

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CIVIL Y PROCESAL
CIVIL



**FACULTAD CONSTITUCIONAL PARA QUE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VALORE MEDIOS DE PRUEBA,
COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE
CASACIÓN**

TESIS PRESENTADA POR:

BACH. HENRY JAERSINO DELGADO URRUTIA

**PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

ASESOR:

ISAAC ENRIQUE CASTRO CUBA BARINEZA PHD.

CUSCO – PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mi padre, MOISES RENE, quien desde el cielo es un ángel sempiterno y en su ausencia física pero con infinito amor, sigue siendo un motor de perseverancia y fuerza para el logro de nuestras metas profesionales.

A mi hermana Nilda Mariza, cuya ausencia es un vacío muy difícil de llenar, sin embargo con su inteligencia siempre supo impulsar y apoyar, en su exigencia para la culminación de mi Tesis, al igual que mi hermana Tula Lucina, desde el cielo, están presentes.

A mi Madre JULIA DORIS, por su permanente amor y constancia para la finalización del presente trabajo de investigación,

A mi esposa IDANIA KARIN, por su fuerza, apoyo, impulso, acompañamiento de días y noches y a mis hijos Thiago Jaersino y Nayeli Fabianna, todos ellos con su infinito amor, son mi razón de vivir, y

A Mis Hermanos y Hermanas, por su apoyo, perseverancia y fuerza en cada momento de mi desarrollo personal y profesional.

AGRADECIMIENTO

Agradezco por esta tesis a mi familia, quienes fueron un gran apoyo emocional durante el tiempo en que escribía la misma.

A mi Asesor de tesis, por su orientación en el presente trabajo de investigación.

A mis Asistentes del Estudio Jurídico “Delgado Urrutia” & Abogado Asociados, Br. Héctor Delgado y Br. Henry Torres, por su apoyo en las gestiones administrativas de este Trabajo de Investigación.

A todos lo que me apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

RESUMEN

El presente estudio de investigación tiene por objeto una revisión teórica, doctrinal y jurisprudencial de la Casación, instituto jurídico procesal que constituye un medio impugnatorio extraordinario, concedido al justiciable a fin de que pueda solicitar al máximo órgano de justicia el examen de la decisión dictada por los jueces de mérito. Se dice que es extraordinario pues la Ley lo admite excepcionalmente, esto es, al agotarse la impugnación ordinaria a fin de satisfacer finalidades limitadas como observar la correcta aplicación del derecho objetivo al caso concreto, es decir, la Corte de Casación **solo puede pronunciarse sobre los errores de derecho, más no respecto de los hechos y las pruebas**¹. Sin embargo, el **VII Pleno Casatorio Civil**², ha señalado que la figura de la casación y por ende su función de uniformización explicitada por la ley, tienen también un respaldo constitucional contemplado en el artículo 141° de la Constitución. En este sentido, se ha sostenido enfáticamente que *“no sólo la casación se orienta única y exclusivamente al ejercicio de una función nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, sino que además busca la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (ver el artículo 384 del CPC). Sobre el particular, SERRA DOMINGUEZ considera que la finalidad esencial de la casación es la unificación de la jurisprudencia y que las demás finalidades son secundarias”*. Y esta necesidad de uniformización jurisprudencial se funda en principios de certeza y seguridad jurídica, que indudablemente inspiran nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, existen suficientes argumentos jurisprudenciales, derivados de la decisión de nuestra Corte de Casación, que en muchas de sus sentencias actúa como sede de instancia, valorando medios de prueba que solo corresponden constitucionalmente a los juzgados de instancia, razón por la cual es necesario la modificación de su ordenamiento procesal para que posibilite constitucionalmente - a la Corte Suprema de Justicia de la República- valorar los medios de prueba como consecuencia del recursos extraordinario de casación. Es, por la función nomofiláctica y dikelógica de la casación, (función de cognición especial), sobre vicios (arbitrariedades) en la resolución por infracciones normativas que incide en la decisión judicial. Nuestro aporte se centra en la investigación respecto de estos casos y la desnaturalización de la función casatoria, que ha sido analizada y comprobada, con argumentos doctrinales, razones que justifican desde el derecho comparado y cuales serían las ventajas de esta posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República valore medios de prueba como consecuencia del recurso extraordinario de casación, estableciendo finalmente una formula legislativa, para dicho efecto.

PALABRAS CLAVE: Recurso de casación, valoración de medios de prueba, nomofilactica, dikelologica, arbitrariedad.

¹ Casación No. 3157-2013 Lima, El peruano, 30.jun.2016. 7mo fundamento, pág. 78618.

² Casación No. 3671-2014 Lima, el peruano. 07.dic.2015 pág. 7338.

ABSTRACT

The purpose of this study is a theoretical, doctrinal and jurisprudential review of the Cassation. This is a high-instance court that constitutes an extraordinary way of impugn, granted to the citizen so that he can request the highest instance of justice the examination of the decision issued by the judges of merit. This is extraordinary because the law admitted it exceptionally for the purpose of satisfy limited purposes such as observing the correct application of the objective right to the specific case, in other words, the Court of Cassation can only pronounce about the errors of the law, but not about the facts and the evidences. However, the VII Civil Court has pointed that the Cassation and its function explained by law, also have a constitutional support contemplated in the 141° article of the Constitution. It says that “not only the cassation is oriented just to the exercise of a nomofilactic function about defense and conservation of the legal system, but also it searches the unification of national jurisprudence by the Supreme Court of Justice”. SERRA DOMINGUEZ says that the principal purpose of the cassation is jurisprudence unification and the other objectives are secondary. And this necessity is due to principles of legal security. Furthermore, there are a lot of jurisprudence arguments by the Court of Cassation that many times it acts as the seat of the instance, valuing evidence that just represent to the courts of instance. That’s why its procedural order is necessary to allow constitutionally to the Supreme Court of Justice value the proofs as consequence of the extraordinary cassation resource. It’s due to the nomofilactic and dikelologic function of the cassation (a especial cognition function) about vice (arbitrariness) for normative infractions that affect the judicial decision. Our principal contribution is about these cases and the perversion of the casatory function, who has been analyzed and proven with doctrinal arguments since the comparative law, with the purpose of knowledge which would be the advantages of this constitutional possibility that the Supreme Court of Justice assess evidence as a result of the extraordinary appeal, finally establishing a legislative formula for that.

KEY WORDS: Cassation, assess of evidence, nomofilactic, dikelologic, arbitrariness.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1 Situación Problemática.....	3
1.2 Formulación del Problema.....	5
1.2.1. Problema General.....	6
1.2.2. Problemas Específicos.....	6
1.3 Justificación de la Investigación.....	7
1.3.1 Conveniencia.....	7
1.3.2 Relevancia Social.....	8
1.3.3 Implicancias.....	8
1.3.4 Valor Teórico.....	8
1.3.5 Utilidad Metodológica.....	9
1.4 Objetivos de la Investigación.....	9
1.4.1 Objetivo General.....	9
1.4.2 Objetivos Específicos.....	9
CAPITULO II	11
2. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	11
2.1 Bases Teóricas	11
2.1.1 Tratamiento Jurídico de la Casación.....	11
2.1.1.1. Origen de la Casación.....	13
2.1.1.2. Evolución de la Casación.....	15
2.1.1.3. Legislación Comparada	18
A. El Recurso de Casación en Francia.....	19
B. El Recurso de Casación en el Derecho Italiano	22
C. El Recurso de Casación en el Derecho Español	24
D. El Recurso de Casación en el Derecho Alemán	30
E. El Recurso de Casación en el Perú	31
2.1.1.4. Naturaleza Jurídica.-Características.-Fines..	40
A. Naturaleza Jurídica	40

B. Características del Recurso de Casación.	46
B.1. Tiene Carácter Público	46
B.2. Es Un Recurso Extraordinario.....	47
B.3. Es Un Recurso Vertical	48
B.4. Es Un Recurso de Carácter Formalista..	49
B.5. Es Recurso Positivo y Negativo a la Vez.	49
B.6. Es Recurso que se Concede Con Efecto Suspensivo	49
B.7. Es Recurso de Tramite Inmediato	49
C. Fines del Recurso de Casación	50
C.1. La Función Nomofiláctica o de Defensa de la ley	53
C.2. La Función de Uniformidad de la Jurisprudencia	57
C.3. La Función Dikelógica	60
C.4. El Control de la Logicidad (motivación de las resoluciones judiciales)	61
2.1.1.5. Causales del Recurso de Casación.- Tendencias	66
A. Causales referentes a Normas de Derecho Material	68
A.1. Errores en la Tarea de Aplicación del Derecho	68
I) Error normativo de Percepción o Inaplicación	68
II) Error normativo de Apreciación por Elección o Aplicación Indebida.	71
A.2. Inaplicación del Derecho Material	72
A.2.1. Estructura de la Aplicación del Derecho Material	72
B. Causales referentes a normas de Derecho Procesal	76
B.1. Error de la Norma Procesal o Afectación al Debido Proceso	76
2.1.1.6. El Recurso de Casación y la Teoría de las Nulidades Procesales.- Limitaciones de las Nulidades Procesales.	79
A. La Teoría de las Nulidades Procesales	79
A.1. Absoluta.....	80
A.2. Relativa	80
A.3. Inexistencia.....	81
B. Limitación de las Nulidades Procesales	82

2.1.2. La Valoración de la Prueba	83
2.1.2.1. El control del Razonamiento judicial (en la Valoración de la Prueba) y la Casación.	85
2.1.2.2. La Apreciación de los hechos, la Valoración Probatoria y la Casación	88
2.1.2.3. La Carga de la Prueba y la Casación.....	90
2.1.2.4. La Costumbre y la Casación	91
2.1.2.5. Los Negocios Jurídicos y la Casación.....	92
2.1.2.6. Control Casatorio de los hechos en la Jurisprudencia Nacional	93
2.1.2.7. Control Casatorio de la Valoración de Medios Probatorios en la Jurisprudencia Nacional	97
2.1.2.8. El Control Casatorio de la Logicidad de las Resoluciones Judiciales en Materia Civil en la Jurisprudencia Nacional	99
2.2 Marco Conceptual (Definición de Términos).....	103
2.2.1. Apelación	103
2.2.2. Autonomía Judicial.....	104
2.2.3. Casación....	104
2.2.4. Corte Suprema.....	104
2.2.5. Igualdad.....	105
2.2.6. Garantía Procesal.....	105
2.2.7. Legalidad	106
2.2.8. Legitimidad.....	106
2.2.9. Medio de Prueba.....	106
2.2.10. Valoración.....	107
2.3. Antecedentes de la Investigación	107
2.3.1. Tesis	107
2.3.2. Artículos Especializados	113
CAPITULO III	115
3. Hipótesis y Categorías	115
3.1. Hipótesis de Investigación.....	115
3.2. Categorías de Estudio	115
CAPITULO IV.	116
4. Metodología	116
4.1 Tipo y Diseño de Investigación	116
4.2. Unidad de Análisis Temático	117
4.3. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	117

4.3.1. Técnicas.....	117
4.3.2. Instrumentos.....	117
4.4. Procedimiento de Análisis de Datos	117
CAPITULO V	118
5. Presentación de Resultados	118
5.1 Argumentos Jurisprudenciales que justifican establecer la Posibilidad Constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, Valore Medios de Prueba, como consecuencia del Recurso Extraordinario de Casación.	118
5.2 Argumentos Doctrinales que justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, Valore Medios de Prueba como consecuencia del Recurso Extraordinario de Casación.	123
5.3 Razones que justifican, desde el Derecho Comparado, establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del Recurso Extraordinario de Casación.	143
5.4. Ventajas que se derivan al establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del Recurso Extraordinario de Casación.	147
5.5. Formula Legislativa para establecer la facultad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del Recurso Extraordinario de Casación.	150
CONCLUSIONES.....	155
RECOMENDACIONES	158
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	160
ANEXOS.....	165

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, en general los juristas han señalado que la Casación solo se ocupa de las cuestiones de derecho. Sin embargo José A. Silva Vallejo (*en su Libro: La Ciencia del Derecho Procesal. Edic. FECAT.-IERA.-Edic. Lima 1991. Pág 913-915*), precisa que la Casación solo debe tratar de Cuestiones de Derecho. Así el mencionado autor –dice que el objeto de la Casación es **anular sentencias** que han cumplido los trámites del debido proceso, agregando que el recurso será inadmisibile “*si el motivo del recurso no constituye una cuestión de puro derecho, por violación a la ley, falsa o errónea interpretación del derecho grave error procesal*”.

En efecto, lo señalado parece reafirmarse cuando refiere que la función sui generis inherente a la estructura pluridimensional de la casación es aquella de índole hermenéutica-política denominada nomofiláctica. Concluye así con aquella visión finalista casatoria que exige la distinción entre hecho y derecho.

Ahora bien, los errores de hecho deben quedar al margen de la casación, señala Jorge Carrion Lugo (*en su Libro: El Recurso de Casación en el Perú. Edit. GRIJLEY.-EIRL.- Lima 1997. Pág 63*), sin embargo considera **que la apreciación y valoración de los medios probatorios si son materia de casación**, aun cuando no niega que “*en esas tareas confluyen elementos de hecho y de derecho, llegándose a situaciones de dificultad para poder separarlos*”. El mencionado autor propone “**controlar la valoración de la prueba de los juicios de mérito, en aquellos supuestos en que se advierte error grave en la evaluación de los elementos probatorios definitorios de la controversia**” (*I Congreso Nacional de Derecho Procesal Peruano. “La casación en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano”. PUCP. Lima 1996, p.232*)

Lo mencionado, tiene estricta relación con el desarrollo del presente trabajo de investigación dado que no se discute la eficacia de los conceptos de error de hecho, error de derecho; es más, su análisis parte de aceptar ese criterio, así *“la valoración de la prueba es una cuestión de derecho, pues el método que ella requiere para su validez es una garantía del derecho de probar, que hace eco en el derecho de defensa, en ese sentido tal método de la actividad valoradora integra la institución del debido proceso (...) “en tanto que por ella se asegura a las partes el conocimiento de los argumentos de la prueba y se les permite el control del cumplimiento de una adecuada actividad valoradora, que por arbitraria desinterprete lo evidente o condene en base a lo probable”*

El autor

CAPITULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Teniendo en consideración el tema propuesto para la presente investigación – *Facultad Constitucional para que la Corte Suprema de Justicia de la República, Valore Medios de Prueba, como consecuencia del Recurso extraordinario de Casación*- estos se hallan normados en el artículo 141° de la Constitución Política del Estado y según el Código Procesal Civil, se encuentra previsto en la Sección Tercera, Título XII artículos 364° y siguientes, así como el 384° y siguientes, de nuestra Norma Adjetiva civil vigente.

Habiendo considerado en el estudio bibliográfico, distintos criterios jurisprudenciales, los que serán mencionados en el marco teórico para la presente investigación, se establece la discusión del trámite de un recurso casatorio derivado de la violación indirecta de la Ley derivada del error en la apreciación de pruebas (transgresión de las reglas en cuanto a la valoración de medios de prueba) la que no constituiría –según el primer criterio jurisprudencial, conforme observaremos más adelante- la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

Ahora bien, entendiendo que la valoración de los medios probatorios, son parte de la observancia del debido proceso, previsto en nuestra Carta Magna, en la que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con sujeción a un debido proceso. En efecto, la protección que el Estado presta a los justiciables cuando su derecho haya sido violado no es arbitrario ni menos caótico. La tutela exige un reclamo previo del interesado, el emplazamiento eficaz al demandado para oírlo y para darle la oportunidad de defenderse; requiere de un debate judicial con sujeción a una serie de reglas; reclama una decisión imparcial y sustentada en los hechos acreditados en el proceso y en la ley vigente. En suma, requiere la correcta observancia de las normas jurídicas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento jurídico eficaz para resolver los conflictos o dilucidar las incertidumbres de derecho.

Así, la Casación, constituye un medio impugnatorio extraordinario, concedido al justiciable a fin de que pueda solicitar al máximo órgano de justicia el examen de la decisión dictada por los jueces de mérito. Se dice que es extraordinario pues la Ley lo admite excepcionalmente, esto es, al agotarse la impugnación ordinaria a fin de satisfacer finalidades limitadas como observar la correcta aplicación del derecho objetivo al caso concreto, es decir, la Corte de Casación solo puede pronunciarse sobre los errores de derecho, más no respecto de los hechos y las pruebas.

Finalmente, el VII Pleno Casatorio Civil, ha señalado que la figura de la casación y por ende su función de uniformización explicitada por la ley, tienen también un respaldo constitucional contemplado en el artículo 141° de la Constitución. En este sentido, se ha sostenido enfáticamente que “no sólo la casación se orienta única y

exclusivamente al ejercicio de una función nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, sino que además busca la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (ver el artículo 384° del CPC). Sobre el particular, SERRA DOMINGUEZ (1969) considera que la finalidad esencial de la casación es la unificación de la jurisprudencia y que las demás finalidades son secundarias”. Y esta necesidad de uniformización jurisprudencial se funda en principios de certeza y seguridad jurídica, que indudablemente inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

Lo que viene sucediendo, en nuestra Corte de Casación, es que en muchas de sus sentencias actúa como sede de instancia, valorando medios de prueba que solo corresponden constitucionalmente a los juzgados de instancia, debiendo tener presente la función nomofiláctica en casación, es función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que incide en la decisión judicial. Esta investigación es respecto de estos casos y la desnaturalización de la función casatoria.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Los problemas que asumimos en el presente estudio los formulamos de la siguiente manera:

1.2.1 PROBLEMA GENERAL

¿Qué razones justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación?

1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS

1° ¿Qué argumentos jurisprudenciales justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación?

2° ¿Qué argumentos doctrinales justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación?

3° ¿Qué razones justifican, desde el derecho comparado, establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la república, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación?

4° ¿Qué ventajas se derivarían al establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación?

5° ¿Cuál debiera ser la formula legislativa para establecer la facultad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la república, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación?

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente estudio de investigación adquiere relevancia en el ámbito de la investigación científica, particularmente en el ámbito del Derecho, sostenido en los siguientes argumentos que denotan la justificación del porque se ha realizado la investigación:

1.3.1. CONVENIENCIA

Es conveniente realizar esta investigación, ya que este problema es de importancia para una eficaz administración de justicia, en particular a la valoración de la prueba, como uno de sus fines primordiales la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación. En el ámbito del derecho debemos entender que la realidad social cambia vertiginosamente planteando a los profesionales del derecho el reto de ajustar las normas a las nuevas exigencias sociales para poder alcanzar justicia.

1.3.2. RELEVANCIA SOCIAL

Tiene relevancia de carácter social porque de darse la posibilidad que se plantea en el objetivo de la presente investigación, sus efectos alcanzan a todas las personas que en su condición de justiciables eventualmente puedan verse beneficiados por la norma que se propone modificar el código procesal civil, que posibilitará que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

1.3.3. IMPLICANCIAS

Con la presente investigación se busca justificar la necesidad de una modificación procesal civil cuyos efectos directos impliquen la posibilidad constitucional de que la que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación. Esta es indudablemente la implicancia principal de nuestra propuesta.

1.3.4. VALOR TEÓRICO

Después de recoger la información pertinente al tema de investigación, esta se ordenará y sistematizará. Dicha información es un aporte teórico que posibilitará un acercamiento al tema. Los resultados que esperamos alcanzar en nuestra investigación constituirán indudablemente un aporte teórico al conocimiento jurídico. Toda investigación, particularmente en el ámbito de la ciencia jurídica, debe aportar conocimientos que incrementen el bagaje de la ciencia del derecho, el presente estudio que aborda de manera dogmática la discusión, ofrece nuevas perspectivas y argumentos respecto al tema que nos ocupa.

1.3.5 UTILIDAD METODOLÓGICA

El abordaje metodológico que se dará al presente estudio constituye un referente para futuros investigadores que deseen aplicar dicho enfoque. La elaboración de instrumentos para recoger la información es de suyo un aporte metodológico para quienes deseen aplicarlos.

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer las razones que justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1º Precisar los argumentos jurisprudenciales que justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

2º Precisar los argumentos doctrinales que justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

3° Determinar las razones que justifican, desde el derecho comparado, establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

4° Identificar las ventajas que se derivarían al establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

5° Precisar la formula legislativa para establecer la facultad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

CAPITULO II

2. MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1 BASES TEÓRICAS

2.1.1 TRATAMIENTO JURIDICO DE LA CASACIÓN

El recurso de casación, como medio tutelar del Derecho objetivo, con su primordial finalidad de propender a la recta aplicación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia, es una institución relativamente moderna: su origen como tal se encuentra en el Decreto francés, posterior a la revolución de 1789.

Sobrevenida la Revolución francesa, constituidos los poderes de acuerdo con los principios pregonados por Montesquieu, la primera idea de los legisladores de entonces fue la de establecer una entidad cuya función tendiera a hacer respetar las normas dictadas por el poder legislativo, y destruir todo acto proveniente del poder judicial que las contraviniese. El 12 de noviembre de 1790 culminaron los debates referentes a un tribunal de casación, con el fin de invalidar «todos los procedimientos en los cuales las formas hubiesen sido violadas, y toda sentencia que contuviera una contravención expresa al texto de la ley».

El decreto del 27 de noviembre de 1790, determinó las atribuciones y la competencia del tribunal, la manera de nombrar a sus miembros y el modo de proceder ante él. Se organizó así, aun cuando no como parte del poder judicial, sino como apéndice del parlamento, un tribunal supremo encargado de defender la ley. Fue, pues, la necesidad de la defensa de la ley contra las sentencias violatorias de ésta, lo que al principio determinó el fin primordial de la casación.

En el Perú, se enuncia la casación en la Constitución de 1979. El artículo 241, dice: Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación, los asuntos que la ley señala. La tutela de la ley no es el fin único de la casación. El recurso se ha establecido también para lograr la unidad de la jurisprudencia, porque no menos importante que velar por la aplicación de la norma jurídica es la necesidad de la unificación de su interpretación. Como acertadamente lo asevera la doctrina, la tutela de la ley y la unificación de la jurisprudencia no constituyen dos fines distintos y separados del recurso de casación; corresponden más bien y en rigor jurídico a dos aspectos de una función única que se compenetran y combinan, dado que mediante la unidad jurisdiccional se consigue igualmente la recta aplicación de la ley, pues se evitan interpretaciones que sean contrarias a su verdadero sentido y alcance.

La defensa del Derecho sustantivo y la unificación de su interpretación, tienen por fundamento el interés público; pero la institución tiene también un interés privado, que consiste en resarcir el perjuicio inferido al particular por la sentencia. De lo cual se sigue que la casación tiene dos fines perfectamente diferenciables: un fin principal, que por consistir en la tutela de la ley y en la unificación de su interpretación, reviste un carácter

de eminente interés público; y un fin secundario, que mira al que concretamente persigue el recurrente y que, por lo tanto, se funda en un interés privado o particular.

No obstante, su carácter secundario, el interés privado del recurrente es indispensable para que la casación opere; como no existe casación de oficio, a este recurso sólo puede llegarse cuando la parte agraviada con la sentencia acude a él, como una oportunidad adicional para la defensa de sus derechos que estime lesionados con el fallo (aplicación del principio dispositivo).

Según el artículo 386° del Código Procesal Civil, son tres las causales para interponer el recurso de casación:

- a) La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial; (En este inciso está comprendido el caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, a que se contrae el artículo 236 de la Carta Fundamental.)
- b) La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencia;
- c) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

2.1.1.1 ORIGEN DE LA CASACIÓN

Debemos iniciar este ítem, precisando que la *casación*, en nuestro ordenamiento procesal en general, como ocurre en la legislación extranjera, constituye un recurso impugnatorio que se propone contra resoluciones en las cuales no es posible plantear un recurso ordinario, como podría ser la apelación, por ejemplo.

Así, la casación ha surgido como un recurso **contralor de las cuestiones de derecho y no de hecho**. Originalmente surgió con el propósito de mantener la correcta observancia de la ley y, en ese sentido, este medio impugnatorio ha cumplido y cumple su cometido al revisar el juicio de derecho que contiene la resolución impugnada, en nuestro ordenamiento, la sentencia o el auto impugnados. En esta orientación, este recurso admite también la revisión de las actividades realizadas en el desarrollo del proceso desde su comienzo hasta la emisión de su resolución impugnada, permitiendo denunciar las nulidades que las afectan y la infracción de la ley proceso cuando alguna resolución haya sido pronunciada con violación de la forma y solemnidad que señala el ordenamiento procesal. Pero el recurso no se ha quedado allí. En los últimos tiempos viene recibiendo una nueva orientación que tiene como norte la justicia del caso concreto, permitiendo el control de los hechos y de los medios probatorios, autorizando a los órganos de casación emitir la decisión sobre el fondo del litigio en base a la decisión casatoria, recusando el instituto del reenvío.

Con el precedente entender, es que CARRION LUGO (2003, pág. 6), señala con respecto a la casación que el origen de la denominación **del recurso es sugestivo**, la palabra **casación** surge del vocablo latino *quassare*, que significa anular, abrogar, deshacer, suprimir, invalidar, quebrantar, romper, dejar sin efecto. El principal objetivo de todo estado de derecho, es que toda resolución judicial se emita aplicándose correctamente la norma jurídica. En ese propósito, el concepto central que se debe manejar respecto a este recurso impugnatorio como tal es que se trata de un remedio procesal extraordinario que procede contra resoluciones judiciales definitivas (en el sentido que ponen término al litigio) con el objeto de anularlas, de dejarlas sin efecto, por haber sido dictadas con

infracción del derecho positivo, restableciendo la vigencia del derecho, actividad que es competencia de los organismos de la más alta jerarquía judicial.

La doctrina, sobre la base de las ideas expuestas someramente como introducción al instituto, ha elaborado lo que se conoce como “*Teoría General del Recurso de Casación*” – las que se profundizarán a lo largo de la presente Tesis- sirve de basamento para el estudio del recurso de casación, cualquiera que sea el campo jurídico de su vigencia y aplicación (civil, penal, laboral, etc.) y cualquiera que sea el país o el territorio que lo establezca.

2.1.1.2 EVOLUCION DE LA CASACIÓN

El recurso de casación en cuanto a su evolución como instituto jurídico procesal, encuentra su origen, como medio impugnatorio, en el Derecho Romano –dicen algunos estudiosos- aunque algunos otros rechazan esta posición.

Existen procesalistas que sostienen que el recurso de casación en su concepción moderna nace en Francia a través de la obra legislativa de la Revolución Francesa. Así el profesor uruguayo Enrique Vesconvi citado por CARRION (2003, pág. 6), sobre el recurso de casación, señala que: “No obstante todo ello, podemos admitir) por encima de discrepancias que no desconocemos) el origen francés de la casación moderna. *Surge en el “Conseil des partis, división del Conseil du Roi”*, que mantiene la competencia en los asuntos judiciales, mientras que al otro, Consejo de Estado, le pertenecían los asuntos políticos.

Dice CALAMANDREI citado por (Carrión, 2003, pág. 10) que luchaba entre el poder real y los parlamentos, se afirma la potestad real, en defensa de sus prerrogativas, atribuyéndose el poder de anular (Casser) las sentencias de dichas cortes soberanas, es especial cuando eran dictadas en contravención a las ordenanzas, edictos y actos reglados. **Nace así la demanda en casación**, cuyo ejercicio se disciplina por un reglamento de 1738 como medio de impugnación. Este instrumento lo remonta la Revolución Francesa, transformándolo en un elemento para la defensa de la Ley, del Poder Legislativo, frente a las posibles transgresiones de los jueces. Nace, entonces, el “*Tribunal de Casación*”, *inspirado en las ideas revolucionarias de la omnipotencia de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos ante ella, creándose por decreto de noviembre de 1790 como órgano de control constitucional al lado del Poder Legislativo*”.

Alberto Monton Redondo, citado por (Carrión, 2003, pág. 6) Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, precisa respecto de los orígenes del recurso de casación, lo siguiente: “*El origen de los recursos extraordinarios se encuentra en la Revolución Francesa, en la que se crearon el recurso y el tribunal de casación con la finalidad política de lograr la supremacía de la Ley, vigilando el sometimiento de la misma de los tribunales; se trataba de establecer un órgano y un instrumento por medio de los cuales las sentencias de los tribunales que supusieran una contravención expresa al texto de la ley fueran casadas (casar es romper o anular), devolviéndose el conocimiento del asunto a otro tribunal para que dictara nueva sentencia. El tribunal de casación tenía pues sólo jurisdicción negativa (casaba y devolvía) atendiendo a la infracción de la norma material, sin poder examinar los hechos (sólo la cuestión jurídica de la relación controvertida) y sin controlar la regularidad formal del proceso*”.

En efecto, en dicho país se instrumentó el recurso para defender la ley y para contrarrestar el poder omnímodo que tenían los jueces de la época monárquica.

La Revolución francesa con las nuevas corrientes de pensamiento expuestas por ROUSSEAU y MONTESQUIEU, que preconizaban la omnipotencia de la ley, la igualdad de los ciudadanos ante ella, la rígida separación de poderes del Estado, donde el Poder Judicial (el Juez) cumplía simplemente la función de aplicar la ley, sin atreverse siquiera a interpretarla, constituyó un organismo exclusivamente político (no jurisdiccional) para encomendarle las tareas casatorias, para que cumpla la función de control constitucional (no judicial), para que vigile la actividad de los Jueces, para que ejerza la misión contralora meramente negativa de la ley, en el sentido de que se limitará a casar, a anular la sentencia violadora de la ley y luego la reenviaba a otro juez para que emitiera nueva resolución con sujeción al ordenamiento jurídico. **La casación, como se ha anotado, nació para ejercer una función nomofiláctica de la ley.** La interpretación de la ley le estaba prohibida al Juez. Para evitar que los jueces violen la ley, para evitar que estos establecieran preceptos de carácter general bajo el pretexto de los vacíos de la ley, para evitar que estos distorsionen la ley recurriendo a la interpretación, el Tribunal de Casación se ubicaba al lado del Poder Legislativo. Es que la revolución desconfiaba totalmente de los jueces.

PIERO CALAMANDREI, citado por (Carrión, 2003, pág. 6) a quién Juan Carlos Hitters llama el “campeón” de la casación, en relación al origen del recurso, escribe:

“El Tribunal de Casación nació, precisamente, al objeto de impedir que un poder público se salga del propio dominio; pero su control, en lugar de extenderse a las relaciones entre los poderes en todos los campos de la Constitución, se limita a las relaciones que tienen lugar entre dos de estos poderes, el legislativo y el judicial;...El Tribunal de Casación nace, pues, como un órgano de control destinado a vigilar que el poder judicial no viole, en daño del poder legislativo, el canon fundamental de la separación de los poderes”.

El Tribunal de Casación no era un organismo jurisdiccional y por ello cuando casaba una resolución judicial por contener una violación expresa del texto de la ley, el asunto se enviaba a otro juez para que emita nueva sentencia. De ese modo se **generó el instituto que se conoce con el nombre de reenvío.** En el supuesto que se presentará el caso de segunda casación, en el mismo litigio, el Tribunal de Casación tenía la obligación de remitir los actuados judiciales al Poder Judicial a fin de que produjera la interpretación oficial de la norma, la misma que era obligatoria para los jueces. Normalmente se produciría una segunda casación cuando la norma era oscura o ambigua.

Es posteriormente que al asumir los organismos judiciales de la más alta jerarquía la tarea casatoria, ese instituto (el del reenvío) se mantuvo y se mantiene relativamente, es decir, sobrevive tratándose de infracciones de orden formal o procesal. No solo eso, la tarea de la interpretación de las normas se encomendó a los propios jueces, pues, con el sistema anterior, en el que la interpretación de las normas se encomendó a los propios jueces, pues, con el sistema anterior, en el que la interpretación de la norma era de incumbencia del Poder Legislativo, las causas eran prácticamente resueltas, no por los Jueces, sino por un organismo cuya misión no le era natural. En la actualidad, los organismos de casación (las Salas de Casación en nuestro país), se han constituido en los intérpretes auténticos del derecho.

2.1.1.3 LEGISLACION COMPARADA

Dentro de la legislación comparada, en el Instituto procesal que es materia de investigación, nos referiremos a:

A. El Recurso de Casación en Francia

Juan Carlos Lozano Bambarén (2005, pág. 52), en su Obra intitulada “Recurso de Casación Civil. Criterios rectores para su formulación”, señala que el *Tribunal de Cassation* fue verdaderamente uno de los monumentos notables y vitales de la obra legislativa llevada a cabo por la Revolución Francesa. No puede ponerse en duda que en el *Conseil des Parties* de la época monárquica encontraron los reformadores de la Revolución la idea aunque embrionaria e informe, del Tribunal de Casación. Con lo que cabe decir que el Tribunal de Casación **fue el heredero universal DEL CONSEIL DES PARTIES**, rejuvenecido y vivificado por los nuevos principios.

A manera de historia, el 10 de Noviembre de 1790, el abate MAURY, para definir bien el carácter que habría debido tener el nuevo *Tribunal de Cassation*, no sabia encontrar frase más eficaz que aquella que el canciller BAGUESSEAU había empleado para el *Conseil des Parties*: “- *La garde de corps des lois*”.

El nacimiento del Tribunal de Casación va particularmente unida a un principio de la revolución, establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: el de la igualdad originaria igualdad jurídica de todos los miembros de la consociación y la consiguiente igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

El *Tribunal de Cassation*, surgió a la sombra de las abstractas ideologías de Rousseau: pero un influjo mucho más concreto y directo lo derivó de las doctrinas de MONTESQUIEU, especialmente del famoso principio de la “*Separación de Poderes*”. El dogma fundamental del Tribunal de Casación. Por una parte, confirmando con razones filosóficas la necesidad, ya demostrada por la experiencia histórica de *impedir que el*

*Poder Judicial invadiese el campo del Poder Legislativo por otra, excluyendo que la función de control dirigida a impedir tal invasión, continuase estando. Como lo había estado bajo el *ancien regimén confiada* al Poder Ejecutivo.*

Montesquieu, al sustituir el principio de la bipartición de los poderes por el de tripartición, afirmaba por primera vez la necesidad de que el Poder Judicial fuese independiente del Poder Legislativo y del Ejecutivo; en varios lugares de su *Espirit des Lois* volvía a afirmar que los Jueces deben en sus sentencias observar seguramente la letra de la Ley, sin poder en modo alguno separarse de ella.

Merlin, ponía de manifiesto que apreciaba precisamente en los ordenamientos de Inglaterra un precedente del Tribunal de Casación. Afirmó de manera terminante que el Tribunal de Cassation debe un origen al ordenamiento judicial de Inglaterra, puesto que, correspondiendo a la Cámara de los Lores juzgar en última instancia los recursos contra las sentencias de los tribunales inferiores, basadas en un **error in Lore**, se encuentra en ello el primer ejemplo típico de un control ejercido por el Poder Legislativo sobre el Poder Judicial. Sin embargo, en realidad del recurso de casación del ordenamiento francés, desde su nacimiento, nada tuvo de común con la Appeal inglesa a la Cámara de los Lores, en la cual no se encuentra ni siquiera la huella de aquella finalidad política de *nomofiláctica* que constituyó en Francia la razón de ser del instituto.

En resumen podemos afirmar que **Francia es considerada como la cuna de la casación en su concepción moderna**, pues tuvo como característica especial lo siguiente:

- 1° Controla la correcta aplicación de la Ley, anulando las resoluciones que incurran en la infracción de la norma jurídica tanto sustantiva como procesal.
- 2° Recupera el control fáctico de la resolución.

- 3° La Corte de Casación ejerce función unificadora en materia casatoria.
- 4° La Corte de Casación está centralizada en su capital, París, que tiene competencia nacional.
- 5° No regula el recurso de casación de oficio, salvo tratándose de la casación en interés de la Ley, en la que el Ministerio Público no suspende la ejecución de la resolución impugnada.
- 6° El reenvío es una de sus notas características, por el cual la Corte de Casación, luego de casar la resolución impugnada, reenvía (vuelve a remitir) el expediente a otro organismo del mismo rango del que expidió la primera resolución para que dicte nueva sentencia resolviendo la causa. Este organismo de reenvío puede resolver de acuerdo al criterio consignado en la resolución casatoria o con criterio diferente, de modo que, en este último supuesto, cabe un segundo recurso de casación.
- 7° En la segunda casación anteriormente descrita, la Corte tiene que pronunciarse sobre el fondo de la controversia, sin reenviar el expediente.
- 8° El reenvío es una nota que rige Francia desde sus orígenes.

B. El Recurso de Casación en el Derecho Italiano

Hasta el periodo denominado de la “Restauración”, el siglo XVIII no produjo en Italia, antes de la Revolución Francesa, ningún instituto que pueda compararse con el Tribunal de *Cassation*.

En Milan donde los franceses llegaron en mayo de 1796, el ordenamiento judicial instituido por la Reforma Josefina y que culminaba en el Supremo Tribunal de Giustizia, instituyó después de un breve periodo de transición, un ordenamiento judicial, de tipo

francés, basado en el principio de doble grado de jurisdicción, con apelación recíproca entre los tribunales, e integrado por un Tribunal de Casación residente en Milan, cuyas reglas fundamentales fueron incluidas en la Constitución de la República Cisalpina de 9 de julio de 1797 y en la de 1 de setiembre de 1798, en 11 artículos traducidos casi literalmente de la Constitución Francesa del 5 Fructidor del año III. Las leyes sucesivas regularon sus detalles prácticos, recibiendo las siguientes reglas fundamentales:

- 1° Prohibición de juzgar “el mérito de las causas”.
- 2° Anulación de los “fallos cuando en los procesos han sido violadas las formas, o cuando los fallos mismos contengan contravención expresa a la Ley”.
- 3° Reenvío de la decisión de mérito a la autoridad judicial competente;
- 4° Interpretación legislativa en el caso de segundo recurso por los mismos motivos;
- 5° Casación en interés de la ley.

En Italia, el instituto de la casación tuvo variación por las siguientes leyes:

- a. Después de la ley del II Pluvioso del año X (4 de febrero de 1801) hubo establecido el principio, conforme a la tradición del derecho común, de que la justicia civil se le debían garantizar “tres instancias regulares”. Los artículos 94 a 97 de la **Costituzione Della Repubblica Italiana del 26 de enero de 1802** contenían las bases de un nuevo ordenamiento judicial, fusionando y armonizando el sistema de la casación con el de la tercera instancia; sin que por eso el Tribunal de Casación perdiera su carácter de órgano establecido para salvaguardar la separación de poderes.
- b. Al ser puesto en vigor el Código de Napoleón, se abolió, por el Reglamento Orgánico de la Justicia Civil y Criminal de 23 de junio de 1806, el sistema de

la tercera instancia y se volvió a un ordenamiento basado en el principio francés del doble grado, culminando en una Corte de Casación.

- c. *En los estados anteriores a la unificación*, la caída de Napoleón y la consiguiente restauración de los antiguos gobiernos otorgó nueva vida a las leyes procesales anteriores a la ocupación francesa y las inmunizó, de influjos revolucionarios; excepto en Napoles, donde fueron mantenidas provisionalmente en vigor las leyes francesas.
- d. *El Codice di Procedure Civile* del 6 de junio de 1820, disciplinó los motivos por los cuales se podía recurrir al Supremo Tribunal, así como el procedimiento respectivo, haciendo de la revisión un instituto intermedio entre la tercera instancia y la *restitutio in integrum*, en ello apenas se podía reconocer huella alguna de la casación.
- e. Apareció también el *Codice di processura civile per gli Stati Estensi* del 14 de junio de 1852, aun conservando en sus líneas fundamentales el sistema tradicional de los medios de impugnación, se aproximó en algunos puntos, al derecho francés, sobretodo aceptando en principio el sistema de las tres instancias y en relación con él los Institutos de la Apelación y del recurso de Revisión, subordinando este último remedio al defecto de la forma de las sentencias y a la instancia de una *summa gravaminis*, y dentro de tales límites, hizo de él una *revisio in iure e in facto*, utilizable, lo mismo que la apelación, tanto por injusticia, como por nulidad.
- f. El instituto de la Casación también se hizo presente brevemente en Roma, lo denominó el *ad integrum*, mediante un Decreto de la Asamblea Constituyente de 3 de marzo de 1849.

- g. El Código de Procedimiento Civil Revisado, del 20 de noviembre de 1859, acogió en sus artículos 586 a 639, las reglas del recurso y del modo de proceder ante la Corte de Casación.
- h. Finalmente en Italia la Casación, aunque concebida ya como un órgano del ordenamiento judicial, fue aceptada como garantía democrática de libertad y de justicia.

C. El Recurso de Casación en el Derecho Español.

El recurso de Casación en España, tuvo naturaleza jurisdiccional, contrario al de Francia (que nació como un elemento político y del contexto histórico de aquel momento, previo a la revolución francesa).

En 1812, La Constitución de Cadiz, introdujo un denominado “*recurso de nulidad*” en el que se ha querido ver, con demasiada frecuencia un antecedente de la casación española a pesar de que parecía tratarse más bien de una especie de *querella nullitatis*, **puesto que tenía como único y exclusivo objeto algunos defectos de forma** (Nieva Fenol, 2003, pág. 6). Además de su más discutible naturaleza casacional, su existencia fue efímera, teniendo en cuenta la vuelta al absolutismo que proclamó Fernando VII en 1814 hasta su muerte acaecida en 1833, aboliendo toda la obra liberal. Sólo en el paréntesis del Trienio Liberal cabe encontrar un resurgir de este especial recurso, así como en los art.s 1212º, 1217º y 1218º del Código de Comercio de 1829, que preveían un recurso de nulidad por quebrantamiento de forma y por ser el fallo “contra ley expresa”, lo que ya supone el primer antecedente real de la casación en la legislación española.

Posteriormente en el derecho Español, se emite El Real Decreto del 4 de noviembre de 1838, que resulta siendo el primer antecedente normativo de la Casación, aunque lo denominaba “*recurso de nulidad*” (eliminando los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación) estaba vinculado a motivos relacionados a errores *in iudicando e in procedendo*, con el auxilio del reenvió.

Así, el término de “casación”, es incorporado mediante Real Decreto del 20 de junio de 1852, en el que se suprimió el sistema de reenvío de los autos a la Audiencia Provincial.

Por Ley de Enjuiciamientos Civiles de España, del 05 de octubre de 1855, inspirado en la Ley de Bases del 13 de mayo de 1855, *se estableció un régimen legal de casación basado en la unidad de jurisprudencia con la participación del más Alto Tribunal* con cuya actividad se le daba un carácter de defensa de un interés particular, reparando el agravio generado con la decisión controlada y postulado por la parte recurrente, aunque al decir de la doctrina el interés privado quedaba relegado a un segundo plano.

Esta Ley de Enjuiciamiento Civiles Español, de 1855 resulta emblemática, **debido a que con ella se abandona el reenvío**, facultando al Tribunal Supremo a resolver el tema de fondo sin devolver los actuados, este rasgo hace que la doctrina considere a la casación española como un “**sistema de casación bastarda**” para oponerla al sistema clásico implantado por la casación francesa (con reenvío).

El recurso de casación estaba sustentado en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o en la infracción de la jurisprudencia vinculada a la cuestión objeto del debate, es decir, que las decisiones controladas podían, estar afectadas de ir

contra la ley (llámese ley procesal o ley sustantiva) o resolver en contra de la doctrina establecida como jurisprudencia. (Hurtado Reyes. 2012, pág. 28)

En 1870, se emite la Ley Provisional de Reforma de la Casación Civil, que trajo como novedad que los autos no eran remitidos al Tribunal Supremo, solo se admite la presentación por el recurrente de un testimonio de la sentencia en cuestión y el desglose de alguno que otro documento.

El 22 de abril de 1878, se promulga la Ley de Casación Civil, que en el que se establece la denominada “Sala de Admisión” encargada de hacer el examen previo del recursos de casación **para determinar el incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión del recurso, una especie de filtro para evitar se cuelen los recursos indebidamente propuestos** y aligerar la carga que soportaba la Sala Primera del Tribunal Supremo. *(se exige mayor precisión y claridad en la propuesta del recurso, sobre todo en el extremo referido a la infracción de la ley o la jurisprudencia, el incumplimiento de esta exigencia generaba la inadmisión del recurso* (Hurtado Reyes. 2012, pág. 29))

ESTE EXTREMO REGULATORIO DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA, RESULTA IMPORTANTE PARA LA PRESENTE INVESTIGACION JURIDICA, puesto que se estableció **la posibilidad de rechazo del recurso cuando éste se refería a la apreciación de las pruebas sin alegar la ley o doctrina que la hacerla se haya infringido, con lo cual se ABRE PASO PARA ACCEDER AL RECURSO DE CASACION POR APRECIACION DE LA PRUEBA, DANDO POSIBILIDAD DEL TRATAMIENTO DE HECHOS A TRAVÉS DE LA INFRACCION JURIDICA (ley o doctrina sobre la apreciación de la prueba).**

En la Ley de Enjuiciamiento Civiles del 03 de febrero de 1881, se establecieron 7 motivos de casación por *error in iudicando* (artículo 1692), el primero de ellos se refiere a la “violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito” (*vicio in iudicando*) y los otros 6 incisos más bien tienen relación a infracciones que hoy sería calificada como de forma, aunque se implementaron (8) motivos por infracción a normas de procedimiento que afectaban al juicio (*vicio in procedendo*).

Sin embargo, lo resaltante de la señalada ley, en este decurso cronológico del recurso de casación español, para la presente investigación, es lo regulado en el inciso 7 del artículo 1692, que estableció lo siguiente: “*Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentados o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador*”. Aunque se sostiene que el error de derecho establecido en la LEC tenía concordancia con la prueba tasada para la prueba de confesión y documentos y el de la sana crítica que se encontraban regulados en los artículos 609, 632 y 659 de la misma. Este inciso generó polémica y posiciones discrepantes, lo que produjo reiterada jurisprudencia, **que limitaba el acceso al recurso por esta causal que involucraba tratamiento de hechos.**

En agosto de 1984, se emite la Ley 34/1984, denominada “*Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, unifica el procedimiento para el tratamiento de los recursos de casación, sea por *vicio in iudicando* o por *vicio In procedendo*.

Resulta importante para los fines de la presente investigación, el contenido previsto en el art. 1992, cuyos motivos casatorios, son:

“1. *Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.*”

3. *Incompetencia o inadecuación del procedimiento.*
4. *Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos o garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.*
5. ***Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.***
6. *Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.*

Como se puede observar, se ratifican entonces con el inciso 4 la posibilidad de la denuncia del error de hecho con relación a documentos, aunque ya no se menciona la autenticidad. Cabe precisar, que esta norma introduce también la llamada CASACION POR SALTO (*per saltum*).

El 30 de abril de 1992, se expide la Ley 10/1992, sobre *Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, desaparece el inciso 4 del artículo 1962, referido al error de hecho en la apreciación de la prueba, los motivos de la casación quedan reducidos a cuatro.

Con la dación de la Ley No. 01/2000, se da un cambio en el recurso de casación civil español, taxativa como recursos: el de casación y el extraordinario por infracción procesal. Al respecto, NIEVA FENOLL (2003, pág. 30), señala que el resultado, eran *dos recursos que perteneciendo a la misma familia, en el fondo, al provenir de un mismo antepasado, tenían naturaleza análoga, pero diferente finalidad, puesto que era muy difícil seguir manteniendo que la casación sirviera a la finalidad nomofiláctica cuando, en primer lugar, el Tribunal supremo sólo se ocupaba de una parcela del ordenamiento*

jurídico; en segundo lugar, existía el peligro de que hubiera tantas interpretaciones de la Ley procesal como Tribunales Superiores de Justicia, lo que era incomprensible, teniendo en cuenta que la legislación procesal es, en su enorme mayoría, estatal; en tercer lugar, las sentencias de los tribunales superiores de Justicia no eran recurribles en casación ante el Tribunal Supremo; y en cuarto y último lugar, creo que por incuria, el legislador olvidaba ordenar la publicación oficial de la jurisprudencia del Tribunal supremo, rompiendo incomprensiblemente con una tradición que, como hemos visto, databa de 1838, y dificultando la aplicación y uso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incumpliendo con ello el mandato del art. 1.6 del Código Civil.

D. EL RECURSO DE CASACION EN EL DERECHO ALEMAN.

En Alemania, la Casación presenta algunas variantes con relación al modelo francés y español, el cual su denominación no es tal, sino REVISION.

La REVISION EN EL DERECHO GERMANO, tuvo grandes aportes para el derecho procesal, así en el proceso germánico destaca la figura llamada *Urteilsschelte*, que no era propiamente una impugnación, sino un mecanismo que buscaba encontrar una sentencia correcta, se proponía antes de la emisión de la sentencia, cuando existía una propuesta de sentencia.

El origen del sistema casatorio alemán se encuentra en el Reglamento sobre el recurso de Revisión y la *Nichtigkeitsbeschwerde* del 14 de diciembre de 1833, esta última una mezcla de casación francesa y *querella nullitatis*.

En la ZPO (*Zivilprozessordnung*) de 1877 la *Nichtigkeitsbeschwerde* cambia de nombre por el de REVISION, que es el que actualmente impera en Alemania.

Entonces, desde 1977 en Alemania rige el Recurso de REVISION, el cual actualmente tiene las siguientes directrices:

1° Su naturaleza jurídica, es de que se trata de una tercera instancia, puesto que se presenta en él **una nueva valoración jurídica del caso concreto.**

2° LA REVISION, no se encuentra limitada a las pretensiones anulatorias postulados por las partes, el tribunal puede localizar otros errores jurídicos no alegados.

3° No resulta admisible modificar los hechos dados por probados en las instancias inferiores, tampoco es admisible alegar nuevos hechos ni formular nuevas pretensiones.

4° Los procesos no llegan normalmente al recurso de revisión, pues se admite la revisión solo cuando “*la cuestión jurídica planteada tiene carácter fundamental*” o cuando se requiere de una sentencia del tribunal de casación para “conseguir el perfeccionamiento del derecho”.

5° Es propio del tribunal de Apelación quien declara en la sentencia si la resolución será recurrible o no, no depende del recurso de parte. Quedándole a la parte vencida la posibilidad del recurso de queja, el cual genera la suspensión de los efectos de la sentencia.

6° La resolución que resuelve la queja puede ser breve con posibilidad inclusive de ser inmotivada, lo cual en nuestro sistema sería inconstitucional, pero es admitida en este sistema que apunta a una especie de *certiorari o con rasgos del sistema anglosajon*. Por tanto, quien finalmente decide si el asunto llega al

máximo tribunal es el mismo Tribunal de Revisión (BGH) a través del resultado del recurso de queja.

7° Por otro lado, si el Tribunal de Apelación admite la posibilidad del recurso de revisión, corresponde a la parte vencida presentar el citado recurso, teniendo un mes para su presentación.

8° En el derecho germano, la REVISION procede contra normas jurídicas (normas materiales, procesales, máximas de experiencia, etc)

HAY REENVIO, solo no procede cuando hay infracción de la norma y el Tribunal debe aplicar dicha norma correctamente al supuesto de hecho ya determinado.

E. EL RECURSO DE CASACION EN EL PERU.

En el Perú, han existido tres ordenamientos procesales civiles, aunque en sus inicios no se puede desconocer que, durante mucho tiempo, hasta 1852, se mantuvo en vigencia normas jurídicas españolas.

Así, el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil (1852) es el primer ordenamiento procesal netamente nacional. Lo trascendente del mismo es que, en la materia en investigación, reguló la casación atendiendo a los rasgos más esenciales que la tipifican; ello, tres años antes que la **Ley de Enjuiciamiento Civil española** regulara la llamada “*Casación bastarda*”.

En este entender y refiriéndonos a los antecedentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano, HITTERS, citado por el propio MONROY GALVEZ, quien a su vez es citado por Lozano, (Lozano Bambaren. 2005 pág.72) señala: “*En efecto no será baladí hacer notar que tanto la Constitución de 1812 como el Reglamento Provisional de 1835,*

conferían al “Supremo Tribunal de España e India” una serie de atribuciones que poco tenían que ver con la genuina trama del recurso en estudio. Cabe recordar que en el real decreto del 20 de julio de 1852, se “utiliza” el término “casación” en sentido moderno; fraseología mantenida en el decreto de 1854 respecto de las Audiencias de Ultramar. Aunque, en verdad, recién en 1855, al sancionarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, se implanto este remedio de manera orgánica y con carácter generalizado, manteniéndose dichos rasgos en la ley del 22 de abril de 1878; y en el ordenamiento ritual de 1881, todavía vigente con breves retoques, como por ejemplo los introducidos por la ley 46 del 23 de julio de 1966.

Entonces podemos señalar, que existían rasgos procesales, derivados de las leyes españolas antes que las propiamente regidas por el Perú.

Así, nuevamente MONROY GALVEZ, citado por Lozano Bambarén, (2005) expresa que este código nacional (El Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852) utilizó el nombre de **recurso extraordinario de nulidad**, cuyos fines y procedimiento civil eran muy parecidos al recurso de casación, así la norma nacional reguló los casos en los que procedía tal recurso, a las maneras de las causales o motivos casacionales:

*“Art. 1733°: se da a las partes el remedio del **recurso extraordinario de nulidad**, contra las sentencias o autos de las cortes de justicia y de los demás tribunales superiores que causan ejecutoria, en los casos siguientes:*

- 1. Por falta de jurisdicción en los jueces, o de personería legítima en las partes;*
- 2. Por ocurrir alguno de los casos del artículo 1649;*
- 3. Por desnaturalizarse la causa, haciéndose ordinaria la que es ejecutiva o sumaria, criminal la que es civil y viciversa;*
- 4. Por infracción de los artículos constitucionales relativos a la administración de justicia;*
- 5. Por haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa”.*

Se dispuso que la parte impugnante precisará la naturaleza del vicio o error cometido, ello se encontraba taxativamente en el:

“Art. 1738°: Si la nulidad consiste en procedimientos, la parte expondrá en su recurso, el defecto que causa la nulidad, debiendo ser uno de los especificados en los incisos 2° y 3° del artículo 1733, indicando la foja en que se encuentre, y en caso de ser el fallo contra ley expresa, citará la ley o leyes infringidas”

Ciertamente también, redujo el recurso a la determinación clara y precisa de la ley infringida:

“Art. 1750°: La declaratoria de la nulidad por ser dada la sentencia contra ley expresa y terminante, se motivará únicamente en la ley expresa y terminante de la nulidad por ser dada la sentencia contra ley expresa y terminante, se motivará únicamente en la ley o leyes infringidas, y de ningún modo en deducciones, doctrinas o leyes extrañas”

MONROY GALVEZ, citado por Lozano Bambaren (2005) continúa señalando, que su singular y extraordinario mérito fue conceder a la Corte Suprema la facultad de resolver el fondo en los casos de error material:

“Art. 1751°: Cuando la Corte Suprema declare la nulidad, en caso del artículo anterior, fallará al mismo tiempo sobre sobre lo principal”.

Es decir, antes que la ley matriz española así lo dispusiera, una norma nacional eliminó el reenvió en los casos que la sentencia impugnada afectara la ley material. Se trata –dice– de una impecable aplicación del principio de economía procesal, realizada años antes que la procesalista alemana iniciara los escarceos científicos que permitieron a CHIOVENDA varios lustros después, a comienzos de este siglo, sentar las bases de la ciencia procesal civil.

El Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, regula un recurso que llamándolo extraordinario de nulidad, tienen una considerable identidad con el de casación. Siendo así, podemos afirmar que nuestro recurso de casación, con el nombre disfrazado de NULIDAD, entro en vigencia tres años antes que fuese regulado sistemáticamente en España (*en su constitución de 1812 regulo el art. 261, un trámite para controlar la*

legalidad a través del llamado recurso de nulidad. Aunque, en estricto, es un Real Decreto del 20 de julio de 1852, que recién utilizan la palabra casación).

Posteriormente, el 28 de julio de 1912, entra en vigencia el Código de procedimientos Civiles. La exposición de motivos, hace referencia que el comité tuvo que solucionar si la Corte Suprema se convertiría en un verdadero Tribunal de Casación o subsistir como tribunal revisor, como una tercera instancia. **Se optó por lo segundo**, es decir, que cuando la Corte Suprema declaraba ilegal una resolución de vista, expedía a la vez, la que a su juicio debía corresponder, sin que fuese necesario el reenvío.

Silva Salgado, citado por Carlos Calderón/ Rosario Alfaro (Calderon/Alfaro, 2001, pág 9), ha afirmado que los artículos 1649°, 1733°, 1740°, 1750° y 1751° del referido cuerpo legal habrían configurado los clásicos casos de *error in procedendo* e *in iuris in iudicando*, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 no recogió las declaraciones generales de los artículos citados, su artículo 1133° contenía similares principios, de ahí que se sostuviera que el recurso de nulidad, era en realidad un recurso de casación.

Chirinos Soto, citado por Carlos Calderón/ Rosario Alfaro (Calderon/Alfaro, 2001, pág 9), cuestiona el rutinario proceder de la Corte de analizar pruebas (art. 1122°), por el contrario, señala, la primera parte del artículo 1133° del Código derogado (*“cuando la Corte Suprema declara haber nulidad, fallara al mismo tiempo sobre el principal”*) **aludía claramente al llamado error in iudicando, mientras que la segunda parte de la mencionada norma (“Si la nulidad proviene de alguno de los vicios que anulan el**

juicio, se limitará a reponer la causa al estado que corresponda”), se refería “inequívocamente” al error in procedendo.

En este sentido, la facultad de evaluar pruebas la obtuvo a fortiori la propia Corte Suprema “con perturbación de la intención y la letra de la ley”, confundiendo la inexistencia del reenvío es propio del derecho francés, “en tanto que la facultad de anular y pronunciarse al mismo tiempo es práctica alemana”, sistema al que se adscribió nuestro Código de Procedimientos Civiles.

El legislador nacional condenó a la casación por la demora que producía el reenvío, sin darse cuenta de que la norma que le sirvió de modelo –**la Ley de Enjuiciamiento civil de España de 1881**- había solucionado este defecto, en su art. 1715º: *“si se estimare el recurso por todos o alguno de los motivos, la sala en una sola sentencia, casando la resolución recurrida resolverá conforme a derecho...”*

Por otro lado, **la imposibilidad de apreciar las pruebas**, también habría sido solucionada por la llamada **casación bastarda española**, en su art. 1692º: *El Recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:*

- “1. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.*
- 2. Incompetencia o inadecuación del procedimiento.*
- 3. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos o garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.*
- 4. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.*

5. *Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate como también lo había hecho antes el Código de enjuiciamiento en Materia Civil de acuerdo con lo antes descrito ”.*

Al respecto, debemos tener en cuenta que la carencia de facultad de apreciar las pruebas es más impactante que sólida. En la práctica, la Corte Suprema jamás ha tenido tal capacidad.

En este decurso cronológico del **recurso de casación en el Perú**, asevera CARRION LUGO, (Carrión, 2006) que su origen se encontraría en el ámbito constitucional, así el artículo 241° de la Constitución Política del Estado de 1979, que rigió hasta el 29 de diciembre de 1993 (*Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna de 1993*) preceptuaba lo siguiente: “*Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala*”. Diseñándose a partir de ello las primeras sedes casatorias.

Es mediante Ley 23346, del 08 de junio de 1982, que se estableció que en todos los casos de procesos (“juicios” decía la norma) que se tramitaran ante los fueros privativos, exceptuado el de trabajo, en los que intervenga el Estado, resultaba procedente la casación contra la resolución que pusiera fin al procedimiento. El recurso se interponía ante el mismo Tribunal que dictaba la resolución, entidad que debía elevar los autos a la Corte Suprema la que con citación de las partes y sin audiencia, analizaba el procedimiento y la sentencia, casando o denegando el recurso.

Posteriormente, al regularse el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, se regulo un nuevo órgano casatorio en el país. Así el artículo 42 de la Ley 23385, taxativo que: *“Agotada la via judicial y mediante el recurso extraordinario interpuesto por la parte o el Ministerio Público, el Tribunal conocerá en casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y amparo”*. En consecuencia, la casación que se creaba era una con reenvío, razón por la cual los fallos del Tribunal no resolvían las cuestiones litigiosas sobre el fondo, sino que casaban las resoluciones declarando la nulidad de las mismas y devolviendo los autos a la Corte Suprema para que emitiera nuevo fallo³.

Posteriormente, el numeral 141° de la Carta Magna de 1993 (*que fuera promulgada el 29 de diciembre de 1993*), estableció como principio que: *“Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación (...). Asimismo conoce en Casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173”*.

Con el precedente antecedente constitucional, El recurso de casación civil en su concepción actual se implantó en el Perú con la dación del Código Procesal Civil vigente, el mismo que entro en vigencia el 28 de julio de 1993.

Por lo tanto, podemos concluir que la casación en el ordenamiento jurídico peruano, nació cuando regía la Constitución Política de 1979, es decir, el origen constitucional de la casación lo encontramos en la Carta Política de 1979. Y dejar expresa constancia que el sistema casatorio implantado en el Perú, es **netamente jurisdiccional**. El medio

³ A diferencia del Tribunal de garantías, el nuevo Tribunal Constitucional es un órgano de instancia. Así lo establece el artículo 242.2 de la Constitución del Estado y el numeral 42 de su Ley Orgánica (Ley 26435), cuyo tenor establecía que la referida entidad al conocer de las resoluciones denegatorias de las acciones de garantía, se pronuncia sobre el fondo y la forma del asunto, lo que ha sido interpretado por el máximo intérprete de la Constitución como directiva que lo faculta a hacer una evaluación de los fundamentos de hecho y del material probatorio de los mencionados procesos.

impugnatorio se estableció rigurosamente **sujeto al control de la legalidad de las resoluciones cuestionables en casación, es decir, con el propósito de vigilar la correcta aplicación de la norma de derecho material y de la doctrina jurisprudencial (con lo que el control no se restringe simplemente a la Ley) y de la norma de derecho procesal. El recurso se consagró sólo para cumplir su finalidad nomofiláctica, orientado por la corriente doctrinaria ortodoxa o pura en materia de casación.**

Ahora bien la implementación, del recurso extraordinario de Casación como parte de nuestro ordenamiento jurídico procesal, tuvo el siguiente resultado:

- i. Los organismos de casación en sus inicios, fueron excesivamente rigurosos, no sólo en el control del cumplimiento ineludible de los requisitos de admisibilidad, sino también del cumplimiento de los requisitos de procedencia, que tiene que ver con la invocación de las causales del recurso, que en el Código Procesal Civil se hallan precisados taxativamente, con indicación incluso de la forma como deben fundamentarse.
- ii. Las Salas de Casación, en efecto, se concretaban rigurosamente al control de la aplicación del texto expreso de la ley, tanto de la procesal como de la material, en la que la interpretación literal de la norma se constituía en la mejor herramienta para resolver el recurso.
- iii. Por lo que, al haber desaparecido el recurso de nulidad, previsto por el Código de Procedimientos Civiles, en las Salas de Casación en lo civil, se produjeron verdaderas avalanchas de recursos de casación, muchos de ellos deficientemente propuestos, por lo que los jueces en casación se dispusieron a ser rigurosos en su calificación como una manera también de enfrentar la excesiva carga procesal⁴.

⁴ En la causa signada como Casación 641-96- Lima, de fecha 27 de junio de 1997, en la que el organismo citado consignó, rehusando pronunciarse sobre el fondo el litigio, lo siguiente: "Noveno: Que si bien es cierto el inciso primero del artículo 396 de la Ley procesal dispone que cuando se ampare alguna de las causales precisadas en los incisos 1 y 2 del art. 386 del Código Procesal Civil la Corte debe resolver la causa sin re-enviarla al órgano jurisdiccional inferior, este re-envío se impone cuando deba revalorarse el

iv. Desde los inicios del recurso en nuestras Salas Civiles Supremas, se implantó el principio de que oficiosamente el organismo judicial no podía precisar causales para su pronunciamiento que expresamente no hubieran sido denunciadas por el impugnante.

v. En relación a los requisitos de admisibilidad del recurso, con el transcurrir del tiempo, la anotada severidad se ha ido flexibilizando. En cuanto se refiere a los requisitos de admisibilidad, por ejemplo, cuando el recurso era propuesto por una sociedad conyugal se les exigía de cada consorte la presentación de la tasa judicial, pues de lo contrario el recurso era rechazado. Hoy día no se exige la presentación de la tasa judicial a cada uno de los cónyuges, como ocurría en los primeros años de la casación, sino una sola tasa. A principios del manejo del recurso la presentación de la tasa judicial diminuta se sancionaba con el rechazo liminar del medio impugnatorio.

vi. Por ejemplo, para la determinación de la resolución impugnabile en Casación, las Salas se aferraban a lo dispuesto por el art. 385° del Código Procesal Civil, llegándose al extremo de negar el recurso cuando se trataba de sentencias inhibitorias, aduciendo que ellas no contenían pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y, por tanto, no ponían termino al proceso. Si el auto impugnado en Casación no era de aquellos que ponían termino al proceso se rechazaba de plano su admisión. En la actualidad, cuando se advierten casos de arbitrariedad manifiesta o el absurdo es evidente, se viene conduciendo prudencialmente el recurso.

vii. Hoy se admite el recurso con solo la indicación clara de la norma supuestamente violada, a veces transcrita, en lo sustancial, aunque no se indique el artículo pertinente, lo que no ocurría en los comienzos.

sustento fáctico de la sentencia, por no ser una misión propia de la Corte de Casación y en concordancia con lo dispuesto en el inciso 3 del art. 122 y 176, último párrafo, del Código Procesal Civil”.

viii. En los primeros años del recurso se admitían casos en los cuales los jueces en casación revelaban cierta duda para determinar si la interpretación de un precepto legal propuesta por el recurrente era la correcta o no, tratándose de la causal de casación fundada en la errónea interpretación de la norma, generándose intensos e interminables debates, con perjuicio de la celeridad procesal.

ix. Esa fue la primera tarea que surgió en el manejo del recurso en estudio: la revisión por las Salas de Casación de la interpretación de la norma jurídica de naturaleza genérica hecha por los jueces de mérito, especialmente en aquellos casos en que el texto de las normas era oscuro o ambiguo, de modo que encontramos publicadas muchas resoluciones casatorias que contienen determinaciones interpretativas de normas.

2.1.1.4. NATURALEZA JURIDICA.- CARACTERISTICAS.- FINES.

A. NATURALEZA JURIDICA.

El vocablo **casación** proviene del término latin *casso*, que indica la acción de anular, quebrantar, romper. Aunque también *casar* deriva del latin *casare*, en el sentido de abrogar o derogar. Pero, el término *casación* es de origen francés *cassation*, derivado de *casser*, que significa anular, romper, quebrantar, dejar sin efecto.

Sin tener duda, el recurso de casación, es un recurso impugnatorio de naturaleza extraordinaria que usualmente se presenta ante el Tribunal de más alta jerarquía (Tribunal Supremo, Sala de Casación, Cour de Cassation, Corte Suprema, etc), por lo cual se le considera como un recurso vertical.

El objeto de este recurso es la búsqueda de la corrección de las sentencias que contienen una infracción normativa *sustancial* (llamado *error en juicio o in iudicando*) o procesal

(violación de las normas procesales reguladoras del proceso o error in procedendo) y la unificación de la jurisprudencia.

Sin embargo, la naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación, se remite a lo siguiente:

- a) En el Derecho romano tuvo como antecedente, en la *querella nullitatis*⁵ aunque de esta institución jurídico procesal se ha tomado varias figuras, en la casación específicamente se encuentra referido al estudio de la *appellatio* de la cual provienen los términos *ius constitutionis* e *ius litigatoris*.
- b) En la casación es importante destacar el **interés público** o **privado** al que apunta su resultado, **el primero** de ellos tiene relación con el *ius constitutionis*⁶, **el segundo**, a un interés privado o *ius litigatoris*⁷, el derecho de los litigantes.
- c) En esencia el recurso de casación nació para dar respuesta a un interés público, de ahí la existencia de la llamada “unidad jurisprudencial” (función uniformadora) y los criterios de control normativo (función nomofiláctica), este interés tiene por objeto dar a conocer como y de que forma se interpretaba y aplicaba correctamente la ley.

⁵ La concepción de un recurso para atacar la sentencia nula se encuentra en el derecho estatutario italiano y se perfecciona en el derecho común cuando se adquiere la certeza de que las sentencias nulas también tienen existencia real, por lo que, se necesitaba contra ellas un medio jurídico que permitiera anularlas. El mecanismo creado fue el de la **querella nullitatis**. Como la apelación con la *querella nullitatis* se impugnaba la sentencia, pero si en la primera lo que se rechazaba era la sentencia injusta, buscándose una decisión distinta a del superior; en la segunda se impugnaba la sentencia nula buscándose la anulación del fallo judicial del juez inferior (CALDERON PUERTAS, Carlos y Alfaro Lanchipa, Rosario. La Casación en el Perú. Editorial Editora Normas Legales SAC Trujillo 2001. Págs. 5-6)

⁶ **Ius constitutionis**, resulta de mayor preponderancia mejorar la aplicación de la ley, antes que dar satisfacción a las partes con la solución del conflicto, lo que trasciende y se puede difundir es el control nomofiláctico y el criterio de uniformidad jurisprudencia que la justicia al caso concreto.

⁷ **Ius litigatoris**, (sin dejar de lado el llamado “interés público”), el mayor interés se focaliza en un interés particular o privado, es el litigante (litigatoris, la parte) el elemento de mayor importancia al resolver el recurso de casación, se busca de alguna forma proteger el derecho de la parte que interpone el recurso de casación. Con este interés se busca dar respuesta al caso concreto, se considera que las partes tienen supremo interés en que se resuelva su conflicto, aún con ausencia de un fin nomofiláctico o de unidad jurisprudencia, se requiere hacer “justicia al caso concreto”.

d) La Casación será *¿una acción impugnatoria?*, partiendo ab initio del *iudicium rescidens* y *iudicium rescisorium*, esto es que *iudicium* que proviene del latín *iudex*, que significa decisión o juicio que se busca emitir el juez, con respecto a la impugnación. Estos dos conceptos están íntimamente vinculados a la impugnación o al aspecto recursivo, así:

d.1. Cuando una de las partes formula impugnación o recurso contra determinada decisión judicial se debe saber que propósitos busca el impugnante con ella, hacia donde está orientado su recurso.

d.2. Con el recurso, se pide la eliminación del acto procesal contenido en la decisión judicial, lo que la doctrina conoce como **efecto rescisorio del acto procesal via impugnación**. Cuando ello ocurre se está echando mano al *iudicium rescindens* o *rescindende*, lo cual significa anular la decisión. En tal sentido, si se postula el efecto rescisorio y se admiten los argumentos del impugnante la decisión cuestionada debe ser **anulada (rescidens – rescindida)**. **Aunque también es posible la sustitución por otra, allí nos encontraríamos con el efecto revocatorio de la impugnación**, lo que implica la petición de anular lo decidido y sustituir la decisión impugnada por otra.

d.3. La *iudicium rescindens*, como causal de la casación está relacionado con los vicios *in procedendo* **es decir**, por infracción de normas procesales, en cuyo caso el efecto final será el reenvío, pues al declarar fundado el recurso de casación, se anula decisión impugnada y se dispone la emisión de una nueva por el Juez Superior – (A quem) o por el Juez (A-quo), anulando la sentencia apelada, según corresponda. En casos extremos incluso puede anular lo actuado hasta determinada actividad procesal, la cual debe ser rehecha y continuar con el

proceso, asimismo puede anular todo lo actuado y calificando nuevamente la demanda la puede declarar improcedente.

d.4. La *iudicium rescisorium*, como causal de la casación está relacionado con los vicios *in iudicando* es **decir**, por infracción de una norma de derecho material. En estos casos al declararse fundado el recurso se deja sin efecto la decisión recurrida y la Sala actuando en sede de instancia emite una nueva resolución corrigiendo el error que se cometió en la sentencia casada (emite la sentencia de reemplazo) o adecuará su decisión a la disposición legal pertinente, evitando hacer reenvío.

d.5. La *iudicium rescidens* y *iudicium rescisorium*, debe estar **plenamente identificado en el recurso impugnatorio.**

d.6. No se debe perder de vista, que un recurso impugnatorio **puede ser ordinario o medio extraordinario según CALAMANDREI, (1961)** los primeros dan origen a los medios de gravamen (*permiten el reexamen de la controversia jurídica, se vinculan al principio de pluralidad de instancias y encuentran su caso típico en la apelación*) el y los segundos a las acciones de impugnación (*con un mecanismo similar al que existe en las acciones dirigidas a rescindir un negocio jurídico anulable, tienden a quitar vigor al fallo ya formulado por determinados vicios que lo hacen anulable efectuándose el reexamen de la misma controversia sólo en forma mediata a saber, cuando se llega a obtener la anulación previa de la sentencia precedente*). En suma, para esta posición doctrinaria, lo que el juez de casación conoce es una controversia que se sujeta a la existencia del vicio, título para la anulación del fallo.

d.7. En consecuencia, la casación para Calamandrei citado por Carlos Calderón/Rosario Alfaro (Calderon/Alfaro, 2001, pág 9), es **una acción impugnatoria** a la (“que”) el efecto típico de los verdaderos medios de gravamen, que es el de llevar directa e inmediatamente al juez de gravamen el reexamen de la controversia, **o**

dicho de manera explícita “a diferencia del juez de apelación, que juzga el mérito de la controversia y no la sentencia de primer grado, la casación juzga la sentencia de apelación, no el mérito de la controversia.

e) La Casación será considerada *¿como medio impugnatorio?*, es una posición contraria a la tesis de Calamandrei, sostenida por Fernando de la Rúa (1981. Pág. 50-52), quien señala lo siguiente:

e.1. En la tesis de *acción impugnatoria – medio de gravamen*, se encuentra inmanente la idea de que la sentencia pueda ser considerada como acto y como juicio: como **acto** debe ajustarse a normas legales, so pena de nulidad; como **juicio** puede ser justo o injusto y el medio para lograr ese acceso a la justicia es **el recurso.**

e.2. DE LA RUA (1981), considera que de la clasificación señalada precedentemente, proviene la acción de impugnación, tendiente a eliminar la sentencia y medio de gravamen, que solo procura reemplazarla. Pero esta **división, contiene un triple error:**

i) Considerar que se pueda dar recurso contra una sentencia justa (absurdo que provocaría in limine su rechazo);

ii) Ignorar que tanto la impugnación como el gravamen postulan la injusticia de la resolución;

iii) Establecer la absurda división entre juicio y proceso, cada uno provisto de su propio medio de impugnación: el gravamen dentro del proceso; la impugnación fuera de él, situación que vendría a contradecir la unidad del proceso.

e.3. En tal virtud –DE LA RUA (1968)- señala que la diferencia entre los distintos recursos no es de naturaleza sino de estructura; “*se distinguen en su regulación, pero no en su esencia.* Todos tienden a remover la sentencia que se considera injusta atribuyéndole vicios o errores de diversa entidad, en el hecho o en el derecho, en la forma o en el juicio. Según cuáles sean los errores y la significación que les asigne la ley, será diversa la disciplina de los recursos acordados para la eliminación del acto jurisdiccional.

e.4. ROCCO, citado por Carlos Calderón/Rosario Alfaro (2001, pág. 20) ha señalado que la **casación es un medio impugnatorio**, porque implica un nuevo examen de la controversia objeto de decisión del juez de apelación, aunque no con jurisdicción plena, pues se limita a las cuestiones de derecho. Añade que el recurso de casación debe considerarse como medio ordinario para impugnar sentencias, no solo en relación con la función que cumple, sino también en relación con el órgano jerárquicamente superior al cual es llevado el examen.

f) Finalmente, la doctrina ha considerado a la **casación como medio impugnatorio**, por lo siguiente:

f.1. A los recursos ordinarios, también se le suele llamar, MEDIOS DE GRAVAMEN y al recurso extraordinario “ACCION DE IMPUGNACION”.

f.2. Se trata de un instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial para provocar su reforma o su anulación o su declaración de nulidad (ORTELLS⁸).

f.3. En la fase actual de su desarrollo el instituto pertenece enteramente a la impugnación, ya que el procedimiento no se limita a la denuncia y a la declaración

⁸Ortells, Manuel. Derecho Jurisdiccional Procesal Civil. Tomo II, pág. 403. Jose Mará Bosch. Editor S.A. Barcelona 1991, pág. 408. La definición la realiza Ortells en concordancia con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984. Norma modificada en 1992. Hecho mención por Carlos Calderón/Rosario Alfaro, en su texto, “LA CASACION CIVIL EN EL PERU” DOCTRINA y JURISPRUDENCIA. Normas Legales, Trujillo Perú. Edic. junio 2001. pag.20

de la nulidad, sino que prosigue hacia la sustitución, normalmente en sede reenvío, de la sentencia impugnada (CARNELUTTI) citado por Carlos Calderón/Rosario Alfaro, (Calderon/Alfaro, 2001, pág 20)

f.4. MONROY GALVEZ, citado por (Calderon/Alfaro, 2001, pág 20) llega a la conclusión, que partiendo de la diferencia entre pretensión impugnatoria (caracterizada por ser exclusivamente rescisoria y por ejercerse a través de una demanda) y medios impugnatorios (utilizados dentro del proceso y que pueden revocar (en el caso de recursos) o rescindir (en el caso de remedios) un acto procesal. Bajo esos conceptos, el profesor MONROY, **considera que estamos ante un recurso impugnatorio, que sin embargo, tiene naturaleza mixta porque teniendo efectos revocatorios, en los casos de error in procedendo produce únicamente efecto rescisorio.**

f.5. El capítulo IV del título XII de la sección tercera de nuestro código procesal civil, concerniente al recurso en estudio, en cuanto a su naturaleza jurídica: *“es un recurso extraordinario concedido a las partes para que la Corte de Casación anule, case las sentencias de mérito que contenga un error de derecho”*

B. CARACTERISTICAS DEL RECURSO DE CASACION

Son características del recurso extraordinario de Casación:

B.1. TIENE CARACTER PUBLICO.

Porque restablece en el juicio la cuestión de derecho, como interés de la sociedad.

El carácter público está recogido en el art. 384° del código procesal civil peruano, al establecer como fines esenciales: *“la correcta aplicación e interpelación del derecho adjetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional emitida por la Corte Suprema*

de Justicia”; cabe decir mientras los otros recursos - apelación y queja- apuntan a proteger al particular impugnante contra el agravio que se le produce en la casación se pretende proteger el interés público, representado por el ordenamiento objetivo.

En esta parte del trabajo, es ineludible referirnos a DE LA PLAZA, quien citado por HINOSTROZA (2009), nos señala que la defensa del Derecho, y la uniformidad de la doctrina no representan para los recurrentes un bien final, porque no es ese el motor de su voluntad, ni esa la razón por la que acuden al tribunal supremo, enderezadas, como van sus actividades a la obtención, en último término de una decisión favorable. Por lo que a ese primario y particular interés el Estado suma el suyo, preponderante, en el cual se ve asistido de un insuperable fiscalizador que en defensa propia y personal, facilita el acceso a la casación y por su medio el ejercicio de la función de nomofilaxia y unificación jurídica a que tiende el recurso en último término. Por tanto, la nota de publicidad que con generalidad se predica del recurso de casación, no basta por sí sola por definirlo: de característica de ese interés público radica en este caso, en la situación preeminente en se encuentra y en la condición subalterna del interés privado, en relación con los fines que se persigue.

B.2. ES UN RECURSO EXTRAORDINARIO.

Porque, es otorgada excepcionalmente, al agotarse la impugnación ordinaria, posición que es ratificada, por DE LA PLAZA citado por HINOSTROZA MINGUEZ (2009) cuando asevera: “(...) *puede ser calificado extraordinario, porque, en relación con los demás, solo se autoriza por motivos pre establecidos, que (...) constituyen un numerus clausus, y que no pueden ser ampliados ni extendidos por interpretación analógica y porque, además, también en contraste con los recursos ordinarios limita con los poderes del Tribunal ad quem, obligado a decidir dentro del círculo que el*

recurso le traza y que no es posible rebasar”. En virtud de lo cual Sarmiento Nuñez, citado por Hinojosa MINGUEZ, (2009) predica que el carácter extraordinario del recurso de casación le viene dado por los siguientes **atributos**:

- a. **Por agotamiento de recursos ordinarios**: No es admisible mientras no se hayan agotado los recursos ordinarios que procedan contra el fallo (...). Ello puede colegirse del art. 385° del nuestro C.P.C., cuando señala, que solo procede contra sentencias y autos expedido en revisión por las Cortes Superiores, que ponen fin al proceso.
- b. **Por sus Limitaciones**: Confirman el carácter extraordinario, las siguientes limitaciones respecto a las partes y al órgano jurisdiccional.

1. Respecto a las partes: no pueden interponer a su arbitrio este recurso, sino que han de fundamentarlo en motivos taxativamente establecido en la Ley (...). Para el caso, existen causales taxativas y enumerativamente establecidas en el art. 386° del C.P.C.

2. Respecto al órgano Jurisdiccional: No puede el tribunal conocer con la amplitud que el corresponde a un Tribunal de apelación, pues, sus atribuciones quedan determinadas, dentro del margen señalado por el propio recurso, y los motivos, sobre las cuales se fundamenta”.

El art. 388° en su inciso 2 expresa la obligación procesal de fundamentar con claridad y precisión en cuál de las causales descritas en el art. 386° se sustenta y según sea el caso, fundamentar debidamente su propuesta de modificación y el porqué de ella.

B.3. ES UN RECURSO VERTICAL.

Puesto que, como todos los otros medios impugnatorios, es resuelto por un Órgano Jurisdiccional distinto y superior a aquel que expidió la resolución recurrida, es

decir **-para el caso-**, corresponde resolverlo al Organo Supremo en la jerarquía judicial. Así se desprende de lo previsto en los art.s 32° y 33° inc. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B.4. ES UN RECURSO DE CARÁCTER FORMALISTA.

Porque, para su admisión y procedencia se encuentran subordinadas a la observancia de requisitos técnica y jurídicamente muy estrictos y complejos.

B.5. ES RECURSO POSITIVO Y NEGATIVO A LA VEZ.

El mismo Hinostroza, nos señala: *es positivo* porque en virtud de ella, el Tribunal supremo puede, en ciertos casos, reformar o sustituir la resolución impugnada; es además, *un recurso negativo*, porque dicho órgano jurisdiccional, en determinados supuestos, simplemente anula o deja sin efecto la resolución recurrida, ordenando al inferior jerárquico, que resuelva según los considerandos de la decisión casatoria.

Lo que puede corroborarse del art. 396 del CPC. Cuando establece el reenvío para los casos de causal casatoria *in procedendo* y la reforma, según sea el caso, para las causales *in iudicando*.

B.6. ES RECURSO QUE SE CONCEDE CON EFECTO SUSPENSIVO.

Puesto que su admisión origina la suspensión de la eficacia de la resolución impugnada hasta tanto no se pronuncie el organo de casación.

B.7. ES RECURSO DE TRAMITE INMEDIATO.

Porque su interposición y admisión dan lugar a la revisión sin dilación alguna por parte del máximo tribunal de la resolución contra la que se reclama.

C. FINES DEL RECURSO DE CASACION.

En un aspecto tradicional, se ha señalado que los **fines de la casación, son:**

- a) El nomofilático (cuidado de vigencia del ordenamiento legal)
- b) La necesidad de uniformizar la jurisprudencia por la previsibilidad de los fallos judiciales.

En la actualidad se viene hablando del fin dikelógico (*la llamada justicia en el caso concreto*), la motivación de las resoluciones judiciales y la función pedagógica.

Lo indicado, tiene estricta relación con lo señalado por MONROY GALVEZ (1997. Pág 27), al referirse a los fines de la casación, bajo el rubro “*El futuro de la casación desde la perspectiva de sus fines*”, cuando escribe lo siguiente:

“ (...) tal parece que el destino de la casación tendrá que ser apreciado desde una perspectiva teleológica trifásica, es decir, en un tiempo cercano la casación tendrá, como tuvo siempre, el objetivo natural de cuidar la aplicación de la norma (función nomofiláctica), provocar la uniformidad de la jurisprudencia nacional (función uniformadora), y además propender a la justicia del caso concreto (función dikelógica)”(1997, pág. 27).

SIN EMBARGO, LOS FINES LO EXTRAEMOS DE LA REGULACION PREVISTA EN EL ART. 384° de Código Procesal Civil, que taxativa:

“Art. 384: El recurso de casación tienen por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”

Artículo que fuera modificado, por el art. 1° de la Ley No.29364, publicado el 28 de mayo de 2009, quedando redactado de la siguiente manera:

“Art. 384: El recurso de casación tienen por fines la adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”

Partamos de hacer una precisión en la regulación normativa procesal original, con la modificada, así:

ORIGINAL:

* usaba el término “*fines esenciales*”, permitía colegir la existencia de otras consideraciones entre las cuales puede hallar cabida la justicia del caso concreto. En este entender la Corte Suprema en cuanto a su actuación como sede casatoria ha sido en general conservadora, ciñiéndose con rigurosidad a los fines clásicos de la casación.

* Usaba el término “*Uniformizar la jurisprudencia*”, el Tribunal Casatorio, fue establecido para “controlar y reprimir las eventuales violaciones de la letra impresa por la ley por los jueces, pero también para mantener la uniformidad de la ley y luchar contra la formación de jurisprudencias divergentes, lo que revela, dice Guzman Fluja, citado por Calderón/Rosario Alfaro (*Calderon/Alfaro,2001.pág.21*) “*el realismo de los constituyentes franceses*”⁹,

El fin de la Uniformización debe vincularse a los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídicas.

⁹ GUZMAN FLUJA, Vicente C. *El Recurso de Casación civil (control de hecho y de derecho)* Tirant to blanch, Valencia 1996, pág.29. Este autor nota (40 de su obra) señala que la *uniformización* fue utilizada como mecanismo jurídico que consolidó el proceso conductor a la unidad de la nación alemana. Guzman, además ha manifestado que este fin es el característico de la casación, pues todos los demás confluyen en él. hecho mención por Carlos Calderón/Rosario Alfaro, en su texto, “LA CASACION CIVIL EN EL PERU” DOCTRINA y JURISPRUDENCIA. Normas Legales, Trujillo Perú. Edic. junio 2001.pag.21

MONROY GALVEZ, (1997) ha sostenido: “*Otro fin del recurso de casación es lograr la uniformización de la jurisprudencia nacional. Intimamente ligado al fin descrito en el párrafo anterior (fin pedagógico)*”. La casación pretende que las decisiones judiciales, al organizarse alrededor de las pautas que la corte de casación da, encuentren organicidad y unicidad, la que a su vez debe producir varios efectos secundarios. Así la uniformidad de la jurisprudencia permitirá que no se inicien procesos que de antemano se advierte no van a tener acogida en los órganos jurisdiccionales. Si mientras se sigue un proceso se expide una decisión casatoria en otro con elementos idénticos, se podrá alegar a favor en éste- y con considerable contundencia- el escrito de la Corte de Casación”

ACTUALMENTE:

No debe entenderse que la casación tiene un fin abstracto y que no se interesa por el caso particular. De acuerdo con lo previsto en el art. 384°, la casación está destinada a proteger:

- a) La adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, y
- b) La uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte suprema de Justicia.

Los dos fines señalado en el artículo 384° del CPC, constituye los principios que informan y regulan la casación en el ordenamiento jurídico procesal peruano, se formulan unidos por la conjunción copulativa “y”, por lo que, deben concordarse entre sí y no pueden entender como contradictorios ni alternativos.

Los conceptos de la “adecuada” aplicación, en su mejor sentido, debe entender como “*el conveniente*”, y por “*Uniforme*”, se entiende las cosas que tienen la misma forma, por lo que interpretando ambos fines, debe concluirse que el fin de la casación en el ordenamiento jurídico procesal peruano es que: *mediante la adecuada aplicación de la ley, se tiende a lograr la Uniformidad de la jurisprudencia nacional y lograr alcanzar*

aquel aforismo latino que reza: “Ubi eadem ratio, ibi ídem ius”, esto es, donde hay la misma razón hay el mismo derecho.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo precisado y el carácter público del recurso de casación, este se tramita en razón del interés público, que radica en el doble fin que con él se persigue:

1. La defensa del Derecho objetivo contra el exceso de poder por parte de los jueces y contra las aplicaciones incorrectas que de la ley se hagan; y
2. La unificación de su jurisprudencia, tan necesaria para la certidumbre jurídica y para que exista una verdadera igualdad de los ciudadanos ante la ley, que resultan desvirtuadas cuando a situaciones idénticas el juez aplica soluciones distintas. Con base a un mismo texto legal. Puede aceptarse que, como un fin secundario, se otorgue a la parte agraviada con un vicio de procedimiento una oportunidad adicional para la defensa de sus derechos.

ASI, LOS FINES PROPIOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN SON:

C.1 LA FUNCION NOMOFILACTICA O DE DEFENSA DE LA LEY.

La palabra **nomofiláctico** viene de dos palabras griegas, *nomos* y *philasso*. La primera, significa la **Ley**, y la segunda **guardar o cuidar**.

Dado que la función del Estado, es cuidar la vigencia del ordenamiento legal, concede a una de sus expresiones más auténticas, el Poder Judicial la función de cuidar la ley. La Corte de Casación ejerce una función de control jerárquico y jurídico sobre la actividad de los jueces inferiores, desde que le esta atribuido el *examen de las sentencias que se reputen contrarias a Derecho*, a las cuales está en la posibilidad de censurar. Nos

precisa que los jueces deben ajustar su actividad a las normas jurídicas, pues ellos tienen la potestad de juzgar *secundum ius*, dentro de la ley.

Sin embargo, de pretender entender a la nomofilaxia, como una “mera conservación del derecho o la ley”, no están ciertas, puesto que esta afirmación es parcial, pues expresada de esa forma nada diferenciaría la actividad del órgano casatorio, en el entendido que la conservación del derecho es tarea que corresponde a todo el órgano jurisdiccional.

Como antecedente, podemos señalar, que el **fin nomofiláctico**, surge bajo el prejuicio de la Francia revolucionaria de considerar al juez como parte del antiguo régimen que se está substituyendo. Por ello al juez sólo se le considerará “la boca de la ley” y a la “ley” se le tendrá como una norma explícita innecesaria de interpretar. De ahí que para vigilar al ente judicial de dudosa lealtad tuviera que crearse un Tribunal Especial no jurisdiccional que sirviera como contralor legal. Se trataba de un Tribunal Casatorio que al ejercer su función se encontraba por encima de los entes jurisdiccionales¹⁰.

Pero aceptada la necesidad de interpretación judicial, incorporado el Tribunal Casatorio a la labor jurisdiccional y rechazado el reenvío, el llamado **fin nomofiláctico** perdía algo de sustancia, porque aquellos prejuicios contra el juez van a ceder y se va a aceptar que

¹⁰ Un factor -ha dicho Guzman Fluja- que contribuyó al establecimiento de la casación fue el antecedente del enfrentamiento entre los Parlamentos y el Rey, que devenía en la rebelión de los primeros para aplicar las leyes del soberano. Para evitar ello la Francia revolucionaria, buco la protección de la ley en contra de interpretaciones disímiles, sancionada a través de la casación cualquier “**contravención expresse au texte de la loi**” realizado por los tribunales. “**Se afirma así que la casación francesa nació con una evidente finalidad nomofiláctica de defensa o conservación de la ley**”.- Guzman Fluja, Vicente C. *El Recurso de Casación Civil (control de hecho y derecho)* Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág.39. hecho mención por Carlos Calderón/Rosario Alfaro, en su texto, “LA CASACION CIVIL EN EL PERU” DOCTRINA y JURISPRUDENCIA. Normas Legales, Trujillo Perú. Edic. junio 2001.pág.40

todo ente jurisdiccional (y no solo el Tribunal Casatorio) tiene como fin en sus actos procesales la **correcta aplicación del derecho objetivo**.

Por ello el **fin nomofiláctico** no se reduce a la mera conservación de la ley. Lo que lo diferencia de los demás controles judiciales, como ya había sido advertido por Calamandrei, acuñador del término, es que trata de lograr también “la exacta observancia y significado abstracto de las leyes”, o como quiere denominarlo nuestro código procesal civil (artículo 384°) “**la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo**”.

Ahora bien, los actos exteriores del juez –*in procedendo*– como en ocasión de sus actividades lógicas –*in iudicando*– nacen de las leyes, concretos preceptos jurídicos que se dirigen a disciplinar su conducta, no sólo en las contingencias materiales del procedimiento, sino incluso en la estructura y en la sucesión de los razonamientos a través de los cuales realiza el juicio. Tal función de control jerárquico es la que en doctrina, se le conoce como *nomofilaquia*.

MONROY GALVEZ (1997), por su parte acota: “*La reivindicación histórica de tal finalidad supone haber asumido la opción de la ley en oposición a la alternativa que presenta la defensa de la justicia al caso concreto. Manteniendo los moldes clásicos, la defensa de la ley tiene como sustento la igualdad de los ciudadanos ante ella, y por cierto, la vigencia de la teoría de la división de poderes, expresando un predominio del poder Legislativo*”. Palabras que son ratificadas por Guzman Fluja, citado por Monroy Galvez (1997): lo más destacado del fin que comentamos es que, a pesar de ser obtenido en un proceso judicial, no tiene una naturaleza jurisdiccional. De hecho, el **cuidado de la aplicación de la ley implica un fin ajeno al proceso, más bien tiene una naturaleza legislativa**”.

Desde esta óptica, Calamandrei (1961) advirtió que este “exacto significado de la ley”, lo era en tanto había que considerar una interpretación (la del órgano casatorio) como “oficialmente la verdadera interpretación única”. Por supuesto, ello no significaba rechazar otro tipo de interpretaciones, puesto que el alcance que debe darse a lo aquí señalado es que en determinado tiempo y lugar se hace necesario considerar que la norma ha sido diseñada para ser comprendida de determinada manera, y esa es la función que le corresponde realizar a la casación.

En este aspecto la nomofilaxia, se vincula con la uniformización de la jurisprudencia, pues finalmente de lo que se trata **es de lograr un sentido a la norma que permita llegar a la unidad del derecho.**

Finalmente, **CARRION LUGO, (2003)** con quien concordamos, señala, que no se trata de privilegiar, la función nomofiláctica dejando de lado las demás.

El recurso de casacion, como medio impugnatorio previsto en el código procesal civil, no puede dejar de contribuir con la consecución de las finalidades del proceso como instrumento del ejercicio de la función jurisdiccional , cuales son:

- i. RESOLVER EL CONFLICTO DE INTERESES, y**
- ii. LOGRAR LA PAZ SOCIAL EN JUSTICIA.**

Por ello se considera que el recurso no debe circunscribirse solo al control de la correcta aplicación de la norma objetiva debe perseguir también **la justicia al caso concreto, de igual modo debe propenderse a la uniformización de las decisiones judiciales.**

C.2 LA FUNCIÓN DE UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA.

Partamos en principio de conceptualizar, *¿Qué es la jurisprudencia?*, entendida esta como el conjunto de las decisiones expedidas por los órganos jurisdiccionales del Estado, se caracteriza por ser la fuente encargada de cubrir la brecha entre la ley y la exigencia social de justicia;

Lozano Barbaren (2005), citando a GUTIEREZ CAMACHO, señala que la función realmente creadora de la jurisprudencia está circunscrita a las zonas no contempladas por el Derecho positivo. El valor de la jurisprudencia no está tanto en aquellas ocasiones en las que el Juez hace aplicación mecánica de la ley, porque la norma contempla el caso de modo claro, sino en aquellas ocasiones en las que el derecho Derecho positivo resulta insuficiente y surge la función creadora del juez. Añade, que la actividad jurisprudencial esta íntimamente ligada a la interpretación y el punto está en saber si la jurisprudencia *viene a ser una interpretación iuris (de derecho) o una interpretación legis (de la ley)*; por lo que, si aceptamos que el fenómeno jurídico es una compleja realidad de la que la norma nos da una pista para comprenderla, convendremos en que la interpretación no se puede limitar a una interpretación netamente legal.

No es posible una verdadera elaboración científica del Derecho confrontándolo con su aplicación, teniendo que reconocerse el notable valor crítico y pedagógico que juega la jurisprudencia, pues, no es suficiente que le ordenamiento jurídico esté provisto de rigurosidad lógica, intelectual e imaginativa, dado que tarde o temprano la mutable realidad burla los más acabados cálculos.

La función de la jurisprudencia, tiene las siguientes notas características:

- “a. Adquiere su valor no por sí misma, como la ley o la costumbre o los principales generales del derecho, sino en cuanto interpreta y aplica dichas fuentes del Derecho.*
- b. Para que exista jurisprudencia, la doctrina sentada ha de ser reiterada. Una sola sentencia no forma jurisprudencia, constituye un simple precedente.*
- c. No constituyen doctrina legal (jurisprudencia) las resoluciones no dictadas para un caso idéntico, sino por analogía. Tampoco forman jurisprudencia los razonamientos contenidos en la segunda sentencia (de instancia) dictada (...) a continuación de la casación por el propio Tribunal Supremo”. (Hinostroza, 2009.Pág. 248)*

Para muchos estudiosos del derecho, la principal función de la casación **es la uniformadora**, debido a que puede desarrollarse a nivel de cualquiera de las instancias judiciales, no necesariamente por las Salas de Casación.

MONROY GALVEZ, (1997), señala que: “(...) sin duda *hay una altísima razón de conveniencia social en que la comunidad tenga una unidad más o menos clara en torno a cual va a ser el contenido de un pronunciamiento judicial cuando se presenten casos con identidad de situaciones fácticas. **La predictibilidad de las decisiones judiciales es, sin duda, la medida de su prestigio social.** Se trata de un excelente instrumento para asegurar el principio de igualdad ante la ley. Los órganos de justicia se prestigian cuando expresan señales de relativa permanencia en sus decisiones respecto de situaciones similares, en tanto, conducen al ciudadano a la convicción de que su servicio de justicia traza determinadas línea propuesta por los precedentes”*

No debe de confundirse la uniformidad contemporánea de la jurisprudencia, con la disconformidad sucesiva.

La unificación de la jurisprudencia, por la Corte de Casación, no significa que los jueces inferiores deban sujetarse a ella, sino que la deben estudiar y tener como guía importante, pero si la consideran equivocada, **pueden y deben apartarse de ella e insistir en sus puntos de vista, dándole a la Corte de Casación la oportunidad de revisarla y reformarla.**

El recurso de casación, con su particular característica de limitar el examen a las solas cuestiones de Derecho, brinda la posibilidad de favorecer, mediante una regulación precisa que tienda a la centralización, la unificación del derecho y de la interpretación jurisprudencial.

La pluralidad de los jueces es una necesidad inevitable y de aquella deriva, desde luego, la diversidad de interpretaciones que en un mismo tiempo puedan aplicarse a casos similares criterios jurídicos distintos, con el grado de injusticia que ello implica. La imposibilidad de establecer un tribunal único, por la multitud de asuntos, hace que el legislador se concrete al punto trascendente de las discrepancias, la cuestión jurídica, para atenuar el riesgo de criterios divergentes. Esto se logrará en la medida que se unifique y centralice el órgano supremo al cual se confía el conocimiento del recurso de casación.

La unificación de la jurisprudencia significa tendencia a la uniformidad de la interpretación judicial en el espacio, de modo que en cierto momento la norma jurídica sea interpretada con el mismo criterio y razonamiento en todo el país, pero no en el tiempo. La uniformidad, en el tiempo no pertenece, no es inherente a la casación. Y por esto aquella ha sido regulada expresamente en el artículo 400° del Código Procesal Civil, que establece el Pleno Casatorio como una forma de precedente obligatorio.

La casación tiene como propósito, además de su misión nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, controlar la justicia al caso concreto, la preservación de la uniformidad de los criterios jurisprudenciales ante situaciones más o menos iguales, evitándose el otorgamiento de tutelas judiciales diferentes o contradictorias.

El Código Procesal Peruano señala como una de las finalidades fundamentales del recurso la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema. Esta debe ser uno de los objetivos de la política jurisdiccional que deben propiciar los organismos judiciales.

C.3 LA FUNCION DIKELOGICA

Es también llamada **JUSTICIA EN EL CASO CONCRETO**. Así la Casación es un recurso dentro del proceso, Fernando de la RUA (1968, pág 26), que más importante que la uniformización de la jurisprudencia es la justicia del caso concreto:

“El recurso de casación civil atiende tanto a las finalidades privadas (defensa del ius litigatoris) como públicas (defensa de la ley y uniformidad de la jurisprudencia) y si bien son mas precisos los requisitos legales establecidos para su sustanciación, ello no comporta que deba concederse prevalencia a una finalidad sobre la otra, sino que es preciso que sean conjugadas de modo que no se produzca la indefensión que prohíbe la Constitución”

En este entender, el autor argentino considera que las normas que regulan la casación han sido “emitidas en función del recurso judicial que sea querido intuir”. “De allí que la Corte sólo pueda controlar sentencias cuando contra ellas medie recurso oportuno, rodeado de las formalidades debidas. **El interés particular**, que se hace valer con el recurso, es el que tiene preeminencia en la disciplina legal del instituto. Si esa preeminencia fuera acordada, en cambio, a la finalidad política de uniformizar la jurisprudencia, la ley hubiera establecido el examen obligatorio e inevitable de todas las sentencias, en el sólo interés de la ley, y en este supuesto con eficacia al caso concreto”. En consecuencia, **la casación es un recurso inserto en el proceso; la uniformidad de la jurisprudencia se encuentra en un segundo plano.**

Tan igual, como el razonamiento de Fernando de la RUA, se encuentra MONROY GALVEZ (1997), que reivindica el carácter justiciero del medio impugnatorio para *“provocar la consecución de una decisión más acertada y por ello casi siempre más justa¹¹”*

El fin principal de la casación, consiste en unificar la jurisprudencia, pues la correcta aplicación e interpretación del derecho (**fin nomofiláctico**) es algo que le corresponde realizar a cualquier juez al emitir sus resoluciones, independientemente de su grado o si se resuelve o no algún medio impugnatorio. No obstante por una cuestión de tradición, por una especie de superioridad jerárquica y porque finalmente de lo que se trata es de lograr temporalmente interpretaciones oficiales que contribuyan a la uniformización de la jurisprudencia debe aceptarse incorporar este fin a la casación. **No ocurre lo mismo con el llamado fin dikelógico**, puesto que el sentido de éste es que todo juez en cualquiera de sus actos debe respetar. De la lectura del ARTICULO III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, **se desprende que la finalidad concreta de todo proceso consiste en hacer efectivos los derechos sustanciales de las partes y acabar con un conflicto de intereses de las mismas, eso es la justicia en el caso concreto, justicia que se obtiene no necesariamente de la casación, sino con una simple sentencia o un auto o en general con cualquier tipo de acto procesal realizado por el juez.**

C.4 EL CONTROL DE LA LOGICIDAD (Motivación de las resoluciones judiciales)

Manuel Atienza, (2004), efectúa la distinción, entre **contexto de descubrimiento** (*significa, que no es susceptible de un análisis de tipo lógico solo cabe*

¹¹ Monroy Galvez, Juan. **Apuntes para un Estudio sobre el recurso de casación en el Proceso Civil Peruano.** Revista Peruana de Derecho Procesal. No. 1, Setiembre 1997. Pág. 27. Este autor además fue de la opinión que se modifique el texto del artículo 384 del CPC a fin de que se incorpore el **fin dikelógico** (“la obtención de una decisión justa para el caso concreto”, que encamine **“la llamada finalidad trifásica del recurso de casación”**. Ob. Cit. Pág.45.

*aquí mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, tarea que le compete al psicólogo y al historiador de la ciencia) y **contexto de justificación de las teorías científicas** (contexto de justificación, es el procedimiento consistente en justificar o validar una teoría, confrontándola con los hechos, a fin de mostrar su validez, aquí hay un análisis lógico y una necesidad de regirse por las reglas del método científico, las que no son de aplicación en el contexto del descubrimiento)*

Los conceptos señalados, MANUEL ATIENZA (2004), los ha trasladado al CAMPO DE LA ARGUMENTACION JURIDICA, DISTINGUIENDO ENTRE EL FUNDAMENTAR UNA DECISION (*exige dar razones que justifiquen un curso de acción*) y EXPLICARLA (*atañe a los motivos, lo que él denomina “ los antecedentes causales de una acción” o “antecedentes mentales que son causales de ciertas creencias”*).

Cuando se refiere a **motivar sentencias**, estamos frente a la necesidad de fundamentar las mismas. Esta justificación de los argumentos, puede ser **formal** (*cuando lo que se quiere es un argumento formalmente correcto*) o **material**. (*cuando lo que se quiere es que el argumento, en un campo determinado, resulte aceptable*). Ello permite distinguir entre la lógica formal material o informal (en las que se incluye la tópica o la retórica), por el otro.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, la obligación de fundamentar las sentencias, tiene categoría constitucional, cuya regulación se encuentra en el artículo 139°, inc. 5) de la Carta Magna actual, que establece: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las*

instancias excepto los decreto de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Igualmente, el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, taxativa: *“Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas bajo responsabilidad, expresión de los fundamentos en que se sustenta (...)”*.

En consecuencia, frente a la regulación normativa de motivar las resoluciones, se encuentra la exigencia de un control de razonamiento del juez, (que sea correcto). **Hay una obligación de no violar las reglas que rigen el pensar y una urgencia de evitar la discrecionalidad absoluta del juez¹². De manera que todo fallo pueda ser verificable (el jurista debe estar en condiciones de comprobar la solidez lógica de sus argumentos) y Racional (el jurista debe ceñirse a las reglas lógicas de sus argumentos). Si ello no existe nos encontraremos ante la violación de las reglas de la lógica del pensamiento.**

Lo que se controla son LOS ERRORES IN COGITANDO, estos son los principios lógicos que sustenta las reglas del buen pensar. (*Principios: de identidad, del tercero excluido, de no contradicción y de razón suficiente*). Estos errores, son *in cogitando*, considerados de naturaleza procesal. Deben invocarse por la tercera causal del artículo 386° del código Procesal Civil y no como inaplicación de norma material, además constituyen infracción al debido proceso y no infracción a la forma procesal.

Estos errores pueden deberse a una falta de motivación o a una defectuosa motivación.

En consecuencia, de esta afirmación se desprende lo siguiente:

¹² Ghirardi, Olsen. El Razonamiento débil. En separata Academia de la Magistratura. Lógica Judicial (Razonamiento Judicial) I Curso Taller en Materia Procesal Civil para Magistrados. Lima Diciembre de 1996. Ver Tambien. Ghirardi A. El Razonamiento Judicial AMAG. Lima 1997 pág. 140-143.

(i) **Falta de Motivación.-** Referido a resoluciones que no contiene fundamentos de derecho que la sustenten.

(ii) **Defectuosa Motivación.-** Esta puede ser aparente, insuficiente o ser defectuosa en sentido estricto.

a) Motivación Aparente: Ghirardi, considera que son verdaderamente peligrosas dado que en apariencia las resoluciones se encuentran debidamente motivadas. Un análisis más atento, sin embargo, advertirá que sólo hay un barniz de argumentación, pero no de racionalidad ni razones en la fundamentación. *“La fundamentación aparente es acaso más peligrosa que la motivación defectuosa, porque si bien ésta puede ser el producto de un error, aquella disfraza, oculta una realidad, que puede inducir a engaño al lector desprevenido”*

b) Motivación Insuficiente: Constituyen los casos más frecuentes. Ellos vulneran el principio lógico de razón.

Ghirardi, señala que los caracteres de la motivación suficiente son:

b.1. Debe ser un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y derivarse de la sucesión de conclusiones que, sobre la base de ellas, se vayan determinando.

b.2. Debe ser concordante y constringente, en cuanto a cada conclusión negada o afirmada, responde adecuadamente a un

elemento de convicción del cual se puede inferir aquella (la conclusión).

b.3. La prueba debe ser de tal naturaleza, que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que ella sea excluyente de toda otra.

c) **Motivación defectuosa en sentido estricto:** Es cuando el Juez, viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.

El caso que más se presenta es el de la violación del principio de no contradicción que se enuncia: nada puede ser y no ser juntamente. En lógica podría enunciarse así:

“No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto. La motivación es contradictoria cuando existe un insanable contraste entre los diversos motivos que se aducen, o entre éstos y la parte resolutive, de tal modo que esos motivos se excluyen entre si y se neutralizan, resultando el fallo sin motivación alguna”

Finalmente, de lo esbozado en este acápite podemos CONCLUIR QUE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION, tiene como propósito, además de su misión nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, controlar la justicia al caso concreto, la preservación de la uniformidad de los criterios jurisprudenciales ante situaciones más o menos iguales, evitándose el otorgamiento de tutelas judiciales diferentes o contradictorias.

2.1.1.5. CAUSALES DEL RECURSO DE CASACION.- TENDENCIAS.

Carrión Lugo en su texto, *El Recurso de Casación en el Perú*, señala que antes de tratar de las causales del recurso de casación en detalle, *prima facie*, es pertinente exponer los errores en que se puede incurrir en el desarrollo del proceso, comprendiendo la etapa del trámite del mismo y la etapa del juzgamiento.

Se dice que es insuficiente, en materia casatoria, centrarnos o encasillarnos sólo en el estudio de los tradicionalmente conocidos como motivos de casación. Esto es, en el estudio de los *errores in iudicando* dentro de los cuales tenemos los siguientes: la errónea aplicación de la norma material o la aplicación de norma sustantiva impertinente al caso.

Los *errores in procedendo*, dentro de los cuales se ubican las infracciones de las formas esenciales del proceso que garantizan el derecho a un debido proceso. Al lado de estos errores hay otros que tienen relación con determinados elementos que se producen dentro del proceso, **como son las cuestiones de hecho y de la prueba, cuya apreciación y valoración errónea pueden conducir a decisiones arbitrarias o absurdas, en donde algunos estudiosos encuentran motivaciones habilitantes del recurso de casación (parte central de nuestro trabajo de investigación).**

En efecto, desde la admisión a trámite de una demanda, hasta que el proceso se halle expedito para sentencia, se puede incurrir en errores de procedimiento, en errores que se refieren al aspecto externo del proceso, lo que algunos procesalistas llaman *errores de actividad procesal externa*. Asimismo, el Juez, puede incurrir en errores al momento de sentenciar el proceso, en el acto de estructurar y redactar el fallo, en la fase del juzgamiento, lo que algunos denominan *errores de actividad interna*.

Ahora bien, **Los errores de actividad procesal externa**, están dados por los vicios que afectan el debido proceso, que se producen durante el desarrollo de éste. **Los errores de actividad procesal interna**, se producen al momento de sentenciar la causa¹³. Considerando que las finalidades del recurso de casación, esencialmente –como hemos ya señalado- se han constituido para la correcta observancia de la Ley (propendiendo la defensa del derecho positivo, concebida en su acepción más genérica, cuando son violados o infringidos en las resoluciones judiciales), el control de logicidad de las motivaciones contenidas en tales resoluciones y para uniformar la jurisprudencia.

Con el precedente entender, para **CONCEPTUALIZAR LAS CAUSALES DEL RECURSO**, debemos determinar en forma específica las formas **como, por ejemplo, se puede infringir la norma jurídica**, cuya motivación lógicamente servirá para plantear el recurso. Así precisamos, esencialmente las motivaciones elaboradas por la doctrina y la legislación tanto nacional como extranjera que sirven para impugnar una resolución judicial, denunciando ya sea la violación de alguna norma jurídica positiva o la contravención de la logicidad que debe observarse en la fundamentación de tales resoluciones.

Ahora bien los errores en que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales o de mérito al resolver las causas, pueden ser de juzgamiento o de actividad, al lado de la violación de las reglas de logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales, que algunos

¹³ **¿Cuáles son esos errores en que puede incurrir el Juez en la fase del Juzgamiento?**, son los siguientes: **A) Los errores que tienen relación con la determinación del material fáctico del proceso, esto es, con la evaluación de los medios probatorios aportados al proceso, con la determinación de los hechos que sustentan la pretensión procesal materia del litigio. B) Los errores en los que puede incurrir el Juez al fijar el derecho sustantivo aplicable al caso, que puede derivarse del error en que puede incurrir el Juez al subsumir los hechos fijados en la norma sustantiva fijada. Los errores en la fijación del derecho son los siguientes: i) error en la determinación de la norma material aplicable; ii) error en la interpretación de la norma material aplicable; iii) error por la no aplicación de la norma pertinente al caso. C) Los errores en que pueda incurrir el juzgador en el razonamiento utilizado al estructurar y redactar su sentencia, esto es, en un vicio que atenta contra la logicidad de la resolución. CARRION LUGO, Jorge. "EL RECURSO DE CASACION EN EL PERU.- Vol. I. edit. Jurídica Grijley. pag.94.**

autores los denominan errores *in cogitando*. Por ello podemos afirmar que la casación en lo sustancial, en el sistema puro, persigue la proscripción de esos errores. En estos casos el Tribunal de Casación se constituye en un órgano de control jurídico y de control de logicidad de las resoluciones jurisdiccionales.

Empero, el control casatorio abarca también la valoración de los medios probatorios y de los hechos efectuada por los Jueces de fondo. Este sistema casatorio que abarca tanto el control de la correcta aplicación de la ley, como el control de logicidad y de la evolución probatoria, es denominado híbrido.

EN ESTE CONTEXTO, ESTABLECEREMOS CUALES SON ESTAS CAUSALES DEL EXTRAORDINARIO DE CASACION:

A. CAUSALES REFERENTES A NORMAS DE DERECHO MATERIAL

A.1. ERRORES EN LA TAREA DE APLICACIÓN DEL DERECHO

El Juzgador puede encontrarse en error en la aplicación del derecho por percepción, cuando no logra identificar la norma material pertinente al caso concreto; o error de apreciación por elección. El primero es conocido en nuestro ordenamiento procesal como inaplicación; mientras que el segundo, como aplicación indebida, ASI:

i) *ERROR NORMATIVO DE PERCEPCION O INAPLICACION.*

Un Juez incurre en este tipo de error, **cuando no logra identificar la norma material pertinente para el caso que está resolviendo, razón por la cual no aplica**. Por eso HITTERS, citado por MONROY GALVEZ, resumiendo aportes de MORELLO, FAIREN GUILLEN y SERRA DOMINGUEZ, define el acotado error de la siguiente manera: “(...), *podemos dar una primera aproximación para llegar al meollo*

de este huido concepto, diciendo que la violación es en realidad una figura genérica que abarca un aspecto positivo, esto es la violación propiamente dicha, es decir, la falsa elección el dispositivo legal aplicable; y otro negativo, su inaplicación” (LOZANO BAMBAREN, pág. 148). Este tipo de **error suele ser denominado violación, inobservancia o inaplicación de la ley material**. Nombre último que está previsto en el inciso 2 del artículo 386° del Código Procesal Civil; recomendando que sea el único que utilicen.

Al respecto, en el siguiente ejemplo jurisprudencial verificaremos cómo un error de inaplicación de normas de derecho material propicia que la Sala Civil de la Corte Suprema declare fundado el recurso de casación, ASI:

CASACION No.158-00 SAN MARTIN¹⁴ (LOZANO 2005).

(...)

*La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en audiencia pública, (...) emite la siguiente sentencia **MATERIA DEL RECURSO**: Se trata del Recurso de Casación interpuesto (...), contra la resolución (...) expedida (...) por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que revocando la sentencia apelada (...) declara improcedente la demanda en el extremo referido a la nulidad de escritura pública; e infundados los demás extremos de la misma; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**: La recurrente sostiene que el Colegiado Superior ha aplicado indebidamente el Artículo dos mil trece del Código Civil al argumentar que el Registro Público al momento de la adquisición aparece registrada la propiedad únicamente a favor de Fidel Jara Balcazar y que la rectificación posterior de su estado civil no puede perjudicar el derecho del ejecutante que estuvo protegido por el principio de legitimación contenido en la citada norma, agregando que dicho artículo no es constitutivo sino declarativo; Asimismo, afirma que **se han inaplicado los artículos séptimo y octavo del Título Preliminar del Código Civil y los artículos doscientos noventicinco, trescientos once y dos mil doce del mismo cuerpo de leyes**, normas referidas al régimen patrimonial de la sociedad conyugal, a la calificación de los bienes dentro de la sociedad de gananciales y al principio de publicidad de las inscripciones registrales; finalmente, argumenta la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, causal que no fue amparada por este Supremo Colegiado. **CONSIDERANDO**:*

¹⁴ Publicada en la separata “Sentencias en Casación” del diario Oficial “El Peruano” de 30 de octubre de 2000, págs.. 6369-6370.

Primero.- Que, el presente recurso fue declarado procedente en cuanto a las causales referidas a la aplicación indebida del Artículo dos mil trece del Código civil y la inaplicación de los artículos séptimo y octavo del Título Preliminar doscientos noventa y cinco, trescientos once y dos mil doce del acotado Código;

Segundo.- Que, conforme a lo establecido en el artículo dos mil trece del Código Civil, el contenido de las inscripciones registrales se presume cierto y produce sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, estableciéndose así el principio de la legitimación; sin embargo, la presunción a que se refiere la norma no es de iure, sino que esta sometida a la existencia de prueba en contrario;

Tercero.- Que, por su parte, el artículo dos mil doce del Código Civil recoge el principio de publicidad de las inscripciones registrales el mismo que conforme se desprende del artículo ciento ochenticuatro del Reglamento General de los Registros Públicos, se extiende a los títulos archivados y a todas aquellas anotaciones y demás documentos que existan en los registros, en tal sentido, dicha publicidad se hace también extensiva a la posterior rectificación del estado civil del codemandado Fidel Jara Balcazar;

Cuarto.- Que, en lo que respecta al artículo doscientos noventa y cinco del Código Civil, mediante el cual se establecen los regímenes patrimoniales por los que pueden optar los cónyuges, se tiene que habiéndose establecido como uno de los presupuestos fácticos en el caso de autos, el matrimonio de la actora con el codemandado Jara Balcazar, celebrado con fecha anterior a la adquisición del inmueble sub Litis, y en defecto de escritura pública mediante la cual conste que los cónyuges han optado por un régimen de separación de bienes, debe presumirse que estos han optado por el de la sociedad de gananciales derivándose de ello a una paridad de derechos frente a los bienes adquiridos bajo su vigencia, lo cual incluye, lo que es obvio; el citado inmueble;

Quinto.- Que, lo sostenido en el considerando precedente encuentra concordancia con lo establecido en el inciso primero del Artículo trescientos once del Código sustantivo, en el que se señala como una de las reglas para la determinación de la naturaleza de los bienes de los cónyuges, que todos ellos se presumen sociales, salvo prueba en contrario;

Sexto.- Que, en ese contexto es importante precisar que los bienes gananciales o sociales son aquellos que adquieren los cónyuges a título común, lucrativo u oneroso, durante la vigencia del matrimonio y tiene fin cuando este fenecce; distinguiéndose de la copropiedad, en tanto esta se define como el dominio de un bien tenido en común por varios sujetos, quienes son titulares de cuotas ideales en igual proporción respecto de éste;

Séptimo.- Que, dicho esto, queda establecido que los bienes sociales constituyen un patrimonio autónomo e indiviso, lo que implica la imposibilidad de ejecutar un bien de la sociedad de gananciales con el que uno de los cónyuges garantizó una obligación determinada, antes de que tal sociedad de bienes tenga fin, sin perjuicio de lo establecido en el artículo trescientos treinta del Código Civil;

Octavo.- Que, como se ha establecido en la sentencia de primera instancia, la obligación asumida por el codemandado Jara Balcazar, cónyuge de la actora respecto de un tercero, surgió como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual en que éste incurria, la cual no sólo le es imputable a la demandante, sino que, además ésta no está obligada a responder por ella ni con su patrimonio personal ni con los bienes que forman el patrimonio social, cuya titularidad también detenta; con lo que se concluye, afirmando correctamente, el derecho de propiedad que tiene los cónyuges frente a los bienes que forman parte de sociedad de gananciales no es actual sino virtual, concretándose únicamente, una vez fenecida esta y previa liquidación;

Noveno.- Que, por otro

lado, conforme a lo establecido en el inciso séptimo del artículo cuarenticuatro del reglamento de las Inscripciones, además de los requisitos especiales que para cada clase determina dicho reglamento, toda inscripción deberá contener la especificación del estado civil del que tramite o constituye el derecho que se inscribe, no pudiendo sustentar dicha omisión, la transgresión del derecho de la actora; **Décimo.-** Que, teniendo en cuenta, conforme a la relación fáctica establecida en autos, que resultaban aplicables las normas invocadas en el recurso, la inobservancia de las mismas tiene obvias implicancias respecto de los artículos séptimo y octavo del Título preliminar del código civil; **Decimo Primero.-** Que, finalmente conforme se desprende de la demanda de fojas veintidós y siguientes, la actora señala como una de sus pretensiones el pago de los frutos producidos por el inmueble sub Litis que le corresponden desde que el codemandado, don Mario Alvarado Gonzales, entró en posesión del mismo; **Décimo Segundo.-** Que, al respecto tenemos, que dicho co demandado adquirió el referido inmueble a través de un remate público conforme consta a fojas ciento noventiseis del expediente acompañado, siendo esto así, resulta evidente que esta ha venido poseyendo el inmueble de buena fe, por lo que le corresponde hacer suyos los frutos producidos por éste, conforme a lo preceptuado por el artículo novecientos ocho del código civil; por lo que en este extremo de la demanda no puede ser amparado; siendo esto así, el criterio asumido en la sentencia apelada resulta ser ajustado a derecho; **SENTENCIA:** estando a las consideraciones expuestas , y conforme a lo establecido en el Inciso primero del artículo trescientos noventiseis del código procesal civil; declararon: **FUNDADO** El Recurso de Casación (...); en consecuencia **NULA** la resolución de vista (...); y actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia apelada (...), en el extremo que ordena que el codemandado, don Mario Alvarez Gonzales, pague a la demandante los frutos producidos por el inmueble sub Litis; con lo demás que al respecto contiene; **REFORMANDOLA**, declararon **IMPROCEDENTE** la demanda en cuanto a este extremo se refiere, y **CONFIRMARON** la propia sentencia, en cuanto declara fundada la referida demanda en los demás extremos (...)"

ii) ERROR NORMATIVO DE APRECIACION POR ELECCION O APLICACIÓN INDEBIDA.

Este error se materializa, cuando el juez, teniendo un amplio margen dentro del sistema jurídico para escoger y aplicar la norma que corresponde al caso concreto, opta por la inadecuada. Tan equivocada selección recibe también el nombre de falsa o errónea aplicación de la norma. En alemania se le denomina DEFECTO DE SUBSUNCION. Sobre la cual, MONROY GALVEZ, nos dice: “El error consiste en una defectuosa calificación de los hechos, en la medida en que se aplica a éstos una norma que no les corresponde.

En el numeral 1 del artículo 386° del Código Nacional (Código Procesal Civil), se la identifica como aplicación indebida, señala Monroy Galvez Citado por Lozano Bambaren (2005)

Como podemos verificar, el problema se presenta cuando el juez incurre en este error debido a una falsa aplicación del Derecho; o bien, a una errónea calificación de los hechos, resultando por ende que el Derecho aplicado deviene en impertinente para el caso concreto.

A.2. INAPLICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL

A.2.1. Estructura de la aplicación del Derecho.

Diez – Picazo, señala: “Para cumplir su razón de ser, se dice, el derecho debe hacerse real, incorporándose a la vida social (...) La aplicación del derecho (...) suele ser considerada como una “subsunción”.

Se subsume el caso concreto que ha sido planteado en el supuesto de hecho de la norma jurídica (...). *De esta suerte, la operación llamada de subsunción de los hechos en la norma jurídica aparecería como un sencillo silogismo (...).* La doctrina Jurídica más reciente ha puesto de relieve, sin embargo, que la operación jurídica o judicial no es tan sencilla como a primera vista aparece.

La dificultad del proceso de subsunción estriba en la selección de la norma jurídica a aplicar al caso concreto. Es frecuente que las normas aplicables a un caso pueden ser varias, imponiéndose o bien una selección entre diversas normas, o bien establecer una norma partiendo de la concordancia entre todas las seleccionadas, por otra parte, la simple constatación de los llamados “hechos” presupone la utilización de unos criterios que son

ya de algún modo valoraciones o que constituyen lo que se ha dado en llamar deducciones volitivas.

Continúa diciéndonos DIEZ PICAZO citado por Lozano Bambaren (2005): “*La deducción lógica de un imperativo concreto a partir de un imperativo abstracto, como dice ENGLISH, es una cuestión teórica sumamente delicada (...). En rigor, lo que están en juego es la posibilidad de ligar una proposición normativa, como es la premisa mayor, con una proposición simplemente declarativa, como es la premisa menor, para obtener de esta manera una nueva proposición imperativa*”. Dicha complejidad es llamada por LARENZA “*silogismo de determinación de la consecuencia jurídica*”.

Un ejemplo de inaplicación de una norma de Derecho material lo constituye la precedente sentencia en casación emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia; y, aunque también incide en una afectación al principio de congruencia por *citra petita*, el colegiado supremo, atendiendo a la especial naturaleza de los intereses inmersos en la controversia, decidió ampararse en la causal *in iudicando*, antes que en el vicio o error procesal.

CASACION No. 691-2000-LIMA¹⁵.

(...)

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en audiencia pública, (...) emite la siguiente sentencia con el acompañado. 1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto (...) contra la sentencia de vista (...), que revocando la | apelada (...) declara improcedente la demanda. 2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Corte (...) ha estimad procedente el recurso por la causal relativa a: a) la inaplicación del inciso d) del artículo dos de la ley veintiséis mil novecientos sesenta. Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, referida a la definición de violencia familiar que establece que constituye acto de violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, mal

¹⁵ Publicada en la separata “Sentencias en Casación” del diario Oficial “*El Peruano*” de 30 de enero de 2001, págs.. 6815-6816

trato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción grave, que se produzca entre padre e hijos (descendientes) sin que el hecho de que convivan juntos en el mismo hogar sea requisito indispensable para su procedencia; en tal sentido la Sala de Revisión inaplica la norma citada cuando declara improcedente la demanda por el hecho de que las partes se encontraban separadas y no convivían juntas pues el hecho de la convivencia para amparar una demanda de violencia familiar es exigida únicamente cuando se trata de la causal establecida por el inciso f) del artículo dos de la citada Ley veintiséis mil novecientos sesenta, la cual se establece que existe violencia familiar entre las personas que habitan el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, es decir, es aplicable para establecer la violencia familiar ejercida por el demandado contra la recurrente, quienes son ex convivientes, pero no para resolver si el demandado ha ejercido violencia familiar contra sus hijos (...); es más de la revisión del artículo cuatro del Decreto Supremo Cero cero dos guión noventiocho JUS, reglamento de la indicada Ley se puede apreciar que para los efectos del inciso f) del artículo dos de la Ley, se entiende como habitantes del hogar familiar entre otros, a los ex cónyuges o ex convivientes que habitan temporalmente el predio donde reside la víctima de los actos de violencia familiar, en el presente caso, al encontrarse acreditados los actos de violencia familiar ejercidos por el demandado contra sus menores hijos la Sala inferior para resolver el grado, también debió aplicar la norma materia de la denuncia y confirmar la apelada en el extremo que declara fundada la demanda por violencia ejercida en agravio de los citados menores; y, b) la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso por la infracción de formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, ya que la recurrida no se ha pronunciado en uno de los puntos controvertidos y que fue materia del grado consistente en establecer si el demandado ejerce violencia familiar sobre sus hijos (...), debiendo tenerse en cuenta además que dicho extremo es parte del petitório contenido en la demanda lo que implica que la sentencia es citra petita, por ende adolece de nulidad, infringiendo el artículo ciento veintidós inciso cuatro Código procesal civil.

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Primero.- Que, según el artículo segundo del Texto Unico Ordenado de la veintiséis mil novecientos sesenta Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daños físico o psicológico, maltrato son lesión, inclusive amenaza o coacción graves, que se produzca entre: a) cónyuges, b) convivientes, c) ascendientes, d) descendientes; y e) parientes colaterales; o f) quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales. **Segundo.-** Que, la Sala de Revisión concluye que no existe violencia familiar, por cuanto la accionante y el demandado ya no habitan en el mismo hogar, como ha sido manifestado en la demanda que desde el mes de abril de mil novecientos noventa y siete dicha actora no convive con el demandado por haber hecho este abandono del inmueble donde habitaban con sus hijos, lo que la acción interpuesta deviene en improcedente, pues se encuentra acreditado que en la fecha de interposición de la demanda las partes se encontraban separadas y no vivían juntos. **Tercero.-** Que, para tal efecto la sala aplica el inciso f) del artículo segundo de la Ley en mención que prevé la figura de la violencia familiar que se produzca entre quienes habitan en el mismo hogar; entendiéndose como “habitantes del hogar familiar” según el reglamento de la anotada Ley, Decreto Supremo número cero cero dos guión noventiocho guión JUS entre otros a los ex cónyuges o ex convivientes que habitan temporalmente en el predio donde

reside la víctima de los actos de violencia familiar, durante el momento en que se produjeron los hechos. **Cuarto.-** Que, cabe indicar que esta decisión no ha sido cuestionada en el recurso de casación, por lo que no cabe ejercer control casatorio sobre tal aspecto toda vez que se trata de una cuestión consentida; sin embargo, si es en cambio necesario que se emitan pronunciamientos sobre la aplicación de la norma invocada contenida en el artículo segundo inciso d) de la tantas veces citada Ley. **Quinto.-** Que, de acuerdo a esta norma hay violencia familiar cuando es ejercida por los padres en agravio de los descendientes, que también puede ser cometida por cualquiera de las personas a las que alude el artículo segundo en sus literales a), b), c), e) y f) pero éstas no son hipótesis de esta causa; por consiguiente, la acción u omisión que cause un daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan en lesión a los ascendientes constituye violencia familiar. **Sexto.-** Que, la causal de inaplicación es una forma de violación de la Ley que se presenta cuando el Juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de una norma en vigor (Fernando de la Rúa, el recurso de Casación, Buenos Aires mil novecientos sesentiocho, página ciento cuatro); en este caso la Sala de Revisión ha ignorado el supuesto contenido en el literal d) sobre violencia familiar, ocasionados sobre los descendientes; lo que ha llevado a dicho Colegiado no emita un pronunciamiento al respecto, no obstante que viene a ser uno de los extremos (causa Petendi) de la pretensión de violencia familiar, lo que implica un fallo nulo por incongruencia citra petita la sentencia impugnada, de conformidad con los artículos séptimo del título preliminar y ciento veintidós inciso tres del Código Procesal Civil. **Séptimo.-** Que, si bien existe contravención al derecho a un debido proceso de la recurrente al ser incongruente por citra petita la sentencia impugnada, causal que también ha sido admitida a efectos de ejercerse control casatorio, debe advertirse que el vicio anotado es la consecuencia del error iudicando examinado; es decir, sobre la inaplicación del inciso d) del artículo dos del Texto Único Ordenado de la Ley veintiséis mil novecientos sesenta de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar; por consiguiente cabe amparar el recurso por esta causal, careciendo de objeto pronunciarse aquella denuncia sobre error in procedendo. **Octavo.-** Que, esta decisión es tomada considerando la naturaleza del conflicto de intereses que requieren de la denominada figura “Tutela Jurisdiccional Urgente” pues la violencia familiar o “doméstica” es una materia donde están en juego relaciones, valores y fines trascendentales del entorno familiar, que su deterioro puede traer vastas consecuencias si es que no se presta tutela oportuna y eficaz a efecto de mitigar el fenómeno, cuestión que no puede inadvertir esta Corte lo que justifica que no se incida en una sentencia casatoria con reenvío, pues como se señala en la monografía de la prestigiosa Jurista Aida Kemelmajer de Carlucci: “La agilidad es lo que puede convertir al jurista en un elemento positivo en el desarrollo de tratamientos en estos grupos familiares. Si no se logra esta agilidad, mejor que nunca se hubiera recurrido a la justicia, porque el efecto será peor” (La Medida Autosatisfactiva: Instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia familiar, en “Medidas Autosatisfactivas”, dirigido por Jorge Peyrano, editorial Rubinzal-culzoni); **Noveno.-** Que, cabe amparar el recurso de conformidad con el artículo trescientos noventa y seis inciso primero del Código Procesal Civil. **4. SENTENCIA:** Estando a las consideraciones que preceden declararon **FUNDADO** el recurso de casación (...), **NULA** la sentencia de vista (...) expedida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima;

*actuando como órgano de instancia **REVOCARON** la sentencia apelada (...) en la parte que declara fundada la demanda respecto a la accionante Elizabeth Alvarado Jorde; a la que **REFORMANDOLA** la declararon **IMPROCEDENTE**; la **CONFIRMARON en la parte que declara FUNDADA** la misma en cuanto se determina la existencia de violencia familiar ocasionada por el demandado en agravio de su menores hijos; (...).”*

B. CAUSALES REFERENTES A NORMAS DE DERECHO PROCESAL

B.1. ERROR DE LA NORMA PROCESAL, O AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO

La norma procesal, puede padecer de los mismos errores descritos para la norma material. Los ordenamientos jurídicos, regulan el error procesal separadamente, en tal sentido, sólo son pasibles de invocarse como causal casatoria **aquellos errores procesales cuya gravedad haya sido determinante para la decisión fondo, es decir, sin el cual, probablemente la decisión a recaer en el litigio hubiera sido otra.** Por ello, sólo deben sustentar un recurso de casación las infracciones a las normas procesales que se han tornado en definitivas o determinantes para la decisión recaída en el proceso.

Consecuentemente, serán materias casacionables (como causales referentes a normas de derecho procesal) todas aquellas infracciones que produzca indefensión o también aquellas que afectan derechos fundamentales, como el caso de la violación de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

En consecuencia, deberá observarse, aquellos principios procesales que tienen estricta relación con el recurso extraordinario de casación, a mencionar:

- a) **Principio de motivación (justificación) de las resoluciones judiciales:** Las instituciones judiciales han sido diseñadas para evitar arbitrariedades por parte del Estado. Se constituye en una exigencia al juez en el sentido que debe fundamentar adecuadamente sus resoluciones judiciales, con excepción de las de mero trámite.
- b) **Principio de declaración judicial:** No hay nulidad de un acto procesal, sino ha sido declarada judicialmente.

- c) **Principio de convalidación:** Importa conformar la validez de un acto procesal, por actos u omisiones del litigante que permitan aseverar que ha tomado conocimiento del acto y lo acepta como tal.
- d) **Principio de congruencia:** Al igual que el principio de motivación de las resoluciones judiciales, se refiere a que el juez no puede dar más o algo distinto o dejar de pronunciarse sobre aquello que solicita la parte.
- e) **Principio de preclusión:** Como señala MONROY GALVEZ (1997): “Teóricamente, en un proceso civil podemos encontrar hasta cinco etapas, por lo que en cada una se deben realizar los actos inherentes a la misma; transcurrido el plazo para realizar el acto procesal, se cancela la oportunidad de realizar el acotado acto en fecha posterior. CHIOVENDA lo describe: Pérdida o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho a) o, de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; b) o, por haberse realizado un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o, de no haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad.
- f) **Principio dispositivo:** DEVIS ECHANDIA (1984) expresa: “El principio significa que corresponde a las partes iniciar la demanda y proporcionar los elementos para su decisión (...) y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas (...).

El juez debe atenerse a lo probado en el expediente, sin que su conocimiento personal y privado de los hechos pueda influir en la sentencia, pero esto no es una consecuencia del principio dispositivo, sino de los que exigen la publicidad del proceso, la motivación de la sentencia y la contradicción de la prueba.

- g) **El Principio “Iura Novit Curia” en el Recurso de Casación:** SANCHEZ-PALACIOS PAIVA (2009), nos dice: “Uno de los principios que sustentan la cultura judicial peruana es el “iura novit curia”, esto es, “El Tribunal conoce el

derecho”, recogido en los dos códigos, el Civil y el Procesal Civil, en ambos casos en el artículo VII de sus respectivos título preliminares. Este principio, que proviene de las raíces de la tradición jurídica romano-germano-canónica, se recogió en los códigos civiles de 1852 y 1936, se expresa también en los brocardicós *“Da mihi factum daba tibu, esto es, Dame los hechos que yo te dare el derecho”*, y *“los abogados al hecho, los jueces al derecho”*.

Continua el citado Vocal Supremo, señalando que: *“Ello ha calado hondamente en nuestro sistema legal, estableciendo en el foro peruano una cultura en la cual el abogado se ha habituado a enunciar los hechos y probarlos; y aunque el actual Código Procesal Civil, como el anterior Código de Procedimientos Civiles, señalan que la fundamentación jurídica de la demanda es un requisito obligatorio; resulta que, si se incurre en error o insuficiencia en el cumplimiento de dicho requisito, no por ello se afecta el planteamiento del petitorio, pues el organo jurisdiccional que es, por definición, un conocedor del derecho y de su técnica, está obligado a establecer en cada caso la norma objetiva aplicable y pertinente a la situación concreta que se plantea, máxime si, como se ha mencionado en líneas anteriores, ello es una obligación legal impuesta a los juzgadores por los códigos civil y procesal civil”*.

Empero, el principio *“iura novit curia”* sólo rige en las instancias de mérito, pues son éstas las que aprecian y valoran las pruebas, establecen la relación fáctica y determinan el derecho aplicable. La Corte Suprema no conoce los hechos, no aprecia la prueba y sólo se pronuncia sobre el derecho invocado en el recurso de casación, y en su caso sobre aquellos vicios que atentan contra el debido proceso. De donde resulta claro que el citado principio procesal no es aplicable en el recurso de casación.

2.1.1.6. EL RECURSO DE CASACION Y LA TEORIA DE LAS NULIDADES PROCESALES.- LIMITACIONES DE LAS NULIDADES PROCESALES.

A. LA TEORIA DE LAS NULIDADES PROCESALES

Las actuaciones procesales del Juez –en algunos casos- pueden incurrir en causal de nulidad y que llegado el momento pueden ser causales de casación. Dentro de éstas se encuentran las **nulidades insubsanables**; siendo que las **nulidades sanables**, no resultan factibles de ser acogidas por el órgano jurisdiccional en el recurso de casación. Por lo tanto, cuando el justiciable invoca una causal de nulidad sanable no planteada en su debida oportunidad, ha precluido su derecho para revisar el tema, puesto que por el principio de convalidación se ha subsanado dicho vicio al haber sido consentido.

Al respecto de lo precisado, DAVIS ECHANDIA (1984), señala: *“La nulidad consiste en la ausencia de los efectos jurídicos del acto, razón por la cual siempre se ha entendido como nulo el acto quod nullum producit effectum, cuando se debe a defectos de forma, competencia, capacidad o representación”*. Por su parte SANCHEZ-PALACIOS PAIVA (2009), expresa que: *“La nulidad es una sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas”*. La nulidad es la negación del proceso. A su vez, PALLARES precisa: *“El acto es ineficaz por ser nulo, y no nulo por ser ineficaz”*. Mientras que CARRION LUGO (2003), expresa: *“La nulidad importa una sanción que tiende a privar de efectos a un acto procesal que contenga un vicio, un error o en cuya ejecución no se han observado determinadas formas señaladas por la ley”*

Nuestra Jurisprudencia, ha establecido que la NULIDAD, es la sanción por la cual se priva a un acto jurídico procesal de sus efectos normales y se declara cuando se ha afectado la forma establecida, lo que comprende tanto la estructura y modo de exteriorización del acto como el orden que le corresponde en el desarrollo de la relación procesal. (*Casación No. 1054-99-Lima, El Peruano, 12/11//1999, pág.3911*).

En la doctrina la nulidad procesal, es un medio impugnatorio que lo ha clasificado en REMEDIOS (*sirven para atacar actos procesales no contenidos en resolución, como la tacha, la oposición a la actuación de una prueba, a la nulidad de un acto jurídico procesal, etc*) y RECURSOS (*sirven para atacar resoluciones, como la apelación, la reposición, la casación*). Entonces, conforme a la regulación procesal de nuestra norma adjetiva civil vigente, será un remedio o un recurso dependiendo lo que fundamenta.

Existen en el proceso diversas **clases de nulidades** como:

A.1. Absoluta: Es aquella que por carecer de un requisito esencial del negocio, impide la formación del acto. Luego no puede ser convalidada, es insubsanable y ni siquiera necesita ser invalidada. Puede ser declarada de oficio por el Juez o a petición de cualquier persona interesada.

A.2. Relativa: Esta se refiere a los requisitos accesorios por lo cual no impide la formación del acto, sino que este nace, inclusive válido pese al defecto. Esta nulidad necesita ser declarada, pues el acto subsiste hasta ese momento. La nulidad puede ser pedida únicamente por la parte.

En conclusión, podemos afirmar que la NULIDAD ABSOLUTA, se producen cuando los actos jurídicos procesales viciados son INSUBSANABLES (*por ejm la incapacidad de una de las partes en el proceso*). Y la NULIDAD

RELATIVA, se produce cuando los actos procesales viciados son subsanables y por lo tanto tiene que ser pedida por cualquiera de las partes.

A.3. Inexistencia del acto: Es una categoría discutida, pues algunos la subsumen en la nulidad absoluta. Se trataría de un vicio más grave que da lugar a una nulidad absoluta, tanto que afecta al acto en si mismo. En realidad se dice, que se estaría frente a un “no acto” y que, por supuesto, también sería insanable y ni siquiera necesita ser declarada. La sentencia dictada por quien no es Juez, es un claro ejemplo de un acto inexistente.

Estando, así clarificado el tema de las nulidad procesal, lo vicios que generan la misma, son considerados como **vicios extrínsecos** (son los vicios que se generan por la inobservancia de una norma de carácter procesal, vale decir, de un **vicio in procedendo**, por ejemplo que el Juez no dirija personalmente la Audiencia de Pruebas (**art. 202° del CPC**) y los **vicios intrínsecos** (se refiere a los vicios que se encuentran en el contenido mismo del acto jurídico procesal, esto es en la ausencia de un presupuesto para la validez del acto, como es la capacidad, a la finalidad y el objeto).

En el derecho procesal, no se puede perder de vista que tanto el acto nulo como el anulable requieren ser declarados y mientras tanto producen efectos, pudiendo ser convalidados por renuncia expresa o tácita de aquel a quien perjudica. Solo se admite la nulidad de oficio cuando se afecta principios constitucionales y en un sentido más amplio, **cuando la falta de un presupuesto procesal pueda influir en el resultado final del proceso, en este último extremo será causal del recurso extraordinario de casación, con especial fundamentación.**

B. LIMITACION DE LAS NULIDADES PROCESALES

PALACIOS PAIVA - SANCHEZ (2009), manifiesta: *“El Código procesal tiene reglas al respecto, que recogen la doctrina moderna sobre la materia y que se expresan como principios en el Título Preliminar. (...)De ahí que el código ha adoptado un régimen que, si bien cautela los principios fundamentales del proceso, es suficientemente flexibles para no sacrificar los verdaderos fines del proceso”*. El mismo CHIOVENDA, citado por el magistrado supremo peruano (PALACIOS 2009, p.544), precisa lo siguiente: ***“La omisión o violación de formas procesal es motivo de casación bajo dos condiciones: Que se trate de formas prescritas bajo sanción de nulidad y que la nulidad no haya sido subsanada”***

Así, LOZANO BAMBAREN (2005), concluye que hay que impugnar cualquier error con el recurso correspondiente; y en su caso apelado, pues no hacer uso de los medios impugnatorios que la ley franquea, implicará el consentimiento; no pudiéndose denunciar en casación aquellos vicios que no fueron oportunamente reclamados. Salvo aquellos requisitos formales cuya omisión está sancionada expresamente con nulidad, **es decir, que al tratarse de vicios insubsanables, no procede aplicarles el principio de preclusión ni dispositivo.**

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado en la institución jurídico – procesal de las nulidades procesales, estas pueden encontrarse en la VALORACION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS, que es el tema objeto de investigación, debemos precisar en este ítem de estudio que la admisión y actuación de los medios probatorios, pueden darse múltiples errores (nulidades), que sólo podrán examinarse en casación, si se utiliza el correspondiente recurso de apelación, de manera que al ser resuelto por la Sala de Revisión y cuyo fallo perjudique, así será materia de casación.

Finalmente, sólo se considerará que hay lugar a una declaración de nulidad si con motivo de la infracción se ha causado un perjuicio a la defensa, de tal naturaleza y trascendencia, que es capaz de viciar la sentencia.

Por lo que, en conclusión podemos afirmar, que no todos los errores *in procedendo* serán sancionados con nulidad; pues, si bien el *principio de formalidad*, recogido en el artículo IX del Título Preliminar, establece que las formas son imperativas, más, sin embargo, se faculta al juez a adecuar su exigencia al logro de los fines del proceso, máxime si el artículo V del mismo título, en su tercer párrafo autoriza al juez a reducir los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

2.1.2 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración es el juicio de aceptabilidad (o de veracidad) de los resultados probatorios (las hipótesis). La valoración constituye el núcleo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, a una afirmación sobre hechos controvertidos.

El sistema jurídico, por medio del denominado “derecho a la prueba”, exige la aplicación de reglas de la epistemología o la racionalidad generales para la valoración de la prueba. La valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las reglas de la lógica, de la sana crítica, de la experiencia. En el razonamiento judicial en materia de hechos, conforme enseña el profesor Daniel Gonzales Lagier, los hechos probatorios constituirían las razones del argumento, la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, las

presunciones y otro tipo de enunciados generales y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía.

Lo único que parece razonable derivar de la nota de incertidumbre que caracteriza la toma de decisiones en el ámbito de la prueba judicial, es una relativización de la confirmación del valor de verdad. La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta.

La averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial. El maestro Michelle Taruffo, en el curso internacional Teoría de la prueba, realizado en la ciudad de Lima en 2012, señaló que el juez es el único que tiene la obligación de descubrir la verdad, dado que la manera como los abogados utilizan las pruebas no es descubrir la verdad sino defender la posición de su cliente, esto es, persuadir al juez de que el cliente tiene la razón. La estrategia del cliente y el abogado no tiene nada que ver con la búsqueda de la verdad.

La valoración de la prueba, habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta. Habrá que entender que la finalidad de la prueba es la verdad relativa. La verdad constituye un necesario ideal regulativo que orienta la actividad probatoria y la comprobación de los hechos. Una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente y de modo racional a decisiones correctas y por lo tanto justas, es que éste sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa (Taruffo: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”).

La finalidad a través de la valoración de los medios probatorios, es producir en el juzgador la convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes. El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido por la Constitución. En ese sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos (*ver Casación N° 2169-2009-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31/01/2011, página 29415*). Tal como lo señaló el Tribunal Constitucional (TC) en la STC N° 010-2002-AI/TC, el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos (*STC N° 01557-2012-PHC/TC de fecha 4 de junio de 2012, Fundamento Jurídico 2*).

2.1.2.1. EL CONTROL DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL (EN LA VALORACION DE LA PRUEBA) Y LA CASACION

Habiendo establecido en que consiste la valoración de la prueba, desde un punto de vista amplio y genérico, enseguida señalaremos el razonamiento correcto y la lógica jurídica, relacionado con la casación.

En este entender, la Encíclica “Rerum Novarum”, del Papa Leon XIII nos recuerda que lo que específicamente nos diferencia de las bestias **es el entendimiento y la razón**; cabe decir, el hombre está dotado de una inteligencia superior, que al decir de FINGERMANN:

“(...) es una actividad que se ejerce en el tiempo, puesto que los pensamientos o mejor dicho al pensar, es un proceso de cierta duración, durante el cual se van sucediendo y desarrollando ideas, entre las cuales debe hacer un enlace de modo tal que no sea puramente mecánico, como ocurre con la simple asociación; si no, que debe existir una consecuencia sistemática entre las ideas y pensamientos, a la que llamaremos coherencia; la cual debe estar establecida por una conciencia inteligente, pues, no basta tener contenidos particulares en la conciencia, porque tales contenidos particulares en la conciencia, los encontramos también en un demente”.

Así, es necesario que haya, además, conciencia de los resultados entre los contenidos, y que éstos sean conectados en un solo conjunto, sean ideas o juicios. De este modo, resulta que *un juicio es verdadero cuando es consecuencia de otro juicio verdadero, es decir, si está ligado de tal modo que forme un todo indisoluble dentro de un sistema de juicios.* Ahora bien, la forma más simple en que se presenta la serie lógica o coherente es el *juicio*. Cabe decir, cuando pensamos, cuando expresamos un pensamiento, no emitimos ideas sueltas ni conceptos aislados. Los conceptos se presentan siempre en una conexión determinada, en una síntesis que les presta unidad. Esta unidad del pensamiento, en su forma más sencilla, es el *juicio*, en el que, al decir de Aristoteles, a quién siguen KANT y HEGEL. El concepto está subordinado al concepto del predicado, como la especie está comprendida dentro de la extensión del género. El primero de los nombrados designa a esta clase de subordinación con el nombre de “*subsunción*”. Las operaciones lógicas más importantes que podemos efectuar mediante los juicios son los razonamientos; y lo que le interesa a la lógica son las operaciones conceptuales, los razonamientos mediante juicios, en que de un juicio, o de varios juicios, se llega a otro juicio nuevo. A estas operaciones lógicas las llamamos “*inferencias*”. Cabe decir, los juicios que son en

realidad vivencias, en el sentido que ocurren en la conciencia individual, hallan su expresión en las proposiciones, que vienen a ser las expresiones del juicio. Desde el punto de vista lógico, lo que interesa es el juicio expresado, de ahí la necesidad de considerar que la estructura de la proposición es el vehículo del pensamiento y es al juicio lo que la palabra al concepto; tal como anota PFANDER, citado por FINGERMANN. La relación que existe entre el juicio y la proposición, es que dicha relación no puede invertirse: la proposición es la expresión de un juicio, pero el juicio no expresa la proposición”.

En virtud de lo señalado, Luis Garcia Baez, precisa que: *los inicios del pensamiento humano hasta nuestros días se ha pasado por un largo camino, en el cual principalmente ARISTOTELES, sienta las bases de la lógica; tanto así, que el aristotelismo deviene en el pensamiento lógico filosófico por antonomasia en la edad Media, del que posteriormente surgió el “Tomismo” (o la refundación que hace Santo Tomas de Aquino de la filosofía Aristotélica), que fue la filosofía y la lógica no sólo de la Iglesia Católica, sino de todos los pensadores. Hasta que surgió el empirismo inglés, representado por Francis Bacon y su Novum Organon; su aportación a la nueva lógica, que puso énfasis en la inducción, por encima de la deducción es muy valiosa, tanto que después de él, Schopenhauer, Leibniz, Kant, Descartes y Hegel tienen un papel semejante.*

La validez lógica depende de la adecuada relación entre las premisas y la conclusión, de tal forma que si las premisas son verdaderas la conclusión también lo será. Por ello la lógica se encarga de analizar la estructura y el valor de verdad de las proposiciones y su clasificación. Resultando claro que la lógica no pretende describir las distintas formas de argumentación para justificar nuestras posturas jurídicas, tan solo pretende mostrarnos si

nuestras conclusiones (o la de los jueces) se fundan en las premisas usadas en nuestros razonamientos y en última instancia nos enseña que mediante la inducción es posible reconstruir el razonamiento del juez y establecer si sus motivaciones son correctas o incorrectas.

Con el precedente entender, la lógica del derecho, es una ciencia aplicada y como tal, despliega sus principios y preceptos que si bien son invariablemente los mismos, se aparecen como condicionados por el objeto. No debe olvidarse, pues que dicha lógica aplicada es una lógica de la praxis. Hoy lo jueces, además de escribir sus sentencias, también tienen la obligación de fundamentarlas racionalmente, utilizando el lenguaje natural y expresando sus pensamientos mediante conceptos, juicios o proposiciones, a través de los cuales se revele el itinerario mental de su razonamiento, evidenciando las convicciones que los inducen a admitir o rechazar una pretensión. No se exige que sean expertos en cuestiones lógicas, pero por lo menos pareciera que es inexcusable que se expresen de tal manera que demuestren haber observado las reglas que rigen el razonamiento judicial es una rama del razonamiento práctico, es decir, en cuanto conocimiento expresado acerca de la praxis. Y ello tiene que ver con la definición del derecho y con el objeto de la ciencia jurídica, que al ser una modalidad de la conducta humana versa sobre el conocimiento de dicha acción.

2.1.2.1.1. LA APRECIACION DE LOS HECHOS, LA VALORACION PROBATORIA y LA CASACION.

SENTIS MELENDO (1979), nos señala: *“Los hechos no se prueban: los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos”*.

La Parte procesal, no el Juez, formula afirmaciones; no viene a traerle al juez, sus dudas sino su seguridad –real o ficticia- sobre lo que sabe, no viene a pedirle al juez que averigüe

sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, verifique (ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad. De lo que se extrae la siguiente definición de prueba: *“Es la verificación –de afirmaciones- utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios –aportadas aquellas por los litigantes y dispuestos éstos por el juez- con las garantías jurídicas establecidas –ajustándose al procedimiento legal- adquiridas para el proceso –y valoradas de acuerdo a normas de sana crítica- para llegar el juez a una convicción libre”*.

El artículo 188° del CPC, prevé que la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juez. Como que el artículo 196, prescribe que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configura la pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos.

En consecuencia, la actividad del juez no solo consiste en fijar los hechos, los cuales una vez fijados pueden ser declarados probados o no (**con la actividad de valoración de la prueba**), además pueden ser interpretados de una u otra forma por el juez. Con lo cual tenemos que el trabajo probatorio del juez, **consiste también en interpretar los hechos¹⁶, objeto de valoración a partir de la prueba¹⁷**.

¹⁶ ALFARO VALVERDE, comentando el III Pleno Jurisdiccional en materia civil apunta que la Corte Suprema ha señalado que los jueces, pueden llegar a tal determinación, sobre la base de una “labor de interpretación” de los fundamentos fácticos (*causa petendi*) del escrito de demanda o de contestación, sobre el estado del perjuicio de uno de los conyuges, para que por pura gracia, se infiera automáticamente que también estaría peticionada una indemnización por tal situación; dicho de otra manera, **ahora los jueces en el caso concreto , no solo tendrán que interpretar normas jurídicas, sino también ¿deberá interpretar hechos?**. En efecto este trabajo interpretativo sobre los hechos. Se circunscribe específicamente en los siguientes supuestos (repetidos constantemente en la sentencia) “hechos claros o concretos” (...) esta labor puede ser riesgosa en su aplicación por cuanto de dicha hipótesis (hechos claros y concretos) pueden ingresar un sinnúmero de situaciones y arbitrio del juzgador.-Lima Gaceta Jurídica. Pág. 134-135.

¹⁷ La interpretación, consiste en asignar el verdadero sentido y alcance a la prueba (interpretación histórica) o al derecho aplicable (interpretación jurídica). Se trata por medio de la interpretación histórica de llegar a entender lo que el testigo afirmó (...). A través de la interpretación jurídica se intenta comprender que dispone el derecho aplicable. (...)

2.1.2.2.LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA CASACION.

El maestro DEVIS ECHANDIA (1984), señala que para entender el concepto de la carga de la prueba, es necesario distinguir dos aspectos:

i.- Por un lado, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica como debe fallar cuando no se encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales deben basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándolo al preferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de las pruebas de tales.

ii.- Por otro lado, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente le señala cuales son los hechos a que cada una le interesa probar (falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria), para que sean considerados como ciertos por el Juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

Así, en nuestra norma adjetiva civil vigente –como ya antes hemos referido- en su art. 196°, taxativa: “*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando nuevos hechos*”. En este entender la carga de la prueba –según la doctrina- impone que el actor debe probar sus hechos constituidos y afirmados en su pretensión y el demandado su excepción, el problema consiste en determinar a quién corresponde demostrar la “*existencia o inexistencia de los hechos investigados o discutidos*”, porque de su solución depende el sentido y el alcance de la sentencia.

Así, la Corte Suprema en la Sala Civil Permanente, en la Casación No. 261-99-ICA, ha señalado lo siguiente:

“(…) El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa; ciertamente, es menester mencionar que dicho derecho es mirado contemporáneamente como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros dos derechos fundamentales como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, y su infracción afectaría el orden constitucional (...). (...) el

mismo derecho, por tratarse de un instrumento que se materializa dentro de un proceso, está delimitando por una serie de principios que delimitan su contenido, entre los cuales, pueden mencionarse, los principios de pertinencia, idoneidad, utilidad, preclusión, licitud, contradicción, debida valoración, entre otros, que se hallan regulados algunos de forma explícita y otros de modo implícito, en los artículos ciento ochentiocho y siguientes del Código procesal civil”

De lo afirmado, podemos sostener que la **carga de probar**, es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio del cual se indica al Juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, pero indirectamente establece a cual de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables (H. Devis Echandia- 1984)

2.1.2.3.LA COSTUMBRE Y LA CASACION.

La costumbre es fuente de derechos, por tanto en el fondo constituye un elemento regulador de conductas humanas y por tanto, es una norma jurídica no escrita, para que sea objeto de un control casatorio, deberá tener las características de genérica y abstracta.

Juan Guillermo Lohman Luca de Tena, citado por Jorge CARRION LUGO (2003, pág. 111) , en relación a la costumbre señala lo siguiente:

“Por costumbre se conoce la permanente observancia en un lugar de ciertas maneras de actuar con relevancia y contenidos jurídicos, sin que el grupo que así obra sea compelido para hacerlo. De este modo, la constante repetición de la conducta acaba por convertirse en norma no escrita, pero observada por el común denominador. Llámese uso, en cambio, a la misma conducta establecida, digámoslo así, por voluntad popular y de modo reflexivo. Su contenido, en cambio, no es de carácter jurídico, sino ético, social, comercial o de otro orden. Tampoco tiene notas de coercibilidad como no sea de rechazo a la conducta desigual. Dicho esto, se aprecia que la costumbre es fuente de derecho como la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Los usos, antes bien, entran al mundo jurídico sólo en la medida en que la ley les reconozca cierta virtualidad”

En aquellos procesos que se encuentren sujeto a un control casatorio, respecto a la costumbre, deberá probarse su existencia y saber cuáles son sus características, como únicos medios para admitirla como una norma no escrita aplicable a un caso dado.

Así, los medios probatorios -a decir de Jorge Carrion Lugo- conforme a nuestro ordenamiento jurídico, deben tener por finalidad, entre otros, acreditar la costumbre cuando ésta sirve de sustento de la pretensión procesal (Art. 190° CPC). Si una norma jurídica consuetudinaria es transgredida, es perfectamente viable el control casatorio para corregir el error en que se haya incurrido, concibiéndose como un error *in iudicando*. Razón por la cual estas normas, son objeto de aplicación y de interpretación, por lo que no se puede negar su control en la vía casacional, pero no se puede negar su dificultad para probar la existencia de la costumbre como fuente de derecho, su contenido y sus alcances.

2.1.2.4.LOS NEGOCIOS JURIDICOS Y LA CASACION.

Las decisiones casatorias tiene estricta relación también con los actos jurídicos, que tiene que ver con los contratos y sus declaraciones de voluntad. Para el autor nacional –Jorge Carrión Lugo, ya mencionado- precisa que para CAPITANT, el contrato es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas con el objeto de crear vínculos obligacionales. Para el ordenamiento civil peruano el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial (Art. 1351° CC).

Añade el autor antes indicado, que los contratos, en los conflictos judiciales, por un lado, son objeto de calificación en cuanto a su naturaleza, alcances y efectos, y por otro, son objeto de interpretación en cuanto a su contenido. Los jueces de mérito, en las tareas de calificación e interpretación, pueden incurrir en errores o desaciertos.

Así, en materia contractual se podría tomar en cuenta una errónea interpretación de sus cláusulas, tanto en su conjunto como de algunas de sus estipulaciones, no se puede afirmar que se está tratando de reglas genéricas y abstractas que abarquen a personas más allá de sus celebrantes. En el recurso de casación, no se podría llegar a decisiones genéricas y

menos a principios genéricos y abstractos, en su propósito de uniformar la jurisprudencia, que es uno de sus fines.

Lo cierto es que, no es viable el recurso de casación tratándose de errores en la interpretación y aplicación de los contratos, dejando constancia en este extremo lo señalado por Vicente C. Guzman Fluja, citado por Carrion Lugo (2003), cuando anota lo siguiente:

“Debe excluirse cualquier intento de someter a los negocios jurídicos (contratos, estatuto de personas jurídicas, etc), cualquiera su índole, al control del TS equiparándolo a la Ley entre o para las partes que lo convienen, alegando por tanto la infracción de la ley contractual. Sin negar que los negocios jurídicos tienen el carácter de normas jurídicas de índole privada, calificarlos de auténticas leyes no pasan de ser un mezquino argumento, porque serian leyes particulares, aptas para regir y regular una concreta relación jurídica sin poder trascender a otras semejantes, a las que nunca podría alcanzar, porque está conformada por concretas voluntades individuales y específicas para el caso en el que se emanan”

Sin embargo, el tema antes señalado debe ser objeto de reflexión; pero nuestra norma adjetiva civil vigente, cuando regula el recurso impugnatorio extraordinario de casación, entre sus fines esenciales, se encuentra la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (art. 384°), sin lugar a dudas no comprende a los contratos, que contienen por su esencia normas singulares establecidas por sus celebrantes para sus relaciones particulares. **El derecho objetivo está conformado por el conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en un país determinado, donde la generalidad de las normas es su característica esencial.**

2.1.2.5. CONTROL CASATORIO DE LOS HECHOS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

El control de los hechos que conforman la relación material de la controversia y de la valoración de los medios probatorios, constituye una orientación dirigida a la realización de la justicia al caso concreto, en contraposición de la tendencia que concibe al recurso como un instrumento perfecto para controlar la legitimidad de las normas aplicadas en la solución de conflictos y lograr de ese modo la uniformidad jurisprudencial.

En doctrina -señala Carrión Lugo (2003)- que lo que se discute, en el recurso de casación, además de controlar la legítima aplicación de las normas jurídicas (**función nomofiláctica**) y lograr la unificación de los criterios de decisión judicial (**función unificadora**), es la de obtener la justicia en el caso concreto (**función justiciera**), recurriendo al efecto, entre otros, el control fáctico del proceso. Se señala con razón que el modelo español (**denominado impuro o “bastardo”**) es el que ha establecido esta última finalidad (**finalidad dikelógica**), **la que permite incluir en el control casatorio la valoración probatoria.**

Nuestra norma adjetiva civil vigente, ha adoptado el sistema puro u ortodoxo, sin embargo, jurisprudencialmente el recurso de casación, viene orientándose bajo los cánones del sistema denominado híbrido, impuro o bastardo (este último es el objeto de nuestra investigación jurídica).

Ahora bien, el **control de los hechos en general**, en los ordenamientos que lo admiten se sustenta en que en la realidad con frecuencia se presentan supuestos en los cuales el Juzgador incurre en error sobre la determinación o fijación de los mismos, sobre su apreciación o sobre su calificación jurídica; o incurre en error al apreciar o evaluar los medios probatorios actuados utilizados para acreditar los hechos. Esos errores referidos a los hechos podrían conducir a una discrepante subsunción de los mismos: una, la formulada por el actor en relación a la norma material invocada en su demanda, y otra, la desarrollada por el Juez en relación a la norma sustantiva que considera aplicable al caso. En tal situación, en contra de la razón, primará la del Juez, no obstante estar afecta por cualquiera de los errores antes anotados. En relación a los errores vinculados a los hechos y a la evaluación de los medios probatorios se ha desarrollado la **teoría del absurdo.**

El tratamiento jurídico del control casatorio de los hechos (fijación, interpretación y calificación jurídica) y de la evaluación probatoria es difícil y complejo. En materia litigiosa los hechos y el derecho son elementos inseparables. Así:

- a) El Código procesal civil, prevé que uno de los requisitos que debe contener la demanda es la descripción de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación jurídica del mismo (art. 424° incs. 6 y 7 del CPC).

- b) Igualmente establece que uno de los requisitos que debe contener la resolución judicial, es la relación correlativa enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, la que se sujeta –agrega- al mérito de los actuado y al derecho (Art. 122°, inc. 3 CPC);
- c) Del mismo modo regula que quien interpone apelación contra una resolución debe fundamentarla, indicando el error de hecho y de derecho en que se habría incurrido al emitir la decisión (Art. 366° del CPC).

En los procesos, es evidente que se puede incurrir en ERRORES DE DERECHO y en ERRORES DE HECHOS:

- i.- Si concebimos los hechos como realidades *externas* (como la ubicación de una cosa, la descripción de un objeto, etc), o *internas*, (como el estado mental de una persona, el sentimiento de un hombre, etc).
- ii.- EL ERROR DE HECHO LO CONCEPTUAMOS COMO UNA FALSA O DESACERTADA DESCRIPCION DE ÉL.
- iii.- EL ERROR DE DERECHO, GENERICAMENTE CONSISTE EN LA APLICACIÓN EQUIVOCADA DE LA NORMA JURIDICA A LOS HECHOS, EQUIVOCACION QUE PUEDE DERIVARSE DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA IMPERTINENTE, DE LA ERRONEA INTERPRETACION DE LA MISMA O DE SU NO APLICACIÓN.

Sin embargo, Juan Carlos HITTERS –citado por Carrion Lugo (2003)- respecto a la exclusión de la casación de temas referidos a la fijación de los hechos litigiosos y a la valoración probatoria, señala lo siguiente:

“No obstante, la fría regla expuesta (alude a la regla fijada como principio por las supremas Cortes de Buenos Aires y otras provincias de la Argentina, de que los Jueces de grado son soberanos en la fijación de los hechos litigiosos y en la valoración de las pruebas, las que estan excluidas del control casatorio) admite importantes excepciones, con lo que se demuestra el disimulado afán de la Corte (se refiere especialmente a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) de no desentenderse del todo de las cuestiones de hecho, ya que éstos en definitiva gobiernan la aplicación del derecho, y si los cimientos están mal, seguramente el edificio que se apoye en ellos padecerá del mismo defecto”

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, debemos tener la idea del VICIO DEL ABSURDO, que no es sino, algunos supuestos de una errada fijación o precisión de hechos, valoraciones absurdas o contrarias a la razón, conclusiones ilógicas derivadas de tales errores, etc, conducentes incluso para calificar las decisiones judiciales que contiene errores de ese tipo como arbitrarias, ASÍ:

- 1) Supongamos que en una resolución judicial se sostenga como probado que determinados testigos de un accidente de tránsito no estuvieron presentes durante la producción del evento dañoso, no atribuyéndoseles por tanto valor alguno a sus versiones dadas en sus declaraciones, no obstante que tales testigos en sus declaraciones prestadas precisan haber estado presente en el accidente, corroborándose esa versión incluso con lo que parece en el atestado policial respectivo. **Aquí se advierte una errada apreciación y fijación de los hechos, derivadas tal vez de una equivocada valoración probatoria.**
- 2) Supongamos, que en el dictamen pericial producido dentro del proceso sus autores hayan concluido en el sentido de que la firma del “suscribiente” de un documento ha sido falsificado y no obstante ello, el Juez en su sentencia consigna que en el proceso no se ha acreditado que dicha firma ha sido falsificada. **Este error puede derivarse de una deficiente evaluación de la prueba pericial, que ha conducido a una errada fijación de un hecho.**
- 3) Otro ejemplo, es el caso en que el Juzgador, luego de analizar las pruebas, determina que el actor, por ejemplo en un proceso de desalojo por ocupación precaria ha probado la alegada propiedad sobre el bien materia del proceso, y, no obstante ello, incongruentemente, declara infundada la demanda sosteniendo que el demandante no ha acreditado el dominio sobre el predio. **Este error puede derivarse de una deficiente apreciación de la prueba, que a su vez lo ha conducido a un razonamiento ilógico.**
- 4) Otro caso, sería que cuando en el razonamiento contenido en una sentencia el Juez sostiene como probado que el camión materia del proceso tiene capacidad para cargar hasta 30 mil kilos, y sin embargo, en la misma resolución, concluye absurdamente que el vehículo no tiene la capacidad suficiente para cargar 10 mil kilos de mercadería, sin ninguna explicación

razonable. **Aquí puede estar presente una errónea apreciación de las pruebas y un equivocado razonamiento.**

- 5) Otro hecho, es el caso que en un proceso de desalojo, el juez, al sentenciar, sólo toma en consideración los medios probatorios que conducen a desamparar la demanda y, por tanto, para desamparar la demanda, deja, absurdamente de lado los medios probatorios actuados que perfectamente acreditan los fundamentos de la demanda y, por tanto, para declararla fundada. **Aquí podríamos estar frente a un error de hecho en relación a los medios probatorios.**

Las incongruencias anotadas, significan en el fondo contravenciones de las reglas del buen razonamiento, de las leyes de la lógica, del propio sentido común.

Otra cosa, es que no obstante la correcta apreciación de los hechos o la eficiente valoración de medios probatorios utilizados para probar esos hechos, efectuada por el juez, éste no llega al convencimiento sobre la veracidad de los hechos en los términos alegados, por ejemplo, por el demandante. **El efecto del absurdo debe ser**, de otro lado, inaceptable, intolerable, inadmisiblemente racionalmente y de trascendencia en la decisión emitida por el órgano judicial. La Sala de Casación, deberá demostrar técnica y cuidado al calificar la una resolución para determinar si ella contiene o no un vicio derivado del **absurdo vinculado a los hechos y a los medios probatorios.**

LA ABSURDA VALORACIÓN PROBATORIA CONDUCE INEQUÍVOCAMENTE A UNA DECISIÓN JUDICIAL ARBITRARIA.

2.1.2.6. CONTROL CASATORIO DE LA VALORACION DE MEDIOS PROBATORIOS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La valoración de los medios probatorios, constituye la fase culminante de la actividad probatoria, para ello existen una serie de principios aplicables al mismo. Sin embargo, la prueba actuada mediante fraude en el proceso carece de eficacia, puesto que con ello se estaría atentando contra el principio de lealtad, probidad y veracidad en materia probatoria.

El error en la calificación de los hechos conduce al error de subsunción, que es una tarea netamente jurídica. Ese error de calificación de los hechos puede corregirse también acudiendo al recurso de casación en los ordenamientos jurídicos procesales que no se afilian al sistema casatorio puro u ortodoxo.

Establecer que una cosa es el control casatorio de la valoración probatoria efectuada por las instancias de mérito y otra el control casatorio de la fijación, apreciación y calificación jurídica de los hechos aportados al proceso utilizándose precisamente los medios probatorios.

Nuestra norma adjetiva civil vigente, establece que los *“los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”* (art. 188° del CPC). El ordenamiento procesal señalado, distingue meridianamente lo que son los medios probatorios de los hechos que son acreditados precisamente usándose esos medios.

Finalmente, cualquiera sea el objeto de la prueba, el juzgador, para resolver el conflicto de intereses sometido a su decisión, proceda a la evaluación de los elementos probatorios y de ese modo fije los hechos, los aprecie y los califique jurídicamente. El Juez, en consecuencia de esa labor llega a la convicción o a la certeza de los hechos, y en base a ese convencimiento dirime la controversia.

En efecto, el sistema puro de casación ha merecido algunas atenuantes, en el sentido de permitir la revisión de la razonabilidad aplicada por el Juez de mérito en la apreciación de los elementos probatorios, en atención a que los vicios que acaecen a desarrollar tal actividad originan en muchos casos errores, que a su vez imposibilitan la correcta aplicación de la norma jurídica. El error puede producirse, como se ha indicado, en la fijación, apreciación y calificación del hecho acreditado o en la calificación jurídica de los hechos y de la valoración probatoria ejecutada por los jueces de fallo, con lo que se propicia indirectamente una correcta aplicación del derecho material. Esto ocurre como se ha señalado en los sistemas casatorios que propician la justicia en el caso concreto.

En el I Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado del 7 al 9 de agosto de 1996, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Prof. Nelson Ramirez Jimenez, hizo una propuesta muy interesante, que a la larga sirvió de base para el debate respectivo y para llegar a una de las conclusiones en relación al recurso de casación. La propuesta se formuló en los siguientes términos: *“Que la Suprema Corte, actuando en Casación, sea legitimada legalmente para conocer los hechos que sustentan el agravio, siempre que el caso constituya una manifiesta arbitrariedad por afectación de la actividad probatoria. En todo caso, llamar la atención de la Suprema Corte para que se sienta legitimada a conocer los hechos que sustentan las sentencias arbitrarias por constituir una violación del debido proceso”*. El Congreso llegó, en efecto, a la siguiente conclusión:

“El recurso de casación en la áreas de orden civil y laboral, como está regulado en el Código Procesal Penal Peruano aprobado por el congreso de la República, debe extender su control a la calificación y evaluación de los hechos aportados al proceso efectuada por las instancias de mérito, en el supuesto que se manifiesta la arbitrariedad o el absurdo en la apreciación de los mismos, así como también a la correcta observancia de los criterios de valoración probatoria establecidos por la ley. Debe proponerse, por tanto, la normatividad pertinente. Entre tanto, en defecto de la ley, las Salas de Casación, subsumiéndolo dentro del marco de la violación de las garantías del derecho al debido proceso, deben hacer viable el recurso en base a las motivaciones anotadas”

2.1.2.7.EL CONTROL CASATORIO DE LA LOGICIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

La Casación sirve también como mecanismo de control de LOGICIDAD de las resoluciones judiciales o jurisdiccionales. En este sentido se puede invocar como causal del recurso de casación, la falta de fundamentación o la deficiente o aparente fundamentación de la resolución judicial; la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de una resolución emitida por un organismo jurisdiccional, etc.

Jorge R. Gonzales Novillo y Federico G. Figueroa citado por CARRION LUGO (2003), señalan lo siguiente:

“La fundamentación de la sentencia exigida por la Ley y la Constitución tiene como estructura los razonamientos realizados, con arreglo a las pruebas incorporadas al proceso, en los cuales el tribunal finca su conclusión, la cual, por la vía del recurso de casación, puede ser sometida al control de logicidad de aquella motivación”

El control de logicidad, tiene por objeto el control de las propias decisiones judiciales. Se refiere a la carencia, a la insuficiencia, a la apariencia, o a la deficiencia de motivación. Podríamos decir que nos encontramos frente a una violación del principio de razón suficiente, porque hay insuficiencia de razones fundantes.

El rigor lógico constituye asimismo una cualidad importante del razonamiento correcto, que se refleja naturalmente en estricta aplicación de las leyes de la lógica, ya sea de la tradicional o de la dialéctica, rigor que depende en gran medida también de la claridad y precisión de nuestras ideas impresas en la resolución.

La doctrina señala, que frente al rigorismo lógico, que puede conducirnos a la rigidez del razonamiento, que puede llegar a ser negativo, es necesario implementar igualmente la flexibilización en esa actividad y propiciar que el razonamiento sea dinámico.

Si bien es cierto que dentro del sistema casatorio ortodoxo la apreciación valorativa de los elementos probatorios aportados al proceso y las conclusiones fácticas sobre ellos a que ha llegado el Juez, no deben ser cuestionadas en casación, sin embargo, como se ha apuntado , anteriormente, debe estar sujeto a control casatorio el camino lógico que ha seguido el Juzgador en su razonamiento, el que se halla contenido en su resolución, para evitar naturalmente el vicio lógico en que pueda haber incurrido en la fundamentación de su decisión.

La Sala de Casación, deberá examinar no sólo si los juzgadores de mérito en su sustentación han observado las reglas fundamentales de la lógica, que son las que gobiernan la elaboración de los juicios y las que dan la base cierta para determinar cuáles juicios son verdaderos y cuales son falsos, sino también si el razonamiento se ha producido dentro de las condiciones que se ha señalado para un correcto razonamiento.

Es que la lógica, es un instrumento indispensable del conocimiento humano, no sólo porque gracias a ella podemos alcanzar un gran número de verdades que la observación directa de los fenómenos no nos permite alcanzar, sino también porque las relaciones lógicas entre los juicios constituyen la estructura básica de todo conocimiento auténtico.

PIERO CALAMANDREI, (1961, pág. 467) es el autor de la frase *control de logicidad de las resoluciones judiciales*. Este procesalista italiano, señalaba:

“(...) la sentencia es un juicio lógico, esto es, un acto de la inteligencia. El Estado cuando ha investido al juez del poder soberano de proclamar autoritariamente lo que en el caso concreto quiere la ley, ha confiado al Juez como una provisión de potestad de mando, de la el Juez puede hacer uso en cada caso para formular en concreto la voluntad que en la ley está expresada solamente en forma hipotética y abstracta; el Juez no se sirve solamente de la facultad de raciocinio que es necesaria y suficiente a todo intérprete que ha de enfrentar un hecho específico y concreto con el hecho hipotético y abstracto descrito por la ley; pero cuando de su argumentación de intérprete que razona nace finalmente una conclusión, solamente entonces, como órgano de Estado, impone a este producto de una argumentación lógica, el sello de autoridad del Estado y, solamente entonces, dejando de lado los instrumentos de la lógica jurídica que le ha servido hasta aquel momento para seguir adelante en su trabajo, poner en práctica el poder de mando que hasta aquel momento tenía en reserva, para transformar en voluntad del Estado el producto de su razonamiento, para infundir oficialmente en aquella conclusión de un silogismo común el espíritu de la autoridad, que pueda hacer de ella una sentencia”

JORGE W. PEYRANO (1978), en relación al control de logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales, señala lo siguiente:

“Hoy se habla sin embarazos del control de logicidad de las resoluciones judiciales y de la posible impugnación de estas a raíz de violaciones cometidas contra las leyes del buen pensar. Tanto es así que, recientemente, uno de los temas centrales de un certamen científico –Terceras Jornadas de derecho procesal desarrolladas en Barcelona, entre el 30 de noviembre y el 1º de diciembre de 1990- fue el recurso de casación y el control sobre el razonamiento jurídico. Vale decir que está revalorizando el rol que le incumbe cumplir a la Lógica Formal en el recinto de lo jurisdiccional, y específicamente en el de la confección de las decisiones judiciales. Y está bien que así sea puesto que, por

ejemplo, las motivaciones contradictorias entre sí determinan que, en los hechos, la resolución respectiva carezca de debida fundamentación pese a las apariencias”

De lo señalado no podemos perder de vista, que un principio lógico que tiene que ver con el control de logicidad de las resoluciones judiciales, es el principio lógico de la razón suficiente, cuya inobservancia constituye una causal para invocar el ejercicio del control de logicidad de las decisiones jurisdiccionales.

Si bien en la casación se sustenta en términos generales, en errores *in procedendo* y en errores *in iudicando* (los primeros se dan en la aplicación de la ley procesal, la cual impone la conducta al juez y las partes en el desenvolvimiento del proceso; los segundos se dan en la aplicación de la ley sustantiva, con la que se resuelve el conflicto de derecho planteado en el proceso), sin embargo, pueden presentarse casos, los que son frecuentes, en donde la sentencia **no esta fundada en razones o lo está insuficiente o defectuosamente**, casos en los cuales entramos en los que OLSEN A. GHIARADI – Citado por Jorge Carrion Lugo(2003) – llama errores *in cogitando*.

Vicente C. Guzman Fluja, citado por Carrion Lugo (2003, pág 187), privilegiando el control indirecto de los hechos mediante el control de la motivación de las resoluciones, en relación a los errores *in cogitando*, señala lo siguiente:

“A través del control ejercitado sobre la motivación fáctica, el TS (Tribunal Supremo español) fiscaliza la existencia de elementos suficientes para llevar a cabo su control de derecho, ya que éste tiene como premisa indispensable la base proporcionada por un juicio fáctico completo y adecuado a las leyes de la lógica. A través de este control de “logicidad” el TS efectúa un examen para comprobar que no existen los llamados errores “in cogitando”, esto es, para comprobar el razonamiento efectuado por los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista de las leyes de la lógica, controlando el uso (y la adecuación de ese uso) de las reglas que rigen el pensar. Ciertamente, el control sobre la lógica y complitud del juicio de hecho implica un contacto del TS con los elementos fácticos del litigio, razón por la cual se puede afirmar que es un elemento de control indirecto de los hechos. De ahí la necesidad de establecer unos rigurosos límites”

Lo cierto que en el Perú, los errores lógicos de las resoluciones judiciales han sido corregidos y siguen corrigiéndose, calificándolos como errores formales o errores *in procedendo*. Conforme al Código Procesal Penal peruano, la falta de logicidad de una resolución podría haberse corregido alegándose contravención de una garantía del derecho al debido proceso o proceso lícito. En el campo civil, bajo el amparo de la causal prevista por el inciso 3 del artículo 386° del Código Procesal Civil (*inobservancia de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso*), se pueden esgrimir supuestos que tienen que ver con el control de logicidad de las resoluciones judiciales, como los siguientes:

- * Que, la resolución contenga disposiciones contradictorias entre sí,
- * Que, la sentencia contenga una disposición *infra petita, ultra petita o extra petita*;
- * Que, la resolución contenga una deficiente, insuficiente, o Parente fundamentación o simplemente carezca de fundamentación, etc.

Finalmente, debemos precisar que las resoluciones judiciales, deben sustentarse en razonamiento lógico-jurídicos claramente determinados, con argumentos correlacionados lógicamente y con estructura coherente.

2.2 MARCO CONCEPTUAL (DEFINICIÓN DE TÉRMINOS)

2.2.1. APELACIÓN

El término apelación se deriva del latín “apellare” que significa “pedir auxilio”. Es una palabra utilizada en el contexto jurídico, para definir al medio de impugnación, por medio del cual, se busca que un tribunal anule o enmiende la sentencia dictada por otro de inferior jerarquía, por considerarla injusta. Dentro del ámbito judicial, existen diferentes instancias estructuradas en forma jerárquica. Esto quiere decir, que la decisión de un órgano jurisdiccional puede ser reexaminada por uno de mayor rango. Cuando un juez emite un dictamen judicial, es probable que exista inconformidad por alguna de las partes involucradas; cuando ocurre esto, lo más usual es que la parte inconforme introduzca el recurso de apelación, solicitando a un órgano

superior revisar la sentencia y si considera que tiene alguna imperfección o falla, la corrija en consecuencia.

2.2.2. AUTONOMÍA JUDICIAL

La independencia y responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional es un principio –garantía constitucional– que permite a los órganos jurisdiccionales que en el ejercicio de su función no puedan verse afectados por las decisiones o presiones extra-jurisdiccionales, ajenas a los fines del proceso. La independencia del Poder Judicial no solo debe estar referida al manejo autónomo de su estructura orgánica, sino fundamentalmente a la autonomía de la decisión de los magistrados, es allí donde se verifica la real independencia de los órganos jurisdiccionales.

2.2.3. CASACIÓN

El concepto de casación se utiliza en el ámbito del derecho con referencia al acto y el resultado de anular o de casar (en el sentido de derogar o abolir). Se llama tribunal de casación a aquel que trata posibles infracciones cometidas en fallos o falencias en los procesos vinculados a las pruebas o los hechos juzgados.

También llamado corte de casación, este tribunal se encarga de resolver los recursos de casación, que buscan la anulación de una sentencia. La pretensión de anular el fallo judicial se debe a una aplicación o una interpretación indebida de la ley, o a que la resolución judicial deriva de un proceso que no haya respetado los requisitos legales.

2.2.4. CORTE SUPREMA

La corte suprema o tribunal supremo, representa el máximo ente de justicia de un país o región, por lo tanto, se estaría hablando del tribunal de última instancia, las

decisiones que se toman allí no pueden ser impugnadas. No existe un órgano mayor que él dentro del ámbito judicial. Su función principal es la de interpretar la constitución y supervisar la constitucionalidad de las leyes y los fallos judiciales.

Otras de sus funciones son: la de juzgar al presidente y a los altos funcionarios. Actuar como tribunal de casación. Investigar y juzgar a los integrantes del congreso o parlamento. Igualmente tiene la facultad para enjuiciar, por los hechos punibles que se le atribuyan, previa acusación del fiscal general del Estado, a los ministros del despacho, al Defensor del Pueblo, al Procurador General, al Contralor General de la República, a los Gobernadores, entre otros.

2.2.5. IGUALDAD

Tamayo y Salmoran agrega que “la idea de igualdad dentro del mundo del derecho puede ser considerada en dos aspectos fundamentales: 1) como un ideal igualitario, y 2) como un principio de justicia. Estos dos aspectos de la idea de igualdad aparecen (...) en la noción de garantía de igualdad propia de la dogmática constitucional” (IIP, diccionario mexicano, p. 15)

2.2.6. GARANTIA PROCESAL

Las garantías procesales son los modos de cumplir con los principios de seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de equidad, para asegurar la garantía más general del debido proceso, y evitar que el Estado en ejercicio de su poder punitivo avasalle derechos fundamentales de sus habitantes.

2.2.7. LEGALIDAD

Gonzales Ruiz señala que la legalidad es “característica propia y necesaria del orden jurídico, de la que se deriva el principio que establece que la conducta de los hombres en sociedad - como particulares o como órgano de Estado - debe ser como lo prescriben las normas jurídicas” (L1P, diccionario mexicano p. 18)

2.2.8. LEGITIMIDAD

Gonzales Ruiz señala que la legitimidad “puede ser utilizada como sinónimo de legalidad, sin embargo, suele ser más usada añadiéndosele la carga ideológica de estar fundada en un derecho natural (en sentido subjetivo), a diferencia de la legalidad, que tiene un sentido más formalista. En la ciencia política es utilizada como fundamento del poder público cuando el gobernante lo ejerce en conciencia de sus derecho a gobernar y los gobernados reconocen de alguna forma este derecho” (L1P, diccionario mexicano p. 29)

2.2.9. MEDIO DE PRUEBA

Son los elementos o instrumentos que utilizan los litigantes para convencer al juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos contenidos en las alegaciones. También se utiliza esa expresión para significar el contenido de los referidos elementos, utilizándose entonces la denominación de fuentes de prueba. Se habla de prueba personal para referirse a la prueba directa que utiliza la persona (testigo, perito, confesión); la prueba real es la prueba directa o inmediata que utiliza cosas (documental, monumental). Dentro de estos medios genéricos de prueba caben todas las variedades que los litigantes pretendan utilizar, ya que la ley adjetiva no limita expresamente los medios de prueba.

2.2.10. VALORACIÓN

El Código Procesal Civil sigue la doctrina moderna en materia de valoración de la prueba de la valoración razonada o libre valoración o sana crítica. El sistema de sana crítica es un proceso racional en el que el juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso. Significa la libertad arreglada del juez a través de cauces de racionalidad que tiene que justificarla utilizando el método analítico: estudiar la prueba individualmente y después la relaciona en su conjunto.

El artículo 197° del Código Procesal Civil, establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta utilizando su apreciación razonada; sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

2.3 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1 TESIS

Antecedente 1°

El primer antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ORDINARIO*”. La autora es MELISA MORALES ALVARADO, quien presentó dicha investigación en la Universidad Rafael Landívar en el año 2014. Sus principales conclusiones son:

- i.** Nuestro sistema procesal civil y mercantil únicamente tiene regulados dos sistemas de valoración de la prueba, son a saber: prueba tasada y sana crítica. Ambos sistemas de valoración, son utilizados en las sentencias que

deciden los juicios ordinarios, por el tipo de medio de convicción que se analiza. La parte de la sentencia, en la que se valora la prueba generada, es de tal importancia, que de ella depende el análisis del fondo del asunto o el del derecho cuestionado.

- ii.** Las sentencias no son claras y entendibles, por lo menos en el objeto de estudio o en la parte considerativa o de análisis en cuanto a la valoración de la prueba aportada por las partes contendientes, porque no existe la motivación o el razonamiento adecuado en dicho aspecto; siendo analizadas o estudiadas, en forma generaliza y superficial; y, entonces, su valoración resulta deficiente o defectuosa. En ese sentido, el grado de cumplimiento de las disposiciones legales también resulta incompleto; llegándose al punto, que uno de los órganos jurisdiccionales objeto de estudio, ni siquiera cumple con separar en un considerando el aspecto de valoración propiamente, lo cual resulta haciéndolo en el considerando del fondo del asunto, ya señalando expresamente la forma de valorar, o simplemente por deducción o tácitamente, al consignar los extremos que se comprueban con tal o cual prueba; existiendo, por lo tanto, deficiencia en los aspectos legales, cuanto más en los doctrinales, pues, casi no existe una consideración teórica. Obviamente, sí no existe una valoración adecuada y mejor dicho explicada, esto incide en la falta de comprensión de sus otros componentes, especialmente, el del fondo del asunto; llegándose al colmo, que en algunas oportunidades, entre el aspecto valoración y consideración de fondo, existe contradicción e incongruencia, pues en uno de los casos, en el que precisamente se pretendía nulidad de unos documentos, en la consideración de su valoración se les da valor; y,

ya en el análisis del fondo, resulta, concluyéndose que son nulos. Lo anterior, señala que en algunas ocasiones no existe una valoración y consideración conjunta o integral de los medios de prueba.

- iii.** Los medios de prueba más utilizados en los juicios ordinarios, son declaración de las partes, reconocimientos judiciales y documentos; ofreciéndose siempre el de presunciones. Pareciera que tratándose de las declaraciones de las partes, de las declaraciones de los testigos y los reconocimientos judiciales, por la forma de apreciarlas, su valoración se basa sobre el instrumento que las contiene, el acta, y no precisamente a su contenido o lo que se declara para las dos primeras y lo que se constata para los últimos. Efectivamente, en relación a dichas pruebas, se valoran de acuerdo con la fórmula expuesta por el legislador para los documentos o para la prueba que debe valorarse bajo el sistema tasado (haber sido prestadas legalmente ante juez competente en el ejercicio de sus funciones, con las formalidades de ley y no haber sido redargüidas de nulidad o falsedad); pero de acuerdo con la ley, las mismas deben ser estimadas por el otro sistema, el de sana crítica; tomándoseles, erróneamente, como si fueran documentos propiamente y presentados por las partes, cuando en realidad, si bien están documentados en un acta o en un documento, estas han tenido su génesis u origen ante el juez y resultan siendo actuaciones judiciales y no documentos propiamente. En ese sentido, hay que distinguir entre las formalidades o requisitos que deben cumplirse en la producción de una prueba y su apreciación de acuerdo a los sistemas que la ley impone, según sea el caso. Se indica lo anterior, porque se da valor a las pruebas, más, porque en su producción se cumplieron los requisitos

de ley, tales como que han sido prestadas o recibidas por juez competente, o en las que se cumplieron las formalidades de ley, o por estar autorizadas por juez competente en cumplimiento o ejercicio de sus funciones; cuando lo que debe valorarse en estos casos, es su contenido; y, en este, se imponen reglas de sana crítica, un razonamiento crítico, lógico, objetivo, de experiencia, de vivencia, de realidad.

Al respecto, una cosa, es desechar al momento de dictar una sentencia una prueba porque no se observaron las exigencias establecidas en la ley para su generación o producción; y, otra, es valorarlas, concediéndoles poder probatorio o desestimándolas como tales. Fundamentalmente, en la valoración de los medios de prueba, que deben apreciarse de acuerdo al sistema de sana crítica razonada, se omite por completo señalar cuáles han sido las reglas lógicas o las operaciones lógicas y las máximas de las experiencias físicas, morales, psicológicas o científicas, que se aplican. En cuanto a dichos medios de prueba, que deben ser confrontados a reglas lógicas y de experiencia, únicamente se señala que se han valorado de acuerdo a las mismas. En síntesis, no es sana crítica razonada, señalar que un medio de prueba debe producir convencimiento únicamente porque en ella se cumplieron las exigencias de ley, porque fueron autorizadas por juez competente en ejercicio de su cargo o porque no fueron redargüidas de nulidad o falsedad.

Antecedente 2°

El segundo antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “EL USO INDEBIDO DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO INSTRUMENTO

PROCESAL EXTRAORDINARIO EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA PERUANA”. La autora es Yngrit Hermelinda Garro Vásquez, quien presentó dicha investigación en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega en el año 2016. Sus principales conclusiones son:

- i. Los datos obtenidos como producto del estudio permitieron determinar que la existencia de resolución impugnada por el justiciable, afecta la debida interpretación y aplicación de las normas jurídicas.
- ii. Los datos obtenidos y posteriormente puestos a prueba permitieron establecer que el apartamiento inmotivado del precedente judicial, incide en la capacidad de análisis de los fundamentos de hecho y derecho.
- iii. Se ha determinado que la existencia de Autos expedidos por las Cortes Superiores en revisión poniendo fin al proceso, influye en la satisfacción del justiciable por el debido proceso.
- iv. En conclusión, los datos obtenidos y posteriormente puestos a prueba demostraron que el uso indebido del recurso de casación como instrumento procesal extraordinario, afecta significativamente el sistema de administración de justicia en el Perú.

Antecedente 3º

El tercer antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO”. La autora es Angélica Amparo Godoy Estupe, quien presentó dicha investigación en la Universidad San Carlos de Guatemala en el año 2006. Sus principales conclusiones son:

- i.** Nuestro ordenamiento jurídico requiere que los jueces miembros del Tribunal de Sentencia apliquen la sana crítica en la valoración de la prueba, lo cual los obliga a presentar una discusión final analítica basados en el sentido común, en principios psicológicos y en las reglas de la lógica. El juez deberá reflejar el mayor grado de objetividad al emitir la sentencia, actuar de otra manera sería irreal.
- ii.** Los principios de la sana crítica permiten que, las personas que tienen a su cargo juzgar y decidir, no sean afectados por el sentimentalismo o la arbitrariedad, y que resuelvan el conflicto penal que se les plantea fundamentando su razonamiento. Los autos y las sentencias deberán ser motivadas, aspecto importante en un estado de Derecho cultivando de esta manera el respeto a las decisiones judiciales.
- iii.** Al evaluar las pruebas es conveniente demostrar las razones de duda que puedan debilitarla o de certeza que permitan determinar claramente la decisión a la que se llegó, siendo imperante la necesidad de fundamentar la sentencia haciendo una valoración objetiva en todos los aspectos de la misma. La motivación requiere que el juez describa el elemento probatorio y realice su valoración crítica, de lo contrario la resolución podría ser arbitraria e improvisada.
- iv.** La única prueba valorable en la sentencia es la practicada en el juicio oral, sin embargo, ello representa un llamado constante a la reflexión y análisis a los miembros del tribunal a través de decirse así mismos en el momento preciso de dictar la sentencia: “Tu fallas como tu inteligencia..., razonaré la prueba de acuerdo con mi experiencia de la vida, con los principios

propios de la sana crítica razonada, y los inherentes al derecho procesal”,
obteniendo una prueba directa y objetiva.

2.3.2 ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS

Artículo 1º

El primer artículo especializado lo constituye el artículo “*EL RECURSO DE CASACION EN EL PERÚ*”. El autor es Carlos Glave Mavila, quien plasmó dicho artículo en la Revista de la Institución Derecho & Sociedad, N° 38.

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.

Artículo 2º

El segundo artículo especializado lo constituye el artículo “*CORRECTA VALORACION DE LAS PRUEBAS*”. La autora es Rosaura Barrientos Corrales, quien plasmó dicho artículo en la Revista Foro, Irapuato, Guanajuato, México.

La valoración de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental, de gran importancia en todo proceso y, más aún en el proceso penal, puesto que de ella depende que el tribunal llegue o no a una certeza; es decir va a determinar el carácter

absolutorio o condenatorio de la sentencia para el acusado. Porque precisamente, al momento de la valoración de las pruebas el Juez no solo pone al servicio del Estado su intelecto y raciocinio, sino incluso su honestidad como persona. Entonces, la valoración de la prueba determina el resultado de la práctica de los medios de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión que la prueba practicada por las partes logró sobre el juzgador. Porque además, la apreciación probatoria se da desde el momento en que el Juez tiene contacto con el medio de prueba, porque desde ese instante se irá formando su juicio acerca de la credibilidad y la eficacia de cada medio de prueba, para al final confrontar todas las pruebas receptadas, depurarlas y tomar una decisión, esto es valorarlas en conjunto para sentenciar en base a la convicción lograda luego de dicha valoración.

Estableciendo que debe considerarse como pruebas y los tipos de objetivos que con ellas se pretenden. De ahí entonces que al valorar los medios de convicción debe analizarse el sistema que se sigue, el cual puede ser libre, tasado o mixto. Podemos decir que en el sistema libre apreciación de la prueba el Juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación; no es la ley quien fija el valor de la prueba, es el juzgador. Mientras que en el sistema de la prueba tasada, la ley fija de manera determinada el valor de la prueba; con lo que se pretende evitar arbitrariedades por parte del Juzgador.

CAPITULO III

3. HIPOTESIS Y CATEGORIAS

3.1 HIPOTESIS DE INVESTIGACION

Existen razones de orden jurídico y factico que justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

3.2 CATEGORIAS DE ESTUDIO

TABLA N° 1

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS
1° Valoración de medios de prueba.	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Función- Regulación normativa
2° Recurso extraordinario de casación.	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Requisitos- Regulación normativa

CAPITULO IV

4. METODOLOGIA

4.1 TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El estudio que pretendemos realizar se conducirá metodológicamente por los siguientes instrumentos metodológicos:

TABLA N° 2

Enfoque de investigación	Cualitativo: Nuestra investigación se basa en el análisis de información recabada documentalmente para establecer conclusiones que argumenten nuestra hipótesis de trabajo.
Tipo de investigación jurídica	Dogmático propositivo: La investigación aborda un problema para plantear una propuesta de solución de carácter jurídico.

Fuente: Elaboración del autor.

4.2 UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO

La unidad de análisis de nuestro estudio está referida a la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.

4.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

4.3.1. Técnicas: La técnica fundamental que aplicaremos en nuestro estudio es la del análisis documental.

4.3.2. Instrumentos: El instrumento que corresponde a las técnicas elegidas son la ficha de análisis documental.

4.4 PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE DATOS

Luego de aplicar las fichas de análisis documental se procedió a la limpieza de datos con el fin de seleccionar la información para ser procesada. Al concluir esta acción se inició el procesamiento en la forma que se indica:

a. Análisis:

Este momento consistió en seleccionar los datos más importantes, de relevancia jurídica y buscar una breve explicación a los resultados de acuerdo a nuestros objetivos planteados para la investigación. A partir de ello se estableció conclusiones y luego se formularon las sugerencias.

CAPITULO V

5. PRESENTACION DE RESULTADOS

5.1 ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES QUE JUSTIFICAN ESTABLECER LA POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VALORE MEDIOS DE PRUEBA, COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

Son argumentos jurisprudenciales, para el presente trabajo de investigación:

1° Casación Nro. 1600-2002/Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, págs. 10053-10054.

(1) “(...) *La presencia de una valoración de los medios probatorios que de modo evidente incumpla las reglas previstas por el Ordenamiento Procesal civil comporta la afectación del derecho al debido proceso y puede ser denunciada como tal, vía recurso de casación; empero, de un lado, debe de indicarse expresa y rigurosamente cuáles son los elementos de dicha indebida valoración, dado que (...) la Sala de Casación no es una instancia de fallo; y de otro lado, dicha Sala se limitará, en caso de configurarse el agravio, a observar la existencia de dicho incumplimiento disponiendo la renovación del acto procesal afectado y*

serán las instancias de fallo que saneando la deficiencia, les lleve de acuerdo a una mejor valoración a concluir de modo distintos o a ratificar la decisión anterior en todo en parte (...)”

Comentario:

Adviértase del contenido jurisprudencial anotado, que queda implícita la falta de valoración de medios probatorios, que no siendo la Corte Casación, una instancia de fallo, se pronuncia en este extremo, debido a que es evidente el incumplimiento del ordenamiento jurídico procesal al respecto, en consecuencia existe una indebida valoración –de medios probatorios- que podríamos señalar como un acto de arbitrariedad (teoría que sustenta la presente tesis de Investigación).

2° Casación Nro. 3889-2000/Lima, publicada en el diario oficial El Peruano el 02-09-2002, págs. 9145-9146.

(2) *“(...) la casación, en su finalidad principal, de ser un medio del control nomofiláctico de las resoluciones judiciales, también comprende el control para evitar la violación de normas y principios que regulan lo relativo a los medios probatorios, cumpliendo así el recurso con la finalidad dkelógica que la doctrina bien impulsando (...)*”

Comentario:

Conforme hemos desarrollado a través de la presente investigación, los medios probatorios dentro del proceso judicial, son aquellos elementos o instrumentos que utilizan los justiciables para crear convicción y certeza jurídica al juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos contenidos en sus pretensiones. La transgresión de

las normas en cuanto a su valoración, además de sus principios, constituirá en esencia la arbitrariedad en la decisión jurisdiccional, y como tal injusticia en la resolución judicial, permitir ello por no estar inserta dentro de las causales de casación, transgrede el control nomofiláctico y fin dkelógico, que persigue la casación en el Perú.

3° Casación Nro. 2553-2000/Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6680.

(3) “(...) *Los errores de la apreciación de la prueba pueden denunciarse (en casación) a través de los errores in cogitando invocando la infracción de los principios lógicos del razonamiento judicial o de los principios del derecho probatorio (...)*”

Comentario:

Este criterio resolutivo supremo advierte en su contenido los errores *in cogitando* e *in procedendo*, además de los errores en la apreciación de la prueba, razón de ser de la presente investigación y además el sustento de que existe la posibilidad constitucional de la valoración probatoria en sede constitucional, aunque ya esta se viene produciendo jurisprudencialmente.

4° Casación Nro. 1948-98/Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-1999, pág. 2361.

(4) “(...) *La arbitraria evaluación de la prueba por el inferior ha originado un fallo que se caracteriza por presentar que se caracteriza por presentar una motivación aparente que no corresponde a los criterios legales ni para la*

selección del material fáctico ni para la apreciación lógica y razonada de la prueba, caso en el que la Sala de Casación no puede estar impedido de revisar la actividad procesal en materia de prueba cuando se ignoren o deforman los hechos relevantes de la controversia. (...)”

Comentario:

Esta casación nos demuestra que la arbitrariedad en sus diversas formas procesales, se encuentra plasmada en las resoluciones judiciales, sean inferiores o de grado, en consecuencia el sustento doctrinario de la posibilidad constitucional en la valoración de los medios probatorios, se halla materializado.

5° Casación Nro. 839-2003/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2004, pág. 11559.

(5) “(...) Si bien es cierto que la Sala de Casación, atendiendo a las finalidades *dikológica* y *axiológica* de este recurso extraordinario (casación), excepcionalmente revisando caso por caso, **puede entrar al reexamen de las pruebas, ella sólo es posible cuando hubiese un error patente o una decisión arbitraria (...)**”

Comentario:

Ciertamente, la Corte de Casación no puede actuar como instancia de fallo, sin embargo, si se advierte de la decisión jurisdiccional, arbitrariedad en el razonamiento jurídico, que establezca tal grado de injusticia, excepcionalmente, se puede efectuar el reexamen de las pruebas, posibilidad constitucional que queda abierta, como un derecho fundamental del justiciable.

6° Casación Nro. 1500-03/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2004, pág.s 11826-11827.

(6) “(...) *El cargo de **indebida apreciación de las pruebas**, para ser admitida (sic-lease admitido) se requiere que el recurrente demuestre la arbitrariedad en la apreciación de éstas y cómo la supuesta prueba admitida y no apreciada puede modificar la relación de hecho a la que arribado el juez (...)*”

Comentario:

Este Criterio Jurisprudencial, esta dentro de la manifestación de la arbitrariedad (*formas en las que se presentan los supuestos de arbitrariedad*), y **sobretudo en el extremo de la arbitrariedad por valoración de prueba no admitida formalmente** (*son medios de prueba no introducidos regularmente al proceso*). En consecuencia, la prueba no admitida no debe ser valorada por el Juez, el efectuarlo es una muestra clara de arbitrariedad. En el proceso se prueban hechos, concretamente de prueban las afirmaciones que las partes formulan sobre los hechos. La prueba se ocupa de los hechos, por lo tanto, la posibilidad jurídico constitucional de su valoración en sede casatoria, procura impartición de justicia al justiciable.

5.2 ARGUMENTOS DOCTRINALES QUE JUSTIFICAN ESTABLECER LA POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VALORE MEDIOS DE PRUEBA, COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

1° ARGUMENTO DOCTRINAL:

Serra Domínguez citado por Nieva Fenoll (2010), quien a su vez es citado por MARTIN, HURTADO REYES (2014, pág.520), en su Texto “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL” distingue entre el periodo de conversión y el periodo de comparación. El primero de los dos se dividirá en la fase de traslación y la fase de fijación. En la primera de dichas fases, a través de los medios de prueba, se trasladarían los hechos de la realidad al proceso, para que el juez pueda considerarlos. En la segunda, el juez valoraría el resultado de los medios de prueba a través de las máximas de experiencia.

Así mismo el autor mencionado hace alusión a las siguientes precisiones:

1. ETAPA DE LA TRASLACION. - Así se conoce en la doctrina, es cuando dentro del proceso civil ha concluido la formulación o propuesta de los hechos por las partes, estas se encargan de llevar los hechos de la realidad al proceso a través de sus afirmaciones y los medios de prueba. Se subdivide en dos FASES:

- a) **Fase de Comparación:** *Se da cuando el actor se encarga de afirmar los hechos que sustentan su pretensión, por su parte, el demandado contradice estos hechos sustentando su defensa, de esta actividad nacen los llamados **hechos controvertidos** (los que nacen del trabajo comparativo que hace el juez a raíz de*

los hechos postulados por las partes). Hechos que se contraponen, que no coinciden, que son contrarios entre sí, a partir de la actividad de las partes.

- b) **Fase de Comprobación o Verificación:** Tiene estricta relación con la actividad jurisdiccional, cuyo ejercicio lo tiene el órgano jurisdiccional, para depurar, filtrar, discriminar a partir de la actividad de las partes los hechos que son necesarios para resolver la controversia fijándolos, es decir, determinándoles para proceder luego a verificar a partir de la prueba la verdad o falsedad de aquellas afirmaciones. En esta etapa, el juez aprecia estos hechos definiéndolos como aquellos que aparecen como probados y aquellos que no.

En este extremo doctrinal, se debe apreciar dos extremos que tiene estricta relación con nuestra propuesta investigatoria:

- 1.1. ***Fijación De Los Hechos en El Proceso:*** El Juez hace la fijación de los hechos a partir de las afirmaciones efectuadas por las partes procesales, para posteriormente contrastarlos con el material probatorio.

La constatación y calificación jurídica de los hechos probados implica necesariamente la apreciación de la prueba.

Entonces, primero se fijan los hechos controvertidos y los aceptados o admitidos, los que serán objeto de prueba, son los primeros, luego se procede a actuar el material de prueba admitido que se relacione con el objeto del proceso, luego se valoran o parecían las pruebas, aquí se ve la otra **etapa de fijación de los hechos**, en la cual

deben aparecer los hechos probados y los no probados. Vendrá luego la calificación jurídica de estos hechos.

Por lo cual, decimos a priori que hay dos momentos en los que se fijan hechos: la **primera**: al contrastar los hechos postulados por las partes en la etapa de iniciación (**hechos controvertidos con calificación jurídica**) y la **segunda**, al momento de valorar las pruebas (**los hechos probado o no probados**).

El Juez, tiene por función identificar la norma procesal cuya aplicación se pide (*en su defecto elegir la norma que considere aplicable: iura novit curia*) extraer de ella o de ellas si fueran varias, el supuesto de hecho contenido para saber con precisión que hechos aparecen regulados de forma hipotética y comprobar si estos se han producido al interior del proceso.

De la valoración de la prueba (*a partir de los medios y fuentes de prueba aportados al proceso*) se podrá comprobar si los hechos (con calificación jurídica) del proceso que se relacionan con el supuesto de hecho de la norma se **encuentran probados o no**, de ello dependerá el resultado final del proceso.

1.2. **Interpretación y Apreciación de los hechos en el Proceso**: La actividad del juez, no solo consiste en fijar los hechos, los cuales una vez fijados pueden ser declarados probados o no (con la actividad de valoración de la prueba), además puedan ser interpretados de una u otra forma por el juez. Con lo cual tenemos que el trabajo probatorio del juez consiste también en interpretar los hechos objeto de valoración a partir de la prueba.

Ciertos autores, entre ellos Pietro Castro –informa Hitters- opinan que como la calificación jurídica es problema de derecho y para calificar un hecho es preciso a veces *interpretarlo*, **esta última función intelectual es entonces susceptible de casación**, pues de resultas de ella puede concluirse que determinado hecho tiene un “contenido” distintos al que le ha asignado el juez de grado.

*La interpretación y apreciación de los hechos es la actividad que realiza el juez, el primero para **darles un sentido determinado a los hechos** del proceso a partir de la prueba (declaración de parte, testigos, pericias, documentos, etc) y con esta **interpretación hacer una valoración de los mismos para determinar qué hechos del proceso aparecen probados o no**, y con el resultado de ésta se podrá decidir la controversia.*

La interpretación del medio de prueba es una actividad esencial –expresa Colomer- para conocer la circunstancia o proposición fáctica que la prueba pretende transmitir. La interpretación, por tanto, solo se dirige a determinar el hecho que constituye el objeto de la prueba. Con tal finalidad el juez usa máximas de experiencia que le orientan y le permiten determinar el contenido fáctico que subyace a la prueba. Agrega que como regla general el contenido que se atribuya a un medio de prueba tras su interpretación por el juez habrá de coincidir con alguno de los hechos alegados por la parte proponente de la prueba. Sin embargo, en ocasiones el contenido descubierto mediante la interpretación de una prueba no necesita coincidir con la voluntad de la parte que deduce la prueba, sino que puede encontrar fundamento en la voluntad de la contraparte.

La valoración de la prueba se define como “*la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en el proceso y en la percepción queda incluido, como actividades conjuntas tanto en la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma ya que es lo que tradicionalmente se ha definido como VALORACION DE LA PRUEBA*”.

2° ARGUMENTO DOCTRINAL:

MARTIN, HURTADO REYES, en su Texto “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”,(2014, pag.521) desarrolla a LA ARBITRARIEDAD, como doctrina, la misma que acogemos en la presente investigación, de la forma siguiente:

1. LA ARBITRARIEDAD. - En la doctrina se conoce como: “**DOCTRINA PRETORIANA DE LA ARBITRARIEDAD**”.

La arbitrariedad, en sentido general se entiende como *injusticia, ligereza, capricho*. La decisión que no se basa en la razón, en la lógica ni en la justicia.

El juez, cuando resuelve un proceso se encuentra obligado a dar las razones necesarias que lo llevan a decidir el caso en determinado sentido, estas razones, deben respetar el derecho a la **motivación judicial** (*las que provienen del ordenamiento jurídico ya que no puede ser arbitrario en la interpretación y aplicación del derecho y de los hechos probados en el proceso, sin ampararla en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos*) y el **derecho a la prueba** (*dando el derecho a las partes a*

ofrecer, admitir, actuar y sobre todo el derecho de valorar los medios de prueba válidamente incorporadas al proceso).

En el derecho la arbitrariedad está vinculada a la actividad jurisdiccional, tópico concretamente reservado para las decisiones judiciales, pues, se puede tildar a una decisión judicial de nula, incongruente, inmotivada y también arbitraria.

Entonces, *la arbitrariedad aparece entendida como un estado irregular, anómalo, anormal de la decisión judicial.* La decisión es arbitraria, sino parte del contenido de las pruebas a partir de los hechos, lo cual se identifica con una decisión poco reflexiva del material probatorio cuando se resuelve contra las pruebas admitidas y actuadas regularmente en el proceso. Aunque la decisión igualmente es arbitraria si se decide haciendo una aplicación o interpretación caprichosa y poco seria del ordenamiento jurídico.

La doctrina reconoce como categorías de la arbitrariedad:

- a) ***Arbitrariedad Normativa:*** En la sentencia se produce cuando es una derivación razonada de las normas vigentes.
- b) ***Arbitrariedad Fáctica:*** Cuando se evalúa inadecuadamente los hechos y las pruebas. Este tipo de arbitrariedad se focaliza en un inadecuado manejo de los hechos del proceso y las pruebas, por lo cual, se entiende que contraviene el derecho a la prueba en su extremo que las partes tienen el derecho a una adecuada valoración de la prueba.
- c) ***Arbitrariedad Concurrente:*** Se dan ambas.

Para que la arbitrariedad haga caer la decisión debe ser decisiva y debe tener incidencia directa sobre ella, no se debe tratar de una simple discrepancia valorativa,

no se trata de discrepar solamente de la valoración buscando hacer primar los argumentos del impugnante. Si se denuncia arbitrariedad de la decisión por algún motivo –los que se desarrollarán más adelante- este tiene que tener incidencia directa con el fallo.

Las decisiones arbitrarias vinculadas a la actividad probatoria ponen en evidencia la existencia de error del juez en el manejo de los hechos y su valoración. Por ello, se sostiene que los errores en los que incurre un juez dan muestra de que su labor no es infalible.

Las formas en las que se presentan los supuestos de arbitrariedad, a partir de un mal manejo de los hechos y la actividad probatoria realizada por el juez a partir de ellos, son:

i) *La arbitrariedad por prescindir de prueba decisiva:* El contenido esencial del derecho a la prueba, es que esta se debe valorar en forma conjunta y razonada, razón por la cual se deben valorar todas las pruebas una por una. Aunque no es preciso que se exprese sobre todas ellas una apreciación determinada. Se requiere expresar via motivación “las valoraciones esenciales y determinantes”. Pero igualmente no se deben dejar de valorar aquellas pruebas de naturaleza trascendente en el proceso.

Un claro ejemplo de esta arbitrariedad, es el contenido en la STC No. 0613-2003-AA/TC (caso Pedro Miranda Vaques), se cuestionó en proceso de amparo una sentencia judicial civil, debido a que el Juez prescindió de un peritaje que demostraba que la firma de una de las partes le correspondía, sin embargo, el

magistrado prescindió de esta prueba para valorar otras, se apeló la sentencia fue declarada inadmisibile, se entiende en el contexto que el contenido de la pericia resultaba siendo decisiva.

Con este entender, la Corte Suprema, ha tenido oportunidad de pronunciarse, al RESPECTO DE ESTA ARBITRARIEDAD, INTITULANDO MAS BIEN como **“OMISION DE ANALISIS DE MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA LA SOLUCION DE LA LITIS”** y vinculando a la MOTIVACION INSUFICIENTE relacionado al control de logicidad por *error in cogitando*. Sostuvo en esta oportunidad que “la sentencia de vista, además de ano analizar debidamente lo establecido en el motivo anterior, tampoco examina la capacidad económica del señor ...”(…) “tampoco existe una análisis por parte de la sal de mérito, respecto del documento denominado...” (Casación No. 3820-2009-Lima de fecha 05 de setiembre de 2010).

De lo señalado, la Corte Suprema, advierte figuras concurrentes a la arbitrariedad, así:

- a) *La arbitrariedad por omitir la valoración de una prueba decisiva;*
- b) *La incongruencia fáctica por no valorar medios de prueba decisivo;*
- c) *La posición de la Corte Suprema que se refiere a motivación insuficiente como error de logicidad.*

Finalmente, en cuanto a este supuesto de arbitrariedad, puede estar sustentado –como lo sostiene la doctrina- en que el problema **de valoración es haber dado por no probado un hecho que en realidad si lo está, lo cual se puede comprobar con la prueba decisiva que fue omitida por el Juez al realizar la actividad probatoria.**

ii) *La arbitrariedad por invocar fuente de las que no extraen las consecuencias que sustentan el fundamento de la sentencia:* Este supuesto de arbitrariedad en la decisión se da, cuando el juez invoca prueba que no existe válidamente incorporada en el proceso o el trabajo de valoración no es el apropiado, permitiendo que la prueba sea tergiversada.

En este supuesto de arbitrariedad, existe la posibilidad de que el juzgador extraiga conclusiones de la prueba valorada que no se condicen con su contenido, así se sostiene que determinada persona suscribió un documento que dio lugar a la celebración de un contrato o al reconocimiento de una obligación, cuando en realidad se trata de otra persona la que lo suscribió, **se esta concluyendo erróneamente sobre un hecho.** O cuando se señala que la obligación asumida corresponde cumplirla a determinada empresa cuando en realidad es otra la que debe asumir dicha obligación.

En esta forma de arbitrariedad, se distorsionan los verdaderos alcances de la prueba con la que se debe decidir el caso, distorsionándola, tergiversándola, dándole consecuencias que no tiene, y con ello sustentar la decisión. Aunque también **se habla de arbitrariedad cuando se valoran medios probatorios no admitidos forma y válidamente al proceso.**

iii) *Arbitrariedad por valorar prueba Ilícita:* Partamos del hecho, que el juzgador no puede admitir y/o valorar las pruebas que se hayan obtenido con afectación a los derechos fundamentales de las partes, es decir, no puede valorar prueba ilícita, ya sea por su obtención o por serlo en sí misma.

En la doctrina, se conoce a la prueba ilícita, como prueba prohibida. Para Manuel Miranda Estramples se le conoce también como *prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícitamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular y hasta prueba clandestina.*

Lo cierto, que la prueba ilícita, es toda aquella obtenida con la utilización de medios ilícitos, los cuales contravienen principios y normas establecidas en la Constitución o en cualquiera otra norma de contenido sustantivo del ordenamiento jurídico. Aunque se entienda también como prueba ilícita aquella que es nula de pleno derecho por haberse obtenido con violación al debido proceso. La prueba ilícita tanto como su obtención y oportunidad de producción, es normalmente anterior y exterior al proceso.

Bajo el análisis de la prueba ilícita, tendremos que si el Juzgador **valora un medio de prueba que se haya obtenido afectando los derechos constitucionales de las partes, incurre en decisión arbitraria,** pues si bien la prueba acredita un hecho, este no tiene eficacia en el proceso por la forma de su obtención: por violar el secreto de las comunicaciones, así como violar un domicilio, por afectar la libertad individual de una de las partes, entre otros supuestos.

- i) ***La Arbitrariedad por infraccionar reglas legales de la prueba:*** En este supuesto el Juzgador valora una prueba en contra de las reglas que establecen los criterios de las pruebas, como por ejemplo valorar libremente cuando el sistema procesal establece criterios de prueba tasada o se tasen pruebas cuando

el sistema es de libre valoración. Estos aspectos ayudan a determinar un quebrantamiento a las reglas de prueba establecidas en el sistema procesal.

Advertir, que si la ley establece el peso probatorio y los alcances que debe tener determinado medio de prueba (**prueba tasada**) no es posible que el juez le otorgue otro. Si la ley procesal no expresa el peso específico de una prueba, ella por sí sola no puede resolver el caso, se tiene que recurrir a otras fuentes para confirmar los hechos que prueba la primera.

Casarino Viterbo, (1984, pág. 365-366) en referencia al presente tema parte de la siguiente pregunta *¿Cuándo habrá infracción de las leyes reguladoras de la prueba?*, Contestando que a su juicio cada vez que los jueces sentenciadores, al establecer los hechos del juicio: invierten el peso de la prueba; rechazan un medio probatorio que la ley señala; admiten un medio probatorio que la ley no acepta, o alteran el valor probatorio que el legislador asigna a los diversos medios de prueba.

- ii) ***La arbitrariedad por apreciación fragmentada y aislada de la prueba:*** El artículo 197° del CPC, establece lo siguiente: *“todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”*. En este entender la prueba se debe valora en forma conjunta (integral), nunca aislada, fragmentada menos aun sesgada, *contrariu sensu* la actividad de valoración de la prueba podría ser cuestionada.

Aclarar, que se incurrirá en DECISION ARBITRARIA, CUANDO EN LA VALORACION DE LA PRUEBA, el Juez valora en forma individual los medios probatorios, aislando, fragmentado y/o sesgando la misma, obteniendo a partir de ello conclusiones que sirven para sustentar su decisión, que de haber realizado un trabajo de valoración conjunta, conforme se encuentra previsto en el ordenamiento adjetivo civil vigente, el resultado hubiera sido distinto.

Marcelo Mildon y Gladis Estigarribia (2007, pág. 205) en un proceso con pluralidad de pruebas la apreciación o hermenéutica probatoria demanda generalmente una triple tarea:

“1) Fijar cuidadosamente las varias pruebas referentes a cada hecho conducente y, desde luego controvertido,

2) Relacionarlas entre sí para apreciar su concordancia debido a conexiones más o menos estrechas entre ellas, o bien su discordia, en cuyo caso;

3) Se agruparán las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan para, luego de sopesar los elementos de cargo y los de descargo, concluir si se neutralizan mutuamente o bien cuales prevalecen.

La falta de valoración conjunta, trae consigo la ARBITRARIEDAD DE LA DECISION, así en la siguiente jurisprudencia, podemos advertirla:

“(…) En la sentencia de vista materia de grado no se han analizado los medios probatorios ofrecidos por la demandada en su escrito de folios setenta y ocho ... medios probatorios que fueron admitidos en la audiencia única realizada el veintitrés de abril de dos

mil ocho, que no fueron materia de cuestionamiento por la parte actora”.- Casación No. 3230-2009-Huaura.

Un análisis parcial de los medios probatorios, constituyen un supuesto de valoración fragmentada de la prueba. Se trata entonces de reunir (*criterio de unidad*) la totalidad del material probatorio acopiada en el proceso para determinar (*valorar utilizando criterio de análisis sistemático, de logicidad y racionalidad*) los hechos que resultan esenciales en el proceso (*fijar los hechos calificados jurídicamente*), el resultado de esta tarea nos debe llevar a extraer los fundamentos que sirven de base para el fallo.

Con lo señalado, podemos concluir al respecto de este supuesto, que la actividad errónea de la valoración del material probatorio genera que el juez prescinda de valorar la totalidad de los medios de prueba, haciendo que se propicie una valoración solo de determinados medios de prueba. Constituyendo por tanto, su decisión en arbitraria.

- iii) *La Arbitrariedad por valoración de prueba no admitida formalmente:* El juzgador tiene la libertad para apreciar las pruebas actuadas, la misma que debe complementarse con las reglas de la lógica y la experiencia, supuestos que deben ser cumplidos en cada caso concreto.

Por lo tanto, los medios de prueba deben ser incorporados al proceso atendiendo a la mecánica procesal correspondiente y es a partir de esta aportación de las partes procesales, que el juez debe resolver (aunque excepcionalmente aquellas introducidas de Oficio por el Juzgador), solo las

que están el proceso y que sirve para emitir un fallo: *quid non est in actis non est in mundo*.

En consecuencia de este supuesto, aquellas pruebas que hayan sido incorporadas de forma extemporánea, que hayan sido declaradas improcedentes cuando el demandado es declarado rebelde, no introduciendo de manera formal el medio de prueba, no deben ser valoradas por el juez, dado que conforme a la doctrina, la decisión que podría recaer respecto de las mismas resultaría siendo arbitraria, porque la decisión sobre la que recae la decisión se sustenta en una prueba que no ha sido admitida formalmente, por lo que no debe ser valorada. RESULTANDO, ARBITRARIA.

iv) ***La Arbitrariedad por indebido reparto de la carga de la prueba:*** Resulta que la arbitrariedad puede surgir porque los jueces de mérito resolvieron de forma indebida el *onus probando*, es decir, la carga probatoria.

Podría darse el hecho de que incluso. El juzgador varíe arbitrariamente la normas legales (derivadas del Código Procesal, de una ley especial e inclusive de la jurisprudencia), sobre valoración de la prueba, haciendo recaer el *onus probandi* en un parte, cuando la norma procesal establece todo lo contrario, en este caso la arbitrariedad **consistiría en cambiar las reglas establecidas y en donde las partes se sometieron al proceso, para la resolver su controversia.**

En el presente supuesto de arbitrariedad, se debe tener en cuenta que Las reglas de la distribución de la carga de la prueba solo se infringe cuando, no estimándose probado unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta

de prueba a quien según las reglas generales o especiales, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar y por tanto, no le corresponde que le impute la laguna deficiencia probatoria¹⁸. Así, si en un proceso no se probó un hecho determinante (*laguna probatoria*) el juez no puede imputar – arbitrariamente- la falta de prueba de ese hecho a una parte sobre la cual no recayó la carga de la prueba.

EN EFECTO:

i) **La valoración de hechos** se hace a partir de los medios de prueba aportados en el proceso, luego se hará la determinación de a quién le correspondía probar determinado hecho, tarea que se hace sabiendo cómo se hizo la distribución *onus probando* o si existe de la carga de la prueba.

ii) **En la valoración de la prueba**, es posible que el juez de mérito concluya que determinada parte debió probar un hecho y no hizo (*resolviendo en contra de ella*), cuando en realidad a quien le correspondía probarlo era a la otra parte (*beneficiándola indebidamente*). Esta mala distribución de la carga de la prueba a partir del criterio judicial es considerada en la doctrina **como un elemento que genera decisión arbitraria**. (*aquí el juez incurre en la arbitrariedad, al momento de valorar la prueba*). Sin embargo no deja de ser arbitraria la decisión.

v) *La Arbitrariedad por apreciación contradictoria de la prueba*: La valoración de la prueba, debe estar sustentado en una decisión que contenga una motivación coherente, uniforme, lógica y sin contradicciones.

¹⁸ Recurso No. 1540/2007 del 16 de febrero de 2011. Tribunal Supremo de España, recurso extraordinario por infracción procesal.

Las contradicciones en las conclusiones que emergen del trabajo valorativo de la prueba generan una decisión inválida, pues no es posible saber a partir de la decisión judicial si un determinado hecho está probado o no, debido a que la premisa A respecto de la valoración de un hecho es distinta a la premisa B que es la conclusión valorativa del mismo hecho.

No es posible que se llegue a determinar la verdad sobre un hecho y su falsedad a la vez, como no es posible que se extraiga una conclusión determinada sobre un hecho ya la vez otra diferente.

El trabajo valorativo es contradictorio cuando en una misma decisión constan dos premisas o conclusiones valorativas que se contraponen, que no son coherentes. Esta arbitrariedad como podemos apreciar se controla a partir de la motivación que sustente la decisión, es en ella en la que se puede apreciar con facilidad la contradicción. Dejando constancia la claras diferencias que se presentan entre los tópicos de la valoración de la prueba y la motivación o justificación.

- vi) *La Arbitrariedad por decisiones meramente dogmáticas:* La valoración de la prueba, consiste en determinar a partir del raciocinio del juez las conclusiones a las que se llega después de haber efectuado la valoración de toda prueba. Este trabajo valorativo –como ya hemos sostenido- se hace a partir de los hechos introducidos por las partes en sus alegaciones y se contrastan para determinar si constituyen verdad con los medios de prueba ofrecidos por las partes.

Por lo que, la valoración de la prueba es el soporte esencial para la solución del caso, se emitirá decisión estimatoria o desestimatoria de la pretensión dependiendo de la valoración de la prueba de los hechos con calificación jurídica.

Si la decisión jurisdiccional no se encuentra sustentada en un trabajo cognitivo por parte del juzgador, esto para resolver la controversia y más bien se encuentra respaldada por posiciones meramente dogmáticas, elocubraciones de la doctrina, teorías jurídicas, elementos teóricos relacionados con la institución jurídica en debate dentro del proceso se puede decir que en este supuesto la decisión es más dogmática que valorativa.

Las decisiones basadas en posiciones teóricas y doctrinarias, prescindiendo del análisis de los medios de prueba incorporados válidamente al proceso, resultan siendo arbitrarias.

vii) ***La Arbitrariedad por prueba inexistente:*** Una forma de encontrarnos en decisiones arbitrarias, es cuando la decisión se encuentra sustentada en prueba inexistente, es decir, en una prueba que no existe en el proceso y que el juez probablemente la inventó.

Este sería un supuesto extremo de indebida valoración de la prueba, al igual si un juez resuelve el caso con un documento privado que se encuentra privado, dándose por probado en hechos con pruebas que no existen en el proceso.

El Juez facultado para resolver el conflicto del derecho, y los *hechos*, cuyo conocimiento es indispensable para construir una decisión justa, alejados todo lo posible uno del otro –por imperativo de las normas básicas del orden natural y jurídico- *el único puente* que la ley procesal tiende es la *prueba*, camino ineludible que debe recorrer aquél para arribar al conocimiento de tales hechos.

El supuesto de arbitrariedad, consiste en sustentar la decisión no en pruebas que sean aportadas al proceso por las partes, sino que está basada en el conocimiento privado del juez, a esto se denomina ARBITRARIEDAD POR PRUEBAS INEXISTENTE (en el sentido que no fueron postuladas por las partes).

viii) ***La decisión Absurda:*** La sentencia es absurda (del latín *absurdus*) cuando se encuentra contaminada en la transmisión del pensamiento que pretende realizar el Juez. Lo absurdo se identifica con el pensamiento ilógico, debido a que no tiene concordancia con la razón, es más bien irracional.

Cuando el Juzgador realiza la valoración de la prueba de forma absurda, es decir, de forma ilógica, afectando las reglas de la razón, se llega a las conclusiones absurdas de la valoración de la prueba.

Olsen Ghirardi, señala que el supuesto absurdo se relaciona con ***la arbitrariedad lógica***, es decir, con aquella que se presenta cuando la estructura formal que exhibe el razonamiento del juez no se concilia con las leyes del

pensar correcto. Con lo cual podemos afirmar que el absurdo se constituye como una manifestación de la arbitrariedad.

Morello, sostiene que el cuestionamiento en casación sobre temas de prueba tiene un extremo en el que se aprecia, así señalo que los grandes bolsones de los desvíos del raciocinio, del juicio lógico del sentenciante, que anidan “como vicio” en la órbita de la doctrina del absurdo, errores materiales en la zona específicamente fáctica que deforman omiten o yerran en grado notorio (acerca de la prueba).

Finalmente y siguiendo a la doctrina una sentencia puede ser considerada como absurda cuando el juez utilizando las llamadas *máximas de experiencia* (*son el conjunto de conocimientos acumulados por el Juez en el transcurso de su vida*), como su denominación lo indica se trata de “*experiencia de vida*” (*personal, profesional, conocimiento común y especializados*), que tiene el juez que se han ido generando con el transcurso del tiempo.

Así, las máximas de experiencia, sirven en el proceso, según la posición de Stein, citado por HURTADO REYES (2014), pueden estar presente en cuatro aspectos:

- 1.- En la actividad de apreciación de los medios de prueba.
- 2.- En la construcción de las presunciones judiciales.
- 3.- En la formación de la sentencia: aplicación de las normas sustantivas a los hechos probados.
- 4.- En la exégesis e integración de aquellas definiciones legales o conceptos jurídicos abiertos que requieren ser completados en atención a la noción de lo

consuetudinario, a la naturaleza de la relación jurídica o de las cosas, o a ciertas conductas humanas exigibles (buena fe, equidad, etc).

5.3 RAZONES QUE JUSTIFICAN, DESDE EL DERECHO COMPARADO, ESTABLECER LA POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VALORE MEDIOS DE PRUEBA, COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

5.3.1.- ESPAÑA

Taboada ROCA, citado por GUASH FERNANDEZ, SERGI, quien a su vez es citado por HURTADO REYES (2014)

al sostener su posición sobre los motivos de la casación en España manifestó la idea de un motivo que permitiera la denuncia en la apreciación probatoria “por haber sentado la resolución recurrida en aseveraciones que no fluyen naturalmente de los medios de prueba aportados, o por haber dejado de estimar las que tales elementos probatorios acrediten.

5.3.2.- ARGENTINA.

En el Derecho Argentino es donde hay más acogida a la TESIS DE LA ARBITRARIEDAD, LA QUE SE LE CONOCE COMO DOCTRINA PRETORIANA DE LA ARBITRARIEDAD.

DE LA RÚA (1985, pág. 175) expresa sobre la “la doctrina de la arbitrariedad”, que aunque el origen de la jurisprudencia sobre arbitrariedad se remonta a 1909 (re “Rey c Rocha”, “Fallos” 112-384) fue a partir de 1966 que se amplió y flexibilizó el ámbito del recurso extraordinario a los casos de arbitrariedad en particular. Esto trasladó el centro de control constitucional de la ley a la sentencia. En virtud de esa doctrina, la Corte abrió el recurso para juzgar la subordinación a la Constitución no solo de las normas, sino también de los fallos. Comenzó por admitir que la exigencia de que los fallos judiciales tengan

fundamentos serios reconoce raíz constitucional, y que el requisito de motivación de las decisiones judiciales surge del art. 18 de la Constitución Nacional, como la expresión de la garantía de la defensa en juicio, criterio prevaleciente para fundar la tesis de la arbitrariedad.

Agrega el profesor argentino que sobre esa base, proclamó que vulneraban la Constitución las sentencias carentes de motivación, o que tenían una solamente aparente, por prescindir de las constancias de la causa o valerse de prueba invalida o vulnerar las reglas de la sana crítica racional, como también las que violaban el principio de congruencia u omitían resolver cuestiones esenciales. E incluyó también las que por incurrir en notorio apartamiento, desconocimiento o tergiversación de textos legales expresos, venían a reposar tan solo en la voluntad de los jueces que la suscriben.

5.3.3.- URUGUAY

Enrique E. Tarigo (2012), en su Texto “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, señala que en el sistema del Procesal Civil uruguayo, las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales de Apelaciones, salvo que fueran íntegramente confirmatorias de las de primera instancia y siempre que hubieran recaído en juicio ordinario, admitían recurso de apelación ante la Suprema Corte de Justicia. Es decir que, en tal hipótesis, existía una tercera instancia.

Añade, el autor mencionado que este sistema fue modificado por el decreto Ley N°14.861, de 8 de enero de 1979, que suprimió la tercera instancia y el recurso extraordinario de nulidad notoria, recurso admisible contra las sentencias de segunda instancia confirmatorias de la de primera y las de tercera instancia. Y sustituyó a ambos

por el instituto del recurso de casación en materia civil, hasta entonces inexistente en su ordenamiento jurídico procesal.

El Código General del Proceso, ha mantenido esta solución: no existe actualmente ni tercera instancia ni recurso extraordinario de nulidad notoria y se ha mantenido, aunque con algunas variantes, **el recurso de casación.**

La Casación en el Código General del Proceso Uruguayo, es actualmente un recurso extraordinario, que tiene la finalidad de obtener el reexamen de la sentencia de segunda instancia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva, desde el exclusivo punto de vista de su corrección jurídica.

El autor señalado, hace referencia a Arlas, quien precisa que el recurso de casación en materia civil es un recurso extraordinario que la ley concede a las partes para impugnar un error de Derecho, de fondo o de forma en las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas, con la finalidad de asegurar el respeto del derecho y la aplicación uniforme de la ley.

Con el precedente entender, el Recurso de Casación, se encuentra regulada en la SECCION VI, del Código General del Proceso Uruguayo, específicamente en el artículo 268°, que prevé:

“268. Procedencia. El recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales de apelaciones en lo Civil y del Trabajo y de Familia así como por los Juzgados Letrados de Primera Instancia, sean definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas.

No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo y sin discordia a la sentencia de primera instancia excepto cuando se trate de juicios seguidos contra el

Estado, los Gobiernos Departamentales, los entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general.

En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordia la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6000 UR (seis mil unidades reajustables).

Así y para el objeto de nuestra investigación, señalaremos la previsión normativa procesal, regulada en el artículo 270°, que taxativa lo siguiente:

*“270. **Causales de Casación.** El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o **de la valoración de la prueba.** (la **negrita y subrayado es nuestra**)*

No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia.

En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”.

Por lo tanto, la regulación procesal actual uruguaya, si prevé la casación y dentro de sus causales, la infracción a las reglas de la valoración de la prueba.

5.4 VENTAJAS QUE SE DERIVARÍAN AL ESTABLECER LA POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VALORE MEDIOS DE PRUEBA, COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

Las ventajas que se derivarían al establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, pueda valorar los medios de prueba, como causal del recurso extraordinario de casación, son:

5.4.1.- Para los Justiciables:

a).- La posibilidad constitucional además de su previsión normativo procesal, que se pueda valorar, los medios de prueba, arbitrariamente no tomados en cuenta por los juzgadores de las instancias previas, posibilitará una decisión jurisdiccional justa y sobretodo materializará la seguridad jurídica que haya sido afectada.

b).- La arbitrariedad que es un estado irregular, anómalo, anormal de la decisión judicial. Desde el punto de vista factico (de hecho) la decisión es arbitraria, si no parte de los hechos que materializa la prueba; se identifica una decisión poco reflexiva del material probatorio ya que se decide contra las pruebas admitidas y actuadas regularmente o dejando de lado las pruebas decisivas para resolver el conflicto, se ignoran los hechos que fueron probados o se tienen por probados los que no lo fueron, entre otra casuística.

c).- La seguridad del ciudadano, en que la las decisiones arbitrarias desde la perspectiva fáctica, ponen en evidencia el error del juez en el manejo de los hechos y su valoración probatoria al emitir la decisión, ello garantizará mayor confianza en que el Tribunal Casatorio, pueda definir la controversia jurídica.

d).- El justiciable respecto de la decisión absurda, entendida esta cuando se encuentra contaminada en la transmisión del pensamiento que pretende realizar el juez. Lo absurdo en la decisión judicial, implica un pensamiento ilógico, sin concordancia con la razón, es más bien irracional, dicha vulneración infraccionaría la reglas de la valoración probatoria, siendo esto así recurrir si el caso fuera subsecuente de una decisión del Juez Superior además del Juez Especializado, alcanzaría la Corte Suprema, la definición adecuada constitucional, jurídica y procesalmente para poder resolverla en justicia.

5.4.2.- Para los Operadores del Derecho:

a).- Tener la posibilidad constitucional de que puedan valorar medios probatorios, en sede casatoria establecería una regulación expresa para que con legalidad constitucional y procesal, pueda resolver la controversia jurídica.

b).- Que, las jurisprudencias casatorias (anotadas en la presente investigación) nos hacen inferir que, pese a no ser una instancia el Tribunal Casatorio (Corte Suprema), efectúan el control casatorio sobre los hechos y sobre la valoración de los medios probatorios (sistema impuro y/o casación bastarda), cuando se advierta la existencia de legítimos derechos que han sido postergados, creando una situación de injusticia o que la seguridad jurídica haya sido afectada.

c).- Que, la ventaja de establecer la posibilidad constitucional de la valoración de los medios probatorios en sede casatoria, materializada que el recurso de casación, además de controlar la legítima aplicación de las normas jurídicas (función nomofiláctica) y lograr la unificación de los criterios de decisión judicial (función unificadora), la de obtener justicia en el caso concreto (función justiciera), recurriendo al efecto, entre otros, el control fáctico del proceso. El modelo español (denominado impuro o “bastardo”) es

el que ha establecido esta última finalidad (finalidad psicológica), la que permite incluir en el control casatorio la valoración probatoria.

5.5 FORMULA LEGISLATIVA PARA ESTABLECER LA FACULTAD CONSTITUCIONAL DE QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VALORE MEDIOS DE PRUEBA, COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO N° 386° DEL DECRETO LEGISLATIVO No.768 – CODIGO PROCESAL CIVIL

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente Proyecto de Ley tiene por finalidad PROPONER la modificación del artículo 386°, del Texto Único Ordenado de la Ley Código Procesal Civil con el propósito de incluir como causal para interponer el recurso de casación, la infracción a las reglas de la valoración de la prueba, por la evidente arbitrariedad contenida en la decisión judicial recurrida.

La presente iniciativa se sustenta en las siguientes consideraciones:

- a) En principio la Constitución Política del Perú, es fuente de derecho en el ámbito formal y en el ámbito material. En el ámbito formal en tanto define como es que el Estado puede válidamente crear el derecho, es decir, como nacen las expresiones normativas. La Constitución señala cuales son los órganos legítimos para gobernar y para legislar, su estructura, la competencia, así como el procedimiento que dichos órganos deben seguir para la generación del ordenamiento jurídico. Ergo, si una norma no es aprobada según la Constitución, es inválida, siendo inconstitucional por su forma¹⁹.
- b) Teniendo en consideración lo señalado, la Constitución Política del Perú, consagra en su artículo 141° lo siguiente: “*Corresponde a la Corte Suprema*

¹⁹ GUZMAN NAPURI, Christian. “*La Constitución Política; Un Análisis Funcional*”.- *Gaceta Jurídica 1era Edic. enero 2015. Pág.22*

fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a Ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173°". En este entender la Corte Suprema no es tercera instancia. Sólo tiene carácter de instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la Propia Corte Suprema.

- c) Con el precedente entender la Constitución Política del Estado en su artículo 139° numeral 6, establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, la pluralidad de la instancia, garantía que se cumple con el recurso de apelación de la sentencia en primera instancia, pues la Corte Suprema al conocer en revisión de lo resuelto, esta facultada para apreciar la prueba y como consecuencia de ello, establecer una nueva relación de hecho, así como los hechos relevantes y modificar la decisión primera. Contra la decisión de la Corte Superior, sólo cabe el recurso de casación ante la Corte Suprema, el que sólo puede versar sobre los aspectos relativos al derecho aplicado y al incumplimiento de las garantías del debido proceso o infracción de las formas esenciales para la validez de los actos procesales. Se trata de una revisión de derecho en la que la apreciación probatoria queda excluida, sin embargo, cuando se incurriese en infracción de las reglas de la valoración de la prueba y esta resulta siendo arbitraria y dentro del ámbito de lo absurdo, puede ser considerado como causal del recurso impugnatorio extraordinario de casación.

II. MODIFICACION DEL ARTÍCULO Nro. 386° DEL CODIGO PROCESAL CIVIL (Causales)

Dice:

“El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”

Debe decir:

“El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en la infracción de las reglas de la valoración de la prueba o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”

III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no afecta el presupuesto nacional, *contrariu sensu* establece la posibilidad constitucional de la valoración de los medios probatorios en sede casatoria, materializada en el recurso de casación, que además de controlar la legítima aplicación de las normas jurídicas (función nomofiláctica) y lograr la unificación de los criterios de decisión judicial (función unificadora), es obtener justicia en el caso concreto (función justiciera), recurriendo al efecto, entre otros, el control fáctico del proceso. Así la casación que también tiene además de las señaladas, la finalidad dikelógica, el presente proyecto permitirá, dentro del ordenamiento jurídico procesal civil incluir en el control casatorio la valoración probatoria.

Los beneficios que se pueden esperar de esta Ley son:

a) Para los Justiciables:

a.1.)- La posibilidad constitucional además de su previsión normativo procesal, que se pueda valorar, los medios de prueba, arbitrariamente no tomados en cuenta por los juzgadores de las instancias previas, posibilitará una decisión jurisdiccional justa y sobretodo materializará la seguridad jurídica que haya sido afectada.

a.2.)- La arbitrariedad que es un estado irregular, anómalo, anormal de la decisión judicial. Desde el punto de vista factico (de hecho) la decisión es arbitraria, si no parte de los hechos que materializa la prueba; se identifica una

decisión poco reflexiva del material probatorio ya que se decide contra las pruebas admitidas y actuadas regularmente o dejando de lado las pruebas decisivas para resolver el conflicto, se ignoran los hechos que fueron probados o se tienen por probados los que no lo fueron, entre otra casuística.

a.3).- La seguridad del ciudadano, en que la las decisiones arbitrarias desde la perspectiva fáctica, ponen en evidencia el error del juez en el manejo de los hechos y su valoración probatoria al emitir la decisión, ello garantizará mayor confianza en que el Tribunal Casatorio, pueda definir la controversia jurídica.

a.4).- El justiciable respecto de la decisión absurda, entendida esta cuando se encuentra contaminada en la transmisión del pensamiento que pretende realizar el juez. Lo absurdo en la decisión judicial, implica un pensamiento ilógico, sin concordancia con la razón, es más bien irracional, dicha vulneración infraccionaría la reglas de la valoración probatoria, siendo esto así recurrir si el caso fuera subsecuente de una decisión del Juez Superior además del Juez Especializado, alcanzaría la Corte Suprema, la definición adecuada constitucional, jurídica y procesalmente para poder resolverla en justicia.

b) Para los Operadores del Derecho:

b.1).- Tener la posibilidad constitucional de que puedan valorar medios probatorios, en sede casatoria establecería una regulación expresa para que con legalidad constitucional y procesal, pueda resolver la controversia jurídica.

b.2).- Que, las jurisprudencias casatorias (anotadas en la presente investigación) nos hacen inferir que, pese a no ser una instancia el Tribunal Casatorio (Corte Suprema), efectúan el control casatorio sobre los hechos y

sobre la valoración de los medios probatorios (sistema impuro y/o casación bastarda), cuando se advierta la existencia de legítimos derechos que han sido postergados, creando una situación de injusticia o que la seguridad jurídica haya sido afectada.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

En la presente investigación se ha precisado argumentos jurisprudenciales que justifican la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de la República, valore los medios de prueba, claro está como consecuencia del recurso impugnatorio extraordinario de casación, así dichas jurisprudencias a parte de las insertas en la presente investigación, demuestran ya la aplicación de la infracción de las reglas de la valoración probatoria en sede casatoria, empero sin la precisión normativa procesal que permita efectuarlo, dado que la misma no ésta regulada en código procesal civil, ello valida nuestra hipótesis de trabajo, con la propuesta legislativa que forma parte de nuestra investigación.

SEGUNDA:

Asimismo, nuestro estudio se basa en argumentos doctrinales sólidos (ETAPA DE LA TRASLACION Y LA TESIS DE LA ARBITRARIEDAD, conocida como “DOCTRINA PRETORIANA DE LA ARBITRARIEDAD”) que amparan nuestra propuesta, en virtud de la cual se traslado el centro de control constitucional de la ley y la sentencia, así la Corte abrió el recurso para juzgar la subordinación a la Constitución no solo de las normas, sino también de los fallos, por lo tanto, la posibilidad constitucional, que sustenta la presente tesis, justamente radica en la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales, como expresión de garantía

de la defensa en juicio, sobretodo en la valoración de la prueba. Hecho que reafirma y valida nuestra hipótesis de trabajo.

TERCERA:

En la presente investigación, se ha establecido, que las legislaciones de España, Argentina y Uruguay, plantean como una de las causales para interponer el recurso de casación, la infracción de las reglas de la valoración de las pruebas, claro está, concurriendo en dichos razonamientos la Tesis de la Arbitrariedad y la teoría del absurdo. En este entender el derecho comparado, nos permite establecer la posibilidad constitucional de que se valore los medios de prueba, a través del Recurso Impugnatorio Extraordinario de Casación.

CUARTO:

Por otra parte se ha logrado identificar las ventajas que derivarían de la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la Republica, valorar los medios de prueba como consecuencia del recurso extraordinario de casación, tanto para los justiciables, como para los operadores del derecho, en los primeros, obtener una decisión jurisdiccional no arbitraria pero si en justicia, que demuestre seguridad jurídica en la valoración de la prueba, y respecto de los segundos, que expresamente se encuentre regulado esta posibilidad constitucional y previsión procesal la inclusión de esta causal de infracción, dado que los jueces actúan conforme a la Ley y la Constitución, conforme se encuentra establecido en la Constitución Política vigente.

QUINTO:

Finalmente nuestro trabajo, advierte en su contenido, argumentos de carácter constitucional y procesal, cuya propuesta es del autor trasuntada en los fundamentos del integro de la tesis, con una propuesta legislativa que permita la facultad constitucional a la Corte de Casación, pueda valorar los medios de prueba como consecuencia de su infracción en las instancias de mérito.

SEXTO:

Tomando en cuenta la hipótesis del presente trabajo de investigación con las ventajas advertidas, tanto para los justiciables, como para los operadores del derecho, que por un lado lo absurdo y la arbitrariedad contenidas en las infracciones materializadas en las decisiones jurisdiccionales y por otro lado, que exista de forma expresa la regulación procesal, como causal, que permita y justifique establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación, se han establecido argumentos fácticos y jurídicos que justifican nuestra propuesta de investigación, por lo que queda verificada nuestra hipótesis.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda, se implemente la modificatoria del artículo 384° del Código Procesal Civil, incluyendo como causal para la interposición del recurso impugnatorio extraordinario de casación, la infracción de las reglas para la valoración de la prueba, cuando resulte evidente la arbitrariedad en la decisión jurisdiccional, recurrida.

SEGUNDA: Se recomienda, que la modificatoria procesal señalada se encuentra enmarcada dentro de la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la República, valore medio de prueba, como consecuencia de la interposición del recurso extraordinario de casación.

TERCERA: Se recomienda, que la Tesis planteada, se encuentra dentro de la finalidad dkelógica del recurso extraordinario de casación, que permite incluir en el control casatorio la valoración probatoria, siendo por tanto su inclusión como causal la infracción, favorable a los justiciables y los operadores del derecho.

CUARTA: Se recomienda, que la inclusión de la modificación procesal, en el ámbito del recurso extraordinario de casación permitirá la unificación de los criterios de la decisión judicial (función unificadora), la que permitirá a los justiciables obtener justicia en el caso concreto.

QUINTA: Se recomienda, que la posibilidad constitucional de la modificación procesal, contenida en el sustento del presente trabajo de investigación tiene estricta relación, con la aplicación de la garantía constitucional de la seguridad jurídica, que no es sino la certeza del derecho, favorable a los justiciables y los operadores del derecho.

SEXTA: Finalmente, recomendar y dejar plenamente establecido que en el ámbito del derecho, debemos entender que la realidad social cambia vertiginosamente, planteando a los profesionales del derecho el reto de ajustar las normas a las exigencias sociales, para poder alcanzar justicia, precisando que las arbitrariedades en la decisión judicial, hacen incurrir en la infracción de las reglas de la valoración de la prueba, siendo por tanto, susceptible de control casatorio.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AUSEJO GUTIERREZ, Mauro Z. “JURISPRUDENCIA EN CASACIÓN. DERECHO PROCESAL CIVIL”. Normas Jurídicas Editores. 1era. edic. Lima – 2000.
- ATIENZA, Manuel. “LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORIAS DE LA ARGUMENTACION JURIDICA”. Lima. Edit. Palestra. 2004.
- CARRIÓN LUGO, Jorge, “EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ”. - TOMO I. Edit Grijley.- Lima 2003.- Pág.6.
- CARRION LUGO, Jorge. “TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL I”. Vol. I Edit. Grijley 1era edic. Lima –2000
- CARRION LUGO, Jorge. “TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL II”. Vol. II Edit. Grijley 2da edic. Lima –2001
- CARRION LUGO, Jorge. “EL RECURSO DE CASACION EN EL PERU”. Vol. I. Edit. Jurídica. Grijley.E.I.R.L. 2da Edición.Lima – 2003
- CARRION LUGO, Jorge. “EL RECURSO DE CASACION EN EL PERU”. Vol. II. Edit. Jurídica. Grijley.E.I.R.L. 2da Edición.Lima – 2003
- CALDERON, Carlos/ Alfaro Rosario. “LA CASACION CIVIL en el Perú”.- Edit. Trujillo – Perú.- Edic. Junio 2001.
- CALAMADREI, Piero. “LA CASACION CIVIL”, traducido por SENTIS MELENDO, T.1, Vol I, Historia y Legislaciones. Edit. Bibliográfica. Argentina. 1961.
- CARNELUTTI, Francesco. “SISTEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Edit. Unión Tipográfica – Hispano Americana- Tomo II. Traducción Alcalá-Zamora y Sentis Melendo. Buenos Aires. 1944.

- CASARINO VITERBO, Mario (1984). “MANUAL DE DERECHO PROCESAL”.
Santiago de Chile. Jurídica de Chile. Tomo IV. Pág. 365-366.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. “TEORÍA GENERAL DEL PROCESO APLICABLE
A TODA CLASE DE PROCESOS”. Tomo II, Editorial Universidad. Buenos
Aires. 1984.
- DE LA RÚA, Fernando. “TEORÍA GENERAL DEL PROCESO”.- Editorial de Palma,
Buenos Aires, 1981.
- DE LA RÚA, Fernando. “El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino”
Buenos Aires, VICTOR P. DE ZAVALA EDITOR. 1968.
- DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. “LA PRUEBA EN EL DERECHO CIVIL Y
PROCESAL CIVIL En la Jurisprudencia Casatoria”. Edit. Gaceta Jurídica S.A.
1era Edic. Abril 2014. Lima – Perú.
- GUZMAN FLUJA, Vicente C. “EL RECURSO DE CASACION CIVIL *Control de
Hecho y de Derecho*”. Edit. Departamento de Derecho Público y Filosofía del
Derecho.- Universidad Carlos III de Madrid.- Valencia – España.- 1996.
- GUZMAN NAPURI, Christian. “LA CONSTITUCION POLITICA: UN ANALISIS
FUNCIONAL”.- Gaceta Jurídica. Edit. Jurista Editores. 1era Edic. Enero 2015.
Lima – Perú.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “SENTENCIAS EN CASACIÓN” TOMOS I y II.
Derecho Procesal Civil. Edit. San Marcos. Lima- 1999
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “EL NUEVO RECURSO DE CASACION.-
Doctrina – Jurisprudencia-Práctica Forense”. Edit. Jurista Editores. 1era Edic.
2009. Lima – Perú.

- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Guía Actualizada de CASACIONES derecho Civil – Derecho Procesal Civil.- Periodo 2006 – 2008”. Edit. Jurista Editores. Enero 2010. Lima – Perú.
- HITTERS, Juan Carlos. “Técnicas de los Recursos Extraordinarios y de la Casación”. 2da Edic. Librería Editora Platense.1994. Reimpresión 2002.
- HURTADO REYES, Martin. “LA CASACION CIVIL *Una Aproximación al Control de los Hechos*”.- Edit. IDEMSA.- Lima – Perú.- Julio de 2012.
- HURTADO REYES, Martin. “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”.- TOMO I.- Edit. IDEMSA.- Lima – Perú.- Noviembre de 2014.
- HURTADO REYES, Martin. “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”.- TOMO II.- Edit. IDEMSA.- Lima – Perú.- Noviembre de 2014.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL CIVIL”.- TOMO I y II.- Edit. Gaceta Jurídica.- Lima – Perú.- 2da Edición 2009.
- LOZANO BAMBAREN, Juan Carlos. “Criterios Rectores para la formulación de Recursos de CASACION CIVIL *Diferenciación entre aplicación indebida, interpretación errónea e Inaplicación según las normas procesales*”.- Edit. GRIJLEY.- Lima – Perú.- 2005.
- MILDON Marcelo S. y E. de MILDÓN, Gladis (2007) “La Valoración de la Prueba”. En Tratado de la Prueba. Resistencia. Librería de La paz. Pág. 205 a 249, mencionado por Martin Hurtado Reyes, en su texto: “Estudios de Derecho Procesal Civil” pág. 539.
- MONROY GALVEZ, Juan. “APUNTES PARA UN ESTUDIO SOBRE EL RECURSO DE CASACION EN EL PROCESO CIVIL PERUANO”. En Revista de Derecho Procesal, N°1, Setiembre de 1997. Lima.

- MORELLO M., Augusto. “LA CASACION *Un Modelo Intermedio Eficiente*”.- Edit. Librería Editora Platense – Abeledo – Perrot.- La Plata - Argentina.- 1993.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010). - La Valoración de la Prueba. - Madrid PONS. Pág.27
- PALACIOS PAIVA – SÁNCHEZ Manuel. “EL RECURSO DE CASACIÓN – PRAXIS”. Edit. Cuzco Lima. 1999
- PALACIOS PAIVA – SÁNCHEZ Manuel. “EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL”.- Edit. Jurista Editores. Setiembre 2009. Lima – Perú.
- PEYRANO W., Jorge, MORELLO M. Augusto y PALACIO E., Lino. “NULIDADES PROCESALES”.- Edit. Rubinzal - Culzoni Editores.- Buenos Aires.- Argentina.- 2007.
- PEYRANO, Jorge W. “EL PROCESO CIVIL, PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS”. Edit, Astrea. Buenos Aires. 1978.
- SENTIS MELENDO, Santiago. “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL”. Tomo I, Edit. Ediciones Jurídicas. Europa América, Buenos Aires. 1979.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel. “LITISCONSORCIO EN NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA”. Edit. Francisco Serv. S.A. Vol. XV. Barcelona 1968.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel. “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL”. Edit. Ediciones Ariel. Barcelona 1969.
- TARIGO, Enrique. “LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. 5ta Edic. Montevideo - Uruguay. Fundación Cultural Universitaria, marzo 2012.
- VESCOVI, Enrique. “LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMAS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN IBEROAMERICA”. Buenos Aires, Ediciones Depalma. 1988.
- ZUMAETA MUÑOZ, Pedro. “TEMAS DE DERCHO PROCESAL CIVIL”.- Edit. Jurista Editores. Febrero 2008. Lima – Perú.

JURISPRUDENCIAS

1° Casación Nro. 1600-2002/Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, págs. 10053-10054.

2° Casación Nro. 3889-2000/Lima, publicada en el diario oficial El Peruano el 02-09-2002, págs. 9145-9146.

3° Casación Nro. 2553-2000/Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6680.

4° Casación Nro. 1948-98/Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-1999, pág. 2361.

5° Casación Nro. 839-2003/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2004, pág. 11559.

6° Casación Nro. 1500-03/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2004, págs. 11826-11827.

7° Casación Nro. 3806-2006/Callao, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2002, págs. 9145-9146. (*Principio de unidad de la prueba: significado e infracción de dicho principio que da lugar al vicio conocido como apreciación fragmentaria de la prueba*)

8° Casación Nro. 2152-2000/Piura, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7174. (*Derecho de las partes a la admisión, actuación y valoración de los medios probatorios que ofrezcan: condicionamiento de principios que delimitan la prueba*)

9° Casación Nro. 261-99/Ica, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, págs. 3387-3388. (*Contenido del derecho a probar y principios que lo delimitan*)

10° Casación Nro. 3115-2012/Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2014, págs. 46803-46805. (*Principio de unidad de la prueba: Implica una de confrontación y constatación de los medios probatorios por parte del juez*)

11° Casación Nro. 3392-2002/Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-2003, págs. 10810-10811. (*Valoración de elementos probatorios extemporáneos sin que se haya corrido traslado de los mismos: afectación del derecho a probar o cuestionar un elemento probatorio*)

12° Casación Nro. 1556-2002/Cañete, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2003, pág. 9751. (*Ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos sobre hechos nuevos respecto de los que no se sigue el trámite de ley y que no han sido admitidos o rechazados, y nulidad de las sentencias de mérito por sustentarse en tales medios de prueba*).

13° Casación Nro. 2418-01/Puno, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8577-8578. (*Nulidad de sentencia de vista en caso de valoración de medios probatorios presentados extemporáneamente por la parte demandada declarada en rebeldía*).

14° Casación Nro. 2601-98/Lima, Sala Civil de la Corte Suprema publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-06-1999, págs. 2987-2988. (*Valoración de los medios probatorios: manifestación de la independencia jurisdiccional del juez*)

ANEXOS

ANEXO N° 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA TESIS INTITULADA: “FACULTAD CONSTITUCIONAL PARA QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, VALORE MEDIOS DE PRUEBA, COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION.

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS DE TRABAJO	CATEGORIAS	METODOLOGIA
<p>Principal:</p> <p>¿Qué razones justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la república, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación?</p>	<p>General:</p> <p>Establecer las razones que justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la república, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.</p>	<p>Existen razones de orden jurídico y factico que justifican establecer la posibilidad constitucional de que la Corte Suprema de Justicia de la república, valore medios de prueba, como consecuencia del recurso extraordinario de casación.</p>	<p>1° Valoración de medios de prueba.</p> <p>2° Recurso extraordinario de casación.</p>	<p>Enfoque de investigación: Cualitativo documental</p> <p>.</p> <p>Tipo de investigación jurídica: Dogmático propositivo.</p>

ANEXOS

ANEXO N° 2

FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL

FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL

Tipo de documento:.....

.....

Nro:

Ficha de Análisis:.....

.....

Ideas Generales:.....

.....

.....

.....

.....

.....

Ideas Pertinentes al Tema de Investigación:.....

.....

.....

.....

.....

.....

Conclusión:

.....

.....

.....

ANEXOS

ANEXO N° 3

IX PLENO CASATORIO CIVIL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

CASACIÓN N° 4442-2015 MOQUEGUA

Demandantes	: Mejía García, Liliana Amanda Barrios Carpio, Jubert Alberto
Demandados	: Reátegui Marín, Rosa Estrella Collantes Arimuya, Ángel Gabriel
Materia	: Otorgamiento de escritura pública
Vía procedimental	: Proceso sumarísimo

Sumario:

- I. Resumen del proceso
- II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar
- III. Las opiniones de los *amicus curiae*
- IV. Planteamiento del problema
 - IV.1. El contrato y sus efectos
 - IV.2. El principio de la libertad de forma
 - IV.3. Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*
 - IV.4. La naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública
 - IV.5. El proceso de calificación del acto jurídico
 - IV.6. Control de validez del acto que se pretende elevar a escritura pública
 - IV.6.1. Declaración de oficio de la invalidez del acto que se pretende elevar a escritura pública
 - IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso
 - IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

IV.7.1. El contrato de compraventa

IV.7.2. El contrato de donación y el contrato de anticresis

IV.8. Control de eficacia del acto que se pretende elevar a escritura pública

IV.8.1. La condición suspensiva, el plazo suspensivo y el otorgamiento de escritura pública

IV.8.2. La excepción de incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública

IV.8.3. La resolución del contrato y el otorgamiento de escritura pública

V. Análisis del caso

VI. Decisión

SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

En la ciudad de Lima, Perú, a los 09 días del mes de agosto de 2016, los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha 08 de junio de 2016, oídas que fueron las exposiciones de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo la magistrada ponente la señora Jueza Suprema **Janet Tello Gilardi**, de los actuados resulta:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

I. Resumen del proceso

1. Mediante escrito corriente de fojas 32 a 42, los demandantes, Jubert Alberto Barrios Carpio y su cónyuge Liliana Amanda Mejía García, interponen demanda de otorgamiento de escritura pública contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y su cónyuge Rosa Estrella Reátegui Marín, peticionando, como **pretensión principal**: que se ordene a los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, cumplan con otorgar la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble ubicado en el PROMUVI II – SIGLO XXI – Manzana “H”, Lote 10 – Pampa Inalámbrica, del Distrito y Provincia de Ilo, celebrado el 26 de agosto del 2008; como **primera pretensión accesoria**: que se ordene la inscripción de la transferencia a favor de los demandantes en la Partida N° PO8014826 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Ilo; y como **segunda pretensión accesoria**: que se ordene el pago de costas y costos del proceso. Los demandantes argumentan en su demanda lo siguiente:

1.1. Los demandados fueron propietarios del lote de terreno urbano N° 10 –Manzana “H” – PROMUVI II – SIGLO XXI –Pampa Inalámbrica – Distrito y Provincia de Ilo, y mediante contrato de compraventa contenido en el documento privado del 26 de agosto del 2008, lo transfirieron a favor de los demandantes.

1.2. Agrega que los demandados, en el año 2005, se fueron a radicar al Callao y dejaron el lote de terreno de su propiedad al cuidado de una tercera persona. Luego, los demandados manifestaron su voluntad de vender el lote de terreno de Ilo, indicando que habían adquirido un lote de terreno en el Callao por lo que necesitaban con urgencia el dinero para pagar esta última adquisición. Es así que demandantes y demandados se pusieron de acuerdo en el precio del lote de terreno y acordaron que estos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

últimos arribarían a la ciudad de Ilo para la suscripción del contrato correspondiente.

1.3. Con fecha 25 de agosto del 2008 arriba a la ciudad de Ilo el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien manifestó que por motivos de salud su esposa no pudo viajar, sin embargo, podían celebrar el contrato de compraventa en documento privado con el compromiso de que en los días posteriores se formalizaría la transferencia mediante escritura pública, situación que fue ratificada, vía telefónica, por la señora Rosa Estrella Reátegui Marín quien además indicó que su esposo estaba autorizado para recibir el precio pactado.

1.4. Con fecha 26 de agosto del 2008 se celebró el contrato en documento privado, el mismo que fue suscrito por el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya y por la demandante Liliana Amanda Mejía García, entregándosele ese mismo día, a aquél, el precio convenido: US\$5,000.00 Dólares Americanos. El inmueble fue desocupado por la persona que lo estaba custodiando y los demandantes entraron en posesión del mismo desde fines de agosto del 2008, conservándola hasta la fecha.

1.5. En el contrato de compraventa los demandantes se comprometieron a pagar la deuda que tenían los demandados con el Banco de Materiales y ENACE, así como, el impuesto predial y los arbitrios municipales, siendo que los demandantes ya han cancelado la deuda con el Banco de Materiales; sin embargo, los demandados se han desentendido de su obligación de otorgar la escritura pública que formalice el contrato de compraventa.

1.6. Invocan como fundamento de derecho de su demanda los artículos 140, 141, 949, 1412, 1529 y 1549 del Código Civil.

2. Por resolución número uno corriente a fojas 44 se admitió a trámite la demanda en la vía del proceso sumarísimo, corriéndosele traslado a los

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

demandados por el término de ley, bajo apercibimiento de declarárseles rebeldes.

3. Por resolución número dos de fojas 54 se declaró la rebeldía de los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, y se señaló fecha para la audiencia única.

4. En la Audiencia única cuya acta corre de fojas 66 a 68, se declaró saneado el proceso; se fijó como punto controvertido: “Determinar si el contrato de compraventa celebrado entre las partes obliga a los demandados a otorgar escritura pública”; y se califican los medios probatorios.

5. A fojas 83, se emite la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número ocho, de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

5.1. En la partida registral del inmueble materia de venta aparecen como titulares el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Rosa Estrella Reátegui Marín, ambos en condición de casados, por lo que el bien le pertenece a la sociedad conyugal; mientras que en el contrato que se pretende formalizar únicamente ha intervenido como parte vendedora el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y como parte compradora la señora Liliana Amanda Mejía García, no mencionándose en ningún momento a la cónyuge del primero de los mencionados.

5.2. Los demandantes no han acreditado que al momento de la celebración del contrato de compraventa, el cónyuge demandado haya actuado con poder especial para actuar en representación de la otra cónyuge, evidenciándose la falta de manifestación de voluntad de ésta, y mucho menos han acreditado la existencia de documento posterior de confirmación del contrato de compraventa, para validar la exigencia del otorgamiento de la escritura pública.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

5.3. Si bien en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se discute la validez o eficacia del contrato que se pretende formalizar, sino únicamente el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento, debe tenerse en cuenta que tratándose de la enajenación de un bien social, la forma prescrita por la ley es la intervención de ambos cónyuges, y, en el caso de autos, en el contrato que se pretende formalizar solo ha intervenido uno de los cónyuges, por lo que se ha incurrido en evidente causal de nulidad del contrato por infracción de los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil, falta de manifestación de voluntad del agente (la cónyuge que no intervino) y falta de la forma prescrita por la ley (la intervención de ambos cónyuges), deviniendo en improcedente la demanda.

6. Por escrito de fojas 199, Elsa Flores Pally, actuando en representación de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, se apersona a la segunda instancia e informa sobre la existencia de un proceso de nulidad del contrato que ahora se pretende formalizar, proceso seguido por la antes mencionada contra su cónyuge Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Liliana Amanda Mejía García (demandante en el presente proceso), ante el Juzgado Mixto de Ilo, adjuntando a su escrito copia de la demanda de nulidad de acto jurídico y de un escrito de apersonamiento y formulación de excepciones presentado por Liliana Amanda Mejía García.

7. A fojas 208, se emite la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte, de fecha dos de octubre de dos mil quince, que confirma la sentencia apelada que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

7.1. En el contrato que se pretende formalizar participaron Ángel Gabriel Collantes Arimuya, como vendedor, y Liliana Amanda Mejía García, como compradora, y no así la cónyuge del vendedor, doña Rosa Estrella Reátegui

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

Marín, quien debió participar en el contrato para consolidar la manifestación de voluntad de la sociedad conyugal.

7.2. No resulta admisible que la manifestación de voluntad de Rosa Estrella Reátegui Marín sea tácita o implícita, a la luz de la actitud asumida para la celebración de sus actos jurídicos.

7.3. No existe prueba que acredite que doña Rosa Estrella Reátegui Marín haya expresado su voluntad de enajenar el bien, siendo que los indicios de no vivir o reclamar el bien no conducen a concluir que ésta transfirió el bien.

7.4. De acuerdo con el artículo 315 del Código Civil para disponer de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal se requiere de la intervención de ambos cónyuges, es más si uno de los cónyuges actúa en representación del otro, requiere poder especial. Por lo tanto, al no haberse acreditado la transferencia de la propiedad de la sociedad conyugal, no cabe amparar la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

8. Contra la sentencia de vista, la codemandante, Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, que corre de fojas 222 a 227; sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

8.1. La recurrente en su recurso de casación denuncia: **(i)** infracción normativa del artículo 141 del Código Civil concordante con el artículo 1352 del Código Civil, en tanto los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento, y la manifestación de voluntad puede ser tácita, que es lo que se habría producido respecto de la señora Rosa Estrella Reátegui Marín ya que ésta por vía telefónica comunicó que por razones de enfermedad no podía viajar del Callao a Ilo para la firma del contrato de compraventa y lo haría su esposo Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien, en efecto, el 26 de agosto del 2008, celebró el contrato. Luego, han sido los propios demandados los que entregaron el inmueble y retiraron sus bienes

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

muebles para trasladarlos al Callao, no habiendo solicitado la restitución del inmueble en ningún momento; **(ii)** indebida aplicación e interpretación del artículo 315 del Código Civil, pues se habría realizado una interpretación literal de la precitada norma, sin tener en cuenta lo establecido en el artículo 141 del Código Civil, ya que la demandada Rosa Estrella Reátegui Marín sí ha manifestado su voluntad de vender el inmueble, de manera tácita.

9. Por auto calificadorio del recurso de casación, obrante de fojas 26 a 29, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República desestimó las denuncias formuladas por la recurrente, en tanto pretenden lograr un reexamen fáctico y/o probatorio lo cual no resulta viable en sede de casación, al no constituir una tercera instancia; sin embargo, al amparo del artículo 392-A del Código Procesal Civil, concedió excepcionalmente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil.

10. Mediante auto de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió convocar a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el Pleno Casatorio que se realizará el día 08 de junio del año en curso, a horas 10:00 a.m., en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia.

II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar

1. La presente sentencia del Pleno Casatorio tiene como objeto dilucidar si en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública es posible o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, pues se ha advertido que a nivel jurisprudencial se pueden encontrar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

pronunciamientos contradictorios, señalándose, en algunas oportunidades, que dicho control sí es posible y, en otras, que no lo es. Así, en la resolución de convocatoria expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, se señaló que: *"se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles y la de derecho constitucional y social de este Supremo Tribunal, en los procesos que versan sobre otorgamiento de escritura pública, los están resolviendo con criterios distintos y hasta contradictorios, pues en algunos casos señalan que en este tipo de procesos no se pueden discutir los elementos de validez del acto jurídico y en otros establecen que a pesar de que en este tipo de casos sólo se exija la determinación de la obligación de otorgar la mencionada escritura ello no exime al juzgador de su deber de analizar y verificar en forma detallada los presupuestos necesarios para la formación del acto jurídico, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones números:*

104-2013, 146-2013, 1656-2010, 1765-2013, 2745-2010, 4396-2009, 1267-2011, 1553-2011, 1188-2009, 4612-2011, 13648-2013, entre otras, en las que no se verifica que existan criterios de interpretación uniforme ni consenso respecto al conflicto antes mencionado".

2. La jurisprudencia nacional se ha ocupado del tema en cuestión –esto es, si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública se puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar- aunque –como se ha dicho- arribando a soluciones contradictorias. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 2952-2003-Lima que señala que: *"En el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el acto jurídico, no discutiéndose en esta vía los requisitos para su validez, de allí que se sustancia en la vía sumarísima. El hecho de que en un proceso judicial se pretenda el otorgamiento de una escritura pública no impide que en otro proceso se pretenda declarar la invalidez del acto jurídico contenido en dicho instrumento, pues entre ambas pretensiones no existe identidad de petitorios, lo que ha de sustanciarse en*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

*vía de conocimiento". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se puede analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio –por cierto, mayoritario, a nivel jurisprudencial- que se sustenta en las siguientes razones: (i) en el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el negocio jurídico; (ii) en el proceso de otorgamiento de escritura pública no puede discutirse la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar pues la vía procedimental en la que se tramita (sumarísima) no lo permite; (iii) la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe discutirse en otro proceso; (iv) el proceso en el que se discuta la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe tramitarse en la vía de conocimiento. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 2406-2014-Ayacucho en la que, luego de invocarse la línea jurisprudencial clásica de acuerdo con la cual en los procesos sumarísimos no se discute la validez del negocio jurídico [véase: considerando segundo], se precisó que: “[...] Sin embargo, que ello sea así no significa que el juez deba formalizar todo documento que se le presenta; por el contrario, también en este caso le corresponde verificar que el acto jurídico que se pretende formalizar tenga visos de verosimilitud, pues sería absurdo solicitar que se cumpla con una formalidad que manifiestamente no se condice con la realidad y que además podría generar una situación de favorecimiento a la parte que lo pide, por ejemplo, en orden de prelación de acreencias o, incluso, antes o con la inscripción registral, la posibilidad de realizar transferencias con mala fe que parezcan protegidas por la fe del registro. **Quinto:** Por tanto, corresponde al juez, en los casos de demanda de otorgamiento de escritura pública, hacer un examen en grado de probabilidad –somero y exterior para no invadir esfera que no es materia de pronunciamiento- de la existencia del presupuesto básico para lograr la formalidad, esto es, un contrato. Dicho análisis le advertirá la presencia de los requisitos del acto jurídico y los propios del contrato que se pretende formalizar. No cabría, por ejemplo, formalizar una*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

*compraventa cuando no aparece en la minuta respectiva qué bien se transfiere (porque el artículo 1529 del Código Civil exige para la compraventa la presencia de bien y precio) u otorgar una Escritura Pública cuando el acto jurídico es solemnísimos (porque entonces sería la judicatura la que diera origen al acto jurídico que no tiene validez manifiesta por incumplimiento de la formalidad requerida, bajo sanción de nulidad)". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí es posible analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el hecho de que un proceso sumarísimo (como el de otorgamiento de escritura pública) no sea el espacio idóneo para discutir la validez del negocio jurídico no significa que el juez debe formalizar todo documento que se le presenta; **(ii)** el juez debe analizar que el negocio jurídico que se pretende formalizar exista y que concurren los elementos mínimos del contrato que se pretende formalizar; **(iii)** el análisis que se realizará no debe transgredir lo que ha de ser materia de pronunciamiento; **(iv)** sostener lo contrario, esto es, que no debe realizarse ningún tipo de control del negocio jurídico, podría llevar a formalizar un negocio jurídico que no se condice con la realidad y si éste es inscrito posibilita la realización de transferencias de mala fe que aparecerán protegidas por la fe del registro.*

3. La contradicción resolutive en torno al tema que se pretende dilucidar motivó que el mismo sea materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil llevado a cabo en la ciudad de Arequipa, los días 16 y 17 de octubre de 2015, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: "¿Es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública?"¹, y se adoptó como conclusión plenaria, por mayoría, que: "Sí es posible analizar la validez del

¹Véase:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed/CONCLUSIONES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed> (Consulta: 15/07/16).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública, ya que el juzgador no puede dejar de advertir o merituar el documento que sirve de sustento de la pretensión, esto es, no puede ni debe dejar de verificar si el mismo adolece de un defecto evidente o de fácil comprobación que vicie el acto jurídico. No es posible jurídicamente disponer la formalización de un acto jurídico inválido”².

4. Por su parte, nuestra doctrina ha realizado importantes aportes en torno al ejercicio de la facultad que tiene el juez de apreciar -para algunos- o de declarar -para otros- de oficio la nulidad del negocio jurídico³, facultad que aparece contemplada en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, según el cual: “*La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta*”, tema que, definitivamente, guarda directa relación con el que motiva la presente, debiendo dilucidar, en las líneas sucesivas, el ámbito de alcance sustantivo (el juez puede apreciar o declarar cualquier nulidad o solo la

² *Ibíd.*

³ ARIANO DEHO, Eugenia. *Sobre el poder del juez de ‘declarar’ de oficio la nulidad ex art. 220 CC*, En: *Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, 2003, pp. 135 y ss.; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio*, En: *Ius et Veritas*, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 24, Lima, 2002, pp. 56-63; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, novena edición, 2013, pp. 540-541; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*, Segunda edición, 2001, p. 701; MORALES HERVIAS, Rómulo. *La inconsistente ‘declaración’ de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, 2012, pp. 13-23; ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Nulidad absoluta*, Comentario al artículo 220 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 932; LAMA MORE, Héctor Enrique. *La nulidad de oficio del acto o negocio jurídico manifiestamente nulo ¿debe subsistir?*, Disponible en: <<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/nulidad%20de%20oficio.htm>> (Consulta: 15/07/16); TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *La declaración de nulidad manifiesta: ¿potestad o deber judicial? Una propuesta alternativa de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil peruano*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 174, Lima, 2008, pp. 49-54; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el Juez*, Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA052572FA006B7BD1/\\$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA052572FA006B7BD1/$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf)> (Consulta: 15/07/16); RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Ineficacia estructural del acto jurídico y la nulidad de oficio en el proceso civil*, En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Número 33, marzo, Lima, 2016, pp. 13-18; ABANTO TORRES, Jaime David. *La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, pp. 25-34; NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *¿Cuándo es ‘manifiesta’ la nulidad del acto jurídico? (sobre la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 220 del Código Civil)*, En: *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico. En la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 81-121; BERAÚN MAC LONG, Carlos. *Sobre la miopía del juez para declarar de oficio la nulidad manifiesta*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 170, Lima, 2008, pp. 98-100.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

nulidad manifiesta) y procesal (el juez puede ejercer esta facultad dentro de un proceso sumarísimo o sólo puede hacerlo dentro de procesos más latos) de aquella facultad, así como la forma en que ésta debe ser ejercida.

5. Corresponde dilucidar, también, si la calificación del negocio jurídico que se pretende formalizar debe extenderse o no al análisis de su exigibilidad o eficacia y, en caso de ser afirmativa la respuesta, se tendrán que dilucidar otras cuestiones específicas tales como: **(i)** si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública debe o no atenderse a la presencia de alguna modalidad en el contrato que se pretende formalizar (condición suspensiva o plazo suspensivo); **(ii)** si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse el ejercicio de una excepción de incumplimiento formulada por la parte demandada; **(iii)** si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse la resolución del contrato que se pretende formalizar; etc.

6. El Pleno Casatorio encuentra justificación, además, en la necesidad de establecer lineamientos en torno a un específico problema social y económico como es el brindar mayor seguridad y certeza respecto de las titularidades que ostentan los sujetos de derecho, lo que, adicionalmente, coadyuva a facilitar la circulación de las mismas. En efecto, la elevación a escritura pública de un contrato no solo posibilita el acceso de la titularidad al Registro Público (artículo 2010 del Código Civil⁴), lo que –al menos en línea de principio– determina que el titular ostente un derecho inatacable (artículos 1135⁵ y 2022 del Código Civil⁶) y que los terceros puedan conocer al titular del derecho,

⁴ **Artículo 2010 del Código Civil.** –“La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”.

⁵ **Artículo 1135 del Código Civil.** –“Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

⁶ **Artículo 2022 del Código Civil.** –“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone [...]”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

110¹⁰³ y 111 del Código Procesal Civil¹⁰⁴, esto es, imponer a la parte demandada y/o a su abogado y/o apoderado, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal y, en caso, considere que el abogado ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso.-

46. Ya se ha determinado cuándo existe una nulidad manifiesta y que ésta puede ser apreciada de oficio por el Juez incluso en un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública. Corresponde, ahora, determinar en qué forma se ejerce este específico control de validez del negocio jurídico o, si se prefiere, en qué forma el Juez debe ejercer el poder que se le ha conferido por medio del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil.

47. La facultad que tiene el Juez de apreciar de oficio la nulidad manifiesta de un determinado negocio jurídico, es decir, aun cuando la parte demandada no la haya alegado, podría entrar en colisión con algunos principios que orientan el proceso judicial, como son: el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

48. El proceso judicial es un instrumento de realización de los derechos materiales de los justiciables, quienes someten sus conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, a la decisión de un Juez que representa

¹⁰³ **Artículo 110 del Código Procesal Civil:** “Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria”.

¹⁰⁴ **Artículo 111 del Código Procesal Civil:** “Además de lo dispuesto en el Artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

al Estado, empero el uso de este instrumento no queda al arbitrio del Juez sino que éste ha de respetar una serie de principios y derechos que en su conjunto conforman lo que conocemos como debido proceso. Estos principios y derechos encuentran consagración en la Constitución y en las leyes, tal y como lo establece el artículo 138 de la Constitución Política de Estado: "*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos **con arreglo a la Constitución y a las leyes** [...]*" [el resaltado es nuestro].

49. Uno de los principios que deben ser respetados por el juzgador a los efectos de resolver válidamente la controversia es el principio dispositivo, que se encuentra consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil según el cual: "*El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar [...]*". Por este principio se entiende que las facultades de iniciar el proceso judicial y de fijar los extremos de la controversia, no le corresponden al Poder Estatal sino a los particulares. En efecto, según este principio, "tanto el ejercicio de la acción como el desenvolvimiento de ella a través del proceso, así como los límites de dicha acción y la actividad misma del juez, están en gran medida regulados por la voluntad de las partes, esto es, que las partes, así como son dueñas de disponer de su propio derecho sustancial, así también disponen, si la ley no establece otra cosa, de la iniciación y del desenvolvimiento del proceso"¹⁰⁵. Siendo así, el principio dispositivo guarda concordancia con la garantía de imparcialidad del Juez frente a los particulares.

50. Otro principio que inspira nuestro proceso judicial es el principio de contradictorio que se encuentra vinculado con el derecho de defensa consagrado en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado que dice: "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 14. El*

¹⁰⁵ ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Editorial Jurídica Universitaria, 2008, México, p. 322.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso". Según este principio, salvo que la ley establezca lo contrario, debe posibilitarse a ambas partes del proceso el plantear sus posiciones sobre toda cuestión que podría generar alguna controversia. "La razón de este principio consiste en el hecho de que en la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta no sólo todo aquello que el actor, haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al del actor. Sólo mediante el contraste de la posición del actor y de la posición del demandado podrá suministrarse al juez un exacto criterio de decisión, sobre la base del material de prueba y de las argumentaciones, en hecho y en derecho, que la una y la otra parte hayan desplegado en el desarrollo del proceso"¹⁰⁶.

51. El principio de congruencia procesal ha sido recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que: "*el juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*". De acuerdo con este principio debe existir correspondencia o identidad entre las pretensiones formuladas por las partes y lo resuelto por el Juez, de manera que no se incurra en una sentencia *extra petita*: cuando se concede algo distinto a lo pedido, es decir, cuando se resuelve sobre una pretensión que no ha sido discutida en el proceso; *infra petita*: cuando se omite resolver alguna pretensión; o *ultra petita*: cuando se concede más de lo pedido; pues cualquiera de estas situaciones conllevará la invalidez del pronunciamiento.

52. Finalmente, el principio de doble instancia, en el inciso 6 del artículo 138 de la Constitución Política del Estado: "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 6. La pluralidad de la instancia*"; y en el artículo X del Título

¹⁰⁶ Íd., p. 321.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

Preliminar del Código Procesal Civil que dice: “*El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta*”. Este principio garantiza que las decisiones emitidas por un juez puedan ser materia de revisión por un órgano jerárquico superior.

53. Sobre la relación que existe entre el poder que tiene el juez de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico y el principio de congruencia procesal se generó en nuestro medio un interesante debate entre dos reconocidos juristas. Por un lado, Juan Lohmann sostiene que la declaración de oficio de la nulidad de un negocio jurídico constituye una excepción al principio de congruencia procesal, lo que se justifica en atención a que la nulidad es de orden público, es decir, se encuentra fuera del ámbito dispositivo de las partes. Así, el referido autor señala que: “A la necesidad de proteger este orden público, las buenas costumbres y, a la postre, esos intereses superiores; y privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello, obedece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo”¹⁰⁷. Y continúa diciendo que: “el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos invocados, no versan sobre derechos disponibles. La regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles”¹⁰⁸. No obstante, el citado autor sostiene que la norma civil y la norma procesal no son contradictorias y podrían conciliarse si interpretamos la primera a la luz de la última y entendemos que “el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular”¹⁰⁹, ante ello “lo que el juez puede hacer es plantear

¹⁰⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 58.

¹⁰⁸ Íd., p. 61.

¹⁰⁹ Íd., p. 60.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

de oficio la cuestión, pedir a las partes que formulen sus posiciones al respecto y, en su momento, si a su criterio hay nulidad, emitir declaración en la sentencia sobre ello, aunque no formara parte de las pretensiones". Y, en opinión del autor que venimos citando, el momento adecuado para que el Juez pueda traer a colación una posible nulidad no alegada por las partes es el de la audiencia de determinación de puntos controvertidos¹¹⁰. Con todo, hay que enfatizar que para Juan Lohmann la nulidad que el Juez advierta de oficio puede ser declarada en la parte resolutive de la sentencia. Finalmente, el citado autor plantea importantes lineamientos en torno a la forma en que el Juez debe ejercer su facultad de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico: "(i) que el Juez sea de primera instancia y tenga competencia si la nulidad hubiera sido demandada; (ii) que la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto; (iii) que el acto esté directamente e inseparablemente relacionado con la controversia y que el pronunciamiento sobre su validez sea indispensable para la decisión sobre los puntos controvertidos; (iv) que las partes del proceso sean las mismas del acto, y si éste involucra a terceros que hayan sido debidamente emplazados; y, (v) que advertida la posible existencia de nulidad, mediante resolución debidamente motivada el juez lo notifique a las partes del proceso y litisconsortes, concediéndoles un plazo común vencido el cual se reanuda el plazo para sentenciar o, cuando corresponda, se procederá conforme al artículo 96 del Código Procesal Civil"¹¹¹.

54. De otro lado, Eugenia Ariano manifiesta no estar de acuerdo con que la declaración de nulidad *ex officio* se haga en la parte resolutive de la sentencia, y sustenta su discrepancia en que el término "declarar" que aparece en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no debe interpretarse como que el juez pueda introducir en su fallo un extremo que no fue objeto de

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Íd.*, p. 63.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

demanda o de reconvencción¹¹², pues, “si así se hace se incurre, siempre, en vicio de extra petición, y como consecuencia la sentencia será nula (al menos en el extremo ‘extra’)”¹¹³. Para la citada autora, la congruencia de la sentencia, es decir, la correspondencia entre lo pedido y lo resuelto, no encuentra ninguna excepción, ni siquiera en materia de nulidad absoluta¹¹⁴, lo que en realidad sucede es que “hay hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), que aún cuando no alegados expresamente por la parte demandada, pueden (y deben) ser ‘tenidos en cuenta’ de todas maneras por el juez (justamente de oficio). Esos hechos configuran lo que la doctrina italiana llama, en expresión por demás elíptica (y equívoca), ‘*eccezioni rilevabili d’ufficio*’ o ‘*eccezioni in senso lato*’, por contraposición a las ‘*eccezioni in senso stretto*’ o ‘excepciones’ a secas. Uno de ellos es, justamente, la nulidad”¹¹⁵. Por lo tanto, “la nulidad *ex art. 219 CC* constituye un hecho impeditivo de la pretensión actora que el juez puede ‘tener en cuenta’ de oficio, vale decir, sin que se precise de la expresa alegación de parte, a los efectos de desestimar (sólo) la demanda. Nada más”. Lo que lleva a la citada autora a proponer que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil se lea como si dijera: “el juez puede fundar sus fallos en la nulidad que le resulte manifiesta aunque no haya sido invocada”¹¹⁶, y a concluir que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no es una excepción a la regla de congruencia sino que es una excepción de la regla que las excepciones las plantea sólo el demandado¹¹⁷. En buena cuenta, lo que plantea la citada doctrina es que el Juez puede, de oficio, apreciar la nulidad manifiesta de un negocio jurídico y fundar su decisión sobre ésta, mas tal apreciación únicamente puede realizarse en la parte considerativa de la

¹¹² ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 140-141.

¹¹³ Íd., p. 141.

¹¹⁴ Íd., pp. 142-143.

¹¹⁵ Íd., p. 145.

¹¹⁶ Íd., p. 149.

¹¹⁷ Íd., p. 150.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

sentencia sin que sea posible emitir pronunciamiento sobre la nulidad manifiesta en la parte resolutive de la sentencia.

55. El tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, incluso ha sido materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, llevado a cabo en la ciudad de Lima, los días 26 y 27 de marzo de 2010, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: “¿Puede el juez de oficio declarar la nulidad del acto jurídico de compraventa, al existir una causal manifiesta de nulidad, en un proceso en el cual se busca otorgarle eficacia al acto jurídico nulo, pero que todavía no ha sido declarado como tal?”¹¹⁸, y se formularon dos Ponencias: La primera establecía que: “El juez sí puede declarar de oficio la nulidad del acto jurídico en la parte resolutive de la sentencia, en la medida que haya tenido en cuenta como pautas a seguir que lo haya fijado como punto controvertido y que haya dado la posibilidad a las partes procesales para el contradictorio respectivo; sin que ello implique vulneración alguna al principio de congruencia procesal, habida cuenta que como todo principio, éste no es absoluto; por tanto admite excepciones, siendo una de ellas la facultad contenida en el artículo 220 del Código Civil”¹¹⁹; y la segunda señalaba que: “El juez puede utilizar el argumento de la nulidad manifiesta, en la parte considerativa de la sentencia, a efecto de enervar la pretensión postulada, sustentada en el acto manifiestamente nulo, sin necesidad de declarar la nulidad del acto en la parte resolutive. La aplicación de esta norma debe hacerse de manera restrictiva, y sólo para aquellos supuestos de actos jurídicos manifiestamente contrarios al orden público y a las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 219,

¹¹⁸ Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. *Material de lectura. Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2010*, Lima, 2010, p. 645.

¹¹⁹ *Ibíd.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

inciso 8) del Código Civil”¹²⁰. Adoptándose como conclusión plenaria, por mayoría, la primera ponencia.

56. Sobre el particular, en el sistema español se han planteado dos tesis¹²¹: **(i) la tesis civilista**, según la cual, el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad del negocio jurídico en cualquier estado del proceso y a nivel de cualquier instancia, incluso a nivel de la Corte Suprema, y sin que sea necesario promover una actividad contradictoria entre las partes del proceso, a pesar de lo cual el pronunciamiento en torno a la nulidad del negocio jurídico adquiriría la calidad de cosa juzgada, y ello sería así en tanto que la nulidad opera por ministerio de la ley, de forma automática¹²². Los partidarios de esta tesis consideran que “si el contrato nulo accede al proceso el juez debe eliminarlo definitivamente del tráfico jurídico, declarando su nulidad sin necesidad de actuaciones procesales contradictorias entre las partes previas a la declaración, ni tampoco de otro proceso ulterior”¹²³. **(ii) la tesis procesalista** que, a su vez, presenta dos manifestaciones: **la primera**, según la cual, el Juez, de oficio, puede apreciar la nulidad del negocio jurídico, con eficacia *incidenter tantum*, limitándose a desestimar la demanda y dejando a salvo la posibilidad de que las partes puedan ejercitar la acción de nulidad en un proceso posterior en el que se observen todas las garantías procesales, mas no puede declarar la nulidad, pues esto contravendría el principio dispositivo y las garantías procesales de las partes; y **la segunda**, según la cual, el Juez, de oficio, podría declarar la nulidad del negocio jurídico, pero siempre que inserte el cauce contradictorio que permita a las partes debatir sobre la nulidad, con lo cual la declaración de nulidad podría pasar en autoridad de cosa juzgada¹²⁴.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ MARCOS GONZÁLES, María. *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 19 y ss.

¹²² *Íd.*, principalmente, pp. 53-56.

¹²³ Así lo explica, aunque sin suscribirse a dicha tesis: *Íd.*, p. 21.

¹²⁴ *Íd.*, principalmente, pp. 56-68.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

57. Este Supremo Tribunal considera que la forma en que el Juez debe ejercer el poder que tiene para declarar de oficio una nulidad manifiesta debe ser aquella que logre conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, es decir, aquella que permita armonizar de mejor forma los postulados del Derecho sustantivo y del Derecho procesal. En esa línea consideramos que no puede acogerse la denominada tesis civilista que plantea que el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad a nivel de cualquier instancia y sin necesidad de promover el contradictorio, pues tal solución si bien representa una amplia tutela para los intereses que se pueden ver perjudicados con la nulidad, vulnera importantes garantías procesales, tales como, el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

58. Por el contrario, la tesis procesalista, en sus dos manifestaciones, sí intenta conciliar las dos tutelas antes referidas, por lo que el criterio dirimente para optar por una u otra manifestación, debe ser otro, también digno de consideración, como es la economía procesal. Así, por un lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, no puede declarar la nulidad sino solo apreciar la misma y sobre la base de dicha apreciación desestimar la demanda, con lo cual si bien se ahorra el promover el contradictorio entre las partes, se deja abierta la posibilidad de que éstas puedan iniciar un nuevo proceso en el que se discuta la validez del negocio jurídico, con el contrasentido de que un nuevo juez tenga que verificar si la apreciación realizada en su oportunidad por otro juez se ajustó o no a derecho. Por otro lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, puede declarar (entiéndase, en el fallo) la nulidad pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes, con lo cual lo que se decida en torno a la nulidad, adquiriría la calidad de cosa juzgada y eliminaría la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

posibilidad de que se reabra el debate sobre dicha situación en otro proceso. Es en mérito a tales razones que este Supremo Tribunal se adhiere a este último planteamiento.

59. Este Supremo Tribunal considera que la asunción de esta tesis guarda concordancia con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a que el Juez puede “declarar” la nulidad manifiesta, mas no hace referencia a que el Juez puede solo “apreciar” la nulidad manifiesta, asimismo, el planteamiento en cuestión es consecuente con que el ejercicio, de oficio, de un poder por parte del Juez debe previamente promover el contradictorio entre las partes. Es justamente la apertura de este incidente contradictorio lo que remedia en gran medida la posible vulneración no solo del principio de contradictorio, sino también del principio dispositivo y del principio de congruencia. En efecto, en relación al principio de congruencia, debemos decir que el artículo 219 del Código Civil y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil podrían conciliarse si entendemos que “el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular”¹²⁵; asimismo, debemos tener en cuenta que la declaración de oficio de la nulidad guarda relación directa con el derecho que pretende efectivizar el demandante, pues aquél deriva, precisamente, del contrato que se considera manifiestamente nulo, además, se ha posibilitado a las partes y, específicamente, a la parte demandante, el plantear argumentos de defensa y aportar medios probatorios relativos a la nulidad del negocio jurídico, finalmente, proscribir la posibilidad de que el Juez declare de oficio la nulidad manifiesta “permitiría que las decisiones de los tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes o

¹²⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 60.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

delictivos, absurdo ético jurídico inadmisibles”¹²⁶. En relación al principio dispositivo, cierto es que en virtud de éste corresponde a los particulares iniciar el proceso judicial y fijar los extremos de la controversia, empero, también es cierto que excepcionalmente le está permitido al Juez incorporar al debate situaciones o cuestiones no alegadas por las partes como, por ejemplo, la caducidad, la actuación de medios probatorios de oficio, la aplicación de la norma jurídica correcta (*iura novit curia*) y la nulidad manifiesta, máxime, si como sucede en este último caso, se ven comprometidos intereses públicos. Además, así como en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno), de fecha dieciocho de marzo de dos mil once, la flexibilización de determinados principios procesales (como el de iniciativa de parte, congruencia, formalidad y preclusión) encontró justificación en la especial tutela de las relaciones familiares, en el presente caso la flexibilización de los principios procesales de congruencia e iniciativa de parte encuentra justificación en la tutela de intereses generales que se ven perjudicados de forma manifiesta.

60. Luego, en relación al principio de contradictorio, ya está dicho que éste debe ser promovido por el Juez antes de que emita pronunciamiento sobre la nulidad, lo que significa que el Juez debe comunicar a las partes la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas (las partes) puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, siendo el momento adecuado para que el Juez traiga a colación una posible nulidad no alegada por las partes, el momento anterior al saneamiento del proceso, pues, es posible que se pueda plantear como argumento de defensa, por ejemplo, una excepción de cosa juzgada o una

¹²⁶ STS de 31 de diciembre de 1979, citada por: MARCOS GONZÁLES, María. Ob. cit., p. 183.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

excepción de litispendencia, en caso de que en relación a la causal que pretende considerar el Juez ya exista un pronunciamiento firme o ésta se encuentre siendo discutida ante otro órgano jurisdiccional, respectivamente. La calificación de los medios probatorios y las excepciones procesales relativas a la nulidad manifiesta serán resueltas en la audiencia única o -en caso de que ésta haya sido suspendida, justamente, con ocasión de que durante su realización el Juez advirtió una posible nulidad manifiesta en el negocio jurídico que se pretende formalizar y promovió el contradictorio- en la continuación de la Audiencia única. Si el Juez advierte la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico, en un momento posterior al saneamiento del proceso, el Juez, igualmente, antes de emitir sentencia, comunicará a las partes tal posibilidad, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, los cuales han de estar referidos únicamente a la posible nulidad manifiesta del negocio jurídico; y, de ser necesario, el Juez fijará fecha para una audiencia complementaria en la que se resolverán las (posibles) excepciones procesales, se calificarán y actuarán los (posibles) medios probatorios (cabe reiterar que las actuaciones estarán referidas únicamente a la pretensión incorporada de oficio) y se emitirá sentencia, salvo que el Juez reserve su decisión por el plazo de ley.

61. Finalmente, a fin de no vulnerar el principio de la doble instancia, debe existir pronunciamiento de parte de las dos instancias de mérito, en relación a la posible nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar. En consecuencia, si la instancia superior advierte una posible nulidad manifiesta, respecto de la cual la instancia inferior no ha emitido ningún pronunciamiento, se declarará la nulidad de la sentencia apelada, ordenándose que se promueva el contradictorio entre las partes en la forma antes señalada,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

esto es, concediéndoseles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que formulen sus posiciones al respecto y aporten los medios probatorios que juzguen pertinentes, y, de ser necesario, se cite a las partes a una audiencia complementaria. Si la posible nulidad manifiesta es advertida a nivel de la Corte Suprema, no habiendo, las instancias de mérito, emitido pronunciamiento sobre el particular, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia proceda conforme a lo antes señalado.

62. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

63. Emitido un precedente vinculante éste ha de ser observado por todo órgano jurisdiccional, incluyendo a aquél que lo emitió. Sin embargo, existen técnicas que permiten inaplicar un precedente vinculante, siendo las más conocidas: **(i)** la técnica del *distinguishing*, y **(ii)** la técnica del *overruling*. La técnica del *distinguishing* "es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar"¹²⁷; en buena cuenta, la técnica del *distinguishing* permite evadir el efecto vinculante de un precedente para un caso concreto sobre la base de la existencia de diferencias fácticas entre el caso que se resuelve y el

¹²⁷ MORETTI, Francesca. *El precedente judicial en el sistema inglés*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 45.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

caso que motivó la emisión del precedente vinculante, pero sin llegar a modificarlo. La técnica del *overruling* “no se refiere a un simple problema de aplicación del precedente judicial –no se satisface con la no ocurrencia de sus consecuencias en el caso concreto-, sino va más allá de eso, ya que representa una *abrogación* de la propia norma adscrita aceptada como precedente. El *overruling* se presenta como el resultado de un *discurso de justificación* en que resulta descartada la propia *validez* de la regla antes visualizada como correcta”¹²⁸; en buena cuenta la técnica del *overruling* permite cambiar el precedente vinculante por uno nuevo, es decir, se modifica el precedente vinculante pero no solo eso, sino que, además, se impone un precedente vinculante que sustituye al anterior. A su vez, el *overruling* puede ser de dos clases: **(i)** *overruling* retroactivo; y **(ii)** *overruling* prospectivo. En el *overruling* retroactivo la nueva regla jurisprudencial se aplica a los casos anteriores a su emisión, al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Mientras que en el *overruling* prospectivo el nuevo precedente vinculante se aplica sólo a los casos futuros mas no a los casos anteriores a su emisión y tampoco al caso concreto que motivó su emisión, entonces, el *overruling* prospectivo “se configura como la posibilidad de un juez de modificar un precedente, considerado inadecuado para regular cierto supuesto con relación a todos los casos que se presenten en el futuro, decidiendo, sin embargo, el caso en examen aplicando la regla superada”¹²⁹. No obstante, conforme da cuenta Juan Monroy¹³⁰, existen variantes del *overruling* prospectivo como son: **(i)** la derogación prospectiva prospectiva, que consiste en posponer los efectos de la nueva regla a una fecha futura determinada; y **(ii)** la derogación

¹²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoría del Precedente Judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 398.

¹²⁹ MATTEI, Ugo. *Stare decisis en los Estados Unidos*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, ob. cit., p. 60.

¹³⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*, Disponible en: <www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/12.RTF> p. 24 del documento (Consulta: 15/07/16).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

cuasi-prospectiva, la nueva regla se aplica al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Con todo, en las *judicial departures*, es decir, en los casos de apartamiento de un precedente vinculante (*distinguishing, overruling, etc.*), “la decisión precedente debe ser apropiadamente semejante al caso subsecuente. En última instancia, el precedente y el caso a ser decidido deben plantear las mismas cuestiones jurídicas, y el caso precedente ya debe haber resuelto la cuestión”¹³¹.

64. El poder que tiene el Juez de declarar de oficio la nulidad manifiesta de un negocio jurídico, importa que aquél podrá declararla –siempre que se haya propiciado el contradictorio- aun cuando las partes no hayan alegado la nulidad manifiesta en sus escritos postulatorios o en sus recursos impugnatorios (apelación o casación), pues, justamente, se trata de una declaración oficiosa que busca evitar que se lesionen intereses indisponibles por las partes. Por lo tanto, en aplicación de la técnica del *overruling* debe quedar superada la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, que establecía que: “*Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220° del Código Civil- que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada [...] De igual guisa [la nulidad manifiesta] tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que [...] en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del iura novit curia, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la*

¹³¹ SUMMERS, Robert y ENG, Svein. “*Departures from precedent*”, In: MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents – A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, p. 521, citados por BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ob. cit., pp. 397-398.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio". En efecto, conforme a lo antes señalado, la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad (y, en consecuencia, no hayan emitido pronunciamiento sobre el particular) y aun cuando (la nulidad manifiesta) no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, la Corte de Casación en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta. En suma, en un proceso de otorgamiento de escritura pública y, en general, en cualquier proceso civil de cognición, el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60.

65. Por otro lado, en nuestro sistema jurídico, respecto a la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, en el Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, se ha establecido como precedente vinculante (5.3.) que: *"Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, **sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia** – sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico-, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta"* [el resaltado es nuestro]; de donde se tiene que el Juez no "declarará" la nulidad manifiesta, es decir, no emitirá

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

pronunciamiento sobre el particular en la parte resolutive de la sentencia, sino que sólo la analizará en la parte considerativa, lo que conlleva a que aquello que se decida no tendrá la calidad de cosa juzgada, dejándose abierta la posibilidad de que se inicie un nuevo proceso en el que se peticione que se declare la validez del negocio jurídico que otro órgano jurisdiccional ya consideró manifiestamente nulo; asimismo, no se supedita el ejercicio del poder en cuestión a la promoción del contradictorio entre las partes. Pues bien, replanteado el tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, se advierte que por las razones expuestas en los fundamentos 57, 58, 59 y 60, específicamente, por la necesidad de conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, las ventajas que, en coherencia y economía procesal, determina la “declaración” de la nulidad manifiesta, que posibilita que aquélla adquiera la calidad de cosa juzgada, la concordancia con la literalidad del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a la “declaración” y no a la (sola) “apreciación”, la necesidad de propiciar el contradictorio entre las partes, etc.; este Supremo Tribunal considera que, en aplicación de la técnica del *overruling* que permite cambiar un precedente vinculante, corresponde modificar el citado precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: *“Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”*. En general, la declaración de oficio de la nulidad manifiesta

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición siempre que la invalidez del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes. Ciertamente es que el presente Pleno Casatorio se emite en un proceso de otorgamiento de escritura pública, mientras que el precedente vinculante (que se modifica) contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil fue emitido en un proceso de desalojo, sin embargo, no puede perderse de vista que ambos llegan a ocuparse de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, ambos han establecido el lineamiento en cuestión en el marco de un proceso sumarísimo y no existe razón alguna que justifique un trato diferenciado para el ejercicio del referido poder, esto es, que el mismo sea ejercido de una forma en el proceso (sumarísimo) de desalojo y de otra forma en el proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública.

66. Finalmente, cabe señalar que los precitados cambios en los precedentes vinculantes serán de aplicación para los casos en los que aún no existe cosa juzgada, es decir, no afectarán lo decidido conforme a los precedentes vinculantes preexistentes.

IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública

IV.7.1. El otorgamiento de escritura pública del contrato de compraventa.-

67. El contrato de compraventa es aquél por medio del cual un sujeto (denominado, vendedor) transfiere o se obliga a transferir la propiedad de un bien a otro (denominado, comprador) y éste se obliga a pagar su precio en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

validez del presente proceso como consecuencia de la vulneración del derecho al debido proceso y, específicamente, del derecho de defensa, tanto de la parte demandante, como de uno de los codemandados, situación que conlleva a una nulidad insubsanable, resultando de aplicación lo dispuesto en los precitados artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil, careciendo de objeto, por ahora, emitir pronunciamiento sobre una posible afectación de las normas de carácter material (artículos 1549 y 1412 del Código Civil). Por tales consideraciones:

VIII. DECISIÓN

PRIMERO.- Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 222 a 227; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha dos de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 208 a 211; **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, obrante de fojas 83 a 87, y **NULO** todo lo actuado hasta el emplazamiento del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya; **ORDENARON** que el *A quo*, reponga la causa al estado que corresponda y proceda conforme a las consideraciones precedentes.

SEGUNDO.- Asimismo, declararon que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

- 1.** El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil.

- 2.** En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.
- 3.** La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.
- 4.** La nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil.
- 5.** La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de Escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible.

- 6.** Dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, y sin perjuicio de que se puedan considerar otros supuestos, se tendrán en cuenta los siguientes:

Si la obligación de elevar a escritura pública el negocio jurídico se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si todos los efectos del negocio jurídico se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda de otorgamiento de escritura pública será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si la obligación de elevar a escritura pública un negocio jurídico, se encontrara sujeta a plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar, a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.

En los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Se procederá del mismo modo cuando el incumplimiento se invoque como argumento de defensa.

En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley, o pactados por las partes, para ello, y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin declarar la resolución del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En ambos supuestos, el Juez no se pronunciará en el fallo sobre la resolución extrajudicial del contrato.

- 7.** Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.
- 8.** Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

TERCERO.- DISPUSIERON LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página web del Poder

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En los seguidos por Jubert Alberto Barrios Carpio y Liliana Amanda Mejía García contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, sobre otorgamiento de escritura pública.

SS.

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ

JANET OFELIA TELLO GILARDI

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA

COLUMBA MARIA DEL SOCORRO
MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

DIANA LILY RODRIGUEZ CHAVEZ

CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS

ULISES AUGUSTO YAYA ZUMAETA

JOSE FELIPE DE LA BARRA BARRERA

VICTOR RAUL MALCA GUAYLUPO