado por Unidad Nacional el 25-11-2008:

“Artículo 386°.- Causal

El recurso de Casación se sustenta en la infracción de una norma de derecho que incide de manera decisiva en el recurso impugnado.”

Esta última propuesta tenía una nota a pie que decía lo siguiente: *“Se ha decidido eliminar la fórmula ‘la correcta aplicación e interpretación del derecho’, por considerarla demasiado formalista, y en ese sentido contraria a los fines de la casación en el marco de un Estado Constitucional. En el mismo sentido, la propuesta de los abogados Juan Monroy Gálvez y Giovanni Priori Posada remitido en mención al proyecto de ley N° 295/2006-CR, con fecha 25 de enero de 2008 a la Comisión de Justicia y DDHH”*

29 Respecto a los dos proyectos del Dr. Monroy Gálvez nos remitimos a los que se encuentran publicados en la siguiente página Web: <http://derechoyproceso.blogspot.com/search/label/Recurso%20de%20casaci%C3%B3n>

No obstante lo dicho, no logramos entender los alcances de la crítica del citado autor cuando dice -en su artículo publicado en el diario oficial El Peruano, el viernes 26 de junio de 2009, p. 15- que la regulación de un solo motivo, como es la infracción normativa, traerá consecuencias negativas: *“1) en la ley derogada había un sistema de motivos del recurso cuyo cumplimiento exigía una técnica especial asaz de anacrónica. Éste ha sido reemplazado por un sólo motivo: la infracción normativa. Con los controles antes descritos [se refiere a la instauración del “doble conforme” y de la ejecución anticipada de sentencias de condena] esta reducción tenía sentido; eliminados éstos, el uso malicioso del recurso se va a multiplicar (jamás olvidemos que en todo proceso las partes también están enfrentadas respecto de la duración de aquél). En consecuencia, de ahora en adelante quien quiera dilatar su caso sólo tiene que describir la presunta infracción normativa. El estropicio está consumado.”*

Opinamos que aún habiéndose instituido el doble conforme y la no suspensión del recurso en las sentencias de condena, en nada habría variado que, superada la primera situación, se alegue la sola infracción normativa. En todo caso, más que vincularse la alegación de la infracción normativa con el aumento de la carga procesal, creemos que lo dicho por el citado autor tiene que ver más con el efecto no suspensivo que se le debió de dar al recurso. Si así hubiera sido, esta modificación hubiera dado como resultado efectivo el de desincentivar el uso abusivo de este medio impugnativo.

30 No escapa a nuestro conocimiento la crítica que se hace que lo regulado por el numeral 477.1 se ve apocado por los siguientes numerales contenido en el mismo artículo, al encorsetarlo en tres supuestos específicos: 1) que la violación se haya producido en proceso que verse sobre tutela civil de derechos fundamentales; 2) que la violación se haya producido en proceso de cuantía superior a los cincuenta mil euros, o en defecto de los anteriores, 3) que la resolución del recurso presente interés casacional.

Debe precisarse que los errores *in procedendo* son denunciados a través del recurso extraordinario de infracción procesal regulado en el artículo 468° LEC.

CÉ. BUENDÍA CÁNOVAS, Ob. cit., p. 307.

clara fundada una excepción de incompetencia, la cual es confirmada en segunda instancia y se recurre en casación, invocando infracción normativa de las normas procesales de competencia, solicitándose su revocación; la propia Corte Suprema, sin necesidad del reenvío, si aprecia que se han aplicado indebidamente tales normas, podrá resolver sobre el tema, evitando así que el juez de primera instancia emita un nuevo auto, con todo el tiempo que se invertiría para tal fin, cuando la misma Sala de Casación puede lograrlo sin mayores dilaciones.

b.2 El apartamiento inmotivado del precedente judicial

Adelantándonos un poco a lo que comentaremos sobre la nueva redacción del artículo 400°; se debe tener presente que la fijación de precedentes judiciales sólo le puede corresponder al Pleno Casatorio y en consecuencia, creemos, es a la luz de dicho precepto que debe leerse esta causal de casación.

Un primer elemento controvertido que apreciamos es qué debemos de entender por el “apartamiento inmotivado del precedente judicial”; labor que sin duda la Corte Suprema debe acometer tan pronto sea posible en aras de la claridad y adecuada aplicación de esta causal, puesto que, así como una norma se puede “leer por el anverso” también se puede hacer “por el reverso”, esto es *a contrario sensu*, con lo cual se estaría aceptando la existencia de un “apartamiento motivado” del precedente, el que se acodaría en un criterio jurídicamente válido pero distinto al de la Corte Suprema, lo cual no es precisamente una contribución a la unificación de la jurisprudencia e iría en estrecha contradicción con lo regulado por el artículo 400° y la exclusividad de su variación por el mismo Pleno Casatorio.

Sin duda, hartamente debatible resulta el lugar que deben ocupar este tipo de pronunciamientos (si es que los precedentes tienen o no naturaleza normativa). Como es de esperarse, todos los Tribunales Constitucionales en uso de su “autonomía procesal”³¹, han sustentado la vinculación de sus pronunciamientos más en un argumento de autoridad que en una previsión legal específica. Mejor dicho, a la categoría argumentos de autoridad pertenecen todas aquellas razones que tengan fundamento en la autoridad de su fuente.

En el razonamiento jurídico, concretamente, la ley, los precedentes y la doctrina jurídica han venido

siendo identificados como argumentos de autoridad, frente a los principios del Derecho denominados argumentos de razón. Los argumentos de autoridad están basados en su fuente, en la autoridad de la persona u órgano que los creó. Por ello se dice que los órganos judiciales superiores (tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional) tienen una medida de competencia que justifica el precedente judicial como argumento de autoridad. La idea de que estos órganos con competencia en la totalidad del territorio del orden jurídico de un país sean los que creen precedentes está relacionada con la unidad de la jurisprudencia y la seguridad jurídica.³²

En consecuencia, lo que se requiere con los precedentes es tener un marco dentro del cual se puedan resolver los casos que se sometan al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, por lo que se espera, al decir de Robert Alexy, que: “Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”.³³

Parafraseando a José Rivera Santivañez, pensamos que el respeto al precedente vinculante, tanto por la misma Corte Suprema como por los demás jueces del Poder Judicial, cumple funciones esenciales en un Estado Social y Democrático de Derecho. La fuerza vinculante de la jurisprudencia tiene su fundamento en el resguardo del derecho fundamental a la igualdad de la persona en la aplicación de la ley así como del principio de la seguridad jurídica, por lo que las autoridades judiciales no pueden otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hecho análogos, sin que exista justificación razonable para el cambio de criterio.³⁴

Por eso adherimos a lo dicho por Bacigalupo Zapater que: “*Un Estado de Derecho, es aquel en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico, es decir, cómo se comportarán otros individuos y cómo lo hará también el Estado mismo, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho.*” El mismo autor menciona que el sistema jurídico de un Estado de Derecho sólo puede funcionar si se garantiza en su aplicación continuidad y unidad de interpretación del orden normativo; por ello, cuando se dice que el juez está sujeto únicamente a la Constitución y a la ley, ello quiere decir que el juez está vinculado a una ley cuyo texto debe ser necesariamente interpretado, por cuya razón, la seguridad jurídica exige

31 Cf. RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, *La “autonomía procesal” del tribunal constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003. La autora estudia ampliamente las facultades procesales de los tribunales constitucionales de Alemania y España especialmente.

32 Ver más ampliamente a: Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 70-71.

Resulta interesante leer un artículo de fecha anterior de la misma autora respecto al precedente como técnica de argumentación. Vid. Moral Soriano, Leonor M., “*Los precedentes del tribunal supremo. el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes*”, en: *Revista del Poder Judicial*, N° 57, Primer trimestre, 2000.

33 Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, prólogo del mismo Atienza, 1ª ed. ampliada de la 1ª reimpresión española de 1997, Lima, Palestra, 2007, p. 266

34 Cf. RIVERA SANTIVÁNEZ, José Antonio, *La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante*, en: *Estudios al precedente constitucional*, coordinadores Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro, Lima, Palestra, 2007, pp. 163-164.

que algún órgano judicial establezca cuál es la que debe prevalecer, siendo ello un principio elemental de orden.³⁵

En consecuencia, estimamos que si se intenta realizar una adecuada lectura de la citada causal, acorde con los fines de la casación señalados en el artículo 384°, debería interpretarse la misma, en el sentido que ella se refiere al caso en el cual un órgano jurisdiccional, de las escalas subsiguientes a la Corte Suprema, ante un hecho determinado no ha resuelto aplicando el precedente judicial *P*, ya establecido previamente por la Corte de Casación. En otras palabras, sería un supuesto donde el órgano judicial que resuelve un caso como *X* “se niega” a aplicar un precedente judicial *P* que ya se estableció por la Corte de Casación sobre un anterior caso igual a *X*.

De otro modo, considerar que no se ha aplicado el precedente judicial *P* a un caso *A*, cuyos fundamentos fácticos son distintos al que originaron el precedente, en propiedad, no se estaría ante ningún apartamiento motivado ni tampoco inmotivado del precedente, simplemente se trataría de hechos distintos; ergo, ello no implica apartarse de ningún precedente; de esa manera no se configuraría causal casatoria alguna.

No se debe de olvidar que los precedentes deben estar embretados indisolublemente al hecho que les da origen; de otra suerte se estaría cayendo en el contrasentido de crear normas abstractas que a la postre también serían susceptibles de “volver a ser interpretadas”.

Por eso resulta de suma importancia que las salas civiles de la Corte Suprema de la República señalen una sola opinión de lo que entienden por apartamiento inmotivado del precedente.

c) Admisibilidad del recurso

Esta modificación trae varias novedades a señalarse. La primera es que ya no se usa más el término “en revisión” para la sentencias y autos dictados por las salas superiores, se ha cambiado el vocablo por sentencias y autos que “ponen fin al proceso”, con lo cual se estaría evitando así que se interpongan recursos de casación contra aquellos autos finales y sentencias que han sido anuladas por las salas superiores, porque propiamente no pondrían fin al proceso dado que solamente dichos órganos jurisdiccionales están ejerciendo su facultad rescindente y no están sustituyendo ninguna decisión de fondo.

Por tal motivo, como bien se comenta, el término *revisión* aludía al contenido de la actividad del órgano jurisdiccional, en tanto que la actual redacción se apoya en la competencia funcional del órgano que

emitió la resolución impugnada, cerrando así las posibilidades de interpretación ambigua respecto a la palabra *revisión*.

No obstante lo expuesto, nos preguntamos ¿qué hacer contra aquellas sentencias de segunda instancia que anulan la apelada so pretexto de que el juez de fondo “no actuó de oficio” una prueba *X*? ¿Acaso el *ad quem* no estaría atentando contra la autonomía del juez al exigirle que ordene actuar una prueba de oficio cuando su criterio ha sido distinto? ¿No se estaría violando una norma constitucional? ¿Se podría alegar como causal de infracción normativa?

La otra novedad está vinculada al órgano jurisdiccional ante quien se interpone el recurso y la subsecuente calificación de admisibilidad. El nuevo artículo 387° le concede al recurrente el derecho de interponer alternativamente el recurso de casación ante la Sala Superior que dictó la resolución impugnada o directamente ante la Corte Suprema, con esto se está eliminando la doble calificación del recurso, la primera por la instancia que dictó la resolución impugnada y la segunda por la misma Sala Suprema, incurriéndose en mayor dilación en el trámite del recurso.

Se ha establecido que cuando se presenta el recurso ante la Corte Suprema, los requisitos a cumplirse serán el de acompañar copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad, como sucede en el recurso de Queja por denegatoria de apelación.³⁶ Esto de la huella digital nos parece que de no haberse incluido en la modificación, en poco o nada afectaba la tramitación del recurso al constituirse en un requisito inane, salvo que pretendiese desterrarse alguna práctica fraudulenta.

También se ha prescrito el procedimiento para declarar la inadmisibilidad del recurso en caso de que haya incumplido alguno de los requisitos señalados en los incisos 2 y 4, trámite que antes se encontraba regulado en el artículo 391°.

Se entiende que el litigante de provincia que recurre de manera directa ante la Sala Suprema debe señalar su domicilio procesal en la ciudad de Lima, de otro modo no podría notificársele la resolución que le ordena subsanar el incumplimiento de los requisitos antes señalados. De darse lo contrario, conllevaría a una dilación innecesaria e ilógica que se le tenga que notificar de tal hecho en su domicilio ubicado en provincia, tanto más si es que el mismo interesado, se supone, recurrió de manera directa para encontrar celeridad en su pretensión impugnativa; labor que les

35 Cf. BAGIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Jurisprudencia y seguridad jurídica” en: Estudios de Derecho Judicial, N° 31, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 129-130.
36 Al haberse modificado el artículo 403° del CPC, el recurso de queja por denegatoria de casación ha quedado eliminado.

corresponde a los abogados a actuar con la debida diligencia, así como también se hace necesario que estos hechos se expliquen mejor en foros y publicaciones para no dar lugar a equívocos evitables.

d) Procedencia y efectos del recurso

En cuanto al artículo 388°, las modificaciones son sustanciales en lo atinente a los incisos 2, 3 y 4, dado que el inciso 1 se mantiene igual que la redacción originaria.

El segundo inciso tiene similar exigencia que su predecesor, esta vez concordante con las causales señaladas en el artículo 386°, puesto que se deberá precisar en qué ha consistido la infracción normativa, en otros términos: qué normas se han infringido o qué precedente judicial ha sido dejado de lado por la Sala Superior al momento de absolver el grado.

Por su parte, el tercer inciso, es el que desde nuestro punto de vista, reviste mayor dificultad conceptual y de aplicabilidad. Nos explicamos: una cosa es que el litigante -mejor dicho su abogado patrocinante- crea cuál pueda ser la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada y otra muy diferente será qué considere la Sala de Casación como tal incidencia.

Conste que la demostración de la incidencia de la infracción normativa, en primer lugar, deberá hacerse en este estadio, el cual tendrá que ser apreciado por la Sala Suprema al momento de calificar el recurso y no al pronunciarse sobre el fondo del asunto. En segundo lugar, el recurrente deberá demostrar que de haberse procedido del modo como sustenta su propuesta otro hubiera sido el resultado ante la instancia que actuó en revisión y que ahora es materia del recurso de casación. Surge de lo dicho que la Sala Suprema tendrá que sopesar cuál será el grado de apariencia de procedibilidad de la denuncia casatoria; de lo contrario, como ya expresamos antes, el procedimiento de calificación de la procedibilidad se convertiría en un examen de fondo del recurso, por lo que la Corte deberá ser cauta al momento de realizar tal labor, la que consistirá, en nuestro criterio, en una apreciación superficial de la incidencia directa y ya luego, al momento de expedir sentencia, procederá a analizar a fondo si es que existe dicha incidencia.

Mayor será la tarea del impugnante el cumplir lo exigido por el inciso cuarto, porque se deberá tener y demostrar una gran experiencia y dominio en los temas vinculados a los efectos de la casación, así como a sus alcances para poder acertar en lo pedido y que se condiga con lo que la Sala Suprema considera que deba casarse o no, porque sino originará indefectiblemente que se declare la improcedencia del recurso de acuerdo al artículo 392° modificado.

Nos preguntamos ¿qué pasará si la Sala de Casación, no obstante de haber determinado la infracción normativa es de la opinión que se debe de casar hasta la etapa procesal X y la propuesta del impugnante fue que se anule hasta la etapa previa T? ¿En este caso deberá declararse infundado el recurso? ¿La Sala Casatoria estará supeditada al pedido de la parte impugnante o puede tener un margen de actuación diferente dentro de los límites fijados por el recurrente?

Por su lado el artículo 391° señala cuál es el trámite al que deberá sujetarse el recurso en caso haya sido interpuesto ante la misma Sala Superior que dictó la resolución de vista o ante la Corte Suprema directamente.

Se entiende, y no puede ser de otra manera por ser inconducente, que la Sala Superior no sólo debe elevar el escrito que contiene el recurso de casación sino también deberá hacerlo conjuntamente con el expediente principal, entender de otro modo lo regulado es caer en el más completo absurdo.

Resulta igualmente lógico que si el recurso es interpuesto ante la Sala Suprema, ésta, previamente para calificarlo, deberá contar –en no pocos casos- con el expediente principal, de lo contrario sería imposible que verifique el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia.

Nos explicamos mejor, porque *a prima facie* se diría que no requiere del expediente para calificar el recurso; pues bien: ¿qué ocurriría ante el supuesto que la denuncia se sustente en la infracción al principio de congruencia, donde se alegue que los jueces de mérito han resuelto sustentándose en pruebas inexistentes en el expediente? ¿Cómo podría la Sala Suprema verificar si es que ello es así o no, si solamente se cuenta con las copias de las sentencias y el escrito que contiene el recurso? ¿Qué si se alega que no se le notificó con la demanda o con algún otro acto procesal importante y que pese a haberlo denunciado en apelación la Sala Superior no tuvo en cuenta lo alegado y probado? ¿Cómo se procedería si es que la denuncia casatoria se sustenta en elementos que se encuentran en el expediente? Entendemos que no en todos los casos será así, pero cuando ello ocurra, será imprescindible que previamente la Sala suprema tenga a la vista los actuados judiciales.

Podría argumentarse que dada la naturaleza del recurso de casación no es menester tener a la vista el expediente, pero quedarían subsistentes nuestras dudas planteadas, toda vez que los fundamentos no necesariamente puedan emerger de los acompañados exigidos por ley sino que obran en el expediente.

Ahora, en cuanto al artículo 393°, pensamos que esta hubiera sido una gran oportunidad para que el legislador instaure de una vez por todas que la interposición del recurso de apelación no tiene efectos suspensivos³⁷. Esta modificación, y no las otras rea-

37

Y así estaba propuesto en los proyectos de ley N° 1725/2007-CR y 2881/2008-CR, luego, inexplicablemente, no se tuvo en cuenta tan importante iniciativa legislativa. Una opinión desde hace tiempo crítica sobre los efectos suspensivos del recurso puede verse en ARIANO DEHO, Eugenia, *Problemáticas del proceso civil*, Lima, Jurista editores, 2003, p. 252 y en especial n. 19

lizadas o propuestas, hubiera dado lugar a que realmente sirva como un elemento disuasivo para que los litigantes maliciosos usen este medio como un recurso dilatorio y así obtener provechos indebidos con el solo transcurso del tiempo.

Lamentablemente, el legislador ha insistido machaconamente en mantener el efecto suspensivo del recurso, dando lugar a que se siga mal utilizando éste; darle un efecto contrario hubiera demostrado, estamos seguros, la notoria merma en la carga procesal de la Corte Suprema.³⁸

Con esto, solamente hubieran recurrido en casación aquellos litigantes que realmente estaban convencidos de que las instancias de mérito habían incurrido en infracción normativa sin interesarse en que el recurso no tuviera efecto suspensivo.

De acuerdo a lo regulado ahora, sólo nos resta decir que si el recurso se interpuso ante la Sala Civil Suprema, lo que tendría que hacer el recurrente es hacer saber inmediatamente de tal hecho a la Sala Superior que expidió la resolución cuestionada, adjuntado copia de su cargo; de otro modo no se podría lograr el ansiado efecto suspensivo que pretende obtener.

116

e) **¿Certiorari? ¿Positivo o negativo?**

Artículo 392°-A.- Procedencia excepcional

Aun si la resolución impugnada no cumpliría con algún requisito previsto en el artículo 388°, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384°.

Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la Corte motivará las razones de la procedencia.

Este artículo provoca varios comentarios, uno de ellos es que vía esta regulación el legislador ha querido instaurar una especie de certiorari, pero esta vez de un modo muy peculiar, puesto que, en principio tal institución se entiende por la actividad que tiene el tribunal de escoger, de entre todas las causas que le han sido elevadas en vía recursiva, qué casos va a ver y cuáles no sin necesidad de motivar esa negativa; esto es, actuando discrecionalmente selecciona los asuntos sobre los que considera relevante su intervención.³⁹

Como afirma María Ángeles Ahumada, el certiorari "...era una técnica de supervisión de los proce-

dimientos seguidos en los tribunales inferiores y, de forma similar a como sucedía con la advocatio continental, permitía al tribunal superior avocar para sí el conocimiento de las causas en que presuntamente se hubiera producido alguna grave irregularidad. Con todo, y conviene poner en ello el acento, el certiorari no era una apelación. Mediante su concesión el tribunal del rey podía anular la actuación del inferior, pero no sustituir la sentencia incorrecta. Podía, eso sí, acompañar a su decisión del mandamiento de juzgar y sentenciar de nuevo o de la prohibición de continuar el proceso. Se trató siempre de un recuso discrecional, y si con él se remediaban situaciones de exceso o defecto de jurisdicción, error de derecho manifiesto o vulneración de la «justicia natural», la finalidad principal no era tanto la corrección del juicio como el control del ejercicio de la jurisdicción por órganos inferiores, como ya hemos señalado, un instrumento de supervisión. El certiorari era uno más de los writs de prerrogativa, como lo eran también el de mandamus o el de prohibition, manifestación del poder del rey sobre sus agentes y de la concepción devolutiva de la jurisdicción.»⁴⁰

En otra parte de su importante comentario, la misma autora sostiene que: "En relación con el certiorari, se discute el posible deslizamiento desde la discrecionalidad a la arbitrariedad o, por utilizar un vocablo menos duro, a la aleatoriedad. El Tribunal Supremo no se ha disciplinado y más bien ha impedido que los criterios para la admisión de casos a revisión consoliden con el paso del tiempo causas ciertas y reconocibles de inadmisión (o de admisión, que sería más fácil). Si la apariencia no engaña, el Tribunal pretende a todo trance que el certiorari conserve el carácter de prerrogativa y que la petición de writ of certiorari siga siendo materia graciable. Así fue en origen y, en este sentido, la pretensión cuenta con legitimidad histórica, la del common law. Pero las necesidades de los nuevos tiempos, que han favorecido el reciclaje y reinención de la institución, pugnan también por la revisión de su fundamento."⁴¹

Nuestro legislador ha optado por regular un certiorari peculiar, a la inversa del clásico conocido en la legislación comparada. Aquí ya no se está ante el supuesto que la Corte de Casación decide discrecionalmente (sin motivar) qué casos conocerá sobre el fondo y cuáles otros no, sino ante el supuesto que algún recurso de casación no cumpliera con los requisitos previstos por el artículo 388° (se entiende que en realidad debe ser el artículo 387°), la Sala Suprema decidirá admitirlo a trámite considerando que

38 Los proyectos de ley 1725/2007-CR y 2881/2008-CR traían propuestas en ese sentido, el primero sólo contemplaba la no suspensión de las sentencias de condena, en cambio el segundo estipulaba la no suspensión para todo tipo de sentencias.

39 Cf. BUENDÍA CÁNOVAS. Ob. cit., p. 105.

40 Cf. AHUMADA RUIZ, María Ángeles. "El 'certiorari' ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el tribunal supremo de los estados unidos", en: Revista española de derecho constitucional, año 14, N° 41, mayo-agosto, 1994. p. 100.

41 Ibid., p. 96.

el mismo cumplirá los fines de la casación, decisión que deberá estar motivada indefectiblemente.

La introducción del *certiorari* en nuestro orden jurídico choca con una garantía constitucional que es la motivación de las resoluciones judiciales, condición que no admite dicha institución por ser absolutamente libre e inmotivada en cuanto al avocamiento del tribunal para resolver ciertos casos que considerada relevantes. Siendo así, en este caso el legislador ha tenido que optar por exigir que el Tribunal de Casación motive las razones por las cuales declara procedente un recurso aún cuando éste no cumpla las formalidades de ley.

Ahora bien, la norma permitiría dar dos lecturas, la primera que en realidad la remisión normativa debe ser al artículo 387° modificado, porque el artículo 388° no regula para nada los requisitos de la resolución sino del recurso. Si fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de que se aplique este “*certiorari*” respecto a sentencias y autos que no ponen fin al proceso, entre estas aquellas que declaran la nulidad de la apelada. También se podría aplicar a aquellos casos en que el recurso ha sido interpuesto extemporáneamente, pero que por la “trascendencia” del caso denunciado “merecería” ser visto en casación. Esta última hipótesis nos parecería gravísima de ser adoptada por la Sala Suprema.

Empero, el reparo anotado, pensamos que esos serían los dos únicos casos de incumplimiento de los requisitos del artículo 387°, porque los otros dos (incisos 2 y 4) en nada se relacionarían con esta “excepcionalidad” de procedibilidad del recurso.

La segunda lectura que nos suscita la misma norma es que efectivamente se está remitiendo al artículo 388°, el cual regula los requisitos de procedencia del recurso y que no se refieren a las cualidades de las resoluciones sujetas a impugnación.

Si así fuera, no tendría sentido que se dé esta “excepcionalidad” ante el incumplimiento del inciso 1. En cuanto al inciso 2, pasaría lo mismo, porque de lo contrario sería el Tribunal quien oficiosamente sea el que describa cuál es la infracción normativa o el apartamiento del precedente.

Quizá sería el único caso de la “procedencia excepcional” el señalado en el inciso 3, donde pese a haberse demostrado la infracción normativa no se acredita la incidencia en la decisión impugnada; y esto sería solamente con fines ilustrativos, porque la Corte tendría que resolver de acuerdo a lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 397°. Actuar de otro modo conllevaría a que la Corte se subroge a las partes y señale cuál es la infracción normativa, dejando al impugnante que señale cuál es la incidencia, supuesto que nos parece un exceso.

Tenemos dudas en cuanto a que si el inciso 4 estaría dentro del supuesto de los casos excepcionales, porque tendría que ponerse como un posible ejemplo el que pese haberse cumplido con los tres incisos anteriores, el recurrente no señale si su pedido es anulatorio o revocatorio y cuáles son los alcances del mismo, esto es hasta qué estadio del proceso debe retrotraerse la nulidad.

Habría que estar a lo que las Salas Civiles Supremas resuelvan sobre esto y qué criterios van a utilizar para considerar los casos como excepcionales.

f) Efectos de la sentencia

En lo que respecta a los efectos de la sentencia a dictarse sobre el fondo de la materia, los cambios son sustanciales respecto a la regulación anterior. Ahora es más clara la normativa en cuanto a los alcances de la decisión de la Corte de Casación, esto es si en unos casos deberá llevar a cabo el *iudicium rescindens* o en otros además el *iudicium rescissorium*.⁴²

Si es el primero, sin duda que se dará el reenvío⁴³, en tanto que en el segundo supuesto la misma Sala Suprema es quien –aún cuando la norma no lo diga– además de anular la sentencia de vista actúa en sede de instancia y procede a sustituir la resolución casada por otra que también resuelva sobre el fondo⁴⁴.

Ahora bien, no solamente el reenvío será innecesario cuando se haya infringido una norma material sino también lo será cuando la infracción se haya dado de una norma procesal en tanto y en cuanto los elementos de juicio le permitan a la Sala Casatoria poder resolver adecuadamente.

42 Sobre las impugnaciones sustitutivas y residentes. Vid. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1980, pp. 460-461.

43 Como es sabido, originariamente el *Tribunal de Cassation* francés solamente ejercía su función de reenvío, la misma que fue variando en el tiempo, hasta que en 1837 se suprimió dicho tribunal y se le otorgó esas funciones a la *Cour de cassation*. Es a partir de allí que la citada *Cour* asume su función jurisdiccional. Por eso Hitters dice: “Hemos visto que en sus orígenes el cuerpo encargado de resolver esta queja máxima no pertenecía al Poder Judicial, y ello explica (...) la existencia del reenvío, ya que un ente no jurisdiccional está inhabilitado para decidir positivamente la litis, dado que sus miembros no era jueces; de ahí la limitada facultad que tenía de llevar a cabo sólo el *iudicium rescindens*, pero jamás podía cumplir el *iudicium rescissorium*.” Cf. BUENDÍA CÁNOVAS, Ob. cit., p. 49 y HITTER, Juan Carlos, Ob. cit., p. 41.

44 En palabras del inolvidable procesalista Liebman, “El juicio de casación es un juicio rescindente que tiene por objeto la sentencia impugnada y más precisamente la demanda de anulación de dicha sentencia. Sobre esta demanda la Corte se pronuncia acogiendo o rechazando el recurso y, por consiguiente, casando o bien dejando intacta la sentencia impugnada en sus concretos pronunciamientos (...) Es el contenido imperativo, no el contenido lógico de la sentencia, el que constituye objeto del juicio de casación, porque es aquél, y no éste, el que perjudica el interés del vencido. Por eso, las censuras promovidas por el recurrente no son fin en sí mismas, no tienen el objeto de obtener la satisfacción de sentir cómo las cuestiones de la causa habrían debido ser resueltas, sino que son, en cambio, los medios con los que él tiende a afectar los pronunciamientos de la sentencia, demoliendo los fundamentos lógicos que la apoyan. A su vez, la decisión de la Corte deja intacta la sentencia impugnada, o bien la anula, en relación a los motivos que considera infundados, o bien fundados, manteniendo en vida o quitando de en medio sus pronunciamientos según que sus fundamentos lógicos hayan resistido o cedido a las críticas de los recurrentes.” Cf. LIEBMAN, Ob. cit., pp. 518-519.

No obstante lo dicho, nos preguntamos ¿qué pasará en el caso cuando el impugnante alegue infracción procesal y por tanto que debe anularse hasta el estadio procesal pertinente y la Sala más bien considere que esa denuncia bien pudo alegarse como un pedido revocatorio? ¿Deberá sujetarse estrictamente a lo pedido por el recurrente y declarar infundado el recurso porque tampoco puede reenviarse?, así por el estilo podríamos ensayar otras cuestiones que, esperamos, la Corte Suprema irá respondiendo en cumplimiento de su alta función.

g) Precedente judicial

El nuevo artículo 400° trae una saludable modificación. Se deja de lado que el Pleno Casatorio se realice con todos los integrantes de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República; ahora dicho Pleno estará conformado únicamente por todos los magistrados supremos civiles, que a la fecha son en número de diez al existir dos Salas Civiles, pudiendo variar esa cantidad en el futuro.

Resulta un prurito el que algunas personas se cuestionen si este Pleno debe estar conformado solamente por jueces supremos titulares o también deba incluirse a los provisionales; peor aún, se ha cuestionado a quiénes debería considerarse jueces supremos civiles si es que el Consejo Nacional de la Magistratura no los ha nombrado como tales.

En primer lugar, dichas personas se han olvidado de que donde la ley no hace distinciones mal se puede tratar de crear diferencias entre titulares y provisionales. La norma es clara, la integran todos, absolutamente todos, los jueces supremos que forman parte de la o las salas civiles existentes al momento de su convocatoria.

En segundo lugar, resulta lamentable que se pretenda buscar objeciones donde no existen, al decirse que no sabe cuáles jueces supremos van a integrar el Pleno si todos los titulares no han sido nombrados por especialidad. Tal aserto contiene una clara contradicción con la realidad, puesto que si buscamos certezas

y claridad en las resoluciones judiciales, desde hace mucho tiempo se viene luchando por la especialización de los magistrados y es así como ha empezado a designarse magistrados por especialidades a nivel de cortes superiores (jueces de Paz Letrados, jueces especializados y jueces superiores). La Corte Suprema ha venido siguiendo esa línea, buscando que los jueces supremos integren salas afines a sus especialidades y lo mismo ha ocurrido con la designación de jueces supremos provisionales.

Cuestionar ello, desde nuestro punto de vista, resulta un claro deseo de poner obstáculos donde no los hay, puesto que nadie en su sano juicio se puso a cuestionar si las sentencias plenarias, realizadas a raíz del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, habían sido dictadas sólo por, en ese entonces, vocales supremos titulares o provisionales y si es que los titulares habían sido nombrados por el CNM como magistrados supremos penales.

Nos parece que hay cuestiones más relevantes que criticar o resaltar (de acuerdo a los gustos) a la modificación legislativa antes que encontrarle reparos a un acierto como ha sido el de precisarse y agilizarse la realización del Pleno Casatorio Civil.

Lo que sí ha suscitado debates tanto a nivel de derecho comparado como a nivel nacional ha sido el establecimiento de precedentes vinculantes, especialmente a consecuencia de lo regulado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴⁵.

Al establecerse precedentes vinculantes⁴⁶ por medio una sentencia casatoria, en nuestro criterio, no se está vulnerando la independencia judicial, puesto que el precedente es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios.

Como bien se sostiene, la casación constituye, en definitiva, un límite fáctico de la libertad del juez en tanto y en cuanto atribuye un significado general a una norma aplicable para casos futuros similares.

45 En el ámbito nacional tal institución no nos ha sido ajena, aunque recibiendo denominaciones diversas, dado que el artículo 22° de la LOPJ precisa que se deben de publicar en el diario oficial todas las ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales y que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, contemplando la posibilidad que las instancias de mérito se puedan apartar de ellas, excepcionalmente, siempre y cuando motiven debidamente sus decisiones en ese sentido señalando el precedente que dejan de lado. También podemos hallar manifestaciones del precedente en el TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, D. S. N° 013-2008-JUS, en cuyo artículo 37° se señala claramente que cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije principios jurisprudenciales, estos constituyen precedentes vinculantes, cuyo apartamiento requiere de la presencia y circunstancias particulares y la expresa motivación. Como vemos, la idea del precedente vinculante, bajo distintas denominaciones, no ha sido extraña a nuestro ordenamiento legal, cosa distinta es que tal institución jurídica haya cobrado relevancia a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y sus consecuentes repercusiones en el ámbito judicial, social y hasta político. Sobre la crítica al caso de los precedentes vinculantes es recomendable consultar, para nuestro medio, la siempre autorizada opinión de Eugenia Ariano, "Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del tribunal constitucional", en: Diálogo con la jurisprudencia, N° 96, Lima, septiembre, 2006, pp. 74 y ss., y respecto a otros ámbitos: Xiol Ríos, Juan Antonio, "El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del tribunal constitucional", en: Revista del Poder Judicial, N° 3, septiembre, 1986, pp. 25-40; Díez-PICAZO y Luis Ponce de León, "Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español", en: El tribunal supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la constitución de 1978, Madrid, Tribunal Supremo, 2004, p. 403; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "La fuerza vinculante del precedente judicial", en: Isegoría, N° 35, julio-diciembre, 2006, pp. 193 y ss., y LARENZ, Karl, Ob. cit., pp. 429 y ss.

46 Al hablar de la función de la casación y sobre la fuerza del precedente vinculante, Xiol Ríos, nos dice que "...la armonización del valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de independencia judicial. Difícilmente es compatible con este principio el obligar al juez a atenerse estrictamente al precedente jurisprudencial, prescindiendo de todo nuevo intento de valoración encaminado a lograr la evolución de la doctrina del Tribunal supremo. La obediencia ciega, reforzada por consideraciones de orden jerárquico, a las decisiones de un tribunal superior es susceptible de detenida consideración desde el punto de vista de la independencia judicial. También podría hablarse de independencia del juez frente a la jurisprudencia. Esta independencia sólo puede garantizarse articulando el valor de ésta no por la vía de la circulación incondicional, sino por la vía siempre susceptible de matización de la fuerza vinculante del precedente." Cf. Xiol Ríos, Ob. cit.

Significado que es necesario para proporcionar la certeza, previsibilidad e igualdad en la aplicación del Derecho que reclama todo Estado de Derecho⁴⁷. Por lo tanto, se está ante un límite legítimo del principio de independencia judicial que, de otro modo, permitiría interpretaciones diferentes de las normas por parte de los diversos órganos jurisdiccionales, no obstante la existencia de igualdad o similitud de los supuestos de hecho tenidos en cuenta en procesos judiciales semejantes.

Siendo así, no se está infringiendo lo dispuesto por el artículo 16° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque el valor normativo de la jurisprudencia no es más que el presupuesto que da sentido a la casación misma y no el contenido de una actividad extrajudicial del Tribunal Supremo⁴⁸.

Por medio del precedente se realiza la armonización entre las exigencias de la flexibilidad del Derecho y de apertura y adaptabilidad al cambio, que caracterizan la dinámica de los sistemas jurídicos actuales⁴⁹, de lo contrario, bajo el supuesto respeto a la independencia del juez, sería imposible que se sienten criterios rectores para la solución uniforme de casos idénticos o similares, conllevando a que se emitan decisiones contradictorias en perjuicio de los litigantes y dejando de lado la predictibilidad que se espera en las decisiones de los jueces, evidenciando con ello una clara afectación a sus deberes de velar por la seguridad jurídica y el respeto al principio de igualdad, que como integrantes de un Poder del Estado de Derecho están obligados a respetar.

Se alza como estandarte contra los precedentes vinculantes lo dispuesto por el artículo 146°.1 de la Constitución Política el cual dice que el Estado garantiza a los magistrados su independencia y que sólo están sometidos a la Constitución y la ley.

Como bien decía Francisco Hernando Santiago⁵⁰, ex Presidente del Poder Judicial español: “De lo que no cabe duda es que un estado de dispersión o de imprevisibilidad de las Sentencias resultaría difícilmente compatible con el principio de igualdad ante la ley garantizado en nuestro texto constitucional, con el principio de seguridad jurídica también en ella recogido, y que en buena medida esa misma situación supondría una cierta quiebra de alguno de los complejos perfiles que ostenta el principio de *unidad jurisdiccional*.”

En un orden más concreto, las exigencias de certeza y previsibilidad de las consecuencias de nuestros ac-

tos adquieren una significación especial en el derecho sancionador, y, por tanto, sobreañaden elementos de preocupación cuando la incertidumbre aparece. Todo ciudadano tiene así derecho a saber, con nítida precisión, si un hecho es o no lícito, incluso si es o no delito; si un tipo específico se integra con tres o con cinco requisitos. A las exigencias notorias de la ley sancionadora *previa y cierta*, en las que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han aterrizado con profusión, deben añadirse factores no menos intensos en la exigencia de certidumbre de parte del aparato judicial. Paralelamente se hace imperativo resaltar la importancia que tiene que el Tribunal Supremo, con efectos en todo el territorio nacional, pueda pronunciarse con eficacia y autoridad en orden a la unidad, coherencia y certeza del derecho punitivo generado por el Estado, es decir con independencia de cuál sea el reparto de funciones que se establezca con los Tribunales Superiores de Justicia.”

En ese misma línea, Bacigalupo Zapater sostiene “... que un efecto obligatorio de la jurisprudencia chocaría con dicha disposición, pues el art. 117.1 CE establece que los jueces sólo están sometidos a la ley. Sin embargo, esta tesis puede y debe ser relativizada.

En primer lugar, porque la ley -como venimos sosteniendo- sólo es cognoscible mediante su interpretación. Toda ley obliga en tanto ley interpretada por medio de alguno de los cánones interpretativos reconocidos por la comunidad científico-jurídica. El texto de la norma en una codificación, dice Friedrich Müller es sólo la punta de iceberg. Ello quiere decir que el Juez está vinculado a una ley cuyo texto debe ser necesariamente interpretado. Por lo tanto, la seguridad jurídica exige también que algún órgano judicial establezca cuál es la que debe prevalecer. Es un principio elemental del orden.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo dicho, la vinculación del juez a la ley no constituye un derecho constitucional de carácter individual de los jueces, sino una condición institucional para garantizar su independencia. No es un derecho de los jueces, sino una garantía para el ciudadano de que sus pretensiones serán juzgadas por un tribunal imparcial. Consecuentemente, sería contradictorio con el sistema institucional que la independencia de los jueces sea una razón para justificar la inseguridad jurídica de los ciudadanos. Un equilibrio razonable, por el

47 Un Estado de Derecho, es aquel en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico, es decir, cómo se comportarán otro individuos y cómo lo hará también el Estado mismo, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho. Cf. Bacigalupo Zapater, Enrique, “*Jurisprudencia y seguridad jurídica*” en: Estudios de Derecho Judicial, N° 31, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 129-130.

48 Cf. MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz. *La independencia judicial*, Madrid, CEPC, 2004, pp.194-195.

49 Cf. RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “*Constitución, legalidad y seguridad jurídica*” en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 1, 1997, p. 169. pp. 176-177, también: TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. de Beatriz Quintero, Temis, Bogotá, 2006, p. 192.

50 Cf. HERNÁNDEZ SANTIAGO, Francisco. *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho*. Discurso leído en el acto inaugural del Año Judicial, el 13 de septiembre de 2005. Tribunal supremo, Madrid, 2005, pp. 10-11.

contrario, no permitiría invocar el art. 117.1 CE para excluir el efecto vinculante de la jurisprudencia.⁵¹

Por último, habría que diferenciar entre la actuación ordinaria de las salas supremas civiles de aquella referida a la realización del Pleno Casatorio. Si se diera el supuesto de que exista una sola Sala Civil, es obvio que sólo habrá el citado Pleno Casatorio cuando esa Sala se autoconvoque expresamente para cumplimentar los fines previstos en el artículo 400° del CPC.

3. Cuestiones adicionales

En conclusión, a vuelo de pluma para no hacer aún más alargado este comentario, nos detenemos a mencionar otros aspectos que resultan importantes de ser comentados.

El primero es que el legislador ha instaurado de una vez por todas que la Corte Suprema solamente será órgano de casación, ya no así de segunda instancia, por tal motivo ha modificado varios dispositivos legales, entre ellos el artículo 511° del CPC sobre la competencia de grado para procesar a los magistrados por responsabilidad civil. Ahora todas las demandas serán de conocimiento de los jueces civiles sin importar la jerarquía del magistrado demandado.

También se han modificado varios artículos de la LOPJ, como son el artículo 32°, eliminando la función de segunda instancia de la Corte Suprema, salvo en los casos de Acción Popular.

Del mismo modo, al derogarse los dos últimos párrafos del artículo 51° del Código Procesal Constitucional, los procesos de Amparo contra resoluciones judiciales tampoco serán conocidos en primera instancia por las salas civiles superiores sino por los juzgados civiles o constitucionales, con lo cual también

se elimina la posibilidad de que la Corte Suprema resuelva en segunda instancia.

Otra modificación saludable y además equitativa ha sido el eliminar la competencia funcional de las salas superiores especializadas en lo contencioso administrativo para que conozcan en primera instancia impugnaciones de resoluciones administrativas dictadas por órganos colegiados administrativos, ahora como todos los demás casos, deberán ser de conocimiento de los juzgados especializados en lo contencioso administrativo.

Se ha desterrado también una institución inútil en nuestro medio como es la casación por salto, dado que hasta donde tenemos conocimiento desde la vigencia del CPC no se ha dado un solo caso donde se haya hecho uso de esta institución.

Como propuestas quedaron atrás la instauración del “doble conforme” y la limitación de acceso a la casación en atención a la cuantía.

Pese a que se opine lo contrario, consideramos que la existencia de dos sentencias conformes seguidas no son garantía de una adecuada resolución del conflicto jurídico, menos en una realidad como la nuestra; y en cuanto a la limitación de acceso al recurso por la cuantía opinamos, siguiendo a Nieva Fenoll, que se trata de una absurda restricción y que en todo caso el poner barreras de este tipo lo único que se está haciendo es atentar contra la finalidad nomofiláctica de la casación.⁵²

Ya muchas tapias se han puesto respecto a la cuantía, por ejemplo mediante Ley N° 29057 se les dio mayor competencia, precisamente por la cuantía, a los jueces de paz letrados, cuyas causas no llegarán a la casación; entonces, no encontramos razón alguna para poner otra traba más por la cuantía de las pretensiones cuando se trata de acceder a la casación.

51 Cf. BACIGALUPO ZAPATER, Ob. cit.

52 Cf. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 183.