

CÓMO REDACTAR UN RECURSO DE CASACIÓN CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO¹



¿Cuál es la finalidad del recurso de casación teniendo en cuenta su origen y evolución histórica.?

Bueno siempre la finalidad del recurso es afirmar el *Ius constitutionis*, o sea el interés general de la ley y por eso es que, este recurso está, guiado al cumplimiento del valor superior de la seguridad jurídica y a la afirmación del principio derecho de igualdad ante la ley y por eso es que además en esa línea, las funciones del recurso están vinculados a la **Nomofiláctica** o a la *nomofilaxis* en el sentido de lograr la interpretación más socialmente aceptable como dice *Bullying* de la ley y a su vez generar, una uniformización de la jurisprudencia de la interpretación y aplicación del derecho objetivo.

¿Cómo es que la casación cumple con esta función nomofiláctica de control de legalidad y unificadora de generar predictibilidad, si la misma Corte Suprema a veces emite pronunciamientos ciertamente contradictorio por ejemplo la negociación incompatible, Hay casaciones que habilitan de que pueda ser punible el cmplice Pese a que es un delito unilateral y también hay otras casaciones que no, igualito la discusión de valorar tipo penal en la audiencia de prisión preventiva.?

¿Qué hace la Corte Suprema o qué criterio utiliza cuando a la sala llega el Ministerio Público citando casaciones que favorecen su postura, llega la defensa también con casaciones que también favorecen su postura. ?

La **Nomofiláctica** es por cierto la orientación y la línea, que debe de imponer el Tribunal Supremo eso es algo fundamental, el derecho es vivo y tiene por tanto una evolución y tiene

por tanto una perspectiva plural, que en cada caso concreto, debe de ser interpretado y aplicado de la mejor forma posible. El objetivo final de lograr una sola interpretación, es eso un objetivo con una orientación teleológica, pero desde luego, eso no quita las diferentes opiniones y que en momentos determinados, existan fallos objetivamente divergentes, no se trata de que no haya divergencia, se trata de que en la evolución a partir de decisiones que ya se han dictado, ir revisando, ir reexaminando y por tanto dar las soluciones más idóneas, evidentemente lo que se presta de modo más importante, a la nomofilaquia por tanto a la generación de una doctrina uniforme, es la ley material o la ley sustancial, mucho más difícil por supuesto tiene que ver con la ley, con la ley procesal y sobre todo con la valoración de la prueba y con los criterios que tienen que ver con la motivación de la sentencia, sin embargo hay corrientes dogmáticas, que imprimen su influencia en cada decisión y por tanto no puede ser ajeno, que uno dicta una resolución, a partir de una concepción dogmática y luego otros a partir de otras decisiones, últimamente usted que me ha planteado el delito de negociación incompatible. Este es un delito preparatorio por tanto y que está en función a tutela de normas de flaqueo punto, y eso no quita que pueda haber por su propia naturaleza de las cosas, complicidades y que puedan intervenir y sobre todo cuando se trata del estado en procesos licitatorios o procesos de contratación pública, la intervención a partir de los roles competenciales de múltiples funcionarios y no se puede partir de un **Plurito** ya eso lo tenemos, ya claro de que no puede haber de que no puede haber y complicidad No, claro que puede haberlo lo que hay que diferenciar es entre **Negociación Incompatible** y **Colusión** que es otra cosa que es otra cosa que **supone encuentro** no supone esto la Negociación incompatible y estamos advirtiendo que los Tribunales y las Fiscalías están trabajando confundiendo dramáticamente un delito preparatorio con un delito ya construido bilateral que es el delito de colusión, que es patente los errores, errores que son graves porque generan impunidad.

¿Queda clara la función nomofiláctica es una función unificadora, que tiene la casación profesor, pero me quepa ahí la duda, de cómo resuelve la Corte Suprema cuando el Ministerio Público llega con unas casaciones que bien dicen de que, si es punible la complicidad en el delito de negociación incompatible, llega la defensa técnica que también tiene casaciones que respaldan la postura de que no, la negociación compatible es un delito unilateral no es punible la complicidad.?

Fíjense ustedes desde luego el objetivo o la idea de la casación como decía **Calamandrei** que está integrada por un recurso y por un aspecto orgánico que es el Tribunal Supremo, no es algo estático, las Cortes las Salas varían, su personal cambia, los acentos las inquietudes las valoraciones, las líneas dogmáticas que son plurales, hacen carne en cada Juez obviamente lo trascendente, es que en el tiempo en el más largo tiempo posible, uno debe

garantizar uniformidad, eso es lo más importante, sin embargo primero, un tema metodológico, no porque uno cita y dice que tal casación, tiene determinado sentido, eso es correcto a veces son citas incorrectas yo digo muchas veces eso sucede, pero en otros casos más allá de las citas jurisprudenciales, se da un cambio de perspectiva y como he dicho depende de qué línea dogmática uno siga, porque estos temas que tú me planteas son puramente dogmáticos, puramente dogmáticos y depende de la sensibilidad y la opción, como igualmente uno tiene un concepto de **Dolo** solamente cognitivo y otros un **Dolo** que también incorpora la voluntad, esta concepción cada una tiene diferentes consecuencias, entonces eso es un tema que está allí, el debate está planteado. Así como ahora se habla de lesa humanidad y el tema de la aplicación de la ley en el tiempo etcétera, y unos creen tontamente de que la lesa humanidad, hay que verlo desde el estatuto de la corte de Roma y eso no es cierto, esas leyes, se han generado hasta antes de la Segunda Guerra Mundial o sea que de ahí hay que verlo pero en fin en fin son como digo sensibilidades.

¿El profesor Passanante Luca, en el libro, La casación hoy 100 años después de calamandrei señala que la función nomofiláctica hoy en día en la puridad como lo entendió calamandrei está en crisis está cayendo en lo obsoleto porque la función del juez de mero silogizador de algún modo u otro disecaría el derecho vivo, no permitiría adaptar al derecho a las nuevas necesidades, a la nueva realidad social. Qué opinión le merece esta crítica del Passanante Luca.?

No, la **Nomofiláxis**, lo que tiene es un sentido claro y como dice **Bullying** es la interpretación social más aceptable, no hay una sola verdad, no hay una sola interpretación, no hay una sola concepción del derecho, claro eso genera desde luego tensiones y genera disparidad en determinadas situaciones, **pero es el precio que tenemos que pagar por la evolución del derecho** y sobre todo hay un tema que es importante y mi maestro **Hurtado Pozo** siempre lo ha destacado, **no solamente es lo lógico jurídico, sino los valores la ideología**, y esto es lo que hacen los cambios, la dogmática creativa la dogmática de referencia de cambio está ahí presente y los debates contemporáneos en filosofía del derecho van en ese ángulo, en consecuencia, no hay por qué asustarse, ni hay por qué negar a lo que fue, ahora una cosa es asumir acriticamente o atemporalmente la casación desde que se fundó formalmente y otra cosa es verla en su evolución y en su contexto, en la evolución según los países, por tanto ese es un tema que tenemos presente e insisto mucho, por eso es que se requiere que el **Juez de Casación** tenga especiales cualidades de conocimiento del derecho, cualidades de manejar mucho las técnicas de interpretación, tener un gran sentido de perspectiva humanista e interdisciplinaria. ello es lo que enriquece las decisiones ello es lo que te da un perfil e insisto también, que yo uno mucho lo político

también. Acendrado criterios democráticos, y eso también genera un perfil, genera una pauta de cómo han de resolverse los casos, no es lo mismo un **Juez Conservador**, que un **Juez Liberal** que un **Juez Progresista** hay diferencias y esas tensiones, que muchas veces se resuelven armónicamente, se expresan en el correr de las decisiones de los Tribunales Supremos.

¿En su experiencia como Juez Supremo, cuáles son las principales causas de inadmisibilidad, que se presentan en el día a día en el recurso de casación?

Fíjense si bien el recurso de casación nació en 1790, en el Perú se afirmó muchísimo primero con las constituciones del 79 y luego con la del 93 y recién la casación penal se desarrolló y se afirmó en el código de 2004, por tanto para el Perú es un recurso Joven esa juventud unido a esa gran historia que tiene en el derecho eurocontinental, sobre todo en el siglo, hace que tengamos que asumir esas enseñanzas, esa cultura de la casación y esto es lo que en un momento en un espacio temporal, *en la que la Educación legal, es muy baja hemos descendido muchísimo en capacidad en enseñanza del derecho y en buenos profesionales eso está claro la crisis del Perú tiene una explicación allí*, también eso hace que no se conozca y como nunca hemos tenido casación antes, automáticamente hacemos casación como si fuese una tercera o una segunda apelación y que en el proceso, más nos concentremos siendo **fatistas** o sea en el hecho, **ergo** en la prueba y no tenemos clara conciencia de cuál es la diferencia respecto del **hecho en la apelación** y en **la casación** y por ello, es que cerca del 70% de los casos lo rechazamos de plano, porque confunden **Apelación** con **Casación** y porque además no detallan las inferencias normativas y también como quiera que existe una Casación Constitucional o sea una inobservancia de precepto constitucional o siguiendo no hemos colocado la expresión garantías constitucionales, esa expresión es Argentina, pero que es lo mismo, es lo mismo. Entonces como toda norma Constitucional es genérica vaga porosa por sí misma, cómo puedes decir se violó el debido proceso, eso es insuficiente, el debido proceso es un derecho de derechos. Qué derecho ¿?, el de la garantía del debido proceso es la que se ha vulnerado. La que se observado cuál.

Igual Tutela Procesal o Tutela Judicial, así dice la Constitución, en España dice: Tutela Judicial Efectiva lo que es un pleonasma, toda Tutela tiene que ser efectiva, si no, no es tutela, pero bueno, igual es un derecho de derechos y en fin igualmente dice se violó el principio de Legalidad Penal ¿?; Cuál ¿? y muchos no diferencian **Legalidad Penal** de **Tipicidad** no diferencia, y por esa falta de conocimiento acerca de las precisiones que tiene cada garantía genérica sobre todo, es que se producen los problemas y además hay una cosa que creo yo es importante:

En la Casación el Juez de Casación, no se va a preocupar si la *Motivación es legalmente correcta, ósea no se va al sentido del fallo, no, no le importa, lo que le importa es si hay una infracción normativa, eso es lo que le importa, porque uno puede estar bien absuelto o mal*

*absuelto, pero lo que me importa es como ¿?; qué ha pasado y yo no voy al tema, de si es justa o injusta **es el tema de la apelación**, no es el tema de la **casación** nosotros vemos **Seguridad Jurídica, No! Justicia Material**, Goslm planteaba el la base que ecológica no eso no es exacto, eso no es cierto porque eso te genera una confusión con la apelación, entonces esos desconocimientos, esa falta de precisión, esa falta de información genera estos grandes rechazos, también muchos repiten, hay una expresión que el Tribunal Constitucional ha dicho y ha contribuido a la confusión "**Debida Motivación**" Qué es eso ¿?, **¿Cómo que debida?; ¿Qué es lo indebido?**, eso no se puede, eso no es asible o Motivación defectuosa o no defectuosa y la **Motivación Defectuosa** tiene **NUEVE ÍTEM** por lo **menos nueve** ítem **1. Motivación Omitida** pero ese es de laboratorio de la parte **expositiva**, paso a la parte **resolutiva** eso no hay la **2. Motivación Incompleta**, cuando hay una parte de la decisión, que no se motiva. Por ejemplo puede ser sobre la medición de la pena o puede ser por ejemplo se ha planteado una exención de responsabilidad eso no se motiva eso es incompleta diferente es la **3. Motivación Insuficiente** es cuando el razonamiento que concluye es un razonamiento que no tiene el rigor, la coherencia para justificarse en sí mismo, ese es suficiencia, luego viene la **4. Motivación impertinente** motiva lo que no es del caso motivar, luego viene la **5. Motivación Falseada**, tergiversa lo que dice una un medio de prueba, la **6. Motivación Fabulada** Es cuando inventa esto hay muchos, aprendo por qué cuando el copia y pega, de otras ejecutorias, dijo el testigo, entonces testigo no existe, existira en otro proceso, eso pasa, ojo muy a menudo muy a menudo luego la **7. Motivación Contradictoria** se probó o no se probó el delito de negociacion incompatible es preparatorio y no lo es, no digo cosas absurdas, pero hemos visto muchos casos de que se probó y luego no se probó la **8. Motivacion Hipotética** ustedes saben que una motivación en una sentencia debe de ser concluyente lo contrario a lo concluyente es lo hipotético, parecería, podría, tal vez, sería, he visto muchas sentencias, ahí hemos anulado porque hay un problema de motivación hipotética y finalmente que es la más compleja que es la **9. Motivación Irracional**, Que violenta la ley de la Lógica nosotros tenemos un supuesto un motivo o causal de casación copiada del Código Procesal Penal Italiano, **Ausencia o ilogicidad de la motivación**, pero ese es de la motivación dice la **intratextual** no la **extratextual**, extratextual es cuando, como le digo hay que ver las actuaciones, el testigo o cuando hay una prueba decisiva que se ha omitido, Oye dónde está la pericia, dónde está ¿?, No hay nada y eso para decir eso, si hay pericia o no hay pericia, qué debo de hacer y si ver si lo que dijo el juez dice la pericia concluyó "A" y el recurrente dice: no, no fue "A" dijo "B", qué hay que hacer, hay que ir a la pericia.*

La Motivación Intratextual: Es casualmente donde uno ve en sí mismo porque se entiende que una sentencia debe ser litero suficiente, fíjense ustedes del 100% de casos de casación vemos el expediente no menos del 10%, lo demás no, la misma sentencia la misma

sentencia y claro vulnerar las leyes de la lógica, el tercero excluido, todas ellas, es cierto sobre todo es muy importante las máximas de la experiencia, se acaba de publicar un trabajo que fue el trabajo inicial auroral en ese entonces muy joven el profesor italiano sobre los hechos los hechos en el derecho, sobre la máxima experiencia que es de **Stein**, el que trabajó eso pero, luego hay toda una revaloración de las máximas también, de las científicas, si la ADN dice que esto es así, tú no puedes ir porque el testigo me dijo yo no creo lo que dice el ADN, es una apreciación anticientífica. etcétera yo creo que ahí van por ahí van los temas que puedo observar y que merecen rechazos liminares.

¿Al inicio de esta extensa respuesta, usted señaló que más del 70% por de casaciones son rechazadas. Cuáles son los filtros el tamizaje todo el trámite procedimental, por el que pasa este recurso porque nos están viendo muchos litigantes eh muchos Fiscales, quieren saber por qué motivo se suele rechazar estas casaciones pero cuáles son todos esos filtros también?

La inadmisibilidad, nosotros rechazamos básicamente por un por un dato, que son los recursos que son vacuos, vacíos que no tienen sustancia casacional, como le digo como si fuese Apelación, o también cuando su **argumentación** y el tema que plantea, es un tema que ya está decidido, es un tema que ya es obvio, que ya hay una firme y sólida línea jurisprudencial en la que no existe, ni ha justificado que esa línea debe cambiarse en determinados términos. Generalmente en esa línea, es que es que rechazamos y además hay un sentido más amplio y esto hemos seguido la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dice que uno puede rechazar de plano, un recurso cuando no tiene **ningún supuesto, ninguna base de prosperidad ulterior** dice claro formalmente cumple pero en sí mismo **no tiene sustancia**, de plano rechazamos, la idea es cuanto menos temas de fondo, es mejor porque nos permite dedicarnos con más calma y con más sentido de tiempo a los casos que merecen, el gran problema es la cantidad de causas y la cantidad de causas, es inversamente proporcional a la capacidad de resolver y a la uniformidad muchas causas conducen a un atentado contra la Nomofiláctica y la uniformidad.

Michelle Tarufo, decía eso, vertice ambiguo, último uno de sus libros muy importantes.

¿Muchas veces la Corte Suprema en el auto de calificación, declara inadmisibles pero igual desarrolla cuestiones de fondo no se supone que este auto de calificación se limita a ver solamente la forma.?

Cuando el hecho, cuando el planteamiento, el tema, el objeto, que plantea el recurso no tiene sentido de prosperabilidad que no va a prosperar, hacemos ese adición sabes que esto así es así que ya no tiene sentido meterme en este tema es un rechazo que se llama en doctrina por **economía procesal**, debemos ser más cautos más en esto, pero como le digo tienes ese sentido, por eso es que estamos amparados en esta jurisprudencia internacional.

¿En caso de inadmisión del recurso qué consejo le daría a quien desea plantear un recurso de queja exitoso?

El recurso de queja es lo que se llama un recurso accesorio, es un recurso meramente instrumental, que permite analizar revisar si, la desestimación de un recurso por el Tribunal **Aquo**, ha sido correcta punto y por consiguiente, la idea es que como en Perú en el código quien califica en primer lugar el recurso es el juez **Aquo**, el juez que dictó la sentencia impugnada el principio, es que se debe de analizar a partir de los presupuestos procesales que determinan, nosotros seguimos en esta onda, no el modelo del código civil que es Italiano, sino el modelo Alemán todo es inadmisibles, no existe eso de improcedencia, no es que haya error, diferente perspectiva jurídica, diferente fuente ya, ustedes se equivocan un momentito, no nos equivocamos diferentes fuentes. Muy bien entonces la admisión es un control formal, ver **Primero** desde el **Presupuesto Objetivo**, si la resolución es una de las permitidas por la ley, mucho he visto que dicen: Amparo mi Recurso en el artículo 139.6 pluralidad de instancia, pero eso me dice nada, porque el principio es que solamente se admiten los recursos expresamente previstos por la ley y el recurso que la ley prevé y respecto de la parte que autoriza, esa es la idea. Entonces tienen que decirme qué norma es, qué norma, al Amparo de qué Norma procesal ordinaria es que usted plantee el recurso.

Segundo Es el llamado **Presupuesto Subjetivo**, Cuál es elemento, subjetivo **gravamen** que es un concepto formal, entre **lo que pido** y **lo que me dan**, esa diferencia es el gravamen punto. Luego los presupuestos de forma: Lugar ante qué órgano se interpone tiempo, plazo, que es presupuesto es un **supuesto de caducidad**, pasó un día ya qué pena pues no y luego de **Modo**, por escrito y luego **motivado** o **no motivado** punto y tienes que plantear la **pretensión** los que hacen penal. Generalmente no han estudiado derecho procesal civil son muy bajos en eso y no saben lo que es **CAUSA PETENDI**=Causa de Pedir y no saben lo que es petición o **PETITUM**. la razón jurídica por la cual se plantea el recurso la casación está indicada por los **causales de casación** y **PETITUM** es lo que se pide, qué pretensión es qué petición es: **"REVOCATORIA O ANULATORIA"**, es todo un tema, eso no se hace y nosotros tenemos que ver eso, cuando vemos un recurso de queja contra una denegación, vemos todo eso y revisamos, generalmente los **supuestos de queja** más

comunes que vemos, es por un lado, contra resoluciones expresamente recurribles y resoluciones que están invocadas en función a la cuantía del delito, que es lo que se llama la **Suma Poena** y en civil es la **Suma Constitutioni** lo que se fija, lo que uno plantea es para lo penal y lo que el Tribunal fija es en lo civil, diferente concepción, todo esto es lo que tenemos que analizar eso es lo que vemos esos errores, además a veces los Tribunales Superiores, se meten en lo que no en lo que no pueden hacer por ejemplo en determinar si hay los dos supuestos, que carece de contenido casacional o que ya hay decisiones iguales sobre ya hay jurisprudencia consolidada en la materia eso es lo que siempre vemos, generalmente.

¿La casación se caracteriza por revisar exclusivamente la cuestión de Juris, la correcta aplicación del derecho, sin embargo excepcionalmente se plantea que se pueda controlar los hechos en casación, cómo hacerlo sin convertir a la casación en una tercera instancia.?

Cuando se trata de vicios materiales, hay un **InJudicando in Jure**, sobre la ley penal material y hay un vicio **InJudicando facto**, sobre no el hecho, sino la prueba del hecho, en casación lo que vemos, no es, no se realiza una nueva valoración o examen del material probatorio, No!, lo que analizamos es sencillamente, si el derecho probatorio, las normas o los preceptos de derecho probatorio, han sido interpretados o aplicados correctamente, ahí está la diferencia, no vemos el contenido de una declaración, vemos si esa prueba o ese medio de prueba es lícito o ilícito, vemos si en la actuación de la prueba, del medio de prueba, se ha producido alguna ilegalidad que viole garantías, vemos si se ha vulnerado groseramente o patentemente la forma de cómo se ha trabajado la prueba por indicios. Vemos cosas muy concretas, pero de la mano de una norma, de un precepto que preside ya sea un precepto jurídico, como un precepto epistémico, como es la logicidad de la sentencia. Desde los preceptos, ahí es por eso es que decimos que la casación tiene que ver con **infracciones con transgresiones a la ley**, está la ley procesal que es otra cosa, está la ley material y está la ley que tiene que ver con el derecho probatorio, de cómo se constituyen y se declaran los hechos, no los declaramos nosotros, sino decimos si en esa declaración se ha hecho vulnerándose "X" o "Z", precepto por eso que siempre yo pregunto en los informes.

Qué precepto dice usted que se ha vulnerado empiezan a hablar una serie de cosas ya está muerto, si no me sabe responder ya está muerto, yo no me voy a fijar, uy verdad que injusticia para eso no me llaman, me llaman para **afirmar la ley**

¿En la casación 389-2014 San Martín desarrolla la casación de oficio, ahí la Corte declara inadmisibile el recurso para el Actor Civil sin embargo de oficio declara bien concedida para desarrollar doctrina jurisprudencial la casación de oficio como tal considera, vulnera el principio dispositivo Tantum Apelatum?

Es ilegal y ya la hemos desestimado es ilegal porque no responde a la naturaleza. **¿Qué es el recurso?** es una garantía. Para quién ¿? para el justiciable quién define el recurso el justiciable, si el juez define dice esto voy a ver, dónde está la imparcialidad, no no, no, eso lo hemos rechazado me parece un un absurdo, por lo menos quien habla desde el primer momento en que salió esa malarada de jurisprudencia ya protestó y desde luego ahora es uniforme que no se nunca se hace ni se admite casación de oficio, incluso esa casación habla de la posibilidad que se lleve a cabo la audiencia sin la presencia de las partes violando la ley no es un absurdo no no tiene ningún sentido ningún sentido.

ⁱ <https://www.youtube.com/watch?v=AFBdHOKPQsY>