

EL PROCESO Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Derecho Lo Esencial del Derecho 42

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Monteagudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

GIOVANNI PRIORI POSADA

EL PROCESO Y LA TUTELA
DE LOS DERECHOS



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Priori Posada, Giovanni F, 1973-

L El proceso y la tutela de los derechos / Giovanni Priori Posada.-- 1a ed.-- Lima :
42 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).

199 p. : il. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 42)

Bibliografía: p. [193]-196.

D.L. 2019-08795

ISBN 978-612-317-500-9

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho procesal 3. Debido proceso 4. Derecho a la tutela judicial I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie

BNP: 2019-089

El proceso y la tutela de los derechos

Giovanni Priori Posada

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 42

© Giovanni Priori Posada, 2019

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Ilustraciones: Fátima Ordinola Guerra

Primera edición: julio de 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-500-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-08795

Registro del Proyecto Editorial: 31501361900686

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1	
LOS DIVERSOS MODOS DE CONCEBIR EL PROCESO	17
1. Una necesaria referencia histórica para entender los modos de concebir el proceso	18
1.1. Los sistemas procesales privado y público romanos	18
1.2. Las posteriores concepciones privatistas del proceso	22
1.3. Las concepciones publicistas acerca del proceso	23
1.4. El «garantismo» y el «eficientismo» en la concepción del proceso	24
1.5. Más allá de la dicotomía entre privatismo y publicismo en el proceso	26
2. Los paradigmas con los que se ha explicado tradicionalmente el proceso	27
2.1. Práctica forense	28
2.2. Procedimentalismo	28
2.3. Procesalismo científico	29
3. Crítica a los modos tradicionales de concepción del proceso	32
3.1. La crítica a la mera técnica	32
3.2. La crítica al legalismo y al formalismo	32
3.3. La crítica a la concepción liberal en el proceso	33
3.4. La crítica al dogmatismo y a la tesis extendida del proceso como relación jurídica del derecho público	34
4. Preguntas	35

CAPÍTULO 2

EL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	37
1. La noción de Estado constitucional	38
2. Los principios en el Estado constitucional: el método de la ponderación	39
3. El modo de concebir a la jurisdicción dentro del Estado constitucional	41
4. El modo de concebir el proceso dentro del Estado constitucional	44
5. La dignidad de la persona como elemento a partir del cual comprender el proceso	45
6. El proceso como sistema de garantías	47
7. La «ductibilidad» del proceso	49
8. Las fuentes del derecho procesal	51
8.1. Tratados internacionales sobre derechos humanos	51
8.2. Constitución	52
8.3. Tratados internacionales	52
8.4. La ley	52
8.5. La jurisprudencia	52
8.6. La costumbre	54
8.7. La autonomía de la voluntad	54
9. Preguntas	54

CAPÍTULO 3

LA CONCEPCIÓN DEL PROCESO COMO MEDIO DE TUTELA DE LOS DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	55
1. Noción de interés	56
2. Intereses individuales, colectivos y difusos	56
3. Conflicto de intereses	58
4. Los valores que inspiran al sistema jurídico	59
5. Las nociones de interés jurídicamente prevalente y subordinado	59
6. Las situaciones jurídicas de ventaja	60

7. La tutela material de las situaciones jurídicas de ventaja	61
8. Los remedios	62
9. La actuación de los remedios	63
9.1. La autotutela	63
9.2. La heterotutela	64
9.3. La tutela jurisdiccional	65
10. Preguntas	68
CAPÍTULO 4	
LA INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES	69
1. Noción	70
2. La función jurisdiccional	71
3. La función jurisdiccional en el Perú	72
4. La independencia como principio del proceso en el Estado constitucional	74
5. Los medios para asegurar la independencia	75
6. Preguntas	77
CAPÍTULO 5	
EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	79
1. Noción	80
2. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva	80
3. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	82
3.1. El derecho de acceso a la jurisdicción	82
3.2. El derecho a un juez imparcial predeterminado por la ley	90
3.3. El derecho a la defensa	96
3.4. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	116
3.5. El derecho a una decisión que se pronuncie sobre la protección al derecho material solicitada, que se encuentra motivada fáctica y jurídicamente	118
3.6. El derecho a una decisión definitiva e inmodificable (cosa juzgada)	129
3.7. El derecho a la efectividad	132
4. Preguntas	136

CAPÍTULO 6

LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA 137

1. Noción 137
2. Los orígenes de la expresión 138
3. Las formas clásicas de la tutela jurisdiccional: la tutela cognitiva y la ejecutiva 140
 - 3.1. La tutela cognitiva 141
 - 3.2. La tutela ejecutiva 142
4. La aparición de la tutela cautelar 144
 - 4.1. El surgimiento de la tercera forma de tutela jurisdiccional 144
 - 4.2. El peligro en la demora como elemento que distingue a la tutela cautelar 145
 - 4.3. Los otros dos presupuestos para la concesión de la medida cautelar: la probabilidad de fundabilidad de la pretensión y la adecuación 146
 - 4.4. Las características de la tutela cautelar 147
5. La insuficiencia de las tres formas de tutela jurisdiccional y el surgimiento de nuevas formas 148
 - 5.1. La tutela de urgencia satisfactiva 148
 - 5.2. La tutela preventiva 149
 - 5.3. La tutela inhibitoria 150
 - 5.4. La tutela anticipada 150
6. La tutela jurisdiccional y la técnica procedimental 151
7. Preguntas 152

CAPÍTULO 7

EL OBJETO DEL PROCESO 153

1. La situación jurídica de ventaja y los remedios 153
2. La pretensión 156
3. Pretensión y remedio 157
4. Las clases de pretensiones 158

5. La oposición a la pretensión	158
6. La determinación del objeto de la litis: la <i>litiscontestatio</i>	160
7. Relación entre pretensiones: litispendencia, indiferencia y conexidad (y dentro de esta, la prejudicialidad)	162
7.1. Concurrencia de remedios, concurrencia de pretensiones	162
7.2. Continencia de la causa	163
7.3. La relación entre pretensiones	163
7.4. La litispendencia	164
7.5. La conexidad	165
7.6. Prejudicialidad	166
8. El tratamiento procesal de los problemas vinculados a la concurrencia de pretensiones	166
8.1. La conclusión del proceso por litispendencia	167
8.2. La acumulación de pretensiones por conexidad entre ellas	167
8.3. La suspensión del proceso por prejudicialidad	171
9. Preguntas	171
CAPÍTULO 8	
LOS SUJETOS	173
1. El juez	174
2. La noción de parte	174
3. La noción de tercero	174
4. La capacidad de las partes en el proceso	175
4.1. La capacidad para ser parte	175
4.2. La capacidad procesal	176
5. La legitimidad para obrar	177
6. La representación procesal	178
7. El interés para obrar	180
7.1. Interés para obrar en el medio	180
7.2. Interés para obrar en el resultado	181

8. El litisconsorcio	182
8.1. Litisconsorcio necesario	182
8.2. Litisconsorcio facultativo	183
8.3. Litisconsorcio cuasinecesario	184
9. La intervención de terceros	185
9.1. Intervención voluntaria	185
9.2. Intervención forzosa	189
9.3. Fórmulas atípicas de intervención	191
10. Preguntas	192
BIBLIOGRAFÍA	193
VOLÚMENES PUBLICADOS	197

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo «Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

La pregunta sobre qué es el proceso ha tenido varias respuestas. Estas respuestas, a su vez, han encontrado muchas explicaciones. Algunas de ellas ponen énfasis en su aspecto histórico: nos dicen que el proceso, en su origen se confundía con rígidas formalidades religiosas, a través de las cuales las personas ofendidas por la lesión de ciertos derechos estaban autorizadas a usar la fuerza para satisfacerlos. Esas formalidades se flexibilizaron a lo largo del tiempo, pero luego se volvieron nuevamente rígidas, pues así lo exigía la concepción de Estado o de la ley.

Otras explicaciones son más bien de corte dogmático y asocian al proceso a alguna de las categorías jurídicas conocidas, como la del contrato, la del cuasicontrato, la de la relación jurídica o la de la situación jurídica.

Algunas respuestas intentan una aproximación de corte ideológico y ponen énfasis en el papel que cumplen el juez y las partes en el proceso; y se dirán publicistas o privatistas, en atención a quién tiene el protagonismo en él.

En este libro se propone una explicación del proceso como medio de protección de los derechos materiales, desde la perspectiva del Estado constitucional. Esa explicación se realiza a partir del papel preponderante que debe tener la dignidad de la persona en toda explicación jurídica. Desde allí, es preciso identificar los valores del Estado constitucional que justifican y explican al proceso.

La definición que planteo en este trabajo pone énfasis en dos aspectos: la necesaria relación que debe existir entre derecho material y proceso, y la consideración de que en el proceso se ejercen una serie de derechos fundamentales de dos o más sujetos con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional. En esa perspectiva, el propósito del proceso es dar satisfacción a los derechos materiales con respeto de los derechos fundamentales procesales.

Todas las instituciones procesales deben ser definidas en función de esta concepción del proceso, y todas las normas procesales deben permitir la vigencia de los derechos fundamentales procesales con miras a la realización de los derechos materiales. Ninguna otra debe ser la finalidad ni la razón de ser de ellas.

CAPÍTULO 1
LOS DIVERSOS MODOS DE CONCEBIR EL PROCESO



El derecho no puede ser ajeno a las circunstancias políticas, sociales, históricas, económicas y culturales de un determinado momento; el proceso, tampoco. A continuación, revisaré brevemente algunos modos en que el proceso ha sido explicado, con el fin de poder determinar la insuficiencia de dichas explicaciones para entenderlo hoy.

1. UNA NECESARIA REFERENCIA HISTÓRICA PARA ENTENDER LOS MODOS DE CONCEBIR EL PROCESO

Lo que hoy entendemos por proceso no es lo que siempre se ha entendido por tal. La noción de proceso siempre se ha visto influida por el modo de concebir la sociedad, el Estado y el derecho.

La importancia que tiene el derecho romano en la formación del sistema jurídico latinoamericano hace que, para comprender las diversas explicaciones que se han dado al proceso en el Perú, debamos detenernos en el modo como se explicó el proceso en el derecho romano.

No pretendo de modo alguno hacer un análisis histórico de lo que es el proceso, sino simplemente reseñar los elementos más importantes de la concepción romana para comprender las posteriores explicaciones acerca de lo que se entendió por proceso.

1.1. Los sistemas procesales privado y público romanos

En toda sociedad existen conflictos. Ello no fue una excepción en los primeros grupos humanos que se organizaron para poder satisfacer sus necesidades. La primera y natural reacción frente a un conflicto es la autodefensa, entendida como medio a través de cual uno de los sujetos resuelve por sí mismo —muchas veces mediante el uso de la fuerza— el conflicto que mantiene con otro. La organización social requiere un medio diverso que asegure la convivencia pacífica de los sujetos. Hacerlo supone comenzar a negar la posibilidad de acudir a la fuerza. Por lo tanto, es preciso buscar mecanismos de solución de los conflictos que excluyan a las propias partes de su solución. Dicho de otro modo, se trata de sustituir a la venganza como medio de solución de los conflictos.

Eso es lo que pasó en Roma (véase Burdese, 1998). La noción de proceso surgió, primero, como medio de regulación del ejercicio de la fuerza y, por qué no decirlo, de la venganza. Posteriormente, el proceso comenzó a ser visto más bien como un medio de sustitución y de rechazo al ejercicio de la fuerza.

En Roma hubo dos formas de concebir el proceso. Una inicial, que supuso un rechazo a la violencia de los privados, pero les confirió un gran poder en la determinación de aquello sobre lo que se discutía y en su solución. A esta concepción la podemos llamar privada. Una segunda, que coincidió con el momento en el que se consolida la concentración del poder en una sola autoridad y que, por lo tanto, buscaba asegurar que dicho poder se ejerza en amplios ámbitos de la vida, uno de los cuales era la solución de los conflictos. A esta concepción la podemos llamar pública.

Esas dos nociones son el origen de los dos sistemas de concepción del proceso en Roma: el sistema privado (*ordo iudiciarum privatorum*) y el sistema público (*cognitio extraordinem*).

1.1.1. El sistema procesal privado

En este sistema se concibieron, con el transcurso del tiempo, dos tipos de procesos: el proceso de las acciones de la ley y el proceso formulario. A continuación, me detendré en cada uno de ellos.

a. Las acciones de la ley (legis actiones)

La primera forma de proceso civil romano es conocida como *legis actiones*. En su origen, antes que una negación de la autodefensa, se trata de una regulación de su ejercicio para ciertos casos específicos, a través de la exigencia de un rígido formalismo, que hunde sus raíces en fórmulas religiosas (véase Burdese, 1998).

A este medio excesivamente formal, solo se tiene acceso en ciertas hipótesis previstas expresamente. Además, es un privilegio al que solo pueden acudir los ciudadanos romanos. Su uso, era pues, excepcional.

Este modelo estaba constituido por cinco esquemas procedimentales fijos y rígidos, sin ninguna posibilidad de adaptación ni a las situaciones jurídicas de ventaja para cuya protección se concebía, ni a las diversas situaciones de lesión.

A partir de las *XII Tablas*, lo más característico de la *legis actiones* fue que el proceso se dividía en dos fases: la fase *in iure* y la fase *in apud iudicem*. El conocimiento de esto es fundamental para entender el modo como se comprende el proceso hasta mediados del siglo XIX y también para comprender la estructura del proceso civil en Latinoamérica.

La fase *in iure* se lleva ante un magistrado denominado *pretor*. La fase *in apud iudicem* se lleva ante un *iudex* que es designado por las propias partes. El paso de una fase a otra se hace a través de la *litiscontestatio*.

Litiscontestatio es el acto formal y oral —hecho frente a testigos— a través del cual las partes del conflicto (*litis*) proclaman —no acuerdan— frente a testigos (*testes*) los términos de la controversia y designan a la persona que la decidirá, a quien se le llama *iudex*.



b. El proceso formulario (*per formulas*)

El proceso formulario mantiene la división del proceso en dos fases, preserva también la institución de la *litiscontestatio* como el instituto que permite el paso de una etapa a otra. El esquema procedimental, en esencia, se mantiene. En este tipo de proceso la *litiscontestatio* se presenta como un acuerdo entre las partes respecto de los límites de la controversia y sobre el tercero que la decidirá. Con dicho acuerdo surge la imposibilidad de iniciar otro proceso con la misma controversia. De este acuerdo surge, además, la obligación de las partes de respetar lo que decida el tercero (véase Burdese, 1998).

El cambio más importante que supone este tipo de proceso es que se rompe la rigidez que tenía la *legis actiones*, de modo que ahora existirán tantas fórmulas como situaciones jurídicas de ventaja se reconozcan como protegidas, con remedios específicos. Incluso las fórmulas variarán

en atención a las necesidades específicas de protección de cada una de las situaciones jurídicas de ventaja.

Este tipo de proceso fue el que permitió el inmenso desarrollo que tuvo el derecho romano sobre el reconocimiento de derechos y sus formas de protección.

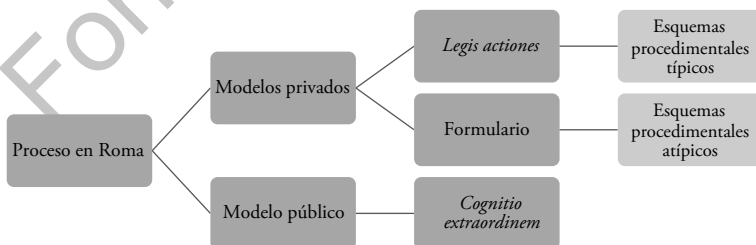
1.1.2. *El sistema procesal público*

a. El proceso extraordinario (*cognitio extra ordinem*)

Tanto la *legis actiones* como el proceso *per formulas* suponen una concepción privada del proceso, debido a que su dirección no le está confiada al Estado, sino, en su fase decisiva, a un tercero designado por las partes de la controversia. El proceso extraordinario supone una estatización del proceso. Este fenómeno coincide con la afirmación de la monarquía absoluta en Roma, que abrirá las puertas a la fase imperial (véase Burdese, 1998).

El proceso se lleva delante de un funcionario estatal, por lo que desaparecen las dos fases características de los otros dos tipos de proceso. Desaparece también la *litiscontestatio*, aun cuando se mantiene esta palabra para designar un momento específico en el proceso, en el que el demandado contesta las alegaciones del demandante.

Por lo demás, aparece un proceso público, reglado, con impugnaciones que son resueltas por otros funcionarios estatales y con pruebas cuya valoración está establecida en la ley.



1.2. Las posteriores concepciones privatistas del proceso

Como mencioné, no es mi intención hacer un desarrollo histórico sobre las nociones acerca del proceso. La referencia que apenas he hecho al modo como se concebía el proceso en Roma resulta fundamental para entender las diversas explicaciones que se han pretendido dar sobre el proceso en los tres últimos siglos.

Recordemos que durante el medioevo, los textos del derecho romano —muchos redescubiertos en esa época— fueron una de las principales fuentes de interpretación de los juristas y constituyeron la base del derecho común medieval (Grossi, 2010, pp. 10-11). Ello, además, permitió también una formación cultural universitaria común en Europa, que luego sirvió para el desarrollo de los estudios de derecho en ese continente y en Latinoamérica.

El derecho romano fue, además, el referente indispensable para los primeros intentos de codificación de comienzos del siglo XIX. Es por ello que, cuando surgió la necesidad de explicar qué es el proceso, las primeras respuestas fueron buscadas, precisamente, en las instituciones del derecho romano.

Fueron particularmente importantes las cuatro esenciales categorías que las *Instituciones* justinianeas habían establecido como fuentes de toda obligación. Las *Instituciones* de Justiniano señalaban que las obligaciones podían tener su fuente en el contrato, en el cuasicontrato, en el delito o en el cuasidelito. La pregunta sobre lo que era el proceso difícilmente podía responderse con las categorías del delito o del cuasidelito, por lo que hubo que reconducir su explicación a cualquiera de las otras dos categorías, es decir, a la del contrato y a la del cuasicontrato.

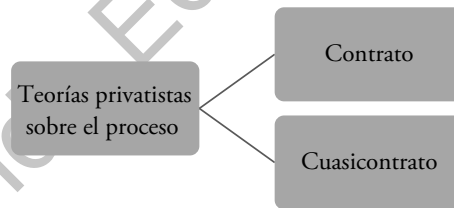
El instituto de la *litiscontestatio*, como elemento esencial del proceso por *legis actiones* y *per formulas* fue determinante para responder en esa época a la pregunta sobre qué es el proceso. Así, dado que la *litiscontestatio* llegó a ser un acuerdo entre los dos litigantes para determinar el objeto de la controversia y el tercero que la decidirá, del que surge además la

obligación de cumplir la sentencia que dictaba este tercero, la primera respuesta que se dio a la pregunta fue que era un contrato.

Esta noción fue rápidamente sometida a crítica pues se consideraba que la participación del demandado en el proceso no podía equipararse a la libertad con la que las partes deciden celebrar un contrato. Esto llevó a que se concluyera que, si bien no era un contrato, se le parecía, por eso es que luego, a la pregunta sobre qué es el proceso, se respondió que es un cuasicontrato.

Estas dos explicaciones acerca de lo que es el proceso son estudiadas en el derecho procesal bajo la denominación de «teorías privatistas», pues buscan las respuestas a la pregunta sobre qué es el proceso en categorías del derecho civil. Pero es importante mencionar también que este hecho determinaba que su regulación, explicación y tratamiento se asemejara a cualquier otra categoría del derecho privado.

El hecho de que el código civil francés, el de mayor influencia durante la primera mitad del siglo XIX, se elaboró con el contrato como punto de referencia, así como el liberalismo de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, contribuyeron a la difusión de estas concepciones privatistas acerca de lo que es el proceso.



1.3. Las concepciones publicistas acerca del proceso

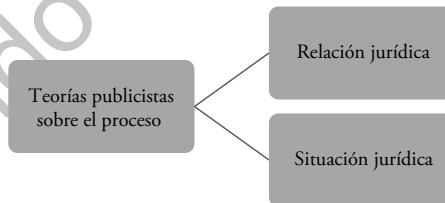
Frente a la corriente privatista que surge en Francia a inicios del siglo XIX, aparece en Alemania una corriente que comienza a preocuparse por el derecho público. Al mismo tiempo, los trabajos de la «pandectística» alemana influyen en el modo de estudiar derecho procesal. Eso generó

la necesidad de reconducir la explicación acerca de lo que es el proceso sobre la base de los conceptos desarrollados por estas nuevas corrientes.

En 1868 aparece la importante obra de Oscar von Bullow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, que define al proceso como una relación jurídica de derecho público. Desde ese momento esa ha sido la explicación que se le ha dado al proceso, la que solo recientemente ha comenzado a ser sometida a crítica por efecto del influjo de la constitucionalización del derecho procesal (Marioni, 2011, pp. 97 y ss.).

La explicación de que el proceso es una relación jurídica de derecho público ha sido la más exitosa y extendida. Es, además, el modo en que las legislaciones procesales latinoamericanas, entre ellas la peruana, conciben al proceso y sobre esta base dictan sus diversas regulaciones.

Aun cuando es poco estudiada, en el siglo XX se esgrimió otra teoría sobre el proceso: la teoría de la situación jurídica. Esta teoría concebía al proceso como un conjunto de posiciones jurídicas dinámicas en las que se encontraban las partes frente al resultado de la sentencia. Esta teoría, más que una oposición a la teoría de la relación jurídica, fue concebida como un complemento, en la medida que esas situaciones jurídicas con las que se describía y explicaba el proceso se vinculaban entre sí, a través, de una relación jurídica.



1.4. El «garantismo» y el «eficientismo» en la concepción del proceso

Las que hemos descrito como teorías privatistas y publicistas han intentado dar una explicación al proceso, con el uso de instituciones dogmáticas.

A fines del siglo XX se produjo en Iberoamérica un gran debate —en el que participaron también grandes estudiosos del derecho procesal europeo— acerca de lo que podríamos denominar como «ideología en el proceso». Este debate, desde una perspectiva diferente, parece reponer la discusión respecto de la incidencia de lo público y lo privado en el proceso.

Antes de entrar a describir en qué consiste dicho debate, creo preciso destacar de él dos aspectos. El primero es que este intenso debate puso en evidencia el gran diálogo que existe, desde la segunda mitad del siglo XX, entre los procesalistas iberoamericanos. Ese gran diálogo produjo encuentros y desencuentros, pero, mirándose y escuchándose los unos a los otros, se ha contribuido en la construcción de las bases de una plataforma común de intercambio entre los procesalistas iberoamericanos desde la academia, que se mantiene hasta la actualidad. El segundo aspecto es que este debate puso de manifiesto también la participación de los grandes maestros italianos de fines del siglo XX en los problemas que los procesalistas iberoamericanos iban planteando y, a su vez, la gran influencia que tiene la escuela procesal italiana en la formación y estudios del derecho procesal latino e iberoamericano, incluso hasta nuestros días.

A una posición se le denomina «garantismo» y a la otra «publicismo» o «eficientismo»¹. El debate ha sido tan intenso que se extiende, incluso, a los nombres de estas dos corrientes. Los «publicistas» consideran que no es correcto que la otra posición adopte el término de garantismo pues también en la posición de los publicistas las garantías de las partes en el proceso resultan fundamentales. A su vez, los «garantistas» consideran que, más que publicistas, a los de la otra posición se les debe considerar «autoritaristas».

Pero ¿en qué consiste la discusión? La concepción publicista reconoce que el juez debe tener amplios poderes. La concepción garantista considera que «la concesión de amplios poderes discrecionales del juez

¹ Hay un libro que recoge varios textos de este debate, véase Montero Aroca, 2006.

se justifica solamente si, al mismo tiempo, se priva de estos poderes a las partes» (Verde, 2006, pp. 74-75).

De este modo, la concepción garantista ve con preocupación que mientras mayores sean las facultades del juez, menores serán las garantías de las partes; mientras que la concepción publicista considera más bien que si el juez no tiene atribuciones en el proceso, no se pueden proteger las garantías de las partes en él. Incluso como sustento de la concepción publicista se sostiene que «encuentra su fundamento constitucional en el deber del juez de velar por la efectividad de los intereses discutidos en el proceso» (Picó i Junoy, 2006, p. 110).

Se dice que este debate es de corte ideológico, pues mientras los garantistas tendrían una concepción liberal del proceso, los publicistas tendrían más bien una visión autoritaria. Honestamente no creo que este sea el aspecto central en el debate.

Este debate es y sigue siendo aún muy intenso, y siguen participando en él los grandes procesalistas iberoamericanos e italianos contemporáneos. Sin tomar posición por uno u otro, me parece muy importante resaltar que la discusión sobre el proceso ha dejado de poner a los conceptos e instituciones dogmáticas en el centro de su preocupación y se enfoque en los derechos fundamentales que las partes tienen en el proceso.

1.5. Más allá de la dicotomía entre privatismo y publicismo en el proceso

Lo público y lo privado han marcado fuertemente la concepción del proceso. En la actualidad esta discusión ha dado un giro en Latinoamérica con la aparición de tendencias que, sin desconocer el carácter público del proceso, reconocen a las partes un poder de disposición en el proceso, en las que se incorpora la posibilidad de que se realicen «convenciones procesales».

Esta posición, fuertemente difundida en Brasil, entiende que «las partes no son meros provocadores iniciales o espectadores incapaces de interferir en el procedimiento, las reglas aplicables al proceso no

son siempre aquellas legisladas y no siempre el juez lo puede todo» (Cabral, 2016, p. 136).

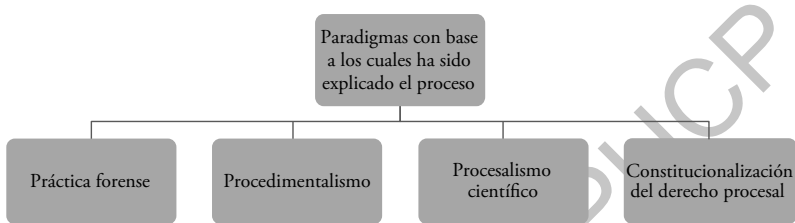
En general, lo que se postula es que el proceso sea un medio en el que los poderes del juez y los derechos de las partes puedan coexistir como causa y garantía entre sí. Si pensamos, como se postula en este libro, que el proceso es el medio de protección de los derechos, no se puede concebir un proceso que olvide su fin último, que es la protección del derecho sobre el que se discute en él, que muchas veces tiene carácter dispositivo. Pero tampoco puede olvidarse que supone el ejercicio de una potestad pública, la jurisdiccional. Llevarlas al extremo no hace sino perder la verdadera esencia del proceso. Como bien se reclama en la doctrina contemporánea, es mejor evitar el «hiperpublicismo» o el «privatismo romano» en la concepción del proceso (Cabral, 2016, pp. 135 y ss.).

Se requiere, por ende, un proceso estructurado sobre la base del respeto a los derechos fundamentales, que tenga como objetivo la satisfacción de los derechos materiales de las partes, en el que el juez debe tener atribuciones constitucionalmente limitadas por esos derechos fundamentales, pero en el que las partes puedan tener la posibilidad de modificar las reglas procesales, con respeto también de sus derechos fundamentales cuando consideren que las reglas no se adecúan a las necesidades de protección de las situaciones jurídicas sobre las que discuten.

2. LOS PARADIGMAS CON LOS QUE SE HA EXPLICADO TRADICIONALMENTE EL PROCESO

Desarrolladas brevemente las teorías clásicas acerca de lo que es el proceso, creo importante detenerme brevemente en los diversos paradigmas que se han sucedido en el tiempo, a partir de los cuales se ha pretendido explicar lo que es el proceso. La doctrina procesal estudia estos paradigmas como «evolución de la disciplina» (Montero Aroca, 1999, p. 15).

Tradicionalmente se considera que son tres las etapas o paradigmas de la disciplina procesal: la práctica forense, el procedimentalismo y el procesalismo científico. A estos tres paradigmas considero que se le debe agregar uno, desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo XX, que es el de la constitucionalización del derecho procesal, paradigma al cual le dedicaré una sección especial en este libro.



2.1. Práctica forense

En esta etapa, el proceso era considerado como un conjunto de actos y técnicas para dirigir la defensa frente a los tribunales de justicia. Este paradigma precede a la época de la codificación. Es el momento en el que el derecho que se estudiaba en las universidades era el de los textos romanos, por lo que el modo de conducirse ante los tribunales debía más bien ser aprendido después de concluidos los estudios universitarios (Montero Aroca, 1999).

2.2. Procedimentalismo

Con la Revolución francesa surge el Estado de derecho. Con él se revaloriza el papel de la ley en el Estado y se subvalúa la función del juez en él. A inicios del siglo XIX se consolida el proceso de codificación bajo la influencia del código civil francés. Este es el escenario en el que surge el procedimentalismo.

La propia noción de Estado de derecho y la función que cumple la ley en él incidieron fuertemente en el modo de explicar y comprender el proceso. A ello se suma el método exegético en el estudio del derecho,

conforme al cual el derecho se estudiaba a partir de lo que la ley expresamente señalaba. Esto, que ocurría para el derecho en general, se replicó para el proceso en particular.

En efecto, el derecho procesal era estudiado a partir de lo que las normas de procedimiento establecían. Aprender derecho procesal era aprender la ley procesal.

Es importante recordar que, durante la Revolución francesa, el principio de legalidad se concibió como garantía de la libertad de todos los ciudadanos. Por eso se hacía necesario salvaguardar este principio en todos los ámbitos de la sociedad y el derecho. Es en este contexto en el que se erige la proclama del respeto al procedimiento preestablecido por la ley como expresión del principio de legalidad en el ámbito del proceso. Esto llevó a confundir la noción de «proceso» con la de «procedimiento».

No solo ello, sino que la propia actuación del juez estaba sometida fuertemente a esta concepción de legalidad. El juez no podía ni debía hacer más de lo que la ley expresamente le permitía, más bien debía ser el primer garante de este procedimiento previamente establecido por la ley.

2.3. Procesalismo científico

A fines del siglo XVIII e inicios del XIX aparecen en Alemania dos importantes corrientes del pensamiento jurídico en el derecho: la escuela histórica y la pandectística (Grossi, 2007, p. 160).

- La escuela histórica surge en oposición a la corriente codificadora y al mismo tiempo se enfrenta al iusnaturalismo. Propone explicar las instituciones jurídicas desde la historia, particularmente a partir del derecho romano.
- La pandectística es una derivación del historicismo, pues se concentra en la creación de conceptos y de una disciplina dogmática que se construye sobre la base de los datos que se recogen en el estudio de las fuentes romanas.

Esto resulta fundamental para comprender lo que ocurre durante estos años en el derecho procesal. Es precisamente en esta época, en la que, respecto del surgimiento del paradigma del derecho procesal científico, se producen dos hitos:

- a) En 1856 se publica un artículo de Bernhard Windscheid denominado «La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho moderno». Este trabajo provocó una respuesta de Theodor Müther, quien publicó «Sobre la doctrina de la acción romana, del moderno derecho de acción, de la litiscontestatio y de la sucesión singular de las obligaciones». Por último, en 1857 Windscheid publica su respuesta denominada «La acción. Réplica a Theodor Müther». Este debate se conoce como la polémica Windscheid-Müther y sirvió para establecer la noción del derecho de acción, su distinción respecto del derecho material y originó la consolidación de la noción de pretensión (Pugliese, 1954, p. XIII y ss.). Más allá del análisis histórico y dogmático que podemos hacer de esa polémica, los títulos de los textos denotan el método que se seguía en esa época para el estudio de las instituciones procesales: se partía del derecho romano para extraer categorías procesales a ser explicadas dogmáticamente.
- b) Pocos años después, en 1868, Bulow escribió su libro *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* en cuyas primeras páginas ya define al proceso como una relación jurídica de derecho público, distinta a la relación jurídica de la cual surge el conflicto, que es más bien de derecho privado (Bulow, 2008). Al hacerlo, empleaba también categorías dogmáticas para definir al proceso.

Esos dos hitos fueron determinantes para la consolidación del método científico en el derecho procesal, que lo gobernará durante gran parte del siglo XX y cuyos rezagos quedan aún con fuerza en lo que va del siglo XXI.

El método científico fue desarrollado ampliamente en Italia. Giuseppe Chiovenda fue el primero que impuso la cientificidad a la disciplina y quien le confirió el método sistemático a partir del cual gran parte de la doctrina europea y latinoamericana estudiaría esta disciplina. El método sistemático en el derecho procesal continuó con Piero Calamandrei y se consolidó con Francesco Carnelutti, con quien el derecho procesal pasó rápidamente al dogmatismo. La explicación de la disciplina se llenó de conceptos que buscaban relacionarse entre sí, por lo que se la aisló del derecho material al que el proceso debía servir y dejó de lado al ser humano que estaba en conflicto. Esos estudios estaban dirigidos a buscar la autonomía y abstracción de las categorías del derecho procesal, antes que a preocuparse por hacer que el proceso cumpla su finalidad última: dar satisfacción real, adecuada y oportuna a los derechos materiales.

El dogmatismo en el que cayó la disciplina la convirtió, además, en una disciplina neutra. Esto significa que la alejó de los valores que se comenzaron a proclamar desde la segunda mitad del siglo XX con el surgimiento del Estado constitucional. Precisamente en esta época aparecen en Italia los trabajos de Piero Calamandrei en los que reclamaba la necesidad de vincular los estudios procesales con la Constitución. Este autor, que fue uno de los más importantes difusores del pensamiento chiovendiano, dio el giro del dogmatismo neutro al estudio del derecho procesal desde sus valores.

Simultáneamente a los trabajos de Calamandrei en Italia, aparecen en Latinoamérica los de Eduardo Couture, que incorporarán al estudio de la disciplina los valores constitucionales. De este modo, el proceso comienza a ser estudiado a partir de la dignidad de la persona, que se coloca al centro del proceso. Además, las instituciones procesales más importantes comienzan a ser consideradas como auténticos derechos fundamentales. Eso es lo que ocurrió con los tratados internacionales en materia de derechos humanos que aparecen en esa época, en los que se comienza a reconocer como derechos fundamentales a muchos derechos de índole procesal. Se produce así la crítica al método científico

y se abre la puerta al nuevo paradigma en el derecho procesal, el de su constitucionalización.

3. CRÍTICA A LOS MODOS TRADICIONALES DE CONCEPCIÓN DEL PROCESO

Los diversos modos en que ha sido concebido el proceso a lo largo de su historia han sufrido algunas críticas que es necesario tomar en consideración, con la finalidad de comprender algunos de los cambios que supone la visión que se propone actualmente del proceso.

3.1. La crítica a la mera técnica

Una concepción del proceso en la que lo trascendente sean los modos de actuar frente al tribunal, sin necesidad de reglas o valores, generaría que en el proceso se den situaciones de desigualdad, y, a su vez, convertiría a los procedimientos en impredecibles y hasta en disponibles por parte de la autoridad. En este escenario, los que hoy consideramos derechos fundamentales de las partes en el proceso, no podrían ser proclamados, ni mucho menos, garantizados.

Hoy corremos estos riesgos. La difusión de las técnicas de litigación y aun más, las de litigación oral, ciernen una amenaza sobre la noción de proceso como un conjunto de derechos fundamentales. La técnica amenaza a lo sustancial en el proceso. Ello no quiere decir que la técnica no sea importante, pero el proceso de modo alguno puede reducirse a ella.

3.2. La crítica al legalismo y al formalismo

La Revolución francesa colocó a la ley como garantía de la libertad e igualdad de los ciudadanos. Eso debía ocurrir también en el ámbito del proceso. Sin embargo, la regulación de los procedimientos en la ley y el establecimiento del respeto al procedimiento preestablecido en la ley como principio esencial, determinó que el proceso se quedase en el mero

procedimiento. Si a ello le agregamos que las reglas del procedimiento establecían también requisitos para el establecimiento de los actos procesales, entenderemos fácilmente por qué el proceso durante mucho tiempo fue visto como un conjunto de actos rituales.

Si bien la previsión legal del procedimiento confirió a los ciudadanos ciertas garantías frente a la autoridad, generó otros problemas derivados, claro está, de no comprender adecuadamente las razones de la regulación. El formalismo ciñó sus sombras sobre el proceso. Pero, además, el culto a la ley y a las formas llevó a una concepción conforme a la cual lo trascendente en el proceso era mantener esas formalidades y los procedimientos. Este fue el reino del ritualismo. Y en dicho reino, la nulidad encontró un escenario perfecto para gobernar. Todo lo que no cumpliera la formalidad o el procedimiento, sería nulo. El proceso, así, comenzó a perder su razón de ser.

Fue la oscura época del proceso ritual, que olvidó al derecho material y que fue incapaz de ver más allá de las reglas formales y procedimentales. No había derechos fundamentales, había procedimiento previsto en la ley y esto era lo que el juez debía asegurar.

El juez, como boca de la ley, tenía en el proceso un cuerpo inerte, respecto del cual solo podía pronunciar las palabras que el legislador le decía. Las reglas del procedimiento no eran palabras que decía, sino que actuaba con las manos atadas y los ojos vendados. Se consideraba que el procedimiento previsto por el legislador era justo y aseguraba la igualdad y la libertad. Cuando en el caso concreto era manifiesto que ello no era así, el juez no podía hacer otra cosa que cumplir la ley, pues en su cumplimiento se aseguraba la igualdad y libertad de todos. ¡Cuántos de los que hoy consideramos derechos fundamentales se han violado por respetar el procedimiento preestablecido por la ley!

3.3. La crítica a la concepción liberal en el proceso

La ley, como ya expliqué, se consideraba como garantía de la libertad del individuo. A su vez, la libertad se concebía como no intromisión

de la autoridad en la esfera de los individuos, más allá de lo que la ley expresamente autorizara. Esto, claro está, afectó también a la concepción del papel del juez en el proceso, así como la del proceso mismo.

Para actuar, el juez debía esperar el pedido de alguna de las partes. Estaba privado de iniciativa de actuación. Si a eso le agregamos que solo podía hacer lo que la ley autorizaba, se entiende por qué la principal característica del juez era su pasividad.

El propio procedimiento estaba estructurado de modo tal que las partes no solo tuvieran un gran poder de disposición sobre él, sino también que el proceso modelo era el proceso ordinario, esto es, un largo proceso en el cual las partes tenían amplia posibilidad de alegación y prueba, luego de lo cual se dictaba la sentencia judicial. Por lo demás, solo una sentencia dictada en un largo proceso con esas características era capaz de adquirir la calidad de cosa juzgada y de ser ejecutada.

En general, el proceso era estructurado bajo la sombra del temor de que la autoridad del juez afectase la esfera de los privados.

3.4. La crítica al dogmatismo y a la tesis extendida del proceso como relación jurídica del derecho público

El procesalismo científico se esforzó por construir una disciplina autónoma, esto es, alejada de cualquier interferencia de otra; buscaba la pureza de la disciplina. Esto distanció los estudios del derecho procesal de los de derecho material y permitió la construcción de una estructura conceptual abstracta, pura, desprovista de valores y de su contenido esencial: el derecho material al que el proceso buscaba proteger.

A partir de allí, el paso al dogmatismo fue muy fácil. Con la prédica de la autonomía del derecho procesal y de la sistemática como su método, se llegó muy fácil a una creación conceptual que se preocupó esencialmente de la definición de los conceptos y de la adecuación de la legislación a ellos, antes que de resolver los problemas de la justicia y de la efectividad de la protección de los derechos.

En este escenario un lugar privilegiado le cupo a la relación jurídica procesal. Como el proceso fue definido como una relación jurídica de derecho público, toda la estructura dogmática se construyó en torno a ella. Las nociones de presupuestos procesales y condiciones de la acción se convirtieron en elementos claves de la disciplina al ser los presupuestos de existencia y de validez de la relación jurídico procesal. Lo trascendente era la existencia de una relación procesal válida, aun cuando para conseguirla se violaran derechos fundamentales de las partes en el proceso.

Por eso se dice que la noción del proceso como relación jurídica concibió un proceso neutro, pues se quedó en los conceptos antes que en los valores que el proceso debería realizar. Importaba el modo como funcionaba o se adaptaba la relación procesal, mas no el modo como el proceso satisfacía los derechos materiales que debía proteger o cómo se realizaban los derechos fundamentales del proceso. La crítica que recibe esta concepción es que piensa en un proceso sin tener en cuenta los derechos fundamentales, base del Estado constitucional.

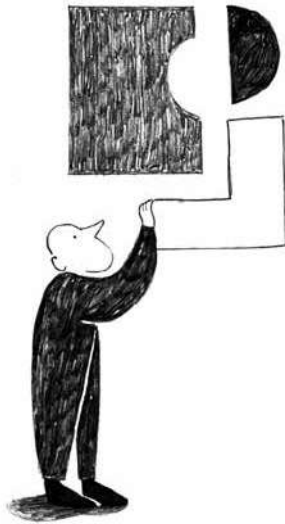
4. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los sistemas sobre los que se concibió el proceso en el derecho romano?
2. ¿Cuál es la diferencia más importante entre la *legis actiones* y el proceso formulario?
3. ¿Cuál era el papel de la ley en la concepción del proceso durante el procedimentalismo?
4. ¿Cómo se construyó la idea de proceso durante el procesalismo científico?
5. ¿Cuáles son las críticas a los modos tradicionales de la concepción del proceso?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 2

EL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL



Después de la Revolución francesa, cambió el modo de concebir el Estado. Surge el paradigma del Estado de derecho, que bien puede definirse como el Estado bajo el régimen de la ley. La ley es concebida como la garantía de la libertad de los ciudadanos, la fuente de sus derechos y la que impone límites al ejercicio del poder. En atención a ello, los jueces deben ser la boca de la ley.

Las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial, muchas de ellas en nombre de la ley, generaron la crisis del Estado de derecho. A partir de allí, surge el nuevo paradigma, el del Estado constitucional.

1. LA NOCIÓN DE ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional concibe al Estado regido por una norma superior, la Constitución, que se inspira en ciertos valores, todos los cuales giran en torno a la dignidad de la persona. Por eso se dice que hay dos maneras de entender del Estado constitucional: una formal y una sustancial o material (Haberle, 2003). Para estar frente a un Estado constitucional es preciso que se den ambas.

En sentido formal el Estado constitucional es aquel que tiene una norma fundamental, usualmente denominada Constitución. A esta norma se le considera el fundamento del Estado, pero, además, la norma de máxima jerarquía dentro de él.

En sentido material el Estado constitucional es aquel que reconoce ciertos valores que giran en torno a la dignidad de la persona, en la forma democrática de gobierno y en el respeto de los derechos fundamentales.

No basta, entonces, con tener una Constitución para que un Estado sea considerado constitucional. Se hace preciso, además, que se respeten una serie de valores fundamentales sin los cuales dicho Estado, así tenga una Constitución, no puede ser considerado como un Estado constitucional.

Esos valores son denominados «principios» (Alexy, 2007, p. 458). Los principios son normas que están formuladas como mandatos cuya realización se busca conseguir en la mayor medida posible. Esos principios, a su vez, son los que sirven de inspiración a las reglas. Las reglas son normas formuladas como mandatos de realización de una conducta específica, sin cuyo cumplimiento se prevé una consecuencia jurídica determinada. Las reglas deben ajustarse a los principios. Si no lo hacen, las reglas son ineficaces en el sistema jurídico.

2. LOS PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

En el Estado constitucional no existe una jerarquía entre los principios. El Estado constitucional se sustenta en la máxima realización posible de todos en conjunto. Por ello, en caso de surgir un conflicto entre dos o más de ellos, la solución a dicho conflicto no pasa por excluir la eficacia de un determinado principio frente al otro, sino que el reto está en hacer que, a pesar de ese conflicto, esos dos principios puedan regir en su máximo grado de realización posible, con la menor dosis de sacrificio de cada uno de ellos (Zagrebel'sky, 1995).

Esta es una de las diferencias entre los principios y las reglas. Los conflictos de reglas suelen resolverse al excluir la aplicación de una de ellas. Eso no es posible en el caso de los principios pues, al estar frente a valores fundamentales del sistema jurídico, no puede excluirse la aplicación de uno de ellos en el caso concreto, pero sí puede reducirse la intensidad de su realización en el caso concreto, frente a las circunstancias que dicha situación exige. Ello, solo en la medida de asegurar la realización de otro valor fundamental.

Por esa razón la técnica para resolver el conflicto entre principios se denomina «ponderación». La ponderación es la técnica que nos permite determinar el grado en el que cada uno de los principios en conflicto debe regir el caso concreto. De este modo, al partir de la hipótesis de que existe la posibilidad de conflicto entre los principios, la solución pasa por restringir alguno de ellos. Dicha restricción solo será constitucionalmente aceptable en la medida que sea idónea para la salvaguarda de otro principio, que sea necesaria para conseguirlo y que sea realizada en la justa medida para conseguir la realización de ese otro principio, y de este modo evitar un sacrificio mayor e innecesario.

En atención a lo señalado esta técnica tiene cuatro fases:

- a) Fin legítimo. Esta fase supone analizar si estamos realmente frente a un conflicto entre principios constitucionales. Este sería

el único caso en el que se admitiría la restricción a un principio constitucional.

- b) Idoneidad. Esta fase supone analizar si la restricción que se desea imponer a un principio resulta adecuada para conseguir la protección que se quiere otorgar.
- c) Necesidad. Esta fase exige establecer si no existe otro medio para conseguir la realización del principio que se quiere proteger, que no sea la restricción de otro. Se trata con esto de asegurar que la restricción al principio sea el último recurso al que se acuda.
- d) Proporcionalidad, en sentido estricto. Supone verificar que, dado que no existe otra medida que la restricción a un principio, esta se haga en la justa medida, para evitar producir una restricción mayor a la necesaria para la protección del otro principio.

El método expuesto permite resolver los problemas de colisión entre principios. Los problemas de colisión entre reglas se resuelven conforme a los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad:

- El criterio de jerarquía señala que cuando existen dos reglas que regulen una misma situación de modo diverso, se aplicará la regla contenida en la norma de mayor jerarquía en el sistema.
- El criterio de temporalidad señala que la norma posterior prima sobre la norma anterior.
- El criterio de especialidad dispone que la norma especial prima sobre la norma general.

Un principio es el origen o fundamento de una institución. Los fundamentos del proceso encuentran también una justificación en la Constitución y permiten conectarlo así con el resto del sistema jurídico, pero a su vez permiten, desde una perspectiva dogmática, encontrar aquellos elementos mínimos sin los cuales no podemos decir

que estamos frente a un proceso, al menos como se entiende desde el Estado constitucional.

Son dos los principios del proceso: la independencia en el ejercicio de la jurisdicción y la tutela jurisdiccional efectiva. En estos principios me detendré en los capítulos siguientes.

3. EL MODO DE CONCEBIR A LA JURISDICCIÓN DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado de derecho tenía una concepción de la función jurisdiccional subvaluada. La noción de Constitución y el establecimiento de ciertos principios y valores como supremos dentro del sistema jurídico generó un cambio radical en la noción de jurisdicción, pues a quienes la ejercen se les confía el control de la constitucionalidad de las diversas normas del sistema jurídico.

Los dos modelos más extendidos de control de constitucionalidad de las leyes —el concentrado y el difuso— tienen como común denominador que en ambos casos los órganos encargados de dicho control ejercen función jurisdiccional.

En el caso del control concentrado se trata de un órgano jurisdiccional que establece si una norma viola la Constitución y, al hacerlo, la expulsa del sistema jurídico. Esto ocurre tanto en los sistemas en los que se le confía al Poder Judicial el control de la constitucionalidad de las leyes, como aquellos en los que se le confía a un órgano distinto y autónomo, como el Tribunal Constitucional.

En el caso del control difuso, todo juez en ejercicio de la jurisdicción se encuentra habilitado para inaplicar, en el caso concreto, una norma con rango inferior a la Constitución por infringirla.

El modelo de control de constitucionalidad de las leyes que existe en el Perú es mixto, pues tiene tanto el control concentrado como el control difuso. La Constitución le confía al Tribunal Constitucional el control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de

ley, mientras que reserva para el Poder Judicial el control concentrado de las normas con rango inferior a la ley. El control difuso se lo otorga a cualquiera que ejerza función jurisdiccional. Es por ello que un atributo esencial del ejercicio de la función jurisdiccional es el de controlar la constitucionalidad de las diversas normas del sistema jurídico.

El reconocimiento de dicha atribución supone un cambio sustancial en la concepción del papel que cumple la jurisdicción dentro del Estado. Ya no es más quien pronuncia las palabras de la ley, sino que ahora las controla antes de pronunciarlas. Pero, además, en sistemas como el peruano, donde el control se realiza a través de un modelo mixto, dicha facultad es esencial para lograr la plena vigencia de la Constitución, pues permite asegurar su aplicación en cada caso concreto.

Ello no quiere decir que en el Estado constitucional la jurisdicción sustituye o asume las funciones del legislativo. Ello solo quiere decir que la jurisdicción asume un rol relevante en el sistema jurídico, junto al legislativo. Al legislativo se le sigue reconociendo la facultad de dictar leyes y, al hacerlo, se le reconoce la libertad de configuración para optar por una u otra solución legislativa, pero siempre dentro de los parámetros que le impone la Constitución. El órgano jurisdiccional solo puede intervenir al inaplicar la norma o declararla inconstitucional cuando la elección del legislador ha supuesto una violación a los mandatos constitucionales, pero jamás podrá cuestionar la conveniencia de la solución dada por el legislador si esta se enmarca dentro del respeto a la Constitución.

Por lo demás, dentro de la propia concepción de los modelos de control de la constitucionalidad, el ejercicio de la jurisdicción encuentra ciertos límites. En el caso del control concentrado, por ejemplo, la jurisdicción solo puede declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando se lo pida alguno de los entes legitimados por la propia Constitución para hacerlo; jamás lo puede hacer de oficio. En el caso del modelo difuso, la inaplicación se limita al caso concreto y solo puede hacerse con una norma cuya aplicación sea necesaria para resolver la controversia específica.

De este modo, la jurisdicción asume un rol relevante en cualquiera de los dos modelos, y en sistemas como el peruano, dicho rol es mayor, por haberse configurado un modelo mixto. La jurisdicción es quien asume el papel protagónico en la realización efectiva de los valores constitucionales, en cada uno de los casos que le son llevados a su conocimiento. Además de ello, los alcances de los valores constitucionales son definidos por la jurisdicción, no por el legislador, al momento de ejercer el control de constitucionalidad. El constituyente ha confiado así a la jurisdicción no solo la vigencia de los valores constitucionales en cada uno de los casos que se resuelven, sino también la determinación de los alcances de cada uno de estos valores.

La Constitución también confía a la jurisdicción el control jurídico de la administración pública. Lo hace, de modo generalizado, a través del proceso contencioso-administrativo. Este es el medio que prevé la Constitución para el control de la constitucionalidad y la legalidad de las diversas actuaciones u omisiones de la administración pública. De forma adicional, la Constitución le confía a la jurisdicción la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a lesiones o amenazas específicas de sus derechos constitucionales a través de procesos específicos como el amparo, el *habeas corpus*, el *habeas data* y el proceso de cumplimiento —todos estos denominados procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales—. Estos procesos no son sino vías procesales especiales de protección de los derechos fundamentales frente a situaciones específicas de afectación de derechos fundamentales. De este modo, mientras el proceso contencioso-administrativo es la vía general de control de los actos de la administración, los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales son las vías específicas de protección frente a circunstancias especiales.

Nótese entonces que el Estado constitucional confía a la jurisdicción la protección de sus más trascendentales valores. Le ha confiado la elevada misión de protegerlos frente a los demás poderes del Estado.

Es a esa misma jurisdicción a la que le confía la protección de todos los derechos de los ciudadanos, no solo los constitucionales, sino también los que tienen como origen la ley, el contrato o cualquier otra fuente. Es la jurisdicción la llamada a proteger todos los derechos de los ciudadanos en general. Al hacerlo, interpreta las fuentes del derecho que corresponda aplicar a la luz de los valores constitucionales; es por ello que, con el ejercicio de la jurisdicción, los valores constitucionales encuentran vida y realización a través de la solución de los diversos casos que se le presentan a la jurisdicción. La trascendencia que tiene el proceso en el Estado constitucional está precisamente vinculada a la función que cumple la jurisdicción en él.

4. EL MODO DE CONCEBIR EL PROCESO DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El proceso es el escenario en el que se ejerce la jurisdicción. Sin proceso no existe la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción. De allí que la concepción de proceso que tengamos debe ser coherente con la función que la Constitución le asigna a la jurisdicción.

La concepción de un proceso como un conjunto de procedimientos legalmente establecidos y rígido impide la realización plena de los valores constitucionales en los casos en los que precisamente dichos procedimientos no se ajusten a las disposiciones constitucionales, o cuando esos procedimientos no permitan la realización de los valores constitucionales. Un proceso rígido e inflexible, concebido como el solo procedimiento, castraría la posibilidad de que la jurisdicción ejerza la alta misión que la Constitución le ha confiado.

Pero hay un aspecto muy relevante para comprender la noción de proceso en el Estado constitucional: si no existieran parámetros de constitucionalidad para su diseño, dejaríamos en el legislativo la facultad exclusiva del diseño del proceso y, con ello, permitiríamos que el legislativo controle o intervenga respecto de los mecanismos previstos

para la realización de los diversos valores del sistema jurídico, dentro de los cuales se encuentra el control del propio legislativo y del ejecutivo.

De este modo, la concepción de proceso que tengamos debe permitir la realización de los fines que la Constitución le asigna a la jurisdicción, más allá y a pesar de lo que el legislativo pueda prever como procedimiento legal.

La explicación del proceso desde una dogmática neutra, que no ha asumido los valores constitucionales en la concepción de sus principales instituciones, aleja al proceso de la misión que la Constitución le asigna a la jurisdicción. Los institutos procesales solo encuentran sentido en la medida que permitan la realización de los valores constitucionales, dentro de los cuales está la efectiva protección de todos los derechos ante cualquier situación de amenaza o lesión. Esa misión se asume al tener como parámetro esencial el respeto por la dignidad de la persona. Ello genera la necesidad de darle un contenido valorativo a las instituciones procesales, que está ausente en una concepción dogmática que explica las instituciones a partir de su coherencia racional y sistemática, antes que en su consistencia valorativa.

5. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO ELEMENTO A PARTIR DEL CUAL COMPRENDER EL PROCESO

El Estado constitucional exige que la concepción de cualquier institución jurídica tenga como punto de referencia obligatorio a la persona. El proceso no es la excepción.

Esto supone que comprendamos no solo que el proceso es el medio de protección de derechos cuya titularidad recae en seres humanos y en otros sujetos de derecho, sino que, además, en el proceso participan personas y, aun en aquellos casos en los que los derechos que se discuten corresponden a personas jurídicas o grupos, los participantes de los procesos son seres humanos. Esto es fundamental para determinar el modo como se debe conducir el proceso, pues es un ámbito de interacción

de seres humanos y por lo tanto el diseño y el modo como se desarrolla el proceso debe atender a esa especial consideración.

Si a ello le agregamos que quienes acuden al proceso son personas en conflicto y que muchas veces están en una situación de vulnerabilidad, estamos obligados a mirar el proceso como un servicio que se presta a seres humanos que requieren ser tratados con el máximo respeto a su dignidad y a sus demás derechos fundamentales. Cuánto mejoraríamos como sociedad si somos capaces de tratar con dignidad a quienes se ven en la necesidad de acudir al proceso y a quienes laboran con y en el conflicto diariamente. Los ciudadanos que acuden al servicio de justicia y quienes laboran en el sistema de justicia suelen ser a menudo víctimas del humillante trato al que los somete un proceso excesivamente técnico, alejado del drama humano que se vive en él.

Nuestro sistema de justicia hace mucho que olvidó al ser humano que está en el proceso; hoy solo se preocupa por las estadísticas. Los números importan más que aquel anciano que debe subir las escaleras malolientes de un frío edificio para esperar tras una ventanilla, muchas veces vacía o sorda, a la espera de la información de un sistema informático que se cae permanentemente. Las mujeres asisten con sus hijos en brazos diariamente a los edificios sin sillas donde sentarse, con una infraestructura poco amigable, con un sistema de justicia que no las entiende, pues no se ha puesto como tarea siquiera intentar hacerlo.

Pocas veces hablamos de estos temas en los textos de derecho procesal. Hemos deshumanizado el proceso como una especie de terapia para mantenernos en esta disciplina. Los conceptos desplazaron a las personas y ahora la informática ha desplazado a la sensatez y a la consideración por el otro. Las discusiones dogmáticas desde hace mucho desplazaron nuestra preocupación por la justicia. Mientras tanto, allí en los pasillos de los edificios judiciales, hay un ciudadano que sigue esperando. Es hora de hacer el proceso pensando en ellos.

La Constitución peruana es muy clara cuando dice, en su artículo 1, que la defensa de la persona y de su dignidad es el fin supremo de la

sociedad y del Estado. Esa norma se viola cada segundo en las puertas de un edificio, de una oficina o de una ventanilla del sistema de justicia. Y cuando se cierra, ese silencio sombrío sigue violando esa dignidad.

La defensa de la dignidad de la persona exige que el proceso esté en condiciones de responder a las necesidades de todas las personas que se ven en la necesidad de acudir a él, y que sea lo suficientemente sensible como para adecuarse a las especiales exigencias de aquellos que se encuentran en vulnerabilidad o que requieren de una respuesta o trato especial. En la defensa de su dignidad, las personas tienen derecho no solo a que el proceso sino a que todo el servicio de justicia sea sensible a sus reclamos y necesidades, que los trate con respeto y con consideración, que se brinde un servicio de calidad para atender a todos los que requieren de él.

La defensa de la dignidad de la persona, reclama, finalmente, que el proceso sea visto como un conjunto de derechos fundamentales que todos debemos respetar, pues solo así se legitima el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sin su respeto, la dignidad de la persona se puede desvanecer hasta convertirse en un enunciado sin contenido ni eficacia.

6. EL PROCESO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Desde la perspectiva del Estado constitucional, el proceso es un conjunto de derechos fundamentales concebidos para que cualquier ciudadano pueda acudir ante un órgano independiente que ejerce función jurisdiccional con la finalidad de buscar una protección adecuada, oportuna y eficaz a sus derechos.

Ese conjunto de derechos está enunciado de modo tal que todos los ciudadanos puedan acceder sin restricción al proceso para que, al tener la posibilidad de exponer sus razones y acreditarlas, obtengan, dentro de un plazo razonable, una respuesta sobre el conflicto que le han planteado al órgano jurisdiccional. Esa respuesta, debe estar debidamente justificada no solo en las razones de hecho que las partes han esgrimido, sino también en el Derecho. Lo esencial está en que dicha decisión no solo

pone fin de modo definitivo al conflicto, sino que tiene la capacidad de ser actuada en la realidad por la fuerza del propio Estado, pues de ese modo, se impide el uso de la violencia privada, pero, además, se garantiza la realización de los valores que inspiran al sistema jurídico. Todos esos derechos fundamentales que rigen el proceso son denominados, en conjunto, con la expresión «tutela jurisdiccional efectiva».

En el proceso existen al menos dos partes que tienen posiciones antagónicas. A las dos partes se les reconoce igualdad de derechos fundamentales. Lo trascendente es tener en cuenta esa situación antagónica, pues ella marca el ejercicio de los derechos fundamentales al interior del proceso. En efecto, comúnmente los propios derechos fundamentales en los que consiste el proceso son ejercidos también de forma antagónica. Así, quien se encuentra en la posición de demandante puede tener especial interés en que su derecho a una resolución sobre el fondo del asunto se dé en el menor tiempo posible, mientras que el demandado podría más bien tener interés en ser ampliamente escuchado, tan ampliamente que se dilate en demasía la solución sobre el conflicto en un plazo razonable, que es lo que exige el demandante. Este antagonismo en el ejercicio de los derechos fundamentales al interior del proceso es natural a él, por lo que todo estudio o análisis del proceso debe siempre considerar que existen dos partes antagónicas, no solo respecto de aquello que es objeto de discusión, sino también en materia del ejercicio de los derechos fundamentales del proceso.

La tensión entre defensa y pronta solución es natural. El diseño del proceso, por ello, la tiene que tener en consideración. Por eso, el legislador, al momento de diseñar las reglas procesales, debe hacerlo de modo que las dos partes del proceso tengan la plena vigencia de sus derechos fundamentales procesales. Ello supone atender las necesidades tanto del demandante como del demandado en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Ello exige, necesariamente, acudir a la técnica de la ponderación. De este modo, la regla de procedimiento contenida en una norma procesal debe ser el resultado de una ponderación, que corresponde realizar el legislador, entre

los derechos procesales del demandante y del demandado. Esa ponderación hecha en los términos descritos anteriormente, debe asegurar el respeto de los derechos de las dos partes en el proceso. Así, el proceso no puede ser el escenario de privilegios en desmedro ilegítimo de una de las dos partes del proceso, sino el escenario en el que las reglas de procedimiento respondan legítimamente a la real y efectiva vigencia de los derechos fundamentales de las dos partes en el proceso.

El diseño previsto por el legislador puede ser adecuado para la generalidad de los casos, pero dicho diseño puede resultar inadecuado en un específico caso concreto por alguna circunstancia objetiva que determina que, a pesar de ser constitucionalmente válido el procedimiento previsto por el legislador para la generalidad de los casos, en el caso concreto dicho procedimiento vulnera el derecho fundamental de una de las partes del proceso. En esas circunstancias es el juez el llamado a amoldar las reglas del procedimiento previstas por el legislador, con la justificación adecuada de dicha decisión. Para hacerlo, deberá señalar por qué el procedimiento que el legislador ha previsto para la generalidad de los casos no resulta ser constitucionalmente válido para el caso concreto. Además, deberá indicar qué derecho fundamental se podría vulnerar de aplicar el procedimiento previsto por el legislador, el modo en que se logra corregir esa violación sin afectar indebidamente los derechos procesales de la contraparte, y otorgar las medidas adecuadas para que el derecho procesal de quien se vea afectado con la decisión sea lo menos afectado posible. En síntesis, debe hacer una ponderación.

7. LA «DUCTIBILIDAD» DEL PROCESO

Esta flexibilidad en el modo de concebir el proceso es el rasgo más característico en el Estado constitucional. El proceso, visto como un conjunto de derechos fundamentales que deben ser respetados en cada juicio en concreto, exige que el juez revise que las reglas establecidas por el legislador se adecúen a las exigencias constitucionales en aquellos casos que estime estrictamente necesario. Un proceso flexible es el único que

puede asegurar la real vigencia de los derechos procesales fundamentales. A esta característica yo le llamo «ductibilidad del proceso»¹.

Por lo demás, esta concepción asegura algo esencial dentro del sistema jurídico. El proceso debe estar en condiciones de brindar una efectiva protección jurisdiccional a todas las situaciones jurídicas de ventaja frente a cualquier lesión o amenaza de lesión que puedan sufrir. Un proceso rígido es menos proclive a adecuarse a las nuevas necesidades de protección de los derechos e inclusive a los nuevos derechos. Un proceso flexible asegura que los viejos y los nuevos derechos puedan estar en condiciones de recibir el mismo grado de protección jurisdiccional, con los estándares prometidos por la Constitución, ante viejas y nuevas lesiones o amenazas.

La ductibilidad, por lo tanto, es una expresión que hace referencia a la necesidad de que el proceso deba ser flexible. Esto quiere decir que el proceso debe adecuarse a las necesidades de protección de los derechos; por ello, si una regla procesal no permite la adecuada protección de un derecho material el juez tiene la obligación de adecuarla y debe cuidar que se respeten los demás derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva.

De este modo, el juez tiene la obligación de hacer que las reglas procesales establecidas por el legislador se adecúen a las necesidades de tutela jurisdiccional. Ductibilidad también quiere decir que el juez deberá suplir las deficiencias del legislador y establecer, para el proceso en concreto, las reglas que se requieran para que las partes del proceso obtengan tutela jurisdiccional efectiva. Al hacerlo debe tener en consideración el principio de igualdad procesal y asegurar que, con la disposición que da, está protegiendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de todos los que intervienen como parte en dicho proceso. Finalmente, ductibilidad quiere decir que el juez deberá inaplicar, para el caso concreto, las reglas procesales que violan la Constitución.

¹ El término «ductibilidad» lo he tomado de Zagrebelsky, 1995. Sobre este asunto me he detenido ampliamente en «El proceso dúctil», 2015.

La ductibilidad es por ello una consecuencia necesaria de concebir al proceso como un conjunto de derechos fundamentales, comprometido con la protección adecuada, oportuna y eficaz de los derechos materiales.

8. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

Comprendido el proceso en los términos antes señalados, una pregunta natural es cuáles son las fuentes del derecho procesal.

Hay dos formas de concebir a las fuentes del derecho (Aguiló, pp. 1025 y ss.). Una primera, las entiende como origen de las normas jurídicas generales. Una segunda, comprende la anterior, pero también incluye a las circunstancias y factores relevantes para que el juez pueda establecer la norma que necesita para resolver un caso concreto. Estas dos formas de concebir las fuentes del derecho, nos plantean dos perspectivas a partir de las cuales se las puede definir: las fuentes concebidas desde el sistema o las fuentes concebidas desde el caso (Aguiló, p. 1030). Para establecer las fuentes de la disciplina procesal² tomaré la primera de las acepciones y explicaré a continuación cuáles son estas fuentes.

8.1. Tratados internacionales sobre derechos humanos

Los tratados internacionales sobre derechos humanos son fuente del derecho procesal al reconocer valores y principios de orden procesal que rigen al sistema procesal nacional, y que permiten determinar el contenido de los derechos fundamentales relativos al proceso. Por ejemplo, a las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o del Pacto de San José de Costa Rica, que establecen el derecho al debido proceso o el del juez natural como derechos fundamentales.

² La consabida especialización del derecho producida en la academia, a veces nos hace olvidar que el tema de las fuentes del derecho es un problema transversal a la disciplina jurídica en general, que puede plantear problemas específicos en una determinada disciplina respecto de una fuente determinada. Pero hemos llegado a pensar que «cada disciplina tiene sus fuentes», lo que no comparto.

8.2. Constitución

Dentro del Estado constitucional, la Constitución es considerada como la fuente de las normas jurídicas que configuran la base sobre la que se asienta el sistema jurídico. Desde la perspectiva procesal, la Constitución es fuente desde dos perspectivas distintas:

- Enuncia derechos fundamentales del proceso que deben ser respetados por el legislador y por el juez. Por ejemplo, el artículo 139 de la Constitución peruana.
- Establece disposiciones procesales específicas. Por ejemplo, las normas que disponen quiénes tienen legitimación para el proceso de inconstitucionalidad, cuál es la competencia del Tribunal Constitucional o cuáles son las atribuciones de la Corte Suprema.

8.3. Tratados internacionales

Son instrumentos normativos que rigen en el sistema jurídico peruano, que pueden contener la creación de órganos jurisdiccionales de competencia internacional, su relación con los órganos nacionales y el establecimiento de normas procesales específicas. Ejemplo de ello es el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

8.4. La ley

La ley es una de las fuentes más importantes en la determinación de las reglas procesales. Es importante distinguir que hay ciertas materias procesales que deben estar establecidas por ley orgánica. Así, por ejemplo, se determinan los aspectos vinculados con la estructura del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, y la regulación de los procesos constitucionales.

8.5. La jurisprudencia

En este caso es preciso distinguir dos situaciones distintas: la sentencia como fuente de una disposición normativa particular y los denominados «precedentes vinculantes» o simplemente «precedentes».

La sentencia es un acto que tiene una fuerza vinculante para quienes han sido parte del proceso en el que ha sido dictada —o aquellos que de ellas deriven sus derechos—, salvo que se trate de sentencias dictadas (i) en procesos en los que se tutele derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos; y (ii) que se refieran a una sentencia dictada en un proceso de control de constitucionalidad de una norma jurídica —sea, en el caso peruano, en un proceso de inconstitucionalidad o en el llamado «proceso de acción popular»—. En estas situaciones los efectos de la sentencia trascienden a las partes del proceso.

Un elemento adicional a tener en cuenta respecto a la sentencia es que la disposición contenida en el fallo obliga a las partes respecto al conflicto que ha sido resuelto por esa sentencia y con relación a las pretensiones que han sido resueltas en ella.

El precedente, en cambio, es una disposición contenida en una sentencia judicial dictada por un órgano de vértice —Corte Suprema o Tribunal Constitucional— que establece una disposición de alcance general respecto de hechos que han sido juzgados por dicho órgano jurisdiccional. La doctrina peruana usa la expresión «precedente vinculante», término que se extrae de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, existen en otros cuerpos normativos procesales otros términos para referirse a lo mismo: «pleno casatorio» o «doctrina jurisdiccional vinculante». En cualquier caso, es una norma con rango de ley la que dispone su condición y alcances como fuente del derecho.

Los «precedentes vinculantes» solo pueden establecerse en actos jurisdiccionales, es decir, en decisiones expedidas por órganos jurisdiccionales en el ámbito de un proceso en el que se resuelve un conflicto. Esto es relevante pues en el Perú existen una serie de reuniones de jueces que tienen por finalidad unificar criterios jurisprudenciales, una buena práctica que de ningún modo constituye un procedimiento válido para configurar una fuente del derecho.

8.6. La costumbre

No se puede hablar de costumbre en el Perú sin referirse al derecho consuetudinario. No son lo mismo. El derecho consuetudinario, en los términos reconocidos por el artículo 149 de la Constitución, es una fuente autónoma del derecho con sus propias reglas de creación respecto al procedimiento, la autoridad que la crea y su ámbito de aplicación, basada en prácticas ancestrales de un grupo cultural específico. Esta es una fuente relevante, en atención de lo previsto en el artículo 149 de la Constitución.

La propia noción de «tutela jurisdiccional efectiva» puede tener en algunos aspectos alcances específicos que pueden llegar a redefinir parte de los alcances de algunos derechos, sin que ello suponga desnaturalizar la esencia de su contenido ni dejar de lado el respeto de la dignidad de la persona (Manili, 2015).

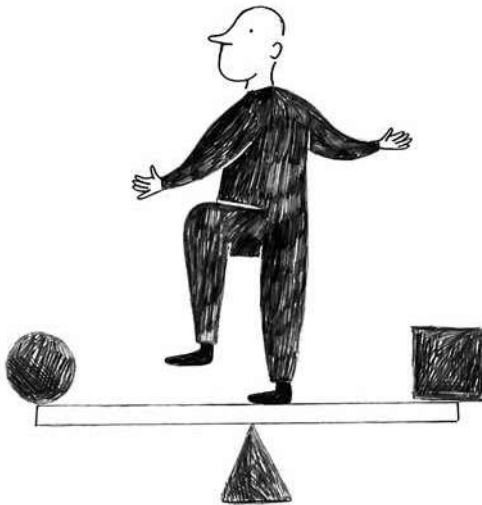
8.7. La autonomía de la voluntad

En algunos casos, las partes del proceso pueden fijar algunas reglas a las que se puede someter un conflicto. Estas reglas se pueden establecer, por ejemplo, como parte del estatuto social, convenio colectivo e, incluso, un contrato. Además, hay ordenamientos que recogen las convenciones procesales, que son pactos a través de los cuales se crean disposiciones procesales para un determinado proceso.

9. PREGUNTAS

1. ¿Qué supone comprender al proceso como un conjunto de derechos fundamentales?
2. ¿Qué papel cumple la ponderación de los derechos fundamentales procesales en el diseño del proceso?
3. ¿Qué es la «ductibilidad» del proceso?

CAPÍTULO 3
LA CONCEPCIÓN DEL PROCESO COMO MEDIO DE TUTELA
DE LOS DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA
DEL ESTADO CONSTITUCIONAL



Una mal entendida «especialización» en el ámbito jurídico nos lleva a explicar las instituciones jurídicas sin referencia a otras a las que están íntimamente conectadas, pero que, normalmente, no son objeto de estudio de esa especialidad. Esa forma de estudiar derecho nos da como resultado respuestas equivocadas a las preguntas que nos formulamos. Eso no es una excepción cuando nos preguntamos qué es el proceso.

La definición que aquí se propone se apoya en la función que el proceso debe cumplir en un sistema jurídico concebido desde la perspectiva del Estado constitucional y, a partir de allí, en la sociedad. Para ello se hace necesario referirse a otros conceptos e instituciones que se relacionan con el proceso, pero cuya comprensión, a pesar de no ser normalmente objeto de estudio del derecho procesal, se hace necesaria para entender qué es el proceso.

Esa función le asigna ciertas características particulares a este instituto jurídico que lo distingue de los demás. Al hacerlo, se le encomienda la realización de ciertos valores considerados como fundamentales dentro del sistema jurídico, valores que solo corresponden ser realizados con él. Son esos los elementos con los que definiremos el proceso.

Las instituciones jurídicas deben estar siempre referidas a una realidad social. La observación de la sociedad nos permite identificar que en ella existen elementos previos que debemos observar cuando nos enfrentamos a la tarea de definir el proceso (Priori, 2003a).

1. NOCIÓN DE INTERÉS

En la sociedad las personas tienen un conjunto de necesidades que requieren ser satisfechas. Cuando una persona identifica un bien como apto para satisfacer esa necesidad, surge una relación entre esa persona y ese bien al cual se le denomina interés (Bigliuzzi & otros, 1997, p. 260). El interés es entonces la relación que existe entre una persona y un bien, luego que aquella ha identificado a éste como apto para satisfacer una necesidad.

2. INTERESES INDIVIDUALES, COLECTIVOS Y DIFUSOS

Los intereses pueden referirse a una persona, a un grupo de personas organizadas o a un conjunto indeterminado de personas. En atención a ello se dice que los intereses pueden ser individuales, colectivos y difusos, respectivamente.

- a) Los intereses individuales son aquellos en los que la necesidad a satisfacer corresponde a una persona específica y el bien identificado para satisfacerla está determinado. Si un mismo hecho lesiona varios intereses individuales de la misma naturaleza estamos frente a lo que la doctrina denomina «intereses individuales homogéneos». En este caso cada interés es siempre individual, pero debido a su afectación grupal, la doctrina los estudia bajo la noción de homogéneos con la finalidad de permitir su protección procesal conjunta.

Un ejemplo de un interés individual es el que surge cuando una persona identifica una manzana para satisfacer su necesidad de alimentación. Un ejemplo de intereses individuales homogéneos es cuando un banco realiza un cobro sin autorización a los clientes que tienen una tarjeta de crédito determinada. Este hecho produce en cada individuo una lesión a un interés individual, pero como se ha producido esa misma afectación a miles de personas a consecuencia de ese mismo hecho, se dice que estamos frente a intereses individuales homogéneos.

- b) Los intereses colectivos son aquellos en los que la necesidad a satisfacer le corresponde a un grupo de personas organizado respecto a una necesidad que le pertenece al grupo como tal. No me refiero a las personas jurídicas, pues en estas ya existe una subjetividad jurídica específica que permitiría más bien considerarlas como titulares de intereses individuales, sino más bien de organizaciones de personas que no llegan a constituir una persona jurídica, pero cuyos intereses son jurídicamente tutelables.

Un ejemplo de interés colectivo es el de una comunidad de trabajadores que integran un sindicato, lo que da pie a una negociación en conjunto con su empleador.

- c) Los intereses difusos son aquellos que le pertenecen a un grupo de personas absolutamente indeterminado respecto de bienes indivisibles. Estos intereses son diferentes de los individuos que

pueden integrar ese grupo. Un ejemplo de interés difuso es cuando una empresa genera el derrame de un contaminante en un río y afecta al medio ambiente. El medio ambiente es un bien indivisible cuya afectación lesiona a un conjunto indeterminado de personas. Otro ejemplo sería un turista que, con un cincel y martillo, grava en la piedra de los doce ángulos su retrato; el daño que ocasiona al patrimonio cultural supone una afectación a un conjunto indeterminado de personas.

3. CONFLICTO DE INTERESES

En una sociedad existen varias necesidades y muchas veces los bienes no son suficientes para satisfacerlas. En ese sentido, ocurre con mucha frecuencia que más de una persona identifique un mismo bien como apto para satisfacer esa necesidad. En esos casos surge lo que se denomina el conflicto intersubjetivo de intereses.

El conflicto intersubjetivo de intereses se presenta en aquellos casos en los que dos individuos identifican el mismo bien como apto para satisfacer necesidades distintas y excluyentes entre sí. De este modo, los dos intereses confluyen respecto de ese único bien, lo que genera la imposibilidad o el riesgo de que alguna de las necesidades sea insatisfecha.

La satisfacción de uno de esos intereses puede lograrse con la renuncia de alguno de los titulares a los intereses en conflicto. Puede lograrse también si las dos partes logran ponerse de acuerdo sobre el modo como cada uno de ellos alcanzará parcial o totalmente la satisfacción de su interés. Pero puede ocurrir también que alguno de ellos busque imponerse o resistirse, lo que genera el riesgo de la violencia, del abuso, de la injusticia o de la desaparición del bien y, por ende, la insatisfacción de ambos. Esos riesgos se multiplican en una sociedad y pueden generar inseguridad o violencia, pero también, la insatisfacción generalizada de necesidades, o la satisfacción parcial de solo algunos de sus miembros.

Frente a ello, se hace preciso determinar criterios a través de los cuales se asignan los escasos bienes que existen en la sociedad, de modo que se obtenga la satisfacción de las necesidades de las personas y se realicen los valores que inspiran a determinada sociedad y garanticen la paz social.

4. LOS VALORES QUE INSPIRAN AL SISTEMA JURÍDICO

La Constitución reconoce una serie de valores que la sociedad busca realizar. El reconocimiento constitucional (jurídico) de estos valores hace que estos sirvan de inspiración a todo el sistema jurídico. A estos valores se les llaman principios.

Muchas de las reglas que conforman el sistema jurídico son dictadas para resolver esos conflictos de intereses. Al hacerlo, el sistema jurídico elige entre los intereses en conflicto. Esta elección se sustenta precisamente en determinado principio que el sistema jurídico busca realizar.

De este modo, la elección del interés que el sistema jurídico busca proteger no es casual o incausada, está inspirada en un valor como la igualdad, la seguridad jurídica, la libertad, entre otros. Esta es la manera en que las reglas del sistema jurídico se conectan con los valores constitucionales. Por ende, tras la realización de la conducta prevista en una regla que configura una norma del sistema jurídico, está la realización de un valor constitucional. La elección del interés que será protegido y su posterior protección resultan por ello esenciales para el sistema jurídico.

5. LAS NOCIONES DE INTERÉS JURÍDICAMENTE PREVALENTE Y SUBORDINADO

En nuestro sistema jurídico, el legislador es quien identifica los diversos conflictos que se pueden presentar en la sociedad, y los describe de modo general, con la finalidad de establecer cómo deben ser resueltos dichos conflictos, en caso no se haya logrado por renuncia de alguno de ellos o por acuerdo de ambos.

Los describe para darles una solución que tiene carácter obligatorio. La solución que da el sistema jurídico —elaborada de modo general y abstracto— está inspirada en una serie de valores que el sistema jurídico quiere realizar. Esa solución supone la elección, en términos también generales, de qué interés será satisfecho y qué interés será sacrificado.

El interés elegido por el legislador como aquel que debe ser satisfecho, recibe el nombre de interés jurídicamente prevalente: elegido por el legislador como el merecedor de la tutela. En cambio, el interés sacrificado con dicha elección recibe el nombre de jurídicamente subordinado.

6. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DE VENTAJA

Hecha la elección del legislador respecto del interés prevalente y el subordinado, los sujetos titulares de esos intereses se encuentran en posiciones distintas frente al sistema jurídico. El titular del interés jurídicamente prevalente es titular de una situación jurídica de ventaja mientras que el titular del interés jurídicamente subordinado lo es de una situación jurídica de desventaja (Bigliuzzi, 1997, p. 260 y ss.).

La situación jurídica de ventaja es la posición en la que se encuentra una persona frente al sistema jurídico respecto de la satisfacción de su interés. De este modo, ser titular de una situación jurídica de ventaja supone que esa persona tiene asegurada la protección jurídica de su interés. En cambio, ser titular de una situación jurídica de desventaja significa que esa persona no tiene la protección del sistema jurídico y más bien debe comportarse de modo tal que, con dicho comportamiento, se logre la satisfacción del interés prevalente de quien es titular de la situación jurídica de ventaja.

Realizados los juicios de valor positivo y negativo respecto de los intereses en conflicto y, por lo tanto, asignadas las titularidades de las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja, el sistema jurídico impone a las personas una serie de comportamientos como permitidos y debidos, respectivamente.

Así, el sistema jurídico permite al titular de la situación jurídica de ventaja un conjunto de posibles comportamientos como jurídicamente válidos para la satisfacción de su interés. Esos comportamientos consisten en una posibilidad de actuar para la satisfacción del interés (derecho subjetivo) o, en otros casos, más bien en la posibilidad de esperar (interés legítimo).

El sistema jurídico exige al titular de una situación jurídica de desventaja la realización de una serie de comportamientos con los cuales entiende que se contribuye a la satisfacción del interés jurídicamente prevalente.

De este modo el modelo de protección de intereses jurídicamente prevalentes parte de considerar que el sujeto titular de la situación jurídica de desventaja realizará el comportamiento debido, pues con él se obtendrá la satisfacción del interés prevalente.

7. LA TUTELA MATERIAL DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS DE VENTAJA

El problema surge en los casos en los que no se produce el comportamiento debido. En estos casos se dice que se presenta una crisis de cooperación, pues el titular de la situación jurídica de desventaja no se ha comportado como el sistema jurídico disponía que se comportase para la satisfacción de dicho interés.

De este modo, dado que las disposiciones del sistema jurídico son obligatorias, el sistema jurídico debe reaccionar con la finalidad de proteger la situación jurídica en la que se encuentra el titular de la situación jurídica de ventaja. La razón de ello está en que cuando el sistema jurídico ha elegido entre los intereses en conflicto uno respecto del cual ha hecho un juicio de valor positivo, ha prometido o, más bien, asegurado al titular de dicho interés que será satisfecho aun y a pesar de que el otro sujeto no cumpla voluntariamente con el comportamiento previsto por el sistema. De otro modo, de nada habría servido la intervención del sistema jurídico en solución del conflicto.

Se hace preciso, entonces, cumplir con esa promesa y reaccionar frente a la crisis generada por la falta de adecuación de la conducta del titular de la situación jurídica de desventaja respecto al comportamiento esperado por el sistema jurídico. Esa reacción del sistema jurídico supone la previsión de ciertos instrumentos para la protección de la situación jurídica de ventaja en aquellas situaciones en las cuales el sujeto no cumple con el mandato contenido en la norma. Esa reacción del sistema jurídico es el modo como este protege a las situaciones jurídicas de ventaja y es a lo que se le conoce como tutela material.

8. LOS REMEDIOS

La tutela material implica entonces que el sistema jurídico prevea determinados instrumentos conforme a los cuales se puede obtener la protección de la situación jurídica material que no ha sido cumplida a consecuencia del comportamiento espontáneo del individuo, titular de la situación jurídica de desventaja. Esos instrumentos reciben el nombre de remedios.

Los remedios tienen por finalidad obtener la satisfacción del interés que no se ha logrado a consecuencia de la desobediencia de un sujeto; pero, muchas veces, los remedios también sirven para compensar la insatisfacción del interés prevalente o para asegurar más bien su satisfacción.

Corresponde al derecho material el estudio y previsión de los remedios. Corresponde en cambio al derecho procesal el diseño de los mecanismos jurisdiccionales necesarios para hacer que dichos remedios puedan ser actuados, de modo que cumplan la finalidad para la cual han sido diseñados. Pero para esto último es fundamental conocer adecuadamente dichos remedios, de modo que el proceso esté en capacidad de realizar su finalidad.

Se presenta una situación problemática cuando el legislador no prevé un remedio. En esos casos también se acude al proceso para solicitar la protección de un derecho respecto del cual no existe remedio.

Corresponderá al juez integrar el sistema jurídico y configurar el remedio que se desprenda de los principios generales del derecho con la finalidad de dar satisfacción al interés prevalente.

En cualquier caso, la previsión adecuada de los remedios resulta fundamental para la protección real de las situaciones jurídicas de ventaja y, con ella, la satisfacción de los intereses jurídicamente prevalentes. El diseño de los remedios suele tener en consideración el interés insatisfecho, la situación jurídica de ventaja lesionada o amenazada, el tipo de comportamiento que ha originado la lesión o la amenaza y, en algunos casos, las circunstancias en que se ha producido dicho comportamiento. El remedio es esa reacción específica que prevé el sistema jurídico con la finalidad de obtener la satisfacción del interés a través de la protección de la situación jurídica. De este modo, ocurrida la lesión o amenaza y actuado el remedio la situación jurídica debe obtener la protección prometida por el sistema jurídico.

9. LA ACTUACIÓN DE LOS REMEDIOS

Los remedios pueden ser actuados por el propio titular de la situación jurídica de ventaja (autotutela) o por el órgano jurisdiccional (heterotutela).

9.1. La autotutela

La autotutela es el medio de actuación de remedios, a través del cual el propio titular de la situación jurídica de ventaja se encuentra expresamente habilitado por la ley para actuar por sí mismo el contenido del remedio previsto por el sistema jurídico, así protege la situación jurídica de la cual es titular. En este punto vale la pena recordar que la intervención del sistema jurídico en la satisfacción de los intereses de los individuos se justifica en aras de impedir la violencia en la solución de los conflictos de intereses. Sin embargo, esto no quiere decir que los titulares de las situaciones jurídicas protegidas no puedan, en algunos casos, invocar y aplicar los remedios previstos por el sistema jurídico.

Incluso, en algunos casos, la autotutela supone el ejercicio de la violencia. En estos casos, el sistema jurídico establece las condiciones de su ejercicio, que suelen basarse en criterios de adecuación, proporcionalidad y oportunidad.

En cualquier caso, el ejercicio de la autotutela por parte del titular de la situación jurídica de ventaja autoriza al titular de la situación jurídica de desventaja el recurso al órgano jurisdiccional, para controlar el modo en que fue ejercida la autotutela. De este modo, una adecuada regulación de la autotutela permite asegurar la efectiva protección de los derechos, pues en esos casos el proceso solo cumplirá una función de control de dicho recurso, e invierte la carga que supone el tiempo en la protección jurisdiccional de los derechos.

9.2. La heterotutela

La heterotutela supone la aplicación del remedio por un órgano jurisdiccional, en los casos en los que el titular de la situación jurídica de desventaja, o un tercero expresamente autorizado en la ley, así lo solicita. El pedido de la aplicación del remedio al caso concreto, por parte de la persona autorizada para hacerlo, supone el inicio de un proceso en el que se desplegarán una serie de actos, basados en la necesidad de que el proceso respete ciertas exigencias constitucionales, que son condición básica de la legitimidad y validez de la decisión y del propio proceso. Como estableceré más adelante, este pedido de aplicación del remedio al caso concreto se denomina «pretensión».

Mientras la autotutela es un medio excepcional, la heterotutela es más bien el medio general de protección de las situaciones jurídicas de ventaja, de allí que la Constitución exija que todo proceso cumpla con respetar una serie de derechos fundamentales de quienes intervienen en él. Por lo demás, ese carácter general del proceso supone su necesaria amplitud para que en él se puedan proteger todas las situaciones jurídicas de ventaja y para que puedan acudir a él, de modo más amplio y general, todas las personas y sujetos de derecho que consideren lesionada o

amenazada una situación jurídica de ventaja. La heterotutela dentro de un sistema jurídico se brinda a través de la tutela jurisdiccional.

9.3. La tutela jurisdiccional

La tutela jurisdiccional es la protección que el Estado brinda a todas las situaciones jurídicas de ventaja por medio de un proceso. Esta protección está asegurada por la propia Constitución para todos los sujetos y respecto de todos los derechos. Es tan amplia que incluso las cuestiones acerca de si estamos frente a un derecho o no, o si alguien está en la aptitud de ser titular de un derecho o no, son pasibles de ser llevadas a un proceso.

Esta protección jurisdiccional de los derechos está asociada a la función jurisdiccional. El estado constitucional exige que se presenten dos elementos esenciales, sin los cuales esa tutela jurisdiccional no sería legítima: la independencia de los órganos jurisdiccionales y la tutela jurisdiccional efectiva. Nos referiremos a estos dos elementos más adelante. Lo trascendente es que, como correlato a la tutela jurisdiccional que el constituyente le asigna al Estado, los ciudadanos tienen el derecho fundamental de obtener esa protección a sus derechos.

No debemos olvidar que a través del proceso se brinda una protección a las situaciones jurídicas de ventaja. La propia noción «tutela» establece ese inseparable nexo que debe existir entre el proceso y la situación jurídica de ventaja que con el propio proceso se quiere proteger. Esta vinculación es tan estrecha y necesaria que, para poner énfasis en ella, se suele agregar el adjetivo «efectiva» a la expresión «tutela jurisdiccional». En ese sentido, la protección debe ser real, esto es, tener realización concreta en el derecho específico cuya protección se ha reclamado.

A partir de esa ineludible relación entre el proceso y el derecho material, se exige que la tutela jurisdiccional cumpla ciertas características, sin las cuales esa protección no sería conforme a la Constitución: debe ser adecuada, oportuna y eficaz.

Es preciso insistir en esa relación ente proceso y situación jurídica material. La insatisfacción del interés jurídicamente prevalente y la

violación de la situación jurídica de ventaja generan la necesidad de pensar en el proceso como un medio para protegerla. El proceso de este modo, encuentra sentido, como ya he dicho, como medio de protección de las situaciones jurídicas de ventaja. Esta es una referencia esencial y necesaria sin la cual la propia concepción del proceso pierde absoluto sentido.

De este modo, uno de los elementos esenciales para concebir al proceso es el tipo de protección que el proceso debe dar a las situaciones jurídicas de ventaja. Aquí entonces, se hace necesario tener presente los elementos que se exponen a continuación.

9.3.1. La tutela jurisdiccional deber ser adecuada

El proceso debe estar en condiciones de dar aquella protección que las normas de derecho material prometen a las situaciones jurídicas de ventaja. No puede ocurrir que el sistema jurídico prometa un tipo de protección que el proceso no esté en condiciones de dar. De allí que el proceso debe poder responder frente a las exigencias de protección que las situaciones jurídicas de ventaja le reclaman frente a cualquier situación de lesión o amenaza de lesión.

Ello no quiere decir que deba existir un específico proceso para cada derecho, ni para cada lesión o amenaza respecto de él. Lo que el legislador debe hacer es establecer modelos en atención al tipo de protección jurisdiccional que de modo general puedan reclamar los derechos frente a las diversas situaciones de lesión o amenaza, pero esos esquemas deben ser flexibles de modo que, si en un caso concreto se requiere que el juez adecue ese esquema propuesto por el legislador a las especiales necesidades de protección del derecho, lo pueda hacer.

La flexibilidad del procedimiento es por ello fundamental para que pueda cumplirse con la exigencia de la adecuación. Durante mucho tiempo, bajo el paradigma conforme al cual el procedimiento debía ser el legalmente previsto, se pensó equivocadamente que la garantía de los ciudadanos radicaba en seguir escrupulosamente el procedimiento legalmente establecido e, incluso, cumplir las exigencias formales que

la ley preveía. Se dejó de lado la sustancia de las garantías procesales por creer que lo trascendente era lo formal. Esta concepción generó mucho daño a los derechos materiales que el proceso quería tutelar.

De este modo, si bien las reglas que establece el legislador son de obligatorio cumplimiento para el juez, también es necesario que el juez, al estar vinculado a la Constitución, pueda adecuar las disposiciones establecidas por el legislador cuando las necesidades de protección de los derechos así lo exijan; caso contrario, estaría vaciando de contenido al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

9.3.2. La tutela jurisdiccional debe ser oportuna

La protección jurisdiccional requiere llegar a tiempo para que el interés jurídicamente prevalente sea verdaderamente satisfecho. No basta que la tutela jurisdiccional sea adecuada, el proceso debe estar en condiciones de asegurar que la protección que el sistema jurídico ha prometido llegue a tiempo.

Para definir adecuadamente a esta característica se hace preciso que tengamos en consideración el hecho de que, mientras la lesión a un derecho puede producirse súbitamente, el proceso no actúa así. El proceso requiere de tiempo para que se puedan escuchar las razones de ambas partes y, sobre la base de ellas, el juez pueda decidir. Pero a veces esa espera resulta ser lesiva para el derecho que con el proceso se quiere proteger. Se hace preciso, entonces, encontrar remedios procesales para evitar que el tiempo que tome el proceso genere daños a quien se ve en la necesidad de acudir a él.

Existen varios institutos procesales que permiten evitar esto. Solo a modo de ejemplo están las medidas cautelares y la ejecución provisional de la sentencia. En general, se trata de regular estos u otros mecanismos para evitar que el tiempo afecte a las partes en el proceso.

9.3.3. La tutela jurisdiccional debe ser eficaz

La protección jurisdiccional debe tener vigencia en el ámbito de la realidad, esto quiere decir que debe estar en condiciones de incidir sobre las situaciones jurídicas de aquellos que están en el específico conflicto de intereses que se produce en la sociedad. De este modo, se trata de generar mecanismos con la finalidad de hacer que la resolución judicial que se pronuncia sobre la pretensión planteada por el demandante en torno a la necesidad de protección del derecho tenga una incidencia real, de modo que el derecho obtenga en el ámbito de la realidad aquella satisfacción que el sistema jurídico le prometió.

10. PREGUNTAS

1. ¿Qué papel cumple el proceso en la protección de situaciones jurídicas de ventaja?
2. ¿Cuál es la relación entre remedio y pretensión?
3. ¿Qué diferencia a la autotutela de la heterotutela?
4. ¿Qué papel cumplen los principios en la protección de las situaciones jurídicas?

CAPÍTULO 4

LA INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES



Sin independencia de los órganos jurisdiccionales, no existe Estado constitucional. Sin independencia, no puede hablarse de un auténtico proceso. Sin independencia, no hay un auténtico juez. El juez debe ejercer la potestad jurisdiccional con autonomía para proteger los derechos que el Estado constitucional le confía proteger.

1. NOCIÓN

La tutela jurisdiccional de los derechos es una forma de protección que se califica como heterotutela. Esto quiere decir que la protección viene dada por un tercero. La exigencia de que sea un tercero y no una de las partes del conflicto es sustancial y no formal. Esto quiere decir que no basta simplemente que quien decide aparente ser un tercero, sino que verdaderamente lo sea y que, al decidir, lo haga sin ningún tipo de interferencia. De allí la exigencia de independencia.

La independencia reclama que dicho tercero, al expedir su decisión, no esté sujeto a nada ni a nadie más que al propio sistema jurídico y a los hechos que las partes han demostrado. Se suele decir que la independencia implica que el juez esté sometido solo a la ley, pero esta definición es muy restrictiva de aquello que el juez debe tener en consideración al momento de resolver. Un juez debe estar sujeto al sistema jurídico en su conjunto, esto es, a los principios y valores constitucionales, a la ley y al resto de disposiciones normativas pertinentes y relevantes para lo que debe resolver. Pero, además, el juez está sujeto a los hechos que las partes han alegado y probado en el proceso. Su decisión por ello debe resultar una consecuencia justificada en los hechos probados y en el sistema jurídico.

La independencia supone que nadie le ordene o sugiera al juez el modo de resolver. Solo los hechos y el derecho deben explicar su decisión.

Tradicionalmente se predicaba la independencia del juez como una protección frente al poder del propio Estado, pues los demás poderes estatales buscaban incidir en las decisiones jurisdiccionales. Hoy la independencia del juez viene constantemente amenazada también por la prensa, por las redes sociales o por los demás poderes fácticos de la coyuntura. Estos son los nuevos enemigos de la independencia judicial y también a ellos hay que hacerles frente.

2. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La Constitución, al organizar el ejercicio del poder dentro del Estado identifica las funciones esenciales deben ser ejercidas en aras de satisfacer el interés en general. Estas suelen ser la administración pública, la de legislar y la que comúnmente conocemos como juzgar. Estas funciones son, a su vez, atribuidas a diversos órganos creados y diseñados en la Constitución. Así es como se organiza el poder en la Constitución: se crean órganos, se asignan funciones a dichos órganos, se establecen límites en el ejercicio de dichas funciones y controles.

La función que solemos conocer comúnmente como «juzgar» se denomina «función jurisdiccional» por los atributos que dicha función tiene en el Estado constitucional. A pesar de ello, la Constitución peruana usa un término equivocado, utiliza la expresión «administrar justicia» para referirse a aquello que se conoce como «función jurisdiccional». Así, el artículo 138 de la Constitución peruana de 1993 señala en su primer párrafo que: «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». Este artículo tiene varios errores en su redacción que comentaré en este capítulo.

Desde la perspectiva de la tutela de los derechos, la jurisdicción es una potestad conferida por la Constitución a diversos órganos del Estado mediante la cual se protegen las situaciones jurídicas de ventaja frente a cualquier lesión o amenaza, a través de un proceso luego del cual se expedirá una decisión definitiva. En algunos casos, la Constitución le asigna el ejercicio de dicha potestad a los particulares, específicamente, en el caso del arbitraje.

A la jurisdicción también se le confía el cumplimiento de otros fines trascendentes en el Estado constitucional: el control de constitucionalidad de las normas y otros actos de poder, y la aplicación de penas frente a conductas consideradas delitos.

La jurisdicción tiene dos elementos que nos permite distinguirla de las demás funciones del Estado:

- Actúa siempre frente a un conflicto de intereses cuando este se expresa a través de una pretensión de un sujeto frente a la cual se opone la posición de la otra persona.
- La decisión emitida por quien ejerce jurisdicción debe ser definitiva. Esto es, debe ser inimpugnable, irrevisable e inmodificable. A esta calidad que adquieren las decisiones jurisdiccionales se le conoce como «cosa juzgada».

Es por ello que los ciudadanos tienen frente a la jurisdicción una relación trascendental, puesto que a través de ella se efectivizan todos sus derechos, no solo los constitucionales. El vehículo que comunica a la jurisdicción con los ciudadanos es el proceso.

3. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL PERÚ

El artículo 138 de la Constitución peruana de 1993 es la norma que se ocupa, de modo general, de la función jurisdiccional. Su primer párrafo señala que: «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 que la jurisdicción emane del pueblo supone que su fuente está en la soberanía popular, esto quiere decir que es de aquellas funciones trascendentales que el constituyente le confía al Estado y que debe cumplir escrupulosamente para satisfacer las necesidades básicas de la población. Esta quizá sea la única expresión correcta del artículo constitucional citado, pues no es correcto señalar que la potestad jurisdiccional se ejerce solo por el Poder Judicial, ni que el Poder Judicial tenga órganos jerárquicamente constituidos, pues todo juez es independiente en el ejercicio de su función, incluso respecto de los demás jueces. La estructura del Poder Judicial no se puede explicar a partir de

una estructura jerárquica, pues esto sería contradictorio con uno de los principios esenciales de la Constitución, del proceso y del mismo Estado constitucional: la independencia en el ejercicio de su función.

Decía hace poco que tampoco es correcto señalar que el Poder Judicial es el único que ejerce jurisdicción en el Perú. No lo es, a pesar que el artículo 139 inciso 1 de la Constitución señala que dos de los principios y derechos de la función jurisdiccional son: la unidad y la exclusividad.

En efecto, una lectura poco advertida de los artículos 138 y 139 inciso 1 de la Constitución podría llevarnos a concluir que el Poder Judicial es el único que de modo exclusivo ejerce función jurisdiccional en el Perú, pero es la misma Constitución la que confiere de modo expreso el ejercicio de la función jurisdiccional a los tribunales militares (artículo 139,1), a los tribunales arbitrales (artículo 139,1), a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas (artículo 149), al Jurado Nacional de Elecciones (artículo 181) y al Tribunal Constitucional (artículo 202).

La Constitución asigna a diversos órganos el ejercicio de la jurisdicción y el sistema jurídico establece un grado de coordinación o control entre ellos. Así, por citar esos grados de coordinación entre los órganos jurisdiccionales, veamos los siguientes:

- Cuando un tribunal militar disponga la aplicación de la pena de muerte, esta sentencia es revisable por la Corte Suprema de la República (artículos 141 y 173 de la Constitución).
- Las decisiones de los tribunales arbitrales son revisables por el Poder Judicial a través del recurso de anulación (artículo 62 del decreto legislativo 1071).
- Las resoluciones judiciales, las decisiones de las comunidades campesinas y nativas y las del Jurado Nacional de Elecciones son revisables a través del proceso de amparo por el propio Poder

Judicial y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional (artículo 200.2 de la Constitución).

Los controles antes mencionados son excepcionales pues, salvo la revisión de la imposición de la pena de muerte, no tienen por finalidad revisar el juicio adoptado sobre el objeto de la decisión, sino, más bien, es una revisión de que se hayan respetado las garantías constitucionales mínimas para dictar esa decisión. De este modo, no se trata de una interferencia ni una afectación a la independencia de cada uno de estos órganos jurisdiccionales, sino más bien el necesario control que debe existir en un Estado constitucional respecto de todo aquel que ejerce una función.

4. LA INDEPENDENCIA COMO PRINCIPIO DEL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Al tiempo que la Constitución atribuye el ejercicio de la función jurisdiccional a determinados órganos confiere una garantía a quienes la ejercen: su independencia.

La base de la independencia de los órganos jurisdiccionales está en el principio de separación de poderes. De este modo, el hecho que el ejecutivo y el legislativo no detenten el ejercicio de la función jurisdiccional, en estricta aplicación del principio de separación de poderes, determina que solo los órganos a los cuales la Constitución le asigna dicha potestad pueden hacerlo.

Pero esto no es suficiente. No basta separar las funciones, sino que es preciso asegurarse de que, a pesar de estar separadas, ningún otro poder pretenda interferir en el ejercicio de la jurisdicción.

La independencia es por ello un principio que permite reforzar la separación de la función jurisdiccional del resto de poderes públicos. Ese es en efecto el sentido histórico por el que surge este principio, un principio para proteger al ejercicio de la jurisdicción frente a los demás

poderes estatales. Sin embargo, hoy se hace preciso asegurarla frente a otras amenazas.

Esta garantía debe ser entendida en dos sentidos distintos: como una protección de quien ejerce la jurisdicción y como una condición necesaria para el ejercicio legítimo de la función.

Como protección, la independencia debe ser entendida como una herramienta de quien ejerce la jurisdicción para defenderse de cualquier intento directo o indirecto de intromisión, afectación, menoscabo o interferencia en el ejercicio de su función.

Como condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción, la independencia debe ser entendida como un presupuesto indispensable para que el ejercicio de la función de resolver los conflictos de manera definitiva sea aceptable para la Constitución.

De este modo, desde la perspectiva del Estado constitucional no hay modo de comprender una función jurisdiccional cuyo ejercicio no esté dotado de la garantía de la independencia.

En ese sentido, la independencia supone que el órgano jurisdiccional no tenga ninguna interferencia que impida que su decisión sea producto del análisis de los hechos probados y el derecho aplicable a ellos.

De esta forma, lo que se pretende es asegurar que en la aplicación del remedio no exista ningún elemento ajeno a las propias condiciones que el sistema jurídico impone para la aplicación de dicho remedio.

La apuesta por el proceso como un medio de protección de los derechos no solo supone una apuesta por un medio pacífico para hacerlo, sino también por uno que dé garantías de una decisión justa basada en el derecho. Sin independencia nada de ello sería posible.

5. LOS MEDIOS PARA ASEGURAR LA INDEPENDENCIA

La independencia de los órganos jurisdiccionales es uno de los principios del Estado constitucional, pero también es uno de los principios del proceso. Ello quiere decir que es uno de los valores más importantes que

debe cuidar el Estado constitucional, por lo que la Constitución es muy celosa en el cuidado de este principio. Por ello, establece varios medios, que podríamos denominar «garantías», para cuidar que se respete esta independencia. Estas garantías son las siguientes:

- a) Los jueces solo están sometidos a la Constitución y a la ley. Esta es la fórmula tradicional para definir la independencia que pone énfasis en el hecho que los jueces no están sometidos a autoridad alguna, sino a los dictados del derecho. Este enunciado se encuentra en el artículo 146.1 de la Constitución.
- b) La inamovilidad en el cargo de los jueces. Nadie los puede trasladar, cambiar o mover, sin su previo consentimiento. Con esta garantía se pretende impedir que alguien amenace a los jueces con trasladarlos del lugar de su residencia, alejándolos de su familia o condenándolos al desarraigo con la finalidad de interferir en su juicio. Este enunciado se encuentra en el artículo 146.2 de la Constitución.
- c) La permanencia en el servicio de magistrado. En línea con lo anterior, nadie puede sacar a un juez de su cargo. Deben permanecer en su cargo hasta que cumplan la edad señalada en la ley, no sean ratificados —conforme a lo señalado en el artículo 154.2. de la Constitución— o sean sancionados con la destitución, luego de un debido procedimiento por causales debidamente tipificadas. Este enunciado se encuentra en el artículo 146.3 de la Constitución.
- d) Una remuneración digna. Esta garantía tiene por finalidad crear en el juez ciertas condiciones económicas que impidan que pueda ser vulnerable frente a cualquier tentación o afectación de esta índole. Este enunciado se encuentra en el artículo 146.4 de la Constitución.
- e) La aprobación del presupuesto del Poder Judicial. El Poder Judicial tiene autonomía en la formulación de su presupuesto, conforme lo dispone el artículo 145 de la Constitución. Esta disposición tiene por finalidad evitar que, a través del manejo o diseño

presupuestario, el Poder Ejecutivo pretenda incidir en las decisiones del Poder Judicial.

Estas garantías crean un estatuto particular que pretende protegerlo de cualquier intromisión de aquellos que podrían afectar o amenazar su independencia. Sin embargo, los medios de protección del juez frente a esta afectación no se pueden limitar a ellos, pues siempre aparecen nuevas formas de amenaza a este principio fundamental del Estado constitucional de las cuales los debemos proteger.

6. PREGUNTAS

1. ¿Qué es la función jurisdiccional?
2. ¿Puede concebirse una función jurisdiccional no independiente en el Estado constitucional?
3. ¿Quiénes ejercen jurisdicción en el Perú?
4. ¿Qué medios existen para asegurar la independencia de los órganos jurisdiccionales?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 5

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA



Otro de los principios fundamentales del proceso es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El hecho de considerar al proceso como un medio de protección de todos los derechos hace que la Constitución le exija el cumplimiento de ciertas condiciones para que el proceso cumpla los estándares del Estado constitucional. Esas condiciones de validez constitucional del proceso, que se convierten en auténticos derechos fundamentales de las partes, podemos reunir las en la expresión «tutela jurisdiccional efectiva».

El reto está en abrir el camino para el respeto de cada uno de los derechos que integra la tutela jurisdiccional efectiva. El juez debe buscar remover todos los obstáculos con la finalidad de tener un proceso en el que se respeten todos los derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva.

1. NOCIÓN

Este principio del proceso exige que toda persona tenga la posibilidad de acudir libre e igualitariamente a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de cualquier derecho e interés frente a cualquier lesión o amenaza, en un proceso que reúna las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una decisión motivada y definitiva sobre el fondo de la controversia que sea eficaz.

Este principio del sistema jurídico peruano, que se encuentra previsto expresamente en la Constitución en su artículo 139.3, establece los elementos constitucionales sobre la base de los cuales debe ser analizada la legitimidad constitucional del proceso. Sin su respeto, el proceso deviene en inconstitucional.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo exige que el diseño legislativo del proceso cumpla con esas exigencias constitucionales, sino que exige también que cada proceso en específico que se desarrolle delante de un juez cumpla con esas exigencias. Esas exigencias, por lo demás, se dan desde el inicio del mismo proceso, pues garantizan el libre e igualitario acceso a él, y trascienden el momento mismo de la expedición de la sentencia pues la tutela constitucional del proceso se extiende hasta la satisfacción del propio derecho cuya protección se reclama en el proceso.

2. EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

El artículo 139 inciso 3 de la Constitución peruana reconoce como principios y derechos de la función jurisdiccional tanto al debido proceso

como a la tutela jurisdiccional efectiva. Este reconocimiento ha generado una amplia discusión en la doctrina y jurisprudencia peruana para determinar la relación, alcance, contenido y límites de estos dos derechos (Priori, 2003a). Los resultados de esa amplia discusión no han conducido a una solución.

Sin pretender agotar el amplio debate sobre la materia, ni mucho menos resumir el tratamiento que la jurisprudencia nacional ha hecho sobre estos derechos, quisiera solo dar algunos breves alcances sobre esa discusión:

- El debido proceso es un derecho que surge en el sistema anglosajón, mientras que la tutela jurisdiccional efectiva es una noción que corresponde más bien al sistema romano germánico.
- La noción de debido proceso es bastante amplia y se extiende a ámbitos distintos al jurisdiccional. La noción de tutela jurisdiccional efectiva hace referencia al ámbito jurisdiccional.
- El contenido del debido proceso es incierto por su amplitud, mientras que el de tutela jurisdiccional efectiva está mucho más determinado.
- La expresión «debido proceso» pone énfasis en el proceso en sí, mientras que la de «tutela jurisdiccional efectiva» lo hace en la protección que el proceso debe dar.

Las consideraciones anteriores me llevan a preferir la expresión «tutela jurisdiccional efectiva». Más allá de los nombres o expresiones que se usen, lo trascendente es ser conscientes del verdadero contenido de las instituciones para evitar que se produzca una afectación a los principios básicos que todo proceso debe tener, por eso resulta fundamental estudiar el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Como he señalado, la aproximación constitucional del proceso determina la necesidad de que este sea visto como un conjunto de derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales deben asegurar que se cumpla con ciertas exigencias desde el inicio del proceso hasta su término, para otorgar la protección de los derechos que la Constitución le confía al proceso.

A continuación, explicaré cada uno de los derechos fundamentales que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.1. El derecho de acceso a la jurisdicción

Es el derecho que tiene todo sujeto a acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar la protección de cualquier derecho o interés frente a cualquier situación de lesión o de amenaza de lesión en el que se encuentre.

El acceso a la jurisdicción es el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales relativos al proceso, pues sin acceso no hay posibilidad de reclamar ninguno de los demás derechos relativos a este, como la defensa, la prueba o la efectividad. Pero, además, es el presupuesto de vigencia de todos los demás derechos e intereses reconocidos por el sistema jurídico, de índole constitucional, legal o contractual, pues es la garantía de protección de todos ellos frente a cualquier incumplimiento o lesión.

Tradicionalmente, la doctrina se ha referido a este derecho bajo la denominación del «derecho de acción». Las discusiones dogmáticas que se dieron acerca de su contenido no permitieron apreciar la verdadera magnitud de la trascendencia que tenía este derecho en el sistema jurídico. La perspectiva constitucional de este derecho, fuertemente marcada con su reconocimiento en tratados internacionales sobre derechos humanos y en las constituciones de diversos países, generó que paulatinamente dejara de hablarse de «acción» para comenzar a hablarse

de «acceso a la jurisdicción» o de «acceso a la justicia» (Cappelletti, 1996; Couture, 2010).

El reconocimiento del derecho de acceso a la jurisdicción es la consecuencia inmediata de la negación a los particulares de hacer justicia por su propia mano. No reconocer este derecho supone cortar cualquier posibilidad de que los ciudadanos puedan proteger sus derechos.

3.1.1. Ámbitos sobre los que actúa

Este derecho tiene un ámbito objetivo y uno subjetivo sumamente amplio por la trascendencia que cumple en el sistema jurídico.

a. Ámbito objetivo

En este ámbito el derecho de acceso a la jurisdicción supone que cualquier derecho o interés es susceptible de ser objeto de protección jurisdiccional. Dicho en otros términos, no existe derecho o interés que no pueda ser llevado a un proceso para pedir su protección.

Esa es la razón por la que la propia Convención Americana de Derechos Humanos señala en su artículo 8.1. que toda persona debe ser oída con las mínimas garantías para la determinación de sus derechos de índole «civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

Este carácter amplio de protección jurisdiccional de todos los derechos e intereses protegidos por el derecho es tal que:

- Aun cuando exista la discusión de si algo es un derecho o un interés jurídicamente prevalente, el proceso es el ámbito en el que dicha circunstancia debe ser discutida.
- Aun cuando no se encuentre previsto un remedio para la protección de un derecho o interés, el proceso es el ámbito dentro del cual puede discutirse si corresponde la aplicación o establecimiento de ese remedio no previsto.

- Aun cuando exista duda sobre la calificación jurídica de una circunstancia, la norma aplicable o si dicha circunstancia debe ser jurídicamente amparable o no, el proceso es la vía para discutirla.
- No es preciso que exista la indicación de qué proceso o vía es la que específicamente corresponde para la protección de un derecho. Siempre existirá un proceso para protegerlo. De no haberlo, será el proceso ordinario, salvo que el juez considere, en virtud a las necesidades de protección del derecho, que sea otra la vía.

Por lo tanto, de presentarse cualquiera de esas situaciones límite previamente descritas, debería permitirse la discusión de dichas situaciones en el proceso. Ello, claro está, no significa que se deba habilitar que en el proceso pueda discutirse cualquier situación manifiestamente absurda o jurídicamente imposible, en cuyo caso bien podría denegarse la continuación del trámite del proceso desde un momento inicial, con el fin de evitar su abuso. Recordemos, en ese sentido, que el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución peruana señala que: «La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Sin embargo, si existiera alguna duda sobre la admisión o no de una demanda para discutir un asunto jurídicamente complejo o dudoso, el juez siempre debe preferir admitir una demanda y permitir su discusión en el proceso. La negación del proceso es la negación de la justicia. Por ello, los rechazos liminares de la demanda deben ser excepcionales, restrictivos y ante situaciones manifiestas.

b. Ámbito subjetivo

En este ámbito el derecho de acceso a la jurisdicción supone que cualquier persona, grupo o entidad a la cual se le reconoce la posible titularidad de situaciones jurídicas puede acudir a un proceso a solicitar protección jurisdiccional. Este carácter amplio de acceso a la jurisdicción es tal que:

- Los grupos que no constituyen sujetos de derecho podrían acceder al proceso para solicitar protección de ciertos derechos que le pertenecen a una colectividad.
- En caso de existir dudas acerca de si una entidad es un sujeto de derecho o no, se le debe permitir el acceso al proceso para que sea en dicho ámbito en el que se discuta su condición de tal.

La negación a alguien de acceder al proceso implica someterlo a una situación de absoluta desprotección de sus derechos. La ley jamás puede negar la posibilidad de acceso al proceso a un ser humano ni a ningún otro sujeto de derecho.

3.1.2. Barreras en el acceso a la justicia

Al derecho de acceso a la jurisdicción, como a cualquier otro derecho fundamental, puede imponérsele el cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones para su ejercicio. Pero el establecimiento de estos requisitos de ningún modo puede suponer:

- La imposibilidad de acceder al proceso.
- El establecimiento de costos excesivamente elevados que impidan o disuadan el acceso a la jurisdicción.
- El establecimiento de sanciones o de cualquier medida desfavorable por acceder al proceso.
- La exigencia de requisitos innecesarios o de formalismos inútiles para el acceso a la justicia.
- La exigencia de trámites previos u obstáculos para acceder al proceso.

Los requisitos que supongan la imposibilidad, la disuasión o la imposición de esos costos o exigencias inútiles para el acceso a la justicia, se convierten inmediatamente en barreras para el acceso al proceso. Es obligación del legislador y del juez eliminar esas barreras y facilitar

el acceso a la jurisdicción. Estas barreras pueden ser de diversa índole: económicas, sociológicas y jurídicas; pero ninguna es aceptable en un Estado constitucional.

a. Las barreras económicas al acceso a la jurisdicción

Son obstáculos de índole económica para el acceso a la jurisdicción. Estas barreras están asociadas a los costos que supone el proceso. Todo proceso supone un costo. Este costo, por sí mismo, no es considerado una barrera de acceso a la jurisdicción, pero se convertirá en una barrera si un sujeto no puede acceder al proceso debido a la imposibilidad de hacer frente a dicho costo.

Los costos del proceso son de dos tipos: los costos propiamente dichos y las costas. Los costos propiamente dichos, según indica el artículo 410 del Código Procesal Civil, están constituidos por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos judiciales y los demás gastos del proceso. Las costas, en cambio, según indica el artículo 411 del mismo Código, están constituidas por los honorarios de los abogados.

Como modo de asegurar que la imposibilidad de asumir los costos y las costas del proceso no suponga la imposibilidad de acceder al proceso, la Constitución peruana, en su artículo 139.16, establece los alcances del principio de gratuidad del servicio de justicia, y establece como principio y derecho de la función jurisdiccional: «el principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala».

Nótese entonces que la Constitución peruana garantiza la gratuidad del servicio de justicia a las personas de escasos recursos y en algunos casos señalados en la ley. De acuerdo al texto de la Constitución, los alcances de la gratuidad del servicio de justicia alcanzan tanto a los costos como a las costas. Esto último se asegura, según la Constitución, con la defensa gratuita.

Se entiende que una persona tiene escasos recursos cuando por asumir los costos del proceso pone en riesgo su subsistencia y la de aquellos que

dependen de ella, según lo señala el artículo 179 del Código Procesal Civil. El análisis lo hace el propio juez del proceso, ante quien se hace el pedido de auxilio judicial. Lamentablemente, esto solo garantiza que el juez lo exima del pago de los gastos del proceso, pero no así la de los honorarios de su abogado. No existe en el Perú un sistema adecuado de defensa jurídica gratuito, capaz de hacer frente a las necesidades de muchas personas que no pueden pagar los honorarios de los abogados. Con este insuficiente sistema se deja de atender a un amplio sector de la población peruana que requiere esta asistencia. El modo en que la sociedad le ha hecho frente a esta situación es a través de la organización social, con consultorios jurídicos gratuitos en municipalidades, parroquias, centros de ayuda social o a través del trabajo probono de algunos abogados.

Ahora bien, la Constitución también señala que se garantiza la gratuidad del servicio de justicia en los demás casos que la ley señala. Estos otros casos no están basados en las condiciones económicas particulares de una persona, como en el caso al que acabo de hacer referencia en el párrafo anterior, sino en situaciones generales en las que la ley establece la gratuidad del servicio de justicia. Estas situaciones generales están dadas para (i) los pobladores que viven en zonas de emergencia o de pobreza extrema y, (ii) para todos los demás en algunos procesos específicos, como los procesos penales, los *habeas corpus*, el amparo y los procesos laborales, cuando el monto de lo discutido no supera ciertos límites económicos señalados en la Ley Procesal del Trabajo.

No existe pues en el Perú la gratuidad del sistema de justicia con alcance general. Está establecido solo para quienes pongan en riesgo su subsistencia por atender los costos del litigio o para algunos casos establecidos en la ley. Considero que este sistema, aunque no es el ideal, no deviene en inconstitucional siempre y cuando se asegure que nadie se quede sin acceder al proceso por razones económicas. El grave problema para romper las barreras económicas del acceso a la justicia en el Perú radica en no haber sido capaces de diseñar aún un sistema de defensa jurídica gratuita adecuado y extendido para todos aquellos que no tienen

dinero para contratar un abogado en todos los casos en los que requiera acceder al proceso y no solo en casos limitados.

b. Las barreras sociológicas en el acceso a la jurisdicción

Existen otro tipo de barreras al acceso a la jurisdicción que tienen que ver con las condiciones socioculturales y geográficas de grandes sectores de la población, que generan su imposibilidad de acceso al proceso o su acceso en condiciones de desigualdad.

Estas barreras están relacionadas con situaciones en las cuales el juez de la localidad no habla el idioma de los ciudadanos que acuden a él y no existen en el lugar intérpretes que permitan una comunicación entre el juez y las partes. En otros casos, el juez más cercano de una localidad se encuentra a varios kilómetros o a varios días de camino de las poblaciones que requieren acceder a él. En muchos casos se forma una barrera entre el juez y las partes debido a que el juez no comprende las circunstancias sociológicas o culturales de la población cuyas necesidades de justicia debe atender.

A esto debemos agregar la situación de postergación de las poblaciones o grupos vulnerables, quienes por diversos motivos son discriminados o cuyo acceso a la justicia debe vencer condicionamientos o prejuicios contruados a lo largo de siglos. Quizá estas sean las barreras más difíciles de vencer, pero se hace preciso que comencemos a hacerlo.

c. Las barreras jurídicas en el acceso a la jurisdicción

Estas barreras son requisitos normalmente impuestos por el legislador para el acceso al proceso, que se convierten en barreras al ser formalidades innecesarias o inútiles, que no están justificadas en la protección de un derecho o valor fundamental, y, como tales, se convierten en restricciones ilegítimas en el acceso a los órganos jurisdiccionales.

Estas barreras se disfrazan de requisitos, que a veces se aceptan sin una reflexión adecuada en torno a ellas. Esos disfraces se alimentan de la concepción del proceso como relación jurídico-procesal y, en aras

de hacer que esa relación procesal sea válida, se exigen las cosas más complejas e incomprensibles.

Una prueba de ello era lo que exigía hasta hace poco el Código Procesal Civil cuando señalaba que un requisito para la procedencia de la demanda era la debida acumulación de pretensiones. Algo que gracias a la regulación del propio Código Procesal Civil era complejo de entender, era la sepultura del proceso desde su inicio, pues el juez debía evaluar el cumplimiento de dicho requisito al admitir la demanda. El Código Procesal Civil fue modificado y ahora ese requisito se ha convertido en un requisito susceptible de ser subsanado.

Hay diversas técnicas que el legislador puede usar con la finalidad de hacer el proceso más sencillo y menos costoso, y así facilitar el acceso a la jurisdicción. El hecho de exigir el cumplimiento de una serie de requisitos que por su naturaleza bien podrían ser subsanables, sin darle el trámite de la subsanación como el antes descrito, es una técnica con la que se podrían ir venciendo las barreras jurídicas. Otra técnica es la de dejar de exigir requisitos cuyo cumplimiento es excesivamente costoso, en los que las partes deben asumir esos costos innecesariamente, como por ejemplo, cuando se exige que al pedido de acumulación de un proceso se acompañen copias certificadas de la demanda en vez de copias simples, o cuando se exige que los documentos en otro idioma sean acompañados de su traducción oficial.

Hay dos exigencias jurídicas para el inicio de un proceso que son más bien polémicas: la exigencia de conciliar obligatoriamente antes de ir a un proceso y el agotamiento de la vía administrativa.

En el primer caso, la ley desea fomentar que las partes traten de llegar a un acuerdo antes de ir a un proceso. Para ello establece la obligación de agotar un procedimiento de conciliación, sin el cual, no podría accederse al proceso.

En el segundo caso, la ley confiere un privilegio a las entidades administrativas consistente en permitirles ellas mismas resuelvan las

controversias en las que son parte, antes que el ciudadano pueda acudir a un proceso.

Las dos hipótesis antes descritas constituyen una postergación del acceso a la jurisdicción y las razones; en ambos casos, no son suficientes para justificar una restricción a este acceso.

3.1.3. El criterio de favorecimiento del proceso

Conforme a este criterio, el juez, en caso de duda sobre la admisión o no al momento de evaluar los requisitos que existen en una demanda, debe preferir admitirla. Este criterio determina también que el juez debe preferir darle el trámite de subsanación a cualquier defecto en algún requisito procesal.

3.1.4. La promoción del acceso a la justicia

Dada la trascendencia del derecho de acceso a la jurisdicción, su protección no solo requiere una serie de mandatos imperativos destinados a evitar su lesión o a disuadir su ejercicio, sino que también requiere una acción positiva por parte del Estado que suponga crear las condiciones básicas para su ejercicio, que asegure en todos el libre e igualitario acceso.

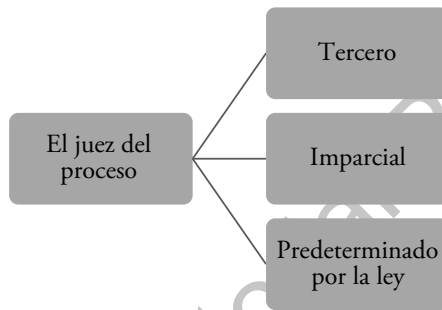
Este deber se refuerza en el caso de las personas en situación de vulnerabilidad. El Estado debe crear las condiciones necesarias para que tal situación no les impida el acceso a los órganos jurisdiccionales. No se trata solamente de un mandato destinado a no lesionar, sino a realizar todas las acciones necesarias para crear las condiciones para que todas las personas puedan acceder a los órganos jurisdiccionales y solicitar la protección jurisdiccional de sus derechos.

3.2. El derecho a un juez imparcial predeterminado por la ley

Al momento de señalar cuáles son los principios del proceso, he identificado a la independencia de los órganos jurisdiccionales como uno de ellos. Pero, además de la independencia, la Constitución requiere que

el juez cumpla con una serie de exigencias que determinan que la decisión que expida sea objetivamente justa.

Estas exigencias, que se encuentran establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalan que el juez debe ser independiente e imparcial, y ser establecido antes del inicio del proceso por la ley. La independencia, como he señalado, atiende al órgano jurisdiccional. En esta sede nos referiremos a las garantías específicas del juez del proceso.



3.2.1. El juez debe ser un tercero

Esto quiere decir que el juez debe ser alguien distinto a las partes. La Constitución entiende que la protección jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos solo es constitucionalmente aceptable en la medida que se dé a través de la decisión de un tercero.

Ello no quiere decir que no pueda haber otras formas de solución de conflictos o de protección de derechos. Es obvio que pueden existir, pero esas otras formas no son jurisdiccionales. No por ello no deben ser efectivas también. A lo que me refiero en este punto es que es parte de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que quien resuelva definitivamente un caso sea un tercero, esto es, una persona distinta a las partes.

3.2.2. El juez debe ser imparcial

La Constitución entiende que no basta que la solución sea dada por un tercero. Se hace preciso que ese tercero sea, además, imparcial.

La imparcialidad del juez exige que el proceso sea conocido por un tercero que no tenga interés directo ni indirecto en el resultado de la controversia. Este derecho va en la línea de lo que la independencia de los órganos jurisdiccionales quiere asegurar también, esto es, garantizar que la sentencia se ajuste al derecho y a los hechos probados en el proceso.

Independencia e imparcialidad son dos cualidades distintas que se le exige a quien ejerce función jurisdiccional. La independencia es un aspecto objetivo que tiene que ver con la no sumisión del órgano jurisdiccional a nada que no sea el derecho y los hechos del caso. En cambio, la imparcialidad es una exigencia que atiende a la persona misma del juzgador, pues analiza su relación con quienes intervienen en el proceso y con lo que específicamente se discute en el proceso.

La Constitución por ello, no solo garantiza que el órgano jurisdiccional sea independiente, sino que la persona del juez que decidirá el asunto específico no tenga interés directo ni indirecto en el resultado del proceso. De este modo se asegura que su decisión no será afectada por nada que no sea la Constitución, la ley y los hechos del proceso. Es por ello que se exige que el juez sea lo más ajeno posible a las partes y al objeto del conflicto.

La parcialidad puede deberse a causas objetivas o subjetivas. Estamos frente a un supuesto de parcialidad objetiva, cuando existe alguna vinculación del juez con el objeto de la controversia. Esa vinculación genera que el juez tenga o pueda tener un interés específico en el modo como se resolverá el caso. Así, por ejemplo, podría ocurrir que el juez sea acreedor de una de las partes del proceso en el que se está discutiendo sobre la propiedad de un bien. Como cualquier acreedor, el juez podría tener interés en que el patrimonio del deudor no se vea perjudicado, sino que, por el contrario, se incremente. De esta manera, no existen

garantías de que su fallo vaya a ser producto de un juicio objetivo sobre la base de los hechos y el derecho, sino que podría estar influenciado por ese interés que tiene o podría tener en el resultado de la controversia.

En cambio, estamos frente a un supuesto de parcialidad subjetiva cuando existe una especial relación entre el juez y alguna de las partes del proceso que podría afectar su juicio objetivo, sea favorable o desfavorable. Este tipo de circunstancias están determinadas fundamentalmente por situaciones afectivas del juez respecto de quienes intervienen en el proceso.

a. Impedimentos

Dado que el mayor o menor afecto respecto de una persona podría estar determinado por aspectos subjetivos muy difíciles de comprobar, la parcialidad subjetiva se suele establecer sobre la base de ciertos criterios objetivos basados en la relación familiar o amical del juez. Así, por ejemplo, se considera que el juez no sería imparcial en un caso en el que una de las partes sea su hijo o hija, o su padre o su madre, o un amigo íntimo o también un enemigo.

La ley suele identificar en qué supuestos se considera que un juez puede no ser imparcial. De este modo, no se hace necesario entrar a analizar si el juez realmente tiene o no tiene un interés en el caso específico, sino que basta determinar si se encuentra en aquella situación prevista por la ley. Se asume que al estar en dicha situación el juez carecería de imparcialidad. Puede ocurrir, sin embargo, que dichas causas establecidas por el legislador no expresen alguna situación particular en la que el juez no sea imparcial. Esta falta de previsión del legislador no justifica que no pueda cuestionarse la parcialidad del juzgador.

En atención a lo anterior, la ley establece una serie de impedimentos, es decir, causales en las que un juez no puede conocer un caso. Estas causales deben ser apreciadas por el propio juez, quien deberá comunicarlas, abstenerse de ver el caso y remitir el expediente a otro juez.

b. Recusación

La imparcialidad del juez es tan importante que existe un mecanismo para denunciar su ausencia. Este instrumento de defensa que tienen las partes ante la posible parcialidad del juez se denomina recusación.

Las partes pueden recusar al juez que conoce el caso siempre que se presenten los supuestos establecidos en la ley, en los que se considere que el juez puede no ser imparcial, o cuando se estime que el juez tiene un interés directo o indirecto en el resultado del proceso. En efecto, en algunos casos, la ley puede establecer supuestos específicos en los que se considera que el juez puede no ser imparcial —ser cónyuge o acreedor de una de las partes, por ejemplo— en los que más allá de analizar si tiene un interés o no, el solo hecho de que el juez se encuentre en esa situación prevista por la ley hace presumir que no existe imparcialidad. En cambio, puede haber otro tipo de circunstancias, más allá de esa específica condición, en la que el juez podría tener un interés directo o indirecto en el resultado del proceso, circunstancias que el legislador podría no haber previsto específicamente, pero que de igual modo afectarían la imparcialidad del juzgador. También en estos casos podría plantearse la recusación.

3.2.3. El juez debe estar predeterminado por la ley

En la línea de asegurar la independencia y la imparcialidad judiciales, la Constitución exige que quien conozca el caso sea aquel que la ley indique antes del inicio del proceso.

Al exigirse que el juez del caso sea el previsto por la ley se asegura que la asignación de un juez al caso concreto se haya hecho sobre la base de criterios generales, objetivos y preestablecidos. De este modo, lo que se quiere asegurar es que el juez no haya sido elegido específicamente para el caso concreto, luego de conocer quiénes son las partes y qué es lo que se discute en él.

Por eso se encuentra prohibido por la Constitución que el juez que conozca un caso sea establecido con posterioridad al inicio del proceso,

que sea cambiado, que un caso ya iniciado sea derivado a otro juez, o que la conformación de un órgano jurisdiccional colegiado sea modificada.

Esta garantía se encuentra expresamente establecida en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, al garantizarse como un principio y derecho de la función jurisdiccional el que ninguna persona será desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley. Asimismo, la Constitución insta que no pueden establecerse jueces especiales para el conocimiento de determinados casos. En estricto, de lo que se trata es de no permitir ningún tipo de interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

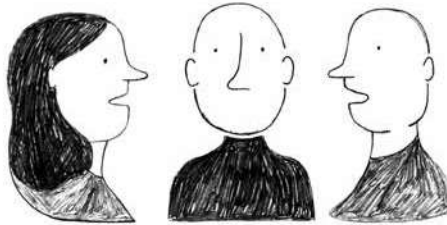
Esta garantía requiere de una matización esencial. La predeterminación legal es un mecanismo a través del cual el sistema jurídico pretende garantizar la imparcialidad del juez, de este modo la predeterminación legal no es el derecho fundamental en sí, sino la garantía para protegerlo. Esto es muy importante en la medida que una mala comprensión de esto ha determinado que se conciba equivocadamente la naturaleza de las normas que rigen la competencia del juez. El mero respeto de la legalidad al momento de establecer el juez competente, no garantiza que se esté respetando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Todo lo contrario, muchas veces el juez predeterminado por la ley vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción, porque pone al demandante en la necesidad de acudir ante un juez y tiene que asumir un costo tan elevado que termina disuadiendo su acceso.

Otras veces la exigencia de que el proceso sea visto, a como dé lugar, ante el juez previsto por la ley, afecta el derecho a que la duración del proceso sea en un plazo razonable; o la propia efectividad de la tutela jurisdiccional en los casos en los que el proceso se ha tramitado ante un juez determinado y luego un órgano revisor de la sentencia advierte un problema en la competencia que previamente las partes no habían cuestionado, por lo que se anula todo el proceso y se deben repetir todos los actos procesales. Estos males rodean el sistema judicial peruano, en el que las garantías entendidas como formalidades y no en su esencia, vulneran la protección de valores supremos del sistema jurídico.

Finalmente, muchas veces, aunque el proceso sea conocido por el juez predeterminado por la ley, no asegura que el juez que conoce el caso sea imparcial. En efecto, dado que la imparcialidad es un aspecto que se mide respecto del juez que específicamente conocerá el caso concreto, puede ocurrir, por diversas circunstancias, que aquel juez que corresponde en aplicación de las normas legales de competencia, no sea imparcial. En estos casos, a pesar de ser el predeterminado por la ley deberá ser modificado, con la finalidad de asegurar la imparcialidad de quien juzgará.

3.3. El derecho a la defensa



Es el derecho de toda persona a ser informada de la existencia de un proceso en el que se discute acerca de sus intereses para que pueda intervenir en él, con la finalidad de alegar y probar, de modo que la decisión del juez sea emitida después de escucharla; así como el derecho a impugnar las resoluciones que le generen agravio en los casos previstos en la ley (Carocca, 1998).

La Constitución peruana reconoce este derecho en su artículo 139 inciso 14, en el cual se señala que a nadie se le puede privar del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Esta forma de reconocer el derecho de defensa no permite establecer sus alcances. En efecto, el derecho de defensa tiene una serie de manifestaciones, en las cuales es preciso detenerse.

3.3.1. El derecho a ser suficiente y oportunamente informado

La Convención Americana de Derechos Humanos señala en su artículo 8.1.b) que un derecho de toda persona es el derecho a ser comunicado previa y detalladamente de las imputaciones que se le formulan. El modo en el que se reconoce este derecho pone en evidencia que no puede haber derecho de defensa sin información. Esta información debe ser suficiente y oportuna.

a. ¿Qué significa que la información deba ser suficiente?

Las partes del proceso deben conocer la integridad de los pedidos, argumentos y medios de prueba de su contraparte, con la finalidad de poder alegar y probar respecto de ellos. Sin información ello no es posible.

En ese sentido, la parte demandada en un proceso debe conocer quién la demanda, qué se le demanda, por qué se le demanda y sobre la base de qué medios de prueba se le demanda. Solo al conocer estos aspectos puede decirse que está suficientemente informada. La información que reciba debe, además, ser completa, esto es, debe recibir la integridad del escrito de la demanda con los medios probatorios que se acompañan a ella para que tenga toda la información necesaria para preparar su defensa.

Por su lado, la parte demandante en un proceso debe conocer cada una de las defensas formuladas por la parte demandada, en qué se basan y en qué medios probatorios se sustentan. La información debe ser completa, ello quiere decir que la parte debe estar en condiciones de conocer la integridad de los argumentos y de los medios de prueba. Solo de este modo, el demandante podrá rebatir adecuadamente las defensas formuladas.

Esos derechos también los tienen las copartes, es decir, los codemandantes y los codemandados entre sí; y no solo sobre los argumentos de la contraparte, sino también de aquellos con los que constituyen litisconsorcio.

De lo que se trata es que las partes conozcan cuál es la información que las demás partes del proceso están aportando para que el juez tome una decisión. Lo trascendental es, entonces, que todos conozcan toda la

información en base a la cual el juez tomará una decisión, de modo que todos tengan la posibilidad de alegar y probar —si así lo consideran— respecto a ella.

Hay casos en los cuales el juez puede tomar decisiones «de oficio». Así se llaman a las decisiones que el juez toma por iniciativa propia, esto es, sin que exista un pedido de una de las partes. Es fundamental que las partes puedan conocer que el juez expedirá esa decisión para que puedan alegar respecto de ella. De nada sirve enterarse una vez expedida, pues sin perjuicio de que las partes puedan impugnarla, habrán perdido la oportunidad de ser escuchadas.

Este derecho a la información también le asiste a aquellos que sin ser parte de un proceso (terceros) tienen algún interés en intervenir.

b. ¿Qué significa que la información sea oportuna?

El derecho de defensa implica que uno conozca la información con la suficiente anticipación, para tener la posibilidad de evaluarla y refutarla antes de que el juez expida una decisión. Si la decisión ya se tomó, de nada serviría la información a las partes, pues su razón de ser está en que se pueda alegar respecto de ella antes de que se adopte la decisión.

En eso consiste el principio del contradictorio: en que las partes del proceso tengan la posibilidad de ser escuchadas antes de que el juez adopte una decisión. Por eso se dice que el contradictorio debe ser anticipado.

Sin embargo, hay algunas hipótesis en las que el juez debe dictar una decisión con carácter de urgencia, pues, de no hacerlo, se pone en riesgo la efectividad de la tutela jurisdiccional. Ya he señalado en capítulos anteriores que ese es el reto de proceso en el Estado constitucional: hacer que todos los derechos fundamentales de las partes en el proceso tengan igual grado de protección.

De este modo, sería constitucionalmente inaceptable una decisión que, por escuchar a la contraparte, llegue demasiado tarde, cuando el derecho material ya fue lesionado sin posibilidad de satisfacción alguna. En estos casos, se debe ponderar. Ello significa que, en aquellas situaciones

de urgencia en las que por escuchar a la contraparte el derecho material se lesione de una manera irreparable, se justifica que la información a la contraparte llegue después de la decisión. Pero, para que esta solución sea constitucionalmente aceptable, debe poder escucharse a la contraparte luego de la decisión y los argumentos que esgrima contra la decisión adoptada deben estar en condiciones de revertir la decisión tomada, caso contrario, el ejercicio de la defensa habrá sido solo una actuación formal, incapaz de producir efectos en la decisión del juez.

Tan importante es hacer que se respete el derecho de defensa de las partes como su derecho a una decisión efectiva. De este modo, las soluciones que dé el derecho procesal deben dar igual satisfacción a estos dos derechos fundamentales. Ni solo la defensa, ni solo la efectividad, ambas. No es posible decir que no siempre se puede, pues siempre se puede. Allí está la labor del legislador cuando diseña las reglas y la del juez cuando debe aplicarlas. No hacerlo, supone partir del concepto equivocado de que en el proceso hay una sola parte. En el proceso hay, al menos, dos partes. La obligación del Estado está en hacer que los derechos procesales de todas ellas se respeten.

Los sistemas que no consideran a la urgencia como una justificación para postergar el ejercicio del derecho de defensa son inconstitucionales. Los sistemas que por proteger el derecho a la efectividad no permiten la defensa de parte afectada, o que permitiéndola no admiten que esa defensa esté en condiciones de modificar la decisión urgente adoptada, son también inconstitucionales. El reto está en proteger ambos.

Por ello, si bien el régimen general debe ser el del contradictorio anticipado se debe prever la posibilidad de un contradictorio postergado. Este último sistema solo se justifica en razones de urgencia en los que la decisión jurisdiccional no puede esperar a que se le brinde la información a la contraparte o a que esta alegue, pues, de hacerlo, la tutela jurisdiccional no sería efectiva. Pero a su vez, en estos casos, luego de dictada la decisión, se debe escuchar a la contraparte y los argumentos

que se exponen deben estar en condiciones de revertir la decisión del juez, si es que el juez los considera atendibles.

Ahora bien, la determinación de cuándo la información es oportuna o no, viene determinada normalmente por las etapas procedimentales del proceso específico. De este modo, normalmente las normas procesales establecen, con el procedimiento diseñado por el legislador, que las decisiones se adopten luego de haberse dado la oportunidad de alegación a las partes del proceso. Sin embargo, si hubiera algún caso en el que el legislador no hubiera previsto esta situación de modo expreso, es claro que al ser el derecho de defensa un derecho fundamental, obliga al juez, en el caso concreto, a conceder ese trámite del contradictorio previo.

3.3.2. El derecho a intervenir en los procesos en los que se discute sobre sus intereses

Este derecho supone que aquel que se pueda ver afectado por una decisión judicial deba estar en el proceso en el que se vaya a tomar esa decisión, para poder alegar y probar antes que esa decisión sea adoptada.

Este derecho es un presupuesto fundamental de validez y legitimidad constitucional de las decisiones jurisdiccionales. Las decisiones jurisdiccionales están habilitadas a pronunciarse respecto a derechos y obligaciones de las personas y demás sujetos de derecho solo en la medida en que en el proceso en el que han sido dictadas se ha permitido participar a todos aquellos que se pudieran ver afectados por esas decisiones. Este no es un mero requisito de validez de la decisión jurisdiccional, sino que es el fundamento mismo de su legitimidad constitucional.

La fuerza de las decisiones jurisdiccionales no está en un mandato formal que así lo dice, sino en un presupuesto sustancial: la posibilidad de que aquellos que se pudieran ver afectados intervengan, participen, sean escuchados e incorporen argumentos y pruebas, y, sobre la base de ellas, se expide una decisión jurisdiccional. El ejercicio del poder jurisdiccional es, por ende, absolutamente participativo y aquí está su legitimación democrática. No es una legitimación que parte de las

urnas, sino que se fundamenta en el libre e igualitario acceso de todos al proceso, en la defensa de quienes intervienen en él, en la justificación de sus decisiones y en la efectividad de sus mandatos.

¿Quiénes deben participar del proceso? Aquellos que pudieran verse afectados directamente con la sentencia a expedirse en el proceso, es decir, los titulares de las situaciones jurídicas controvertidas. De forma específica: aquellos a favor de quienes pueda recaer un mandato y quienes serían los obligados al mandato; aquellos respecto de los cuales se busca hacer oponible la declaración jurisdiccional que se pretende; aquellos que deban ejecutar o en favor de quién se pretenda ejecutar un mandato; aquellos a quienes se quiere garantizar o proteger y aquellos respecto de los cuales se busca garantizar o proteger.

Para determinar quiénes deben participar del proceso es preciso que analicemos la pretensión que ha sido planteada en él. La pretensión es la que determina los alcances objetivos de la sentencia que se dictará en el proceso. A partir de allí, podemos establecer quiénes deben participar en el proceso. Al constituir los límites objetivos de la decisión, podemos establecer frente a quién o quiénes es necesario que se haga esa determinación para que la decisión sea eficaz. Por ello, es la pretensión la que establecerá los alcances de quiénes deben participar en el proceso.

El derecho procesal utiliza el término «legitimidad para obrar» precisamente para referirse a la aptitud que tiene una persona para ser parte de un proceso. Esa aptitud está dada precisamente por la relación que tiene esa persona con la pretensión que ha sido planteada en el proceso. La relación de la persona con la pretensión está determinada por el derecho material, sea por la norma con la que se fundamenta la pretensión o por la relación jurídica material que sirva de base para ella. Si tiene una directa vinculación a la pretensión, pues es titular activo o pasivo de ella, su intervención es necesaria para que la decisión jurisdiccional sea válida desde la perspectiva constitucional: debe habersele dado la posibilidad de ser escuchada.

Hay quienes no son titulares de la pretensión, pero que pudieron verse afectados indirectamente con la sentencia. En este caso, su participación no es necesaria, pero sí es posible. Depende de si ellos la solicitan o si alguna de las partes la requiere. Si bien lo que la sentencia diga no incidirá directamente sobre su esfera jurídica, sí puede producir algunos efectos en otra relación jurídica de la que la persona participa. En estos casos, tiene la posibilidad de intervenir, ser escuchada y probar si así lo solicita.

La intervención en el proceso de aquellos que pudieran verse afectados con las decisiones jurisdiccionales es también un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos que integran la defensa. Sin intervención no hay posibilidad de alegación, prueba e impugnación. En esto la intervención de aquellos que pudieran ser afectados por la decisión jurisdiccional en un proceso en el que se discute respecto de sus intereses, es expresión también del derecho de acceso a la jurisdicción de los ciudadanos a un proceso ya iniciado.

3.3.3. El derecho de alegación

No basta con garantizar la información e intervención al proceso. El solo reconocimiento de estos derechos generaría que quienes estén en el proceso sean unos espectadores informados de lo que ocurre en él. La intervención e información son presupuestos para un ejercicio activo del derecho de defensa, ello supone alegar y probar.

En un Estado constitucional, las decisiones jurisdiccionales deben ser tomadas luego de haber escuchado a quienes podrían ser afectados con ellas. Por ello, la posibilidad de alegación es el derecho a ser escuchado ante los tribunales. Para ser escuchado hay que dar la posibilidad de alegar.

La posibilidad de alegar debe ser analizada a partir de dos criterios fundamentales: el objeto de alegación y la oportunidad de la alegación.

a. Sobre el objeto de la alegación

El objeto de alegación responde a la pregunta ¿sobre qué tienen derecho a alegar las partes en un proceso? La primera respuesta es a todo aquello que consideren relevante para que su posición sea amparada por el juez. El juicio de relevancia acerca de los argumentos a exponer en un proceso es algo que en principio se deja en libertad de elección de las partes, pues nadie mejor que ellas conocen los hechos que sustentan su posición y sobre la base de estos elegirán también la posición jurídica que asumirán. Es por ello que se les garantiza, además, el derecho a contar con un abogado.

En esa primera línea de aproximación acerca de lo que las partes tienen el derecho a alegar, está entonces el que las partes tienen el derecho a alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideren relevantes con la finalidad de que su posición sea amparada por el juez. Dicho esto, reitero que el juicio de pertinencia acerca de lo que se alega le corresponde a las partes. Ello significa que, en línea de principio, el legislador no podría limitar lo que se pueda o deba alegar en un proceso. Tampoco el juez puede establecer ese tipo de restricciones.

Se asume que el criterio que las partes seguirán al momento de exponer sus argumentos de defensa será el de pertinencia. Ello significa que alegarán los hechos que tengan por finalidad desvirtuar las alegaciones de su contraparte. Esas alegaciones podrán ir destinadas a negar los hechos que la contraparte afirma, exponer hechos que la contraparte no alegó pero que resultan relevantes para resolver la controversia, interpretar los hechos de un modo diferente a los de su contraparte, negar la aplicación de la norma que la parte invoca en su favor, interpretarla de un modo distinto, invocar otra norma como la aplicable o más bien dar una solución jurídica distinta a la invocada.

Ahora, si bien, en principio, no hay límites a la posibilidad de alegación, hay casos excepcionales en los que el legislador puede restringir esa posibilidad. Esas restricciones a la posibilidad de alegación se hacen normalmente en aras de proteger otro derecho fundamental que integra la tutela jurisdiccional efectiva y pueden fundamentarse en que:

- No puede alegarse lo que ya se alegó y resolvió. Es claro que lo que se quiere proteger es la cosa juzgada y por lo tanto la oportunidad de ser escuchado ya pasó.
- No puede alegarse lo que se tuvo posibilidad de alegar y no se alegó. Se desea proteger el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que establezca una oportunidad razonable para el ejercicio de la defensa.
- No puede alegarse aspectos que son excluidos de la discusión judicial en atención a consideraciones de urgencia o de evidencia. Existen casos en los que la ley puede restringir las razones de alegación, en aras de la urgencia del proceso o de la necesidad de hacer efectivo un derecho respecto al cual existe certeza. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los procesos de ejecución.

b. Sobre la oportunidad de alegación

Las partes deben tener una posibilidad razonable de alegación. Esto, como ya indiqué, debe ser, por regla general, antes de que el juez adopte una decisión. El plazo para la alegación debe ser adecuado, en atención a la complejidad de las materias que se deben discutir y la urgencia en la que se requiere que se dicte la tutela jurisdiccional.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 8.2.b) que se debe conferir tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa.

Es normalmente el legislador el que al diseñar el proceso establece los plazos dentro de los cuales las partes pueden esgrimir sus argumentos de defensa. Estos plazos deben permitir una real posibilidad de exponer las razones de su defensa. El plazo que establezca el legislador debe ser el mismo para ambas partes, pues ello es una expresión de la igualdad de armas de las partes en el proceso.

3.3.4. El derecho a probar

Es el derecho que tienen las partes a acreditar las afirmaciones que realizan. Integra el derecho de defensa en la medida que las afirmaciones alegadas tienen que tener la posibilidad de ser acreditadas con la finalidad de persuadir al juzgador acerca de ellas.

El derecho a probar tiene las siguientes manifestaciones (Bustamante Alarcón, 2001):

- El ofrecimiento de los medios de prueba.
- La admisión de los medios de prueba.
- La actuación de los medios de prueba.
- La valoración de los medios de prueba.
- La conservación de los medios de prueba.

Es importante mencionar que cada una de estas manifestaciones deben ser analizadas a partir del principio general de libertad probatoria. Ello quiere decir que no existe una norma que, de manera predeterminada, señale qué medios probatorios se deben ofrecer para la probanza de qué hecho, ni qué medios se deben admitir. Tampoco hay reglas que puedan restarle valor a la información obtenida de un medio de prueba por un defecto en su actuación, ni mucho menos reglas que le digan al juez qué valor dar a los medios de prueba actuados en el proceso. Sí hay criterios objetivos, basados en la finalidad que deben cumplir los medios de prueba al interior del proceso, que se justifican en los propios derechos fundamentales procesales que el juez debe hacer prevalecer en el proceso, que son los indicados a continuación.

a. El ofrecimiento de los medios de prueba

Es el derecho que tienen las partes de proponerle al juez los medios de prueba con los cuales acreditan sus afirmaciones.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho a la defensa de la contraparte determinan que debe existir un momento para el ofrecimiento de los medios de prueba. De no haberlo, existiría siempre la posibilidad para ofrecer medios de prueba en el proceso, lo que alargaría el proceso por dicha falta de previsión. Pero, además, la contraparte no podría plantear adecuadamente su defensa pues la información contra la que debería presentar sus alegaciones se daría en porciones, sin contar que, mientras más avanzado el proceso, la oportunidad para contrarrestar los nuevos medios de prueba ofrecidos podría ser más difícil o tardía.

Por ello el ofrecimiento de los medios de prueba en un proceso se rige por el principio de preclusión. Existe un momento determinado en la ley procesal para que las partes propongan sus medios de prueba. Ese momento en el Perú está establecido en los actos postulatorios. Ello quiere decir que el demandante deberá ofrecer sus medios de prueba con la demanda y con la contestación de la reconvencción, y el demandado deberá ofrecer los medios de prueba con su contestación a la demanda y con su reconvencción. Fuera de esos momentos las partes ya no podrán ofrecer medios de prueba.

La exigencia impuesta por el principio de preclusión tiene como base el hecho de que las partes en el proceso cuenten con los medios de prueba en el momento en el que debieron ofrecer las pruebas. Es por ello que existe una excepción al principio de preclusión que está determinada por la teoría de los hechos nuevos. De este modo, si luego de transcurrido el momento para que las partes puedan ofrecer medios de prueba en el proceso, surge un hecho nuevo relevante para la resolución de la controversia, las partes pueden ofrecer medios de prueba en relación con ese hecho nuevo. No permitir esta posibilidad supondría hacer prevalecer la preclusión más allá de lo razonable, pues sería claro que, para el momento que la ley procesal habría impuesto la carga de aportar el medio de prueba, dicho hecho no podía haber sido objeto de prueba por el simple hecho de no haber existido.

La teoría de los hechos nuevos también se aplica, excepcionalmente, en el caso en el que, por la naturaleza específica de un determinado medio de prueba, este no se encontraba a disposición o su existencia no era de conocimiento de ninguna de las partes en el proceso. En estos casos, no se les podría exigir a las partes el haber cumplido con el ofrecimiento dentro de plazo establecido en la ley.

La teoría de los hechos nuevos es un ejemplo de cómo las reglas procesales que se dan con la finalidad de proteger otros derechos fundamentales al interior del proceso deben ser aplicadas razonablemente a fin de no restringir injustificadamente un derecho fundamental. Por ello, la prohibición impuesta por una norma procesal a la posibilidad de ofrecer medios probatorios sobre hechos nuevos en un proceso devendría en inconstitucional.

b. La admisión de los medios de prueba

Una vez ofrecidos los medios de prueba, las partes tienen el derecho a que el juez los admita. La admisión de un medio de prueba es la decisión a través de la cual un juez decide incorporar un medio de prueba al proceso.

Hay ciertos criterios con los que el juez decide admitir un medio de prueba al proceso. Estos criterios son objetivos y están en línea de buscar una conexión entre el medio de prueba y su finalidad al interior del proceso. Es por esa razón que el no cumplimiento de esos criterios habilita al juez a no admitir un medio de prueba al proceso, sin que dicha inadmisión suponga una violación al derecho a probar de las partes.

Estos criterios son los siguientes:

- **Pertinencia:** el juez solo admitirá un medio de prueba relativo a un hecho alegado por una de las partes en el proceso.
- **Utilidad:** el juez solo admitirá un medio de prueba que se refiera a un hecho controvertido. Si las dos partes están de acuerdo en la ocurrencia de un hecho, no hay necesidad de realizar actividad probatoria respecto de él.

- **Licitud:** el juez no admitirá un medio de prueba obtenido con la violación de un derecho fundamental, salvo que, a través de un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales afectados, determine la necesidad de su admisión.

Además de dichos criterios y a pesar de existir como regla general el principio de libertad probatoria, excepcionalmente la ley podría establecer algunas reglas adicionales para la admisión de medios probatorios en el proceso. Estas reglas pueden estar vinculadas al tipo de medio probatorio que puede ser admitido en un proceso en atención a la naturaleza de la tutela jurisdiccional que se despliega en un proceso. Así, por ejemplo, suelen restringirse los medios probatorios a ser admitidos en un proceso de ejecución, en consideración a aquello que es objeto de discusión en dicho proceso.

No está de más decir que cada vez que existe una restricción para la admisión u ofrecimiento de un medio de prueba tenemos que encender todas las alertas con la finalidad de determinar si dicha restricción es constitucional o no.

c. La actuación de los medios de prueba

Las partes tienen derecho a que se realice toda la actividad procesal necesaria con la finalidad de que el juez obtenga información de un medio de prueba. En atención a la actividad procesal que debe ser realizada con dicha finalidad, los medios de prueba pueden ser de actuación mediata o inmediata.

Un medio probatorio es de actuación inmediata cuando su sola incorporación al proceso es suficiente para estar en condiciones de dar información al juez; por ejemplo, una carta o en general cualquier documento escrito.

Un medio probatorio es de actuación mediata cuando, además de su sola incorporación, se requiere realizar actividad procesal adicional: el interrogatorio de un testigo o de la parte, la explicación del informe del perito o la diligencia para la inspección judicial.

La actuación de los medios de prueba debe ser realizada con el respeto a ciertas reglas, sin las cuales la actuación de las pruebas pierde su validez:

- La inmediación: los medios de prueba deben ser actuados frente al juez que sentenciará.
- El contradictorio: las partes tienen que tener la posibilidad de estar presentes en los actos de actuación de los medios de prueba, con la finalidad que puedan ejercer su defensa respecto de ellos.

d. La valoración de los medios de prueba

Es el derecho que tienen las partes a que, al momento de emitir sentencia, el juez analice los medios de prueba que han sido actuados en el proceso.

El análisis de los medios de prueba es un proceso complejo que implica determinar qué conclusiones se pueden obtener de aquellos medios que han sido actuados en el proceso respecto de los hechos controvertidos. Ese proceso podría resumirse en los siguientes pasos (Igartúa, 2010, pp. 155 y ss.):

- a) El juez ha identificado los hechos controvertidos al momento de admitir los medios de prueba, pues uno de los criterios para hacerlo fue precisamente admitir solo aquellos medios de prueba que se referían a ellos. Un primer momento de la valoración de la prueba es el de identificar, entre los medios probatorios actuados, aquellos que se refieren a cada uno de los hechos controvertidos. Se hace de este modo una labor que podríamos llamar de selección. En esta selección es intrascendente la información sobre qué parte fue la que incorporó el medio de prueba en el proceso. Esto debido a que el principio de comunidad en la valoración de la prueba determina que una vez que un medio de prueba ha sido admitido al proceso, le pertenece al proceso por lo que para su valoración es intrascendente determinar quién lo aportó.

- b) Luego se hace preciso analizar individualmente cada uno de los medios de prueba a fin de determinar qué conclusiones se extraen de dicho medio de prueba respecto del hecho controvertido al que se refiere. Esta labor es de valoración individual.
- c) En un tercer momento, el juez debe comparar las consecuencias obtenidas de cada uno de los medios de prueba que ha valorado individualmente para establecer conclusiones que sean coherentes entre sí, que permitan obtener de todas las hipótesis probables sobre la ocurrencia de un hecho, aquella que resulte ser la más probable. La hipótesis más probable sobre la ocurrencia de un hecho será aquella que pueda ser apoyada de mejor forma sobre la base de la valoración conjunta de los medios de prueba.
- d) En el análisis de los medios de prueba, el juzgador realiza un juicio lógico que podríamos considerar inferencial. Es decir, extrae conclusiones sobre hechos de datos que se obtienen de la valoración conjunta de los medios de prueba. Como es un proceso inferencial, es preciso que las conclusiones a las que arribe pasen por un proceso de corroboración, de modo que pueda estar seguro que esas conclusiones son coherentes entre sí.

En el proceso de valoración de los medios de prueba, no se puede prescindir de la información que pueden brindar los propios hechos que están acreditados respecto de los hechos que no lo están. Esto es lo que se suele conocer como indicios, pues es un razonamiento en el que el juez, a partir de la comprobación de la probabilidad de la ocurrencia de ciertos hechos, concluye la probabilidad de la ocurrencia de otros hechos respecto de los cuales no existe información directa de los medios de prueba.

El resultado del proceso de valoración tiene tres posibles vías de solución:

- a) Sobre la base de los medios probatorios valorados, es posible concluir que lo más probable es que haya ocurrido el hecho.

- b) Sobre la base de los medios probatorios valorados, es posible concluir que lo más probable es que no haya ocurrido el hecho.
- c) Sobre la base de los medios probatorios valorados, no es posible concluir la ocurrencia o no de un hecho.

En caso el resultado del análisis probatorio haya sido c, el juez deberá fallar conforme a las presunciones o a la carga de la prueba, que van en auxilio del juez para completar los elementos de juicio de los hechos sobre los cuales debe fundar su decisión.

Es por ello que uno de los aspectos más complejos dentro del proceso de valoración de los medios de prueba es el determinar cuándo se debe entender como probado un hecho. Históricamente ha habido diversos sistemas que han pretendido responder a esa pregunta, dentro de los cuales los más conocidos son los sistemas de tarifa legal y el de íntima convicción:

- En el sistema de tarifa legal es la ley la que establece lo que se necesita para entender como probado un hecho. Normalmente se sustenta en criterios numéricos, esto es, un determinado número de medios de prueba en determinado sentido permitiría concluir que un hecho está probado. Muchas veces incluso establece una jerarquía en la que determinados medios de prueba tienen mayor valor que otros, para ayudar al juez a establecer el proceso de valoración.
- En el sistema de íntima convicción se apuesta por confiarle al juez la determinación de cuándo un hecho está probado. Es lo que el juez piensa en lo más íntimo de su ser lo que permite establecer ello. En este sistema no existe, claro está, ningún elemento objetivo de corroboración.

El Estado constitucional no puede permitirse ninguno de los sistemas antes descritos. El primero porque supone una intromisión del poder legislativo en la función jurisdiccional, lo que afecta cualquier posibilidad de que las partes puedan revertir, con sus medios de prueba

y en el ejercicio de su defensa, el prejuicio establecido por el legislador. El destino fatal del proceso estaría establecido con anticipación por el legislador. El ejercicio del derecho de defensa se volvería, frente a los juicios del legislador, inútil.

El segundo supone confiar a una persona el ejercicio de un poder que no puede ser controlado, sin un criterio racional u objetivo. Supone reconocer el ejercicio de un poder arbitrario, en el que las partes no pueden confiar en la protección de sus derechos.

Esto ha determinado la necesidad de establecer criterios objetivos que permitan justificar racionalmente si un hecho está probado o no. Esos criterios son conocidos como estándares probatorios. De este modo, el juicio de valoración de los medios de prueba que hace un juez puede ser contrastado con dicho estándar (Taruffo, 2010; Ferrer, 2005).

Otro aspecto que resulta importante mencionar es que la valoración de los medios de prueba debe ser realizada por el juez que estuvo presente en la audiencia en la que se actuaron los medios de prueba. La valoración de los medios de prueba integra una parte importante de la justificación de la decisión judicial, por ello es parte relevante del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, como expondré luego.

e. La conservación de los medios de prueba

Los medios de prueba son los instrumentos a partir de los cuales las partes pueden obtener la información necesaria con la finalidad de acreditar sus afirmaciones en un proceso. El transcurso del tiempo que dura el proceso puede afectar la existencia o la eficacia de un medio de prueba.

Debido a ello es que las partes tienen el derecho a realizar toda la actividad necesaria con la finalidad de evitar que desaparezca o disminuya la eficacia de un medio de prueba. De este modo, las partes podrían solicitar al juez que los actos destinados a la actuación de los medios de prueba se realicen antes de lo que correspondería realizarse en atención a la marcha del proceso. Incluso, podría hacerse antes de iniciado el proceso.

En el Perú el procedimiento para pedir la actuación anticipada de un medio de prueba está regulado bajo el nombre de «prueba anticipada». Aunque, por el modo como se encuentra regulada esta institución, se prevé la posibilidad de su actuación antes del inicio del proceso, nada impide que pueda realizarse ante el mismo juez que conoce el proceso ya iniciado, pero de modo adelantado al momento en el que correspondería hacerlo normalmente.

3.3.5. El derecho a impugnar

Es el derecho que tienen las partes a cuestionar las decisiones jurisdiccionales que les causan un agravio. Este derecho integra el derecho de defensa en la medida que permite a las partes el reexamen de las decisiones adoptadas por el juez por cualquier error de juicio o de procedimiento. Los errores de juicio son errores en los elementos de hecho o de derecho en los cuales el juez basó su decisión. Los errores de procedimiento son los errores en los actos anteriores al de la decisión en sí, que invalidan el acto mismo de la decisión.

La identificación de estos errores es muy importante pues el medio de corregirlos es diferente. Los errores de juicio se corrigen a través de la revocación. La revocación supone que el órgano que revisa la decisión dicta otra que sustituye a la anterior. Los errores de procedimiento se corrigen a través de la nulidad. La nulidad, en cambio, supone que el órgano que revisa la decisión emite una decisión por la que se le resta eficacia a la decisión revisada, pero con la consecuencia de que el que emitió la decisión revisada debe volver a emitir otra que sustituya a la anterior.

El derecho a impugnar se ejerce a través de los medios impugnatorios, que son actos procesales de las partes a través de los cuales se ejerce este derecho. Estos medios impugnatorios se encuentran previstos en la ley y es esta la que determina sus requisitos y alcances. Es por ello que en muchos sistemas jurídicos el derecho a la impugnación se considera como un derecho de configuración legal, en el sentido de que es la ley

la que establece los casos en los que procede el recurso. En esos sistemas el derecho a la impugnación es enunciado como el principio al recurso establecido en la ley. No es el caso del Perú.

En el Perú, el artículo 139.6 de la Constitución establece como un principio y derecho de la función jurisdiccional el de la pluralidad de instancia. El modo como nuestra Constitución prevé este derecho fundamental es bastante amplio, si se lo compara con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y otras Constituciones europeas y latinoamericanas.

En efecto, los tratados internacionales en materia de derechos humanos configuran el derecho a la impugnación como el derecho que tiene el procesado a apelar el fallo condenatorio. La Constitución peruana va más allá y establece el derecho a la pluralidad de instancia, y no restringe los alcances de dicho derecho a ningún proceso específico, con lo cual resulta claro que tiene una extensión más amplia.

Por lo tanto, en el sistema constitucional peruano, el derecho a la impugnación está configurado con los siguientes requisitos mínimos que deben ser respetados en todo proceso:

- Es un derecho exigible en todo proceso y no solo en el proceso penal.
- El medio impugnatorio que debe regularse es el recurso de apelación. No cualquier medio impugnatorio garantiza los alcances del derecho del modo como ha sido reconocido por la Constitución, solo la apelación lo garantiza. ¿Por qué? Porque la apelación es un medio impugnatorio que permite que otro órgano jurisdiccional revise la decisión del juez por cualquier error de hecho o de derecho con facultades de anular o revocar la decisión que adolece de error.
- Las decisiones que deben ser susceptibles de esa necesaria revisión son las sentencias y los autos que ponen fin al proceso o impiden su continuación. Ello porque son las decisiones que ponen fin a la instancia o impiden continuarla; por ello, en esos casos, la

revisión es absolutamente necesaria para satisfacer las exigencias constitucionales.

Los alcances del derecho a la impugnación son objeto de un enorme debate en el Perú (Ariano, 2003). Yo soy contrario al modo tan amplio como la Constitución peruana lo ha reconocido, pues impide que el legislador pueda establecer un diseño del recurso de apelación adecuado a las necesidades de efectividad del proceso en algunos casos concretos en los que dicho derecho puede afectar a los demás derechos fundamentales (Priori, 2003b). Soy consciente del debate, por ello, he expuesto lo que considero debe ser el mínimo que se garantice en el Perú para respetar los alcances del derecho como lo establece la Constitución.

Sin embargo, se hace preciso advertir que el reconocimiento extendido de los recursos dentro de un proceso puede afectar otros derechos fundamentales integrantes de la tutela jurisdiccional efectiva, como el derecho a que el proceso dure un plazo razonable o, incluso, el propio derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. Es por ello que se hace preciso que el legislador sea prudente en el momento en que se regula este derecho, pues si bien es verdad que es expresión del derecho de defensa, los demás derechos también merecen ser protegidos y tutelados por el legislador.

Es aquí donde está el desafío del legislador: la regulación de un sistema de impugnación que no suponga el sacrificio de los demás derechos fundamentales. Esto se logra con algunas técnicas que permiten distribuir de mejor manera entre las partes los efectos que genera el tiempo del proceso. Esas técnicas pasan no solo por restringir en algunos casos la apelación, sino también por quitarle los efectos suspensivos al recurso o establecer ciertos requisitos para su ejercicio.

Unas palabras finales para señalar que el recurso de casación no es un derecho que satisfaga las exigencias constitucionales de la pluralidad de instancia. El recurso de casación es un medio impugnatorio al que se le encarga fines distintos a los de la revisión: su función es esencialmente

velar por la correcta aplicación del derecho y la uniformidad de la jurisprudencia, antes que la solución del caso concreto. Además, el hecho de que el recurso de casación solo pueda versar sobre errores de derecho, determina que no se cumpla con la revisión completa que exige el mandato constitucional de la pluralidad de instancia.

3.3.6. El derecho a contar con abogado

Como ya he señalado, la pretensión contiene el pedido específico de que se aplique el remedio previsto por el sistema jurídico a determinados hechos que son descriptos por el demandante. Las defensas que invoque el demandado deberán estar sustentadas jurídicamente. Asimismo, la decisión que adopte el juez deberá estar fundamentada en el derecho.

Las situaciones antes descritas determinan la necesidad de que las partes del proceso cuenten con un abogado, pues solo de esta manera la defensa que ejerzan será eficaz.

Este derecho no solo supone que las partes puedan elegir al abogado que las patrocinará y que ni el legislador ni el juez podrán negar la participación de dicho profesional en el proceso (Carocca, pp. 492 y ss.); sino que, además, implica que el Estado promueva un sistema de defensa jurídica accesible a aquellos que no tienen recursos y que, en consecuencia, no pueden pagar a un abogado.

3.4. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

El proceso supone tiempo. Detrás de la propia idea de proceso está el hecho de que entre el pedido de tutela y el momento en que se dicta la sentencia, transcurre un necesario periodo de tiempo en el que las partes puedan ejercer sus derechos. Es por ello que el tiempo genera uno de los grandes desafíos para el proceso.

No existe el derecho fundamental a un proceso rápido. Existe un derecho fundamental a que el proceso dure un plazo razonable, en el que no existan dilaciones indebidas. Sin embargo, sí existe un derecho a que

el proceso sea rápido cuando existan razones de urgencia que ameriten una decisión jurisdiccional que se deba dictar sin más demora.

Las exigencias de efectividad de la tutela jurisdiccional y las de defensa se juntan en este derecho. El tiempo es necesario para preparar y luego para realizar la alegación, la prueba y la impugnación. Pero el tiempo es un riesgo para la efectividad de la tutela. Es más, la sola demora del proceso genera que una de las partes se encuentre en situación de insatisfacción respecto del derecho que cree tener. Por ello, el contenido de este derecho no puede simplificarse con la expresión «que el proceso sea rápido», pues la historia nos ha demostrado que con procesos rápidos se han cometido graves violaciones de derechos. Ni el proceso rápido en el que las partes no puedan ejercer sus derechos, ni el proceso largo en el que la protección llegue demasiado tarde.

Por ello, para comprender este derecho, es preciso tomar en consideración, lo siguiente:

- El proceso debe durar lo necesario para que las dos partes puedan alegar y probar, en atención a la complejidad de la controversia.
- En todo proceso deben existir mecanismos que eviten que el tiempo genere un daño a una de las partes o para conseguir que las dos partes asuman en igualdad de condiciones la carga que supone tener que esperar la decisión final.
- El proceso no puede durar más allá de lo necesario para que las partes puedan exponer sus razones.
- En el proceso no puede haber «tiempos muertos», es decir, espacios de tiempo que no resultan ser necesarios para que las partes puedan ejercer sus derechos. El único periodo de tiempo de espera que se justifica en un proceso es el que es necesario para que las partes ejerzan sus derechos, o para que el juez pueda tomar una decisión. Cualquier otro espacio de tiempo es una demora no justificada en el ejercicio del derecho de defensa y, por lo tanto, innecesario.

- Debe existir una organización del trabajo judicial de modo que se puedan atender los procesos dentro de un plazo razonable. La carga procesal, la organización del trabajo y la logística del despacho judicial deben manejarse de modo que se contribuya a que el proceso sea tramitado dentro del plazo razonable.
- Las partes deben abstenerse de realizar conductas dilatorias.
- Los jueces tienen el deber de evitar que el proceso tome más tiempo del que debe tomar.

El problema del proceso está entonces en las dilaciones indebidas y en los tiempos muertos, no en la duración necesaria para que las partes puedan ejercer su defensa. Pero el gran reto del proceso está en hacerle frente a las situaciones de urgencia. Por ello, sin perjuicio de que se tomen todas las medidas para evitar que el proceso demore más del tiempo necesario, es preciso diseñar procesos especiales que puedan atender la necesidad de tutela jurisdiccional urgente.

3.5. El derecho a una decisión que se pronuncie sobre la protección al derecho material solicitada, que se encuentra motivada fáctica y jurídicamente

El proceso debe concluir en algún momento, pero no de cualquier manera. Las partes esperan que cuando concluya exista una decisión sobre el fondo de la controversia. Ello quiere decir que debe haber una resolución al conflicto de intereses planteado y, por lo tanto, un pronunciamiento respecto de la pretensión formulada. La Constitución exige, además, que ese pronunciamiento sobre la pretensión planteada esté debidamente motivado.

3.5.1. El derecho a un pronunciamiento sobre la protección al derecho material

Usualmente se denomina a este derecho como el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo. Me parece importante tener claro desde el inicio qué cosa significa eso. Este derecho exige que el proceso concluya atendiendo a la razón por la que se le dio inicio, que, por lo demás, es la función que le corresponde cumplir al proceso dentro del sistema jurídico.

El proceso se inició frente a la necesidad de protección de un derecho material. El ciudadano acudió al proceso y formuló todas sus alegaciones y pruebas para ello. Lo que el ciudadano espera es, primero, que el proceso concluya, y, luego, que concluya con una decisión sobre esa pretensión que ha sido planteada. Es por ello que la única manera como puede verse satisfecha la exigencia de tutela jurisdiccional es al establecer que el juez debe emitir un pronunciamiento sobre la protección del derecho material que ha sido solicitada a través de la pretensión.

Esta exigencia rechaza entonces:

- Cualquier decisión anticipada que pretenda concluir el proceso sin pronunciarse respecto a la pretensión planteada. Los pronunciamientos que pretendan poner fin al proceso de una manera anticipada por razones distintas a la protección de derecho material deben ser absolutamente excepcionales. Se deben dar solo en casos en los que el juez justifique que la razón es tan trascendente que, de continuar el proceso lesionaría otro derecho fundamental, distinto a aquel que ya está lesionando al no seguir el proceso ni pronunciarse sobre el fondo. Además, debe explicar el por qué no existe otra posibilidad distinta a la conclusión del proceso. Ya he explicado que el solo incumplimiento de un requisito establecido en una norma procesal no es suficiente para denegar justicia. Las partes tienen el derecho a salir del proceso con un pronunciamiento sobre el fondo. Es claro que si existe un defecto de tal naturaleza que impida continuar con el proceso es mejor advertirlo antes.

- Cualquier decisión que pretenda suspender el proceso sin ponerle fin. El proceso debe concluir dentro de un plazo razonable. La suspensión afecta este derecho y, además, el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo. Los casos en que se suspenda el proceso, dispuestos por el propio juez, deben por tanto ser excepcionales y justificados también en la protección de otro derecho fundamental. Un ejemplo de ello podría estar en los casos de prejudicialidad, situación que debe ser cuidadosamente evaluada para ver si realmente existe tal presupuesto para justificar la suspensión del proceso. En todo caso, los supuestos de suspensión deben ser también analizados para establecer hasta dónde debe continuar o avanzar el proceso y qué es lo que efectivamente debe ser suspendido.
- Cualquier decisión dictada al término del proceso que pretenda inhibirse a un pronunciamiento sobre el fondo. Si el proceso ya llegó al momento del dictado de la sentencia, esto es lo que debe ocurrir. El juez ha tenido todo el tiempo que ha tomado el proceso para advertir cualquier razón que le impida emitir una decisión sobre el fondo o que le impida continuar con el proceso. En todo este tiempo cualquier «defecto procesal» ya se debe haber convalidado razón por la cual parece difícil que pudiera haber algo que genere que el juez no pueda cumplir con su obligación constitucional de resolver sobre el fondo. A menudo los jueces de revisión o de casación prefieren anular las decisiones que vienen en revisión antes que pronunciarse sobre el fondo. Con estas decisiones anulatorias también podría vulnerarse el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo —además de otros derechos fundamentales—, es por ello que la razón de la nulidad debe ser lo suficientemente grave como para justificar omitir el pronunciamiento sobre el fondo.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse sobre el fondo. No hacerlo es una expresión de denegación de justicia. Esa obligación

debe ser ejercida incluso ante situaciones extremas en las cuales no encuentre los elementos para hacerlo. Esas situaciones son las siguientes:

- Cuando el juez advierta que en el proceso no existen medios probatorios suficientes con los cuales sustentar la decisión sobre el fondo. El juez no puede eximirse de su obligación de sentenciar a pesar de no tener medios probatorios suficientes con los que justifique su decisión. En estos casos, el juez debe aplicar las reglas de carga de la prueba aplicables al caso que resuelve. En efecto, la carga de la prueba es una regla de juicio que le sirve al juez para emitir un fallo a pesar de no contar con los medios probatorios que le permitan sustentar su decisión. Ante la ausencia de estos medios de prueba y frente a la obligación que tiene de justificar sus conclusiones sobre los hechos, el juez debe acudir a la regla de juicio que establece la ley para dictar un fallo sobre el fondo que se encuentre justificado.
- Cuando el juez advierta que no existe norma jurídica en la que sustentar su decisión. El juez tampoco puede eximirse de su obligación de resolver sobre el fondo en aquellos casos en los que no encuentre una norma jurídica aplicable al caso que debe resolver. En estos casos el juez debe justificar su decisión en los principios generales del derecho.

El juez no tiene escapatoria: debe pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es, debe emitir una decisión sobre la protección al derecho material que le ha sido planteada. Al no hacerlo, incurre en una infracción constitucional.

3.5.2. El derecho a que exista una correspondencia entre lo pedido y lo resuelto

Es el derecho que tienen las partes del proceso a que el juez resuelva lo debatido. Este derecho supone que: (i) el juez no puede omitir

pronunciarse respecto a lo debatido por las partes; (ii) tampoco puede conferir un remedio o una defensa si las partes no la han formulado; (iii) dar más allá de lo que estrictamente fue pedido; o (iv) menos de lo que las partes han aceptado.

La base de esos límites está no solo en el propio derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que dispone que el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre lo pedido por las partes y respecto de lo que tuvieron la posibilidad de defenderse, sino también en el carácter dispositivo de los derechos y los remedios. Ello quiere decir que las reglas de la congruencia cederán en la medida que el carácter dispositivo de los derechos sea menor.

a. Alcances

Los alcances del principio de congruencia se suelen exponer normalmente en función de la pretensión planteada. Sin embargo, creo que un adecuado estudio de esta institución procesal, desde la perspectiva de la tutela de los derechos, nos debe llevar a una comprensión mayor de sus verdaderos alcances.

Me explico. Desde la perspectiva de la tutela de los derechos materiales, el proceso es un medio de protección de estos en los términos formulados por la pretensión. La pretensión a su vez puede explicarse como el pedido de aplicación de un remedio acogido por el sistema jurídico para una situación jurídica de ventaja (*petitum*) frente a una situación de lesión o amenaza de lesión, que está configurada por hechos específicos que constituyen la razón de ser de dicho pedido (*causa petendi*).

Pero en el proceso existen, al menos, dos partes, pues para que exista conflicto se requiere también la existencia de dos partes en el proceso. De este modo, frente a la pretensión planteada en el proceso, el demandado —persona frente a la que se pide la aplicación del remedio— formula una serie de medios de defensa que buscan que, por diversas razones, el remedio solicitado no se aplique al caso concreto.

No todo lo que invoca el demandado —como tampoco el demandante— resulta ser relevante con la finalidad de resolver

válidamente la controversia planteada. Solo aquello que sirve de base para configurar el remedio previsto por el sistema jurídico o para evitar que dicho remedio se aplique. Se suele decir, entonces, que solo son relevantes los hechos constitutivos de la pretensión o los impeditivos, modificativos o extintivos que invoca el demandado.

Otro aspecto que resulta relevante tener en cuenta para poder establecer los alcances objetivos de aquello sobre lo que se debe pronunciar el juez, es que la cosa juzgada obligará a ambas partes en la misma forma y bajo los mismos términos. Por lo tanto, así como el demandante tiene derecho a saber qué es lo que corresponde respecto de su pretensión, el demandado tiene el mismo derecho a saber qué es lo que corresponde sobre sus medios sustanciales de defensa.

b. Supuestos de incongruencia

Dicho aquello, el principio de congruencia supone que el juez debe pronunciarse respecto de lo que le ha sido planteado al juez. De no hacerlo, se incurrirá en incongruencia. Esta incongruencia, se configura de la siguiente manera:

- a) Incongruencia *citra petita*: en aquellos casos en los que el juez omite pronunciarse respecto de una pretensión planteada por el demandante o por una defensa del demandado en los términos expuestos precedentemente.
- b) Incongruencia *extra petita*: en aquellos casos en los que juez se pronuncia respecto de un remedio que no ha sido solicitado por el demandante en su pretensión, o respecto de un hecho extintivo, impeditivo o modificativo u otra defensa sustancial no invocada por el demandado.
- c) Incongruencia *ultra petita*: en aquellos casos en los que el juez concede más de lo pedido por el demandante, o concede un medio de defensa en una magnitud mayor al formulado por el demandado.

- d) Incongruencia *infra petita*: en aquellos casos en los que el juez concede menos de lo que el demandado ha reconocido conceder al demandante, o a lo que el demandante haya reconocido que el demandado tenga derecho.

Las hipótesis antes previstas parten de la idea de un derecho dispositivo. En aquellos casos donde el sistema jurídico reduce el ámbito de disposición del derecho o del remedio, las hipótesis de incongruencia pueden variar. Así, por ejemplo, es posible conceder más de lo pedido —pero no otra cosa— en el proceso laboral. Sin embargo, se debe tener cuidado con no lesionar el derecho a la defensa.

En materia de la tutela de los derechos de los niños, en los casos de tutela de derechos fundamentales o de derechos del administrado frente a la administración podrían presentarse, con distintos grados de excepción, hipótesis en las que puede ser válido un pronunciamiento *extra petita*.

c. Incongruencia y derecho de defensa

Sin embargo, hay algo que resulta fundamental: la congruencia se erige como una regla que busca la protección del derecho a un fallo sobre el fondo del asunto, pero también al derecho de defensa. Debe existir un pronunciamiento que resuelva el problema planteado, que dé satisfacción a los derechos materiales, pero que respete el derecho de defensa del proceso que, como hemos dicho, es lo que legitima las decisiones jurisdiccionales en un Estado constitucional y democrático. Por ello, en aquellos casos en los que pueda existir la posibilidad de dictar un fallo *ultra, extra o infra petita*, ello no exime el deber del juez de dar la oportunidad a las dos partes de discutir sobre aquello que pudiera ser su decisión.

Dicho lo anterior, veo difícil que un Estado constitucional acepte la validez de un fallo *citra petita*. Es esencial al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que exista una decisión del órgano jurisdiccional.

d. Congruencia y *iura novit curia*

Finalmente, no puedo dejar de referirme a un tema que suele ser tratado cuando se habla de principio de congruencia: *iura novit curia*. Este aforismo, que señala que el juez no puede aplicar el derecho aun cuando haya sido invocado por las partes, es más bien un refuerzo a la idea que se quiere expresar con el principio de congruencia: el juez debe resolver el problema planteado, pero dentro de los términos en los que las partes lo han planteado.

El hecho de que una de ellas haya invocado una norma jurídica o una fuente del derecho equivocada en modo alguno afecta ese deber. Sin embargo, lo que de ningún modo autoriza ese aforismo, es a que el juez aplique un remedio no solicitado o un medio de defensa sustancial no invocado. Cuando se dice que el juez conoce el derecho y puede aplicarlo, se debe entender también que el juez conoce los límites de su decisión —que, por cierto, están impuestos por normas jurídicas—. Esos límites, además, están establecidos en aras de respetar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes.

3.5.3. *El derecho a una motivación fáctica y jurídica de la decisión*

Al tratar la independencia de los órganos jurisdiccionales he mencionado varias veces que los jueces, al momento de resolver, solo están sometidos a los hechos probados y al derecho, pues solo sobre la base de ellos es que debe resolver. Eso es lo que determina que los jueces deban justificar sus fallos en los hechos y en el derecho. Esa justificación debe expresarse al momento de expedir el fallo, no solo con la finalidad de que las partes conozcan las razones de la decisión jurisdiccional, sino también para que la sociedad pueda comprender la decisión y controlarla.

La motivación de las decisiones jurisdiccionales, por lo tanto, no solo es una expresión de la prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de la función estatal, sino que es la que legitima socialmente las decisiones jurisdiccionales, en la medida en que se hacen públicas las razones de las decisiones.

De lo que se trata es de que todos podamos conocer cuáles han sido las premisas de las cuales ha partido el juzgador, en qué se han sustentado y cómo es que a partir de ellas concluye lo que decide. Esta motivación debe ser completa, coherente y consistente, y debe ser capaz de ser replicada por cualquier otra persona que se encuentre en la misma posición del juez con los mismos elementos de juicio. Por lo tanto, no debe tener vacíos o saltos en el razonamiento, no debe tener contradicciones y debe ser el resultado que se espera que se obtenga de las razones que se exponen.

Dado que el juez resuelve un caso concreto, la referencia específica a los hechos del caso y de cómo el derecho se aplica a esos hechos es fundamental. Afirmaciones genéricas, verdades evidentes, peticiones de principios, la repetición de conceptos o de normas sin la referencia a cómo es que se relacionan y cómo y por qué se aplican a los hechos específicos, generan una afectación al derecho a la motivación; o la mera transcripción de extractos de sentencias dictadas por otros órganos jurisdiccionales, sin la explicación de su pertinencia o conexión con el caso y de cómo el conflicto que se resolvió en dicha decisión resulta equivalente a aquel al que se le desea comparar, no satisfacen la exigencia constitucional de la motivación.

Cuando se aborda el derecho a la motivación siempre caemos en la tentación de señalar cómo no hacerlo, pero pocas veces encontramos una referencia a cómo hacerlo. Es por ello que, a continuación, me propongo dar una guía de qué debería hacerse para satisfacer la exigencia constitucional de motivación de resoluciones judiciales.

Si el juez ha fijado adecuadamente los puntos controvertidos, esta será la guía que deberá seguir en la justificación de su decisión, pues son los elementos centrales en el razonamiento que debe realizar para adoptar la decisión específica. Los puntos controvertidos son los elementos esenciales de la posición de cada una de las partes respecto de los cuales existe controversia, resulta fundamental determinarlos para establecer a

quién le asiste la razón en el proceso. Los puntos controvertidos son, por ello, distintos de las pretensiones en el proceso.

En cualquier caso, el juez debería¹:

- a) Establecer la relación de los hechos que han sido aceptados por las partes. Al no haber sido negados, son premisas fácticas a partir de las cuales el juez puede comenzar su razonamiento o que puede tomar como base de su razonamiento.
- b) Luego deberá proceder a pronunciarse sobre los hechos que han sido controvertidos. Por ello, debe seguir el procedimiento que hemos señalado en la parte relativa a la valoración de la prueba. En síntesis:
 - Identificar dentro de los medios probatorios actuados a aquellos que se refieren a cada uno de los hechos controvertidos.
 - Analizar individualmente cada medio de prueba a fin de determinar qué conclusiones se extraen respecto del hecho controvertido.
 - Comparar las conclusiones obtenidas de cada medio de prueba entre sí para determinar si las conclusiones son concurrentes o contradictorias.
 - Contrastar las conclusiones obtenidas de la valoración de los diversos medios de prueba respecto de cada hecho controvertido, con los hechos aceptados y con las conclusiones obtenidas respecto de los demás medios de prueba, a fin de establecer hipótesis sobre los hechos que resulten consistentes y coherentes entre sí.
 - En caso existan hechos que aún no puedan ser determinados, pero que puedan ser inferidos de los demás hechos que han sido determinados a partir de la valoración de los medios de prueba, describir el análisis que permite apreciar dicha inferencia.

¹ Algunos de estos criterios están señalados en las propuestas de modificación al Código Procesal Civil que se encuentran en la resolución ministerial 0070-2018-JUS.

- c) El juez deberá explicar qué criterio o estándar está usando a fin de determinar si un hecho está probado o no, y cómo lo aplica al caso concreto.
- d) Si aún quedan hechos cuya existencia no puede ser determinada sobre la base de la valoración de la prueba o de las inferencias realizadas por el juez, determinar a quién le correspondía la carga de la prueba, explicar el por qué no ha quedado acreditado dicho hecho y explicar cómo se aplica y qué consecuencias tiene la regla de juicio establecida por el legislador como carga de la prueba o la presunción aplicable al caso.
- e) Después de establecer los hechos, el juez deberá identificar la norma jurídica aplicable al caso, explicar el sentido que le da, por qué y el modo como la aplica a los hechos del caso.
- f) Si la norma contiene un concepto jurídico indeterminado, el juez deberá necesariamente señalar qué sentido le da, por qué y el cómo debe ser entendido a partir de los hechos concretos del caso.
- g) Si el juez no hallase norma aplicable, deberá explicar el método de integración que utiliza para establecer la norma sobre la base de la cual sustenta su decisión y, si ello no es posible, señalar qué principio aplica, cómo lo interpreta y el modo como se aplica al caso concreto.
- h) Explicar el sentido que le da a la norma que aplica en concordancia con las normas y principios constitucionales y, de encontrar alguna inconsistencia, el modo en que interpreta las normas para hacerlas consistentes con la Constitución. De no llegar a encontrar un sentido consistente con ella, deberá decir por qué no es posible hacerlo e inaplicar esa norma, además debe señalar qué norma de la Constitución aplica, qué sentido le da y cómo se aplica a los hechos del caso.
- i) Si el juez advierte la existencia de un precedente vinculante aplicable al caso concreto, debe señalar cuál es, cómo se relaciona al caso, por

qué lo aplica, qué sentido le da y cómo lo aplica al caso concreto. En caso de considerar que debe apartarse de él, deberá explicar por qué los hechos del caso difieren de aquellos que fueron juzgados en el caso que dio lugar al precedente y señalar las razones de dicho apartamiento.

- j) Luego de realizado todo ese análisis, el juez deberá dar una respuesta a cada uno de los puntos controvertidos que fijó en la etapa correspondiente y a partir de ellos dará una solución a la pretensión analizada, que resulta ser la consecuencia lógico-jurídica necesaria de las respuestas que ha dado a cada uno de los puntos controvertidos anteriores.

De este modo el juez habrá satisfecho las exigencias constitucionales de la motivación. Lamentablemente la norma constitucional peruana referida a la motivación de las resoluciones judiciales es bastante deficiente al señalar el contenido de este derecho, pues se limita a indicar que el juez debe hacer mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en los que sustenta su decisión (artículo 139 inciso 5). Como he explicado en las líneas precedentes, motivar una sentencia exige algo más que solo mencionar qué norma aplica y mencionar los hechos. Es preciso hacer algo más que solo mencionar.

3.6. El derecho a una decisión definitiva e inmodificable (cosa juzgada)

Es lo que se suele conocer como «cosa juzgada». Es la aptitud que adquieren las decisiones jurisdiccionales conforme a la cual estas son consideradas como definitivas, esto es, ya no cabe la posibilidad de seguir revisando o discutiendo sobre la cuestión decidida y, por lo tanto, no es posible que pueda ser modificada.

Este derecho es fundamental pues permite asegurar que la decisión jurisdiccional dictada sobre el derecho material resuelva verdaderamente la controversia sobre él, pues impide que se modifique, revise, altere, deje

sin efecto o desconozca. De este modo, se da estabilidad a la decisión, lo que contribuye a la seguridad jurídica.

El hecho de que una decisión haya adquirido la calidad de cosa juzgada genera dos tipos de efectos:

- a) Efecto negativo: no puede volver a plantearse la pretensión que fue objeto de la decisión jurisdiccional que ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Ello supone, además, que no puede revisarse, modificarse, ni dejarse sin efecto.
- b) Efecto positivo: lo decidido respecto de la pretensión debe ser respetado por todos. Ello supone que lo decidido en una sentencia con calidad de cosa juzgada debe ser tomado como criterio para resolver los aspectos conexos o relacionados con la controversia decidida.

La estabilidad que da la calidad de cosa juzgada de las decisiones jurisdiccionales es esencial para la efectividad de la protección que ha recibido el derecho material, pues le permite no solo permanecer en el tiempo y que pueda ser defendida frente a cualquier intento para dejarla sin efecto directa o indirectamente, sino para oponerla frente a las demás autoridades y sujetos.

Los efectos positivo y negativo de la cosa juzgada determinan la necesidad de establecer respecto de qué y de quienes existe cosa juzgada:

- Respecto de qué existe cosa juzgada: los alcances objetivos de la cosa juzgada están determinados al remedio específico que la sentencia haya amparado o desestimado sobre la situación jurídica concreta que ha sido objeto del proceso, pero también sobre los hechos que, conforme a la sentencia, han sido determinantes para amparar o desestimar la pretensión.
- Respecto de quiénes existe cosa juzgada: los alcances subjetivos de la cosa juzgada están determinados por quienes son parte del proceso, aquellos terceros que derivan sus derechos de aquellos que fueron

parte del proceso y a aquellos que por alguna norma de derecho material se le deban aplicar los efectos de la sentencia.

Como cualquier derecho fundamental, el de la cosa juzgada tampoco es absoluto. Es por ello que existen situaciones excepcionales en las que una decisión jurisdiccional que ha adquirido la calidad de cosa juzgada puede ser revisada. Estas situaciones son fundamentalmente dos:

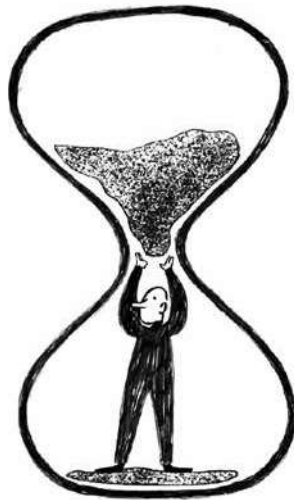
- Cuando la decisión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada ha sido dictada en un proceso en el que se ha vulnerado alguno de los derechos que integra la tutela jurisdiccional efectiva. En estos casos, el sistema jurídico peruano permite el inicio de un proceso de amparo con dicha resolución judicial con la finalidad de invalidarla.
- Cuando la decisión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada ha sido dictada en un proceso fraudulento. En estos casos, el sistema jurídico peruano permite el inicio de un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

La invariabilidad de las decisiones jurisdiccionales por haber adquirido la calidad de cosa juzgada no impide la modificación de ciertas decisiones jurisdiccionales que, por la naturaleza de la relación jurídica respecto de la que se pronuncian, se dice que están sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*. Ello quiere decir que son pronunciadas en atención a las circunstancias existentes al momento de dictar la sentencia, pero como regulan una situación que se prolongará en el tiempo, de cambiar esas circunstancias, es posible que también cambie la decisión. Esta situación es excepcional, pero es necesaria tenerla presente. En verdad, no se trata de una excepción a la cosa juzgada o de un tipo de resolución que no adquiere tal calidad, de lo que se trata es que la calidad de cosa juzgada que recae sobre dichas decisiones se mantiene salvo que modifiquen las circunstancias sobre la base de las cuales se dieron.

Un ejemplo de este tipo de resoluciones son las sentencias dictadas en los procesos de alimentos, las que son dictadas sobre la base de las

posibilidades económicas del obligado y las necesidades del beneficiado. Al ser una sentencia dictada para regular una relación hacia el futuro, de modificarse los elementos esenciales sobre la base de los cuales se dictó —aumentan o disminuyen las posibilidades económicas del obligado o aumentan o disminuyen las necesidades del beneficiado—, el monto que fue ordenado pagar por concepto de alimentos también puede variar, a pedido de alguna de las partes.

3.7. El derecho a la efectividad



El proceso se ha iniciado con la finalidad de proteger un derecho. Lo que se espera es que, cuando el proceso concluya, la sentencia dictada tenga una incidencia directa en el derecho material por cuya protección fue iniciado el proceso. En eso consiste la efectividad.

La efectividad exige que la decisión jurisdiccional dictada sobre la pretensión que ha sido planteada tenga eficacia en el ámbito de la realidad. Con tal fin, se hace preciso no solo que las partes tengan el derecho a hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales, sino a garantizar su efectividad.

3.7.1. La garantía de la efectividad

El proceso toma tiempo. El tiempo necesario para el dictado de una sentencia puede permitir la ocurrencia de ciertos hechos que ponen en riesgo la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Es por ello que no se puede esperar a los problemas de la efectividad una vez dictadas las sentencias, sino que se hace preciso que nos preocupemos de ellos antes del momento en que son dictadas, pues si no lo hacemos, quizá sea demasiado tarde.

En atención a lo señalado, el reconocimiento de la efectividad como un derecho fundamental implica reconocer el derecho de las partes de obtener tutela cautelar.

La tutela cautelar es el derecho que tienen las partes de un proceso a solicitar, que se dicten y ejecuten medidas provisionales que tienen por finalidad evitar que el tiempo que toma el proceso ponga en riesgo la efectividad de la tutela jurisdiccional.

La tutela cautelar tiene como presupuestos:

- El peligro en la demora. Es el presupuesto indispensable para que se conceda tutela cautelar. Consiste precisamente en el riesgo de que el tiempo que toma el proceso pueda generar la producción de un hecho que afecte la efectividad de la sentencia que se va a dictar en el futuro.
- La probabilidad de que la pretensión planteada en la demanda sea declarada fundada. Este presupuesto, conocido generalmente como «verosimilitud del derecho», exige que para conceder una medida cautelar se acredite que existe una razonable probabilidad de que al término del proceso se le vaya a dar la razón a quien plantea la pretensión cuya efectividad se pretende asegurar con la medida cautelar.

- Adecuación. Este presupuesto exige que la medida cautelar que se conceda sea idónea y proporcional respecto de la pretensión cuya efectividad se pretende asegurar.

Dado que la Constitución exige que la tutela jurisdiccional de todo derecho sea efectiva, debe existir la posibilidad de solicitar tutela cautelar para asegurar la efectividad de cualquier derecho. Es por ello que un sistema procesal que se adecue a las exigencias del Estado constitucional es aquel que permite una amplia tutela cautelar. Las restricciones a la tutela cautelar deben ser excepcionales y justificadas, en aras de proteger otro derecho fundamental o principio constitucional.

3.7.2. La efectividad

La Constitución exige que las sentencias judiciales desplieguen todos sus efectos en el ámbito de la realidad, pues es la única manera en que se obtiene la satisfacción del derecho por cuya protección se inició el proceso. La efectividad se expresa a través de dos manifestaciones: la ejecución y la efectividad propiamente dicha.

a. La ejecución

Se refiere a la efectividad de las sentencias que imponen un mandato, es decir, las denominadas sentencias de condena. Al ser sentencias que en su parte resolutoria disponen la realización de una conducta por parte del demandado para la satisfacción del derecho por cuya protección se inició el proceso, es preciso que dicha conducta se concrete, esto es, se dé en el ámbito de la realidad.

Si el demandado no quiere realizar esa conducta es necesario que el órgano jurisdiccional cuente con herramientas necesarias para conseguir que dicha conducta se realice, aun contra la voluntad del obligado. Son dos las herramientas con las que cuenta el órgano jurisdiccional:

- a) La sustitución: en estos casos el órgano jurisdiccional se sustituye en la conducta que debía haber realizado el obligado y lo hace

incluso por la fuerza. Así, por ejemplo, si el obligado tenía que entregar un bien y no lo quiere hacer, el órgano jurisdiccional realiza la actividad necesaria —actos ejecutivos o medidas de ejecución— para que se le quite ese bien por la fuerza y le sea entregado al titular del derecho. Si el obligado tenía que pagar una suma de dinero y no lo quiere hacer, el órgano jurisdiccional realiza la actividad necesaria para la aprehensión de uno de sus bienes, lo pone en venta pública (remata) y le da el dinero obtenido con dicha venta al acreedor.

- b) La coerción: esta es una facultad que se le confiere a los órganos jurisdiccionales para lograr que se realicen conductas que el juez no puede sustituir. Piénsese, por ejemplo, en la situación en la que a una persona se le obligue a cantar. Si luego de haberse seguido todo un proceso en el que se ha obtenido una sentencia con calidad de cosa juzgada en la que se le ordena al deudor cumplir con una conducta (que cante), el sistema jurídico no puede cifrar todas sus expectativas respecto a la satisfacción del derecho a la voluntad del obligado. Se hace preciso conseguir que dicha conducta sea realizada a través de la amenaza de la imposición de ciertas situaciones gravosas de no realizar la conducta, como las multas o hasta la privación de la libertad.

b. La efectividad propiamente dicha

Se refiere a la efectividad de las sentencias declarativas y constitutivas. Las sentencias declarativas son aquellas que, en función a la pretensión formulada, conceden un remedio de certeza a través de la afirmación de una determinada situación que se está produciendo. Las sentencias constitutivas son aquellas que, en función a la pretensión formulada, conceden un remedio cuyos efectos suponen modificar, extinguir o crear una situación o relación jurídica que no existía al momento de la interposición de la demanda.

Dado que esos dos tipos de sentencia confieren un remedio que proviene del sistema jurídico para la protección de un determinado derecho que tiene las características antes señaladas, se hace preciso que dicho remedio despliegue todos sus efectos. En ello radica la efectividad propiamente dicha, en dictar o disponer las acciones necesarias para que dichos efectos se produzcan en el ámbito de la realidad pues solo así el derecho material habrá sido satisfecho.

4. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el contenido del derecho al acceso a la jurisdicción? ¿Cómo se protege?
2. ¿Cuál es el contenido del derecho a la defensa?
3. ¿Cuál es la diferencia entre la rapidez del proceso y que el proceso dure un plazo razonable?
4. ¿Cuál es la relación entre el derecho a la prueba y el derecho de defensa?
5. ¿En qué consiste la efectividad de la tutela jurisdiccional?

CAPÍTULO 6

LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA



El proceso debe estar en condiciones de conceder tantas vías y formas de tutela jurisdiccional como requieran las necesidades de protección del derecho material. En ello consiste la tutela diferenciada.

1. NOCIÓN

Una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la de reconocer que todos los derechos e intereses jurídicamente protegidos

son pasibles de ser llevados al proceso para solicitar su protección. De este modo, todo derecho tendrá un proceso en el que pueda solicitar su protección. No se hace preciso que se indique qué proceso es, siempre habrá uno. Esto es lo que se conoce como la «atipicidad del derecho de acción», que es una expresión del acceso a la jurisdicción. Esa posibilidad es tan amplia que incluso el proceso es el escenario en el que podría incluso discutirse si algo es o no derecho.

Por otro lado, la Constitución exige que la protección de todos los derechos sea efectiva. Para lograrlo, la tutela jurisdiccional debe estar en capacidad de responder con esa efectividad ante cualquier situación en la que se lesione o amenace el derecho. La tutela jurisdiccional debe responder de modo diverso, en atención a las necesidades de protección de los derechos. A eso es a lo que se le denomina «tutela diferenciada».

La expresión tutela diferenciada surge en oposición a la idea de que debe existir un solo modelo de proceso, el del proceso ordinario, para la protección de todos los derechos. El proceso ordinario es una técnica procedimental específica, en la que el diseño del proceso se centra en dar a las partes una amplia posibilidad de debate y prueba, luego de lo cual el juez está en condiciones de sentenciar. Sobre la base de la idea de igualdad formal que había imperado durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX, se pensó que un modo de garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante el proceso era consagrar un solo esquema procedimental para la tutela de todos los derechos (Monroy Gálvez & Monroy Palacios, 2001). A mediados del siglo XX este postulado fue fuertemente sometido a crítica, precisamente a través de la noción de tutela diferenciada.

2. LOS ORÍGENES DE LA EXPRESIÓN

La expresión «tutela diferenciada» es utilizada por primera vez en 1955 por el procesalista italiano Mauro Cappelletti, en su libro *La jurisdicción constitucional de las libertades*, en el que usó dicha expresión para indicar la necesidad de establecer mecanismos procesales especiales para la tutela de los derechos fundamentales (p. 3).

Cappelletti postula que la relevancia ultraindividual de los derechos fundamentales es lo que constituye un obstáculo para una tutela jurisdiccional eficaz de esos derechos a través del proceso ordinario. De este modo, Cappelletti señala que se hace necesario «diferenciar» el modo como se brinda la tutela para dar una respuesta adecuada a la peculiar naturaleza que tienen los derechos fundamentales.

El planteamiento propuesto por Cappelletti es que, para hacer valer los derechos de la libertad de modo efectivo, se deben crear medios procesales diferenciados y reforzados respecto del medio procesal generalizado, que era el del proceso ordinario.

Si bien Cappelletti introdujo la expresión «diferenciada», para hacer referencia a la necesidad de que el proceso se adecúe a las exigencias de protección del derecho material —específicamente a las de los derechos fundamentales—, fue sin duda Andrea Proto Pisani quien produjo los trabajos más importantes sobre esta institución. Mientras Cappelletti planteó esta noción para el ámbito del derecho procesal constitucional, Proto Pisani lo hizo para el ámbito del derecho procesal del trabajo.

En 1973 Proto Pisani publicó su artículo «Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso del trabajo». En él postula que la Constitución le exige al proceso no cualquier tutela, sino una tutela idónea para proteger el derecho necesitado de protección —la tutela jurisdiccional efectiva—. Frente a ello, agrega, existen casos en los que la tutela que da el proceso debe ser rápida, de lo contrario el proceso genera una denegación de justicia. Eso es lo que ocurre en las relaciones laborales individuales, en las que, por la naturaleza de los derechos que existen en ellas, se requiere una tutela procesal rápida.

Es en atención a ello, que plantea la tesis general que está detrás de la concepción de la tutela diferenciada, conforme a la cual: «la tutela jurisdiccional no es una forma abstracta, indiferente a las características de la situación sustancial necesitada de tutela, sino [...] es un *quid* extremadamente concreto que se modela —muchas veces de modo extremadamente articulado— sobre las particularidades y sobre las

exigencias de tutela de las situaciones sustanciales deducidas en juicio» (Proto Pisani, 2014, p. 118).

De modo específico, establece que la tutela diferenciada se regula a través de una serie de disposiciones específicas que modifican la regulación del proceso de cognición.

La noción de tutela jurisdiccional diferenciada es esencial para entender el desarrollo de los estudios procesales en Latinoamérica en el siglo XX. El proceso de amparo, que tuvo una gran difusión entre nuestros países, se presentó como la vía que desafió al proceso ordinario y como el mejor ejemplo de que la tutela de los derechos fundamentales requería, como ya anunciaba Cappelletti, una vía procesal diferente. No es por ello casualidad que, para 1955, Cappelletti pusiera al amparo como el mejor ejemplo de la tutela diferenciada para la protección de los derechos fundamentales (1976, p. 2).

A partir de allí, inmediatamente se advirtió la necesidad de diseñar una tutela procesal diferenciada para la tutela procesal de los derechos nacidos de una relación laboral, para lo que muchas veces se usaba el amparo, hasta configurar un proceso laboral adecuado que debía ser distinto del proceso civil.

El amparo se presentó como la vía adecuada e idónea para la tutela de distintos y «nuevos» derechos que fueron reconocidos en el siglo XX. Ofrecía un proceso más rápido que el ordinario, flexible, con amplia posibilidad de obtener una medida cautelar y con medidas de coerción eficaces. Se abrieron así las puertas a una revisión de las formas clásicas de tutela jurisdiccional, y se inauguró el estudio y la regulación normativa de formas especiales de tutela jurisdiccional.

3. LAS FORMAS CLÁSICAS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL: LA TUTELA COGNITIVA Y LA EJECUTIVA

Desde el derecho romano hasta inicios del siglo XX se concebía que el proceso esencialmente ofrecía dos formas de tutela jurisdiccional: la tutela cognitiva y la tutela ejecutiva.

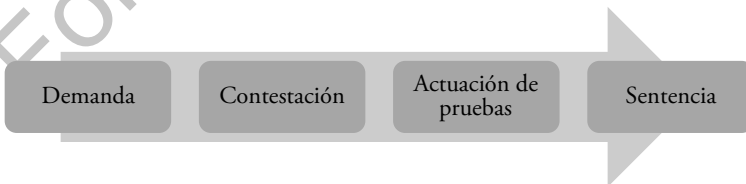
La concepción que existía de los derechos y de sus remedios permitía que esas dos formas de concebir la tutela jurisdiccional fueran suficientes para protegerlos. Cuando se advertía que en una determinada situación la tutela cognitiva no era adecuada, se conseguía dicha adecuación a través de la técnica de la «sumarización procedimental».

3.1. La tutela cognitiva

Esta forma de tutela jurisdiccional parte de la concepción de que, para otorgar la protección del derecho material que se reclama, se hace preciso verificar que quien demanda se encuentra en la hipótesis fáctica que la norma prevé como supuesto de hecho, luego de lo cual se dispondrá la aplicación, al caso concreto, de la consecuencia jurídica prevista en dicha norma.

Para tal efecto, el juez no solo debe verificar que los hechos alegados efectivamente se han producido, sino también que no se haya presentado ningún evento descrito por el demandado que excluiría la posibilidad de obtener el remedio que el demandante reclama.

De este modo, el proceso está previsto para dar una amplia posibilidad de alegación y prueba a las partes. Por eso el esquema procedimental a través del cual se desarrolla el proceso de conocimiento, es el más largo que se prevé para cualquier proceso. Dicho esquema procedimental está previsto para que, sobre la base de las alegaciones y pruebas de las partes, el juez forme convicción sobre los hechos alegados. De ahí que se denomine a este proceso «conocimiento». El esquema esencial de este proceso es el siguiente:



Dicho esquema puede presentarse tanto en modelos procedimentales orales como escritos; la estructura en ambos es esencialmente la descrita.

Frente a los casos en los cuales la tutela jurisdiccional debe responder con carácter de urgencia, la técnica que usa la tutela cognitiva es la denominada sumarización procedimental. Ello quiere decir que, con la conservación de la esencia de la estructura típica de la tutela cognitiva, el procedimiento se abrevia al acortar plazos, reducir trámites o con la reducción de actos procesales.

El problema que tenía la técnica de la sumarización procedimental en la forma tradicional de concebir la tutela cognitiva, es que la sentencia que se dicta en dichos procedimientos no puede llegar a adquirir la calidad de cosa juzgada. Ello se debe a que, en la concepción tradicional, una sentencia solo puede llegar a adquirir esta calidad en las sentencias dictadas en el procedimiento ordinario.

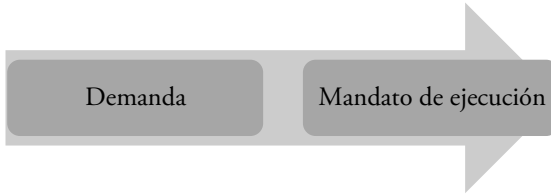
Otro problema que puede llegar a tener la técnica de la sumarización procedimental es que pueden existir situaciones de urgencia en el ámbito de la tutela cognitiva a las que no les puede hacer frente, puesto que la estructura del proceso finalmente responde a las particularidades de la tutela cognitiva.

Si comparamos lo expuesto con lo que se regula en el Perú, tenemos que la tutela cognitiva se expresa en los procesos denominados «de conocimiento», «abreviado» y «sumarísimo» en el proceso civil. En el proceso laboral dicha tutela se da en los procesos «ordinario» y «abreviado»; y en el proceso contencioso-administrativo en los procesos denominados «ordinario» y «urgente». En todos estos procesos hay tutela cognitiva. Veamos que en todos ellos hay un trámite ordinario y otro trámite abreviado, es decir, un trámite que fue objeto de la técnica de sumarización procedimental. En caso del proceso civil, son dos los esquemas que ofrecen una sumarización procedimental: el proceso abreviado y el sumarísimo.

3.2. La tutela ejecutiva

Esta tutela jurisdiccional se otorga al realizar los actos necesarios para dar satisfacción al derecho. Es una tutela de realización. A diferencia de la tutela cognitiva, el presupuesto de la tutela ejecutiva es que existe certeza sobre la

existencia del derecho, razón por la cual no se hace preciso destinar toda una larga actividad de alegación y prueba para determinar ello.



De este modo, a diferencia de lo que ocurre con la tutela cognitiva, en la tutela ejecutiva el demandante parte de una situación de ventaja, situación que le da el hecho de ser beneficiario del derecho reconocido en el título de ejecución.

La existencia del derecho es el presupuesto de este tipo de tutela, pues el derecho se encuentra reconocido en un documento que cuenta con los requisitos establecidos en la ley. A ese documento se le denomina «título de ejecución». De este modo, si estamos frente a un título de ejecución, estamos ante un derecho que es cierto. Dado que está insatisfecho, solo se hace necesario realizar toda la actividad necesaria para darle satisfacción.

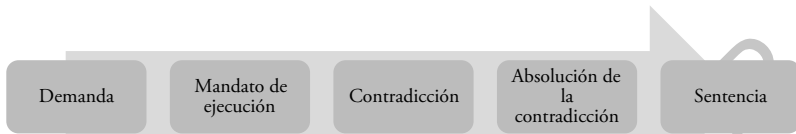
Tan importante es el título de ejecución para la procedencia de esta forma de tutela, que se señala que «no existe ejecución sin título» (*nulla executio sine titulo*). El título de ejecución por excelencia es la sentencia con autoridad de cosa juzgada. También lo son el laudo arbitral, los títulos valores y otros documentos señalados por la ley.

Como indiqué en la parte relativa al derecho a la ejecución, el desafío está en crear medios de ejecución para hacer efectivo el derecho insatisfecho aun contra la voluntad del obligado.

Ahora bien, es evidente que en el ámbito del proceso de ejecución el afectado puede defenderse. Sin embargo, dado que existe una certeza conferida por el título, esa defensa está restringida a las hipótesis establecidas en la norma. Dicha restricción al derecho de defensa alcanza también a los medios de prueba que pueden ser ofrecidos en dicho proceso.

De este modo, si el demandado formula su defensa —contradicción al mandato de ejecución— el juez, a través de una cognición sumaria, debe resolver los aspectos que el ejecutado ha esgrimido como defensa.

En el siguiente cuadro se aprecia cómo es un proceso de ejecución con contradicción:



La formulación de la defensa por parte del ejecutado no convierte a un proceso de ejecución en uno de conocimiento, pero sí abre una fase de cognición al interior del proceso de ejecución.

Creo, sin embargo, que se debe establecer un verdadero proceso de ejecución respecto de títulos que den absoluta certeza sobre el derecho, como el que podría dar una sentencia judicial o un laudo arbitral. En estos casos, las causales de contradicción deberían estar restringidas al mínimo, pero su interposición no debería ser capaz de suspender la ejecución. La realización efectiva de los derechos requiere de un adecuado proceso de ejecución.

4. LA APARICIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

4.1. El surgimiento de la tercera forma de tutela jurisdiccional

Mientras se conocían dos formas de tutela jurisdiccional —la cognitiva y la ejecutiva— algunas medidas específicas, como el embargo o el secuestro, se concebían, además de medios de ejecución, como medios para asegurarla. De este modo, no se concebía a la tutela cautelar como una forma de tutela jurisdiccional autónoma a la ejecutiva que permitiera garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

El primero en hablar de la tutela cautelar como una forma de tutela jurisdiccional autónoma al mismo nivel de la tutela ejecutiva y la cognitiva, fue Giuseppe Chiovenda. Lo hizo en su libro más importante *Principios de derecho procesal civil*, escrito en los primeros años del siglo XX.

Chiovenda señalaba que el derecho de acción permitía la declaración, la ejecución y «el aseguramiento». El aseguramiento era importante para evitar que quien se vea en la necesidad de acudir al proceso no se vea afectado por tener que hacerlo. Entonces, para evitar que el tiempo que tome el proceso perjudique a aquel que podría tener la razón debía conferirse una acción para asegurar la eficacia de la futura sentencia. Es así como Chiovenda estableció a la tutela cautelar como una forma de tutela jurisdiccional autónoma, con una función específica, diferente a la función de la tutela cognitiva y ejecutiva.

Más tarde, en 1936, Piero Calamandrei escribió el libro más importante sobre medidas cautelares: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. En este libro, Calamandrei ratificó la idea de Chiovenda, en el sentido de que la tutela cautelar era una forma autónoma de tutela jurisdiccional. Señaló que estábamos frente a una tercera clase de tutela jurisdiccional, junto a las dos tradicionales. La tarea de Calamandrei fue establecer cuál era el elemento que distinguía a la tutela cautelar respecto de las demás formas de tutela jurisdiccional y determinó que el peligro en la demora era el elemento que la distinguía de las demás formas de tutela jurisdiccional.

4.2. El peligro en la demora como elemento que distingue a la tutela cautelar

Dado que la función de la tutela cautelar era asegurar la eficacia de la sentencia que se iba a dictar en el futuro, su elemento característico fundamental y su razón de ser era, precisamente, el temor de que el tiempo que toma el proceso pueda generar un daño a quien se veía en la necesidad de acudir a él. De este modo, las medidas cautelares tenían por finalidad

evitar que, durante el tiempo que tome el proceso, se produzca un evento que pudiera afectar su eficacia.

Calamandrei hablaba por ello de dos tipos de peligro en la demora: el peligro de infructuosidad y el peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional. El peligro de infructuosidad era el temor de que desaparecieran los medios con los cuales se ejecutaría la sentencia que se dictaría en el futuro. El peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional estaba constituido por el hecho de que la sola demora del proceso permitiera que se produjera el hecho que pudiera incidir en la eficacia de la sentencia.

4.3. Los otros dos presupuestos para la concesión de la medida cautelar: la probabilidad de fundabilidad de la pretensión y la adecuación

Aun cuando el peligro en la demora es el presupuesto esencial para que se conceda la tutela cautelar, existen otros dos presupuestos que es necesario que se presenten para que el juez pueda otorgarla: la probabilidad de fundabilidad de la pretensión y la adecuación.

4.3.1. La probabilidad de fundabilidad de la pretensión

Este presupuesto suele ser conocido como «verosimilitud en el derecho», pero esa denominación no permite expresar bien aquello en lo que dicho presupuesto consiste.

Al momento de evaluar si se concede o no la medida cautelar, el juez debe analizar si es probable que el término del proceso ampare la pretensión que el solicitante de la medida cautelar ha planteado. Si existe dicha probabilidad y existe peligro en la demora, entonces se justifica el dictado de una medida cautelar.

El análisis de este presupuesto debe ser realizado en función al estado en el que se encuentra el proceso principal. Es claro que el juez no contará con la misma información antes de iniciado un proceso que cuando el proceso ya está en etapa probatoria. La información con la que analizará

si es probable o no que le dé la razón al que plantea la pretensión está por ello determinada por la etapa en la que está el proceso. En atención a ello, el juez deberá analizar no solo lo que se alega, sino lo que se haya acreditado hasta ese momento.

4.3.2. *La adecuación*

Este presupuesto hace referencia a la idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar solicitada. El otorgamiento de una medida cautelar genera en una de las partes una afectación a su esfera jurídica, que está justificada solo en la medida de que, con la disposición cautelar concedida, se garantiza la eficacia de la pretensión y, también, de que se está generando una afectación en la proporción necesaria para lograrlo.

4.4. **Las características de la tutela cautelar**

Sin peligro en la demora no hay medida cautelar, decía Calamandrei. Este presupuesto esencial determina las características propias de la tutela cautelar:

- a) Instrumentalidad: la finalidad de la tutela cautelar es asegurar que la tutela que se dé en otro proceso sea eficaz. Por ello no puede existir por sí misma.
- b) Provisoriedad: los efectos creados por una medida cautelar nacen para dejar de existir en el momento en que la sentencia cuya eficacia quiera garantizar adquiera la calidad de cosa juzgada. Por eso se dice que sus efectos son provisorios. De ello deriva que una medida cautelar no puede nunca generar efectos irreversibles.
- c) Sujeción a la cláusula *rebus sin stantibus*: cuando el juez concede o rechaza una medida cautelar, lo hace sobre la base de las circunstancias de hecho y de derecho que se presentaban en ese momento. De este modo, si dichas circunstancias, cambian, el juez, a pedido de parte, puede modificar la decisión por medio de la cual se dictó o rechazó la medida cautelar.

- d) Contingencia: el hecho de que el juez conceda una medida cautelar, no quiere decir que amparará la pretensión que se quiere garantizar con ella. Asimismo, el hecho de que el juez, rechace la medida cautelar en modo alguno quiere decir que desestimaré la pretensión. Esto se debe a que, al momento de conceder una medida cautelar, el juez analiza aspectos que no requiere analizar para sentenciar.
- e) Jurisdiccionalidad: es esencial al ejercicio de la potestad jurisdiccional, el tener la posibilidad de conceder tutela cautelar.

5. LA INSUFICIENCIA DE LAS TRES FORMAS DE TUTELA JURISDICCIONAL Y EL SURGIMIENTO DE NUEVAS FORMAS

El reconocimiento de la tutela cautelar como una forma distinta de tutela jurisdiccional amplió el ámbito de acción de la jurisdicción para la protección de los derechos, particularmente frente a la situación de temor de lesión a los derechos que pudiera provocar la demora del proceso.

Sin embargo, había aún algunas situaciones que quedaban desprotegidas, pues ninguna de las tres formas de tutela jurisdiccional tradicionales servía para hacerles frente. La noción de tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y la de tutela diferenciada sirvieron para diseñar nuevas formas de respuesta jurisdiccional frente a nuevos desafíos en la tutela de los derechos.

5.1. La tutela de urgencia satisfactiva

Muchas veces, la situación de lesión o de amenaza de lesión en la que se encuentran determinados derechos requiere una respuesta jurisdiccional inmediata. No dar esa respuesta en la oportunidad requerida condena irremediamente a la afectación irreparable de dicho derecho, lo que generaría una denegación de justicia.

Para algunos autores, la tutela cautelar también es un caso de lo que de forma general se denomina «tutela de urgencia». Sin embargo,

no actúa directamente sobre la satisfacción del derecho, sino sobre su aseguramiento.

La tutela de urgencia satisfactiva actúa allí donde la tutela cautelar no es eficaz. La tutela cautelar es y debe ser instrumental, la tutela de urgencia satisfactiva, no. La tutela cautelar actúa frente al peligro en la demora, la tutela de urgencia, no. La tutela de urgencia satisfactiva actúa porque el derecho se encuentra en una situación de lesión o de amenaza que requiere una respuesta jurisdiccional definitiva de modo inmediato.

No existe en el Perú ningún procedimiento capaz de dar este tipo de tutela. El que más se le acerca es el *habeas corpus*. No lo es el amparo, por más que siempre se diga que da tutela de urgencia; eso es incorrecto, al menos como está regulado en el Perú. No es el denominado proceso urgente de la ley que regula del proceso contencioso-administrativo. Tampoco lo es el proceso sumarísimo o el proceso abreviado laboral. Todos estos procesos son procesos de cognición en los cuales se ha aplicado la técnica de la sumarización procedimental, pero no al punto de convertirlos en tutela de urgencia satisfactiva.

Frente a ello, se hace preciso que el juez atienda a las exigencias particulares de la tutela jurisdiccional del derecho en el caso concreto y adecue o diseñe un esquema procedimental que dé una respuesta adecuada, oportuna y eficaz. No hacerlo implica denegar justicia.

5.2. La tutela preventiva

Esta es una forma de tutela jurisdiccional que implica ampliar la tutela material y no solo jurisdiccional de los derechos. En efecto, tradicionalmente se había concebido que solo era posible actuar sobre el derecho cuando se había producido una lesión. Sin embargo, hay derechos que no resisten sufrir una lesión. De sufrirla, no habría forma de repararla ni de volver las cosas al estado anterior. Piénsese en el honor, en el medio ambiente o en el patrimonio cultural. Es por ello que el derecho material reconoce ciertos remedios para que actúen antes de que se produzca una lesión.

Estos derechos requieren que la tutela jurisdiccional actúe antes de la lesión, de modo que impida que se produzca la lesión. Esta forma de tutela jurisdiccional supuso ampliar el ámbito de aplicación de la tutela de los derechos para prevenir afectaciones a derechos materiales, pues era la única forma de darles adecuada protección.

5.3. La tutela inhibitoria

Esta forma de tutela jurisdiccional también incide respecto de la tutela material, además de hacerlo respecto de la tutela procesal. Supone solicitar la actuación jurisdiccional para impedir que se reitere el ilícito que se ha producido.

Nótese que esta forma de tutela jurisdiccional no incide necesariamente en el procedimiento, sino más bien en el modo de la intervención jurisdiccional respecto de la situación que afecta al derecho.

5.4. La tutela anticipada

Es una forma de protección que consiste en adelantar los efectos que se esperan obtener con la sentencia que adquiera la calidad de cosa juzgada. De este modo, con esta forma de tutela jurisdiccional se pretende romper el paradigma conforme al cual solo el demandante asume las consecuencias negativas del tiempo en el proceso.

En efecto, tradicionalmente se consideraba que el demandante debía esperar hasta que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada para poder conseguir los efectos establecidos en la sentencia sobre el derecho material. La tutela anticipada lo que hace es permitir que el demandante consiga que los efectos de esa decisión se den respecto del derecho material de modo adelantado, sin esperar que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. De este modo, quien asume las consecuencias del tiempo que toma el proceso sobre las situaciones jurídicas materiales sería ahora el demandado.

6. LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA TÉCNICA PROCEDIMENTAL

La forma de tutela jurisdiccional atiende entonces al modo en que la tutela jurisdiccional debe actuar respecto de la situación jurídico material cuya protección se reclama con la finalidad de darle la satisfacción en los términos prometidos por el derecho material.

La tutela jurisdiccional, para actuar, requiere el proceso. El proceso, como ya señalé, debe adecuarse a las necesidades de protección del derecho material y al modo de actuar de la tutela jurisdiccional, de lo contrario, ni el derecho material encontrará satisfacción ni la tutela jurisdiccional será efectiva.

El modo en que se diseña el proceso para que pueda cumplir con garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional es lo que se conoce como «técnica procedimental». Esta técnica no es sino el esquema bajo el cual debe ser diseñado el proceso, con la finalidad de que sea idóneo para conseguir sus fines.

De esta manera, para cumplir que la tutela jurisdiccional cognitiva actúe, el proceso debe estar diseñado procedimentalmente, de modo que permita ese amplio debate y prueba. Por eso es que la técnica procedimental exige: (i) un momento para que el demandante plantee sus pretensiones y señale sus fundamentos y pruebas; (ii) un momento para que el demandado formule sus defensas, fundamentos y pruebas, y, de ser el caso, sus pretensiones; (iii) un momento para que el demandante se defienda respecto de las alegaciones y pretensiones del demandado; (iv) un momento para que el juez determine el objeto de la litis y admita los medios de prueba sobre los que habrá debate probatorio; (v) un momento para que se actúe y discuta la prueba; (vi) un momento para que las dos partes expresen las conclusiones del debate probatorio; y (vii) un momento para la sentencia.

Con dicho esquema procedimental se pretende garantizar que exista la suficiente discusión para que se pueda determinar si se presentan las circunstancias fácticas que prevé la norma para conferir el remedio previsto por el sistema jurídico para la protección del derecho.

Existen algunas circunstancias en las que el procedimiento previsto para que se actúe la tutela jurisdiccional ordinaria puede afectar la efectividad del derecho. Entonces, corresponde actuar sobre el procedimiento para impedir que ello ocurra, por ejemplo, al reducir en alguna parte el procedimiento, sea porque se acortan plazos o se eliminan algunas etapas, pero con la conservación de la esencia del procedimiento. A esto se le llama la técnica de la sumarización procedimental. También se puede dar al anticipar el momento en el que se dicte la decisión que se tomaría con la sentencia, o al establecer una decisión que garantice la decisión jurisdiccional.

Otras veces corresponde actuar excepcionalmente sobre el procedimiento regular. Así, por ejemplo, en casos en los que exista urgencia o se deba dictar una decisión que garantice la sentencia por el peligro que existe en la demora en dictarla, se puede establecer de forma procedimental que se adopte primero la decisión y luego se permita el ejercicio de la alegación del demandado.

Lo trascendente es advertir que la técnica procedimental se tiene que adecuar a la forma de tutela jurisdiccional, pero debe garantizar los derechos fundamentales de las partes en el proceso. Es decir, el legislador o, en su caso, el juez, deben tener en consideración que no se trata de meros actos de procedimiento que pueden modificar o predisponer como deseen, sino que hay una serie de derechos fundamentales, que se ejercen a través de muchos de esos actos procesales, que deben ser respetados y, en caso de tener que restringirlos, controlar que dicha restricción sea legítima.

7. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el ámbito de protección de la tutela cognitiva y ejecutiva?
2. ¿Cuál es el rasgo diferenciador de la tutela cautelar y por qué?
3. ¿En qué medida las nuevas formas de tutela jurisdiccional amplían la protección que da el proceso?

CAPÍTULO 7 EL OBJETO DEL PROCESO



1. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE VENTAJA Y LOS REMEDIOS

Previamente he señalado que el reconocimiento de una situación jurídica de ventaja es el resultado de un juicio de valor positivo por parte del legislador. Dado que se trata de un reconocimiento «jurídico», la lesión o la sola puesta en riesgo (amenaza) de dicha situación jurídica debe generar una reacción de parte del sistema jurídico. Esa reacción supone el reconocimiento de ciertos instrumentos que concede el sistema jurídico

con la finalidad de proteger la situación jurídica lesionada o amenazada. A esos instrumentos se les denomina «remedios».

Los remedios actúan sobre la situación jurídica de ventaja lesionada o amenazada de cualquiera de las siguientes maneras:

- Al restituir las cosas al estado anterior de la lesión;
- Al resarcir la lesión producida;
- Al impedir que el hecho que constituye la amenaza se concrete; y
- En general, a través de cualquier otra conducta requerida por la situación jurídica de ventaja, para dar satisfacción al interés protegido frente a la específica situación de lesión o amenaza en la que se encuentre.

La amplitud de la protección de los derechos en un sistema jurídico se mide, en estricto, por los remedios que prevé para su protección.

Históricamente, el sistema jurídico ha previsto los remedios para la protección de todos los derechos sobre la base del modelo de la protección del derecho a la propiedad (Di Majo, 1993). Esto significa que se pensó en qué remedios servían para la tutela del derecho de propiedad y esos mismos remedios se aplicaron para la tutela de todos los demás derechos. Es por ello que, tradicionalmente, se piensa que el modelo de protección de los derechos se estructura sobre la base de dos remedios: la restitución y el resarcimiento.

Si pensamos detenidamente en este sistema, entenderemos que está estructurado en base a la protección del derecho de propiedad frente a la lesión ya producida, de modo que el titular del derecho de propiedad buscaría, para proteger su derecho, que se le restituya el bien que le había sido arrebatado. Solo en caso de que esto ya no fuera posible, o que al serlo ya no le interesara, procedía el resarcimiento.

Un modelo como el descrito dejaba de lado la protección de las situaciones jurídicas de ventaja frente a la amenaza de lesión, y ponía en una situación de verdadera desprotección a derechos que no podían

resistir una protección equivalente a la del derecho de propiedad. Piénsese, por ejemplo, en derechos como el honor, la imagen, u otros como el medio ambiente o el patrimonio cultural.

La insuficiencia de un modelo como el mencionado, determinó la necesidad de repensar de inmediato el sistema de protección de los derechos, a fin de otorgar una verdadera y plena satisfacción de todos los derechos reconocidos por el sistema jurídico. Por ello, el modelo varió de un modelo que podríamos denominar de «restitución-resarcimiento» a otro que podríamos denominar «satisfactivo» (Di Majo, 1993).

El modelo satisfactivo intenta establecer remedios específicos en atención a la naturaleza de la situación jurídica de ventaja y a las especiales condiciones de lesión o amenaza de lesión de los derechos, para dar satisfacción plena a los intereses que subyacen a estos derechos y dotar a sus titulares de remedios que cumplan con dichas exigencias. El resarcimiento y la restitución entran en esta noción, pero los remedios no se agotan en la previsión de estos.

Un desafío que plantea un modelo amplio de protección de los derechos, como el satisfactivo, es el de prever una diversidad de remedios que puedan dar efectiva satisfacción a los derechos. Por ello, el problema que inmediatamente se plantea es si los remedios, aunque amplios, deben ser típicos o atípicos. Me inclino por esta segunda opción, pero, además, creo que esa ha sido la opción por la que se ha transitado en la protección de los derechos, no desde el derecho material, sino más bien del procesal.

El estudio de los remedios es algo que se suele dejar al derecho material. Pero el olvido o falta de preocupación del derecho procesal respecto de estos remedios ha generado serias deficiencias en el modo en que el proceso ha actuado respecto de la satisfacción del derecho material. Sin embargo, el derecho procesal ha logrado, a través de la formulación de la idea de «tutela diferenciada», no solo incidir en la regulación de procedimientos especiales en la protección de los derechos, sino también en fórmulas de protección amplias que inciden directamente en el sistema

de remedios previstos por el derecho material, a través de fórmulas como «tutela inhibitoria», por ejemplo.

El hecho de reconocer al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental, supone una promesa del sistema jurídico de proteger los derechos de las personas a través de la realización plena de los remedios. Existe, en ese sentido, una absoluta correspondencia entre protección de un derecho, remedio y tutela jurisdiccional efectiva.

Este tema es de especial complejidad, pues supone romper dogmas tradicionales en la disciplina jurídica, como la propia división entre «lo material» y «lo procesal». Sin embargo, dado que pensar el proceso en el Estado constitucional supone atender el respeto del principio de efectividad del proceso, no puede hablarse del objeto del proceso sin atender a los remedios que el sistema jurídico —sin importar si es derecho material o no— prevé para la protección de las situaciones jurídicas de ventaja.

2. LA PRETENSIÓN

Cuando, en ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional, los ciudadanos acuden al órgano jurisdiccional, lo hacen solicitando que se aplique el remedio previsto por el sistema jurídico al derecho específico que consideran que ha sido lesionado o amenazado, sobre la base de una serie de hechos que sustentan ante el órgano jurisdiccional. Eso es lo que configura la pretensión procesal.

La pretensión tiene dos elementos:

- a) Petitorio: es el pedido específico que formula quien acude al órgano jurisdiccional para que se le aplique el remedio que la norma jurídica prevé. De este modo, el petitorio debe corresponder con la consecuencia jurídica de la norma que el demandante busca que se aplique a su caso.
- b) Causa de pedir: son los fundamentos de hecho específicos en los que el demandante sustenta su petitorio. Constituyen la causa de

pedir solo los hechos que inciden directamente en la configuración del supuesto de hecho de la norma cuya consecuencia jurídica el demandante pretende que se le aplique.

La pretensión contiene, entonces, el pedido de protección específica de un derecho frente a unos hechos determinados. Ese pedido de protección específico es el remedio que se solicita aplicar al caso concreto para obtener la satisfacción del interés. Con la finalidad de establecer el por qué corresponde la aplicación del remedio al caso concreto, se describen una serie de hechos jurídicamente relevantes para que el juez pueda determinar si corresponde o no conceder el remedio.

La pretensión se encuentra contenida en la demanda, aun cuando puede haber, de modo excepcional, algunos actos posteriores a la demanda que impliquen la incorporación de una pretensión al proceso. Es el caso de la reconvencción, por ejemplo, el acto mediante el cual el demandado incorpora una pretensión al proceso.

De este modo, la pretensión se constituye en el objeto del proceso. Como tal, sus hechos son objeto de debate y prueba. La corroboración de dichos hechos resulta un presupuesto esencial para determinar si se dicta o no una sentencia que la acoja, de modo que la sentencia concluirá si concede o no el remedio que en ella se solicita. La pretensión es un instituto procesal muy importante pues en torno a él giran muchas de las demás instituciones procesales.

3. PRETENSIÓN Y REMEDIO

Con las definiciones anteriormente dadas, se pone en evidencia la estrecha relación que existe entre remedio y pretensión. En estricto, como ya he dicho a lo largo de este libro, el remedio puede plantearse de forma extrajurisdiccional o jurisdiccional. Hay casos en los que el remedio solo puede formularse de forma jurisdiccional y debe especificarse en un pedido concreto sobre la base de ciertos hechos de la vida, así es como el remedio deviene en pretensión.

4. LAS CLASES DE PRETENSIONES

Las pretensiones se clasifican en declarativas, constitutivas o de condena, según el tipo de remedio que es objeto del pronunciamiento jurisdiccional solicitado. Para ello, se deberá analizar, fundamentalmente, el petitorio de la pretensión planteada. Son:

- a) Las pretensiones declarativas: son aquellas en las que el remedio que se solicite en un caso concreto implica un reconocimiento de una situación jurídica determinada, lo que elimina la incertidumbre jurídica que existía antes del inicio del proceso.
- b) Las pretensiones constitutivas: son aquellas en las que, por el remedio solicitado, el pronunciamiento jurisdiccional supone una modificación, extinción o nacimiento de una relación jurídica.
- c) Las pretensiones de condena: son aquellas en las que el remedio solicitado como petitorio supone la realización, por parte del demandado, de una conducta con la cual se obtendrá el resguardo del derecho cuya protección se reclama.

5. LA OPOSICIÓN A LA PRETENSIÓN

En ejercicio de su derecho de defensa, el demandado puede alegar diversas razones por las cuales el remedio solicitado por el demandante no se debe dar. Dentro de esas razones, encontramos las siguientes:

- La negación de la concesión del remedio, puesto que los hechos que invoca el demandante no han ocurrido o no han ocurrido del modo como este señala.
- La alegación de que el remedio que el demandante invoca no está previsto para las hipótesis de hecho que expone en su demanda.
- La exposición de un hecho o una circunstancia que excluye, conforme al sistema jurídico, que el remedio deba ser aplicado.

- Que el derecho cuya protección se reclama se extinguió o que el remedio por razones de oportunidad ya no puede ser invocado.
- Que se produjeron hechos que modificaron el acto jurídico o la relación jurídica de la que es objeto el derecho o que prevenía el remedio y, por lo tanto, no corresponde conceder el remedio.
- Que existen circunstancias basadas en la razonabilidad que rige el sistema jurídico que suponen que el remedio no pueda o deba ser aplicado en los alcances que invoca el demandante.

Las circunstancias descritas anteriormente no son taxativas. Dependerá de las circunstancias fácticas o jurídicas concretas que el demandado considere que se han presentado en su caso lo que determine que no corresponde aplicar aquello que el demandante pretende. La exigencia es que en el proceso pueda formular todas las defensas posibles conforme al derecho material. Esa es una exigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado.

Por lo tanto, así como el demandante formula su pretensión —pedido de aplicación del remedio específico y los hechos en los que sustenta dicho pedido—, el demandado puede oponerse a través de un pedido específico al remedio, y demostrar los hechos en los que se sustenta ese pedido.

A continuación, daré algunos ejemplos de cómo se puede configurar la oposición:

- El demandado podría pedir que se declare infundada la demanda porque el derecho se ha extinguido (oposición específica) al haber transcurrido el plazo de caducidad (causa de la oposición). De ampararse la defensa del demandado, quedará claro que el derecho se extinguió por caducidad.
- El demandado podría señalar que se declare infundada la demanda porque el derecho no existe, ya que no se produjo la condición pactada por las partes para que surgiera. De ampararse la defensa del demandado, quedará claro que el derecho jamás nació.

- El demandado podría también formular una oposición para que se declare infundada en parte la pretensión de pago de la penalidad requerida por el demandante, pues corresponde reducirla —aquí el pedido que formula el demandado con su oposición es claramente una reducción de la penalidad—, al considerarla excesiva (fundamento del pedido de reducción). El debate y la prueba en este proceso está determinado claramente por la oposición del demandado, pues solo versará acerca de cuán excesiva es la penalidad.

Ahora bien, el tipo de defensa que el demandado puede proponer dependerá del proceso específico en el que nos encontremos. Por regla general, como ya he explicado, el demandado no tiene límites en la exposición de defensas. Eso es lo que ocurre por ejemplo en el proceso ordinario o de conocimiento. Sin embargo, en el proceso de ejecución, por ejemplo, la norma procesal puede restringir las alegaciones que el demandado puede realizar. Sabemos que las restricciones al derecho de defensa deben ser excepcionales y pasar la prueba de ponderación.

6. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LITIS:

LA *LITISCONTESTATIO*

Formulada la pretensión y la oposición del demandado en los términos planteados, se determina el objeto de la controversia y por lo tanto de la decisión en el proceso. Es acerca de ello que el juez tiene la obligación de pronunciarse, para respetar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes.

En el derecho procesal latinoamericano esto es lo que se conoce como *litiscontestatio* (Priori, 2013). Para Devis Echandía «en este sentido debe entenderse hoy la *litiscontestatio*: el momento en el que queda configurado el litigio para resolver» (1997, p. 402). El litigio queda configurado para resolver, en los términos planteados por el demandante y el demandado, con la pretensión del primero y las defensas de fondo del segundo. Por ello,

la determinación de los alcances de la controversia es fundamental, lo que en el Perú ocurre con la fijación de puntos controvertidos y en otros países latinoamericanos en la audiencia preliminar.

Para citar un ejemplo reciente, veamos cómo se configura el objeto de la litis en un caso concreto:

El demandante formula como pretensión el pago de una suma de dinero, para lo que alega: (i) el incumplimiento de su contraparte de una obligación contractual; (ii) que las partes habían pactado una penalidad en el contrato; y (iii) que los cálculos de la fórmula pactada por las partes determinan que la penalidad que se reclama es la suma determinada en el petitorio de su demanda.

Entre las distintas posibilidades que tiene el demandado, este decide defenderse con la alegación de que el cálculo es incorrecto. Nótese que no están en debate los hechos (i) y (ii) alegados por el demandante, sino solo el hecho (iii). El objeto del debate está entonces claramente determinado en establecer el modo correcto de realizar el cálculo.

Podría ocurrir, sin embargo, que el demandado se defienda de otras dos formas: que no incumplió —lo que es una clara negación al hecho (i) invocado por el demandante— y, además, que el cálculo es incorrecto —lo que, a su vez, es la negación del hecho (iii) invocado por el demandante—. En este caso, las defensas están colocadas en un orden de subordinación, pues primero tendrá que determinarse si se cumplió o no, pues solo en el caso que se determine el incumplimiento será relevante entrar al análisis del cálculo.

Pero podría incluso ocurrir que el demandado alegue que la penalidad que el demandante pretende cobrar es excesiva. En este caso, no invoca un error en el cálculo, sino que es desproporcional respecto del daño que el demandante habría sufrido a consecuencia del incumplimiento de su prestación. En esta hipótesis estamos frente a la alegación de una circunstancia adicional en el debate que había propuesto el demandante, pues no invocó la justicia de la penalidad en su demanda. Por lo tanto, en este caso, habrá que escuchar al demandante sobre esta defensa.

En este ejemplo, se advierte cómo el objeto del proceso se establece en función de alegaciones que hacen las dos partes del proceso.

7. RELACIÓN ENTRE PRETENSIONES: LITISPENDENCIA, INDIFERENCIA Y CONEXIDAD (Y DENTRO DE ESTA, LA PREJUDICIALIDAD)

7.1. Concurrencia de remedios, concurrencia de pretensiones

Resulta difícil enfrentar los problemas vinculados a la relación entre las pretensiones, si no se afrontan desde el derecho material.

En el diseño de los remedios para la protección de los derechos, el sistema jurídico prevé diversas opciones para la protección de un mismo derecho que pueden ser concurrentes, complementarios, contradictorios o condicionantes entre sí. La relación entre esos remedios está diseñada por el sistema jurídico en atención al tipo o grado de protección que se quiere dar a los derechos. Normalmente es al constituyente o al legislador a los que les corresponde el diseño de los modelos de protección. No es función de los órganos jurisdiccionales el diseño de dichos remedios, pero sí el control para que se adecúen a las exigencias de la protección del derecho, llenar los vacíos o corregir las inconsistencias que pudieran haber.

De este modo, cuando los remedios son formulados dentro de un proceso, a través de sus respectivas pretensiones, los pedidos de tutela jurídica deben adecuarse a las previsiones del derecho material. Así como pueden concurrir remedios, pueden concurrir pretensiones.

La posibilidad de concurrencia de pretensiones plantea, en sustancia, los siguientes tipos de problemas:

- Que se permita que la misma discusión se someta en dos o más procesos.
- Que se permita la existencia de varios procesos en los que se formulen pretensiones distintas respecto de los mismos hechos, el mismo derecho o sobre el mismo objeto.

- Que exista la posibilidad de que se dicten decisiones contradictorias o incongruentes y todas ellas adquieran la calidad de cosa juzgada.

Esas situaciones son resueltas por el derecho procesal de un modo diferente, como veremos en las siguientes líneas.

7.2. Continencia de la causa

Se dice que hay continencia «cada vez que una causa (llamada continente) comprende a otra (contenida) propuesta ante un juez distinto» (Proto Pisani, 2018, p. 340). Algunos señalan que este es un caso de litispendencia parcial, pero yo creo más bien que se trata de un supuesto específico de conexidad que puede dar lugar a una prejudicialidad.

7.3. La relación entre pretensiones

Para determinar cuál es la consecuencia que el derecho procesal brinda a las situaciones antes descritas, es preciso señalar que entre distintas pretensiones es posible advertir tres tipos de relaciones (Rivas, 1993):

- a) Identidad: se presenta cuando dos o más pretensiones tienen el mismo objeto y la misma causa de pedir y, además, se refiere a los mismos sujetos. Si dos o más pretensiones idénticas se formulan en procesos distintos, estamos frente a lo que se conoce como litispendencia. Si una pretensión es idéntica a otra que ya fue resuelta por una sentencia con calidad de cosa juzgada, el juez que conoce del proceso debe concluirlo, pues afectaría el principio constitucional de la cosa juzgada.
- b) Indiferencia: se presenta cuando dos o más pretensiones no tienen nada en común, ni el objeto, ni la causa de pedir.
- c) Conexidad: se presenta cuando dos o más pretensiones tienen alguno de sus elementos en común.

Dado que la indiferencia entre las pretensiones no plantea un problema para el derecho procesal, la dejaremos de lado en el análisis que sigue.

7.4. La litispendencia

La litispendencia se da cuando dos pretensiones idénticas se formulan en dos procesos en simultáneo. Para que dos o más pretensiones sean idénticas se requiere que:

- El petitorio sea el mismo: ello quiere decir que el remedio respecto del cual se está discutiendo es el mismo. De lo que se trata es de hacer un análisis sustancial de los remedios que son invocados en ambos procesos, con el fin de determinar si se trata del mismo remedio, más allá de un asunto de redacción del petitorio. Resulta relevante analizar qué ocurre en la siguiente hipótesis. A solicita que se declare que el contrato X celebrado con B sea declarado nulo. Si A va a otro proceso y pide exactamente lo mismo, estamos frente a una identidad de petitorio. Estamos también frente a una identidad de petitorio si B acude a otro proceso y pide que se declare que el contrato X celebrado con A sea declarado válido (Proto Pisani, 2018, p. 340). En efecto, en el caso de una pretensión declarativa existe la posibilidad de que el juez que conoce del primer proceso declare infundada la demanda, con lo cual, el contrato sería válido. Lo mismo ocurre con el juez del segundo proceso, que tiene la posibilidad de declarar infundada la demanda y, por lo tanto, establecer que el contrato sea inválido. Si, como verá a continuación, la causa por la que se pide en un caso la nulidad y en el otro la declaración de invalidez es sustancialmente la misma, entonces habrá litispendencia.
- Que la causa de pedir sea la misma: ello quiere decir que los hechos que sustentan el petitorio formulado sean los mismos. Aquí debemos volver a la noción de hechos constitutivos de la pretensión. Para determinar si hay litispendencia o no, no es

necesario que las dos demandas estén redactadas de la misma manera y ni siquiera es necesario que la totalidad de los hechos narrados en una sean idénticos a la totalidad de los hechos narrados en la segunda. Lo esencial para determinar si las causas de pedir de dos o más pretensiones son idénticas es que el hecho constitutivo de la pretensión de una sea idéntico al de la otra.

- Los sujetos que integran la posición de parte sean los mismos: para determinar el cumplimiento de este requisito, más allá de determinar una identidad física de quienes actúan como parte —la que se debe dar, obviamente—, se trata de establecer si jurídicamente estamos ante los mismos sujetos de derecho. Lo trascendente es que los sujetos a los cuales afectará la sentencia sean los mismos. Este análisis supone un análisis mucho más detenido que el de la identidad física y es relevante para establecer si existe litispendencia en situaciones complejas, como, por ejemplo, en la tutela de intereses difusos o colectivos, o en el caso de una legitimación extraordinaria o en el litisconsorcio cuasinecesario.

7.5. La conexidad

Hablar de conexidad supone determinar elementos comunes entre dos o más pretensiones (Rivas, 1993, p. 67 y ss.). En atención a ello, se pueden determinar los siguientes tipos de conexidad:

- a) Conexidad causal: cuando el hecho constitutivo de dos o más pretensiones es el mismo.
- b) Conexidad semicausal: cuando dos o más pretensiones comparten parte de los hechos constitutivos. Lo esencial es que se trate de elementos de hecho que pueden ser considerados como hechos constitutivos.
- c) Conexidad objetiva: cuando en el remedio que se solicita aplicar en el petitorio de la pretensión versa sobre el mismo bien, persona o acto jurídico.

- d) Conexidad mixta: cuando del análisis de los elementos de la pretensión se concluye que se presenta conexidad objetiva y causal o semicausal.

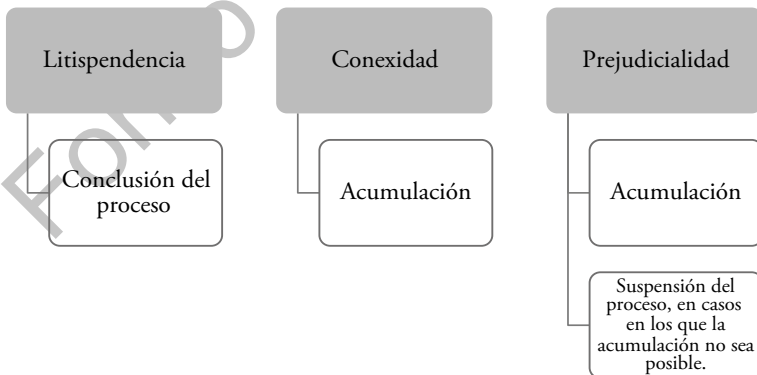
7.6. Prejudicialidad

Se da en aquellos casos en los que pretensiones conexas tienen entre ellas un grado de vinculación que podemos calificar de subordinación lógica, de modo que lo que debe resolver el juez respecto de una pretensión se convierte en un presupuesto necesario para poder resolver la otra ((Priori, 2010, p. 281).). Esta relación se da en atención al modo como se encuentran configurados los remedios en el sistema jurídico.

La prejudicialidad es trascendente solo respecto de pretensiones que sean discutidas en simultáneo en dos procesos distintos.

8. EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS PROBLEMAS VINCULADOS A LA CONCURRENCIA DE PRETENSIONES

Estudiadas las posibles relaciones que pudiera haber entre las pretensiones, corresponde determinar el tratamiento procesal que se le da a cada una de ellas. Este tratamiento se puede resumir en el siguiente cuadro:



8.1. La conclusión del proceso por litispendencia

Identificado un supuesto de litispendencia, la consecuencia que da el sistema jurídico es la conclusión del proceso del segundo juicio. Con esto se trata de evitar sentencias contradictorias, lo que sería gravísimo, pues genera un riesgo a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

La conclusión del proceso por litispendencia puede hacerse valer de dos formas:

- Dada la gravedad de una situación como la descrita, el juez puede determinar la conclusión del proceso de oficio. Sin embargo, tendría que dar a las partes la posibilidad de alegar en torno a esta situación de forma previa.
- A través de la excepción de litispendencia. Es un medio de defensa típico que tiene el demandado para denunciarla.

8.2. La acumulación de pretensiones por conexidad entre ellas

La acumulación es un instituto procesal que permite plantear varias pretensiones en un mismo proceso. Esta es posible, en atención a dos tipos de consideraciones:

- Con la finalidad de dar efectiva tutela a los derechos, se permite que el demandante pueda formular el pedido de aplicación de varios remedios, a través del planteamiento de varias pretensiones. En estos casos, se pretende obtener un criterio de eficiencia en el proceso. Se suele decir por ello que uno de los fundamentos de la acumulación es la economía procesal.
- Es preciso evitar que exista el riesgo de sentencias contradictorias o incongruentes entre sí. La fuerza de la tutela jurisdiccional de los derechos radica en el carácter de cosa juzgada que adquieren las decisiones jurisdiccionales. Si existieran dos sentencias con calidad de cosa juzgada que disponen aspectos contradictorios se mina la

propia efectividad de los derechos que la tutela jurisdiccional debe dar y se lesiona gravemente la seguridad jurídica.

Podríamos decir que la acumulación es en todos los casos conveniente por razones de eficacia, pero en algunos casos necesaria por razones de seguridad jurídica. Es importante señalar que, en atención a la configuración de los remedios del derecho material por parte del sistema jurídico, cuando un demandante plantea una demanda, las pretensiones acumuladas podrán relacionarse de la siguiente manera:

8.2.1. Pretensiones autónomas

En este caso estamos ante remedios concurrentes entre sí. Como el sistema jurídico permite que los remedios concurren para la protección de un derecho, es posible plantearlos como pretensiones, de modo tal que lo que el juez determine sobre una, no afecte lo que decida sobre la otra.

8.2.2. Pretensiones subordinadas

En este caso estamos ante remedios contradictorios entre sí, dispuestos por el sistema jurídico de tal modo que da al titular del derecho lesionado o amenazado la facultad de elegir por cuál de ellos optar. Sin embargo, tienen un orden de prelación establecido en la misma norma material, de modo que, para hacer uso de uno, se debe haber descartado la posibilidad de uso del otro.

De esta forma, el derecho material no permite que los efectos previstos para cada uno de los remedios se produzcan en simultáneo. Pero ello no impide al demandante plantear las pretensiones derivadas de tales remedios conjuntamente en un proceso. El requisito fundamental está en que se planteen de modo tal que se evite que se produzca lo que el derecho material no quiere, esto es, que concurren los efectos jurídicos de esas pretensiones simultáneamente.

Por ello, cuando el demandante formule estas pretensiones conjuntamente, debe indicar el orden en el que desea que se analicen por parte

del juez, de modo tal que, al conceder una pretensión, no será necesario que el juez se pronuncie por la pretensión planteada subordinadamente.

8.2.3. Pretensiones accesorias

En este caso estamos ante remedios en el que uno depende necesariamente del otro. De este modo, no cabría uno (el accesorio), de no darse otro (el principal). Corresponde que las pretensiones sean planteadas en ese orden lógico. Es el caso de la resolución del contrato y la restitución de prestaciones.

8.2.4. Pretensiones condicionales

Al igual que en el caso de la accesoriedad, aquí estamos ante un caso en el que un remedio depende de otro, pero en un grado de intensidad menor, puesto que el remedio dependiente (condicional) tiene elementos propios cuya presencia se debe analizar para determinar si opera.

En estos casos se formula una pretensión principal y la otra como condicional. De ampararse la principal, recién el juez analizará la condicional y determinará si se presentan esos elementos adicionales que el derecho material reclama para que se conceda también la condicional. De no ampararse la principal, se rechazará la condicional.

Es el caso de la pretensión de resolución del contrato con la pretensión de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de dicha resolución. Si se declara infundada la primera se rechazará la segunda. Sin embargo, si se ampara la pretensión principal —resolución—, el juez podrá analizar si se presentan esos elementos adicionales —daño, culpabilidad, relación de causalidad— para determinar si se debe pagar la indemnización solicitada.

8.2.5. Pretensiones alternativas

En este caso se trata de remedios contradictorios entre sí, respecto de los que el titular del derecho tiene posibilidad de elección. Esto normalmente

existe puesto que, ante una misma hipótesis de hecho, el sistema jurídico prevé en el titular del derecho material la posibilidad de elegir el remedio. Otras veces se trata de situaciones en las que la obligación se entiende cumplida con diversos objetos.

En este caso, esos remedios se trasladan al proceso a través de pretensiones alternativas, de modo que, en caso que el juez advierta que se da la hipótesis de hecho, concede al demandante la posibilidad de elegir.

Hay una diferencia con las pretensiones subordinadas: en la subordinación, hay un orden entre las pretensiones; en el caso de la alternatividad las dos pretensiones se plantean un mismo nivel, pero solo puede satisfacerse una, la que elija el demandante. De no elegir el demandante, lo hará el demandado.

Se suele decir que las formas de acumulación son disposiciones de derecho procesal, pero, en estricto, dependen de lo que regule el derecho material, pues tienen que ver con el modo como el sistema jurídico configura los remedios. El proceso, como siempre, solo está para permitir que dentro del mismo se haga lo que en el derecho material se puede.

Podría ocurrir que una de las partes haya formulado pretensiones conexas en dos procesos distintos. Incluso, podría ocurrir también que el demandado en un proceso haya iniciado como demandante otro proceso, con pretensiones conexas a las que su contraparte le ha planteado en el otro proceso. Aun en estos casos es posible acumular pretensiones. Lo que ocurre es que, además de acumular pretensiones, se acumularán los procesos. Si estos procesos se tramitan en la misma vía procedimental, no habrá problema. Si, en cambio, se tramitan en vías procedimentales distintas, se dice que se da una «acumulación de procesos con desacumulación en el trámite». Esto quiere decir que los dos procesos se reúnen ante el mismo juez para que dicte una sola sentencia, pero cada proceso seguirá su trámite. Si uno llega al momento de dictar sentencia, antes que el otro, aquel deberá esperar al momento en que ambos estén listos para ser sentenciados.

Puede ocurrir también que se produzca una incorporación de pretensiones dentro del mismo proceso. Esto ocurre en los casos de la reconvencción, del aseguramiento de pretensión futura, o de la incorporación de un tercero con una pretensión excluyente respecto de las dos partes originales del proceso.

8.3. La suspensión del proceso por prejudicialidad

La suspensión supone el detenimiento del proceso hasta que no ocurra un evento. Las relaciones entre pretensiones que hemos identificado como de «prejudicialidad» deben tener como consecuencia natural la acumulación. Sin embargo, hay veces que la acumulación no es posible, en atención a los requisitos especiales que la legislación puede requerir para que ella opere.

Si no cabe la acumulación, se mantiene el riesgo de sentencias contradictorias. Frente a ello, no queda más remedio que suspender uno de los dos procesos hasta que se haya dictado sentencia en el que se ha planteado la pretensión cuya resolución es necesaria para resolver la planteada en el proceso suspendido. Una vez sentenciado, el juez que conoce de la pretensión dependiente podrá emitir un pronunciamiento sin riesgo de contradicciones.

9. PREGUNTAS

1. ¿Qué relación existe entre remedio y pretensión?
2. ¿Cómo se determina el objeto del proceso?
3. ¿Qué es la litispendencia?
4. ¿En qué casos hay prejudicialidad?
5. ¿Qué principio se busca proteger con la acumulación?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 8 LOS SUJETOS



Son sujetos dentro proceso el juez y las partes. Fuera del proceso están los terceros, algunos de los cuales pueden tener algún interés en el resultado del proceso. Hay otros sujetos que tienen una participación ocasional, contingente y puntual en el proceso, como el testigo, el perito o el curador. Sobre estos últimos no me ocuparé en este capítulo.

1. EL JUEZ

Es quien ejerce la función jurisdiccional. Ya me he detenido en muchos de sus atributos al momento de explicar la función jurisdiccional y el derecho al juez imparcial predeterminado por ley. Precisamente estos dos aspectos marcan la esencia de los presupuestos que determinan la actuación del juez en el proceso: para serlo debe ejercer jurisdicción y esto supone haber sido elegido conforme a lo señalado por la Constitución. Además, debe ser el competente, es decir, quien, conforme a ley, es el llamado a conocer un caso.

La competencia del juez determina, precisamente qué juez es el que puede ejercer válidamente la potestad jurisdiccional en un determinado caso. Esa competencia se atribuye sobre la base de distintos criterios —como territorio, materia o función—, para organizar el ejercicio de la función jurisdiccional y para realizar algunos de los derechos fundamentales de las partes en el proceso.

2. LA NOCIÓN DE PARTE

Parte es todo aquel que, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, formula una pretensión en el proceso. Parte es también todo aquel contra quien se formula una pretensión y, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puede defenderse respecto de ella.

En los casos en los que se presenta el fenómeno de la representación, la calidad de parte le corresponde al representado.

3. LA NOCIÓN DE TERCERO

La noción de tercero se plantea en oposición a la de parte. Tercero es todo aquel que no es parte. Algunos terceros pueden tener alguna relación con la pretensión que se discute en el proceso. En atención a ello, se distingue entre terceros legitimados y no legitimados.

Terceros legitimados son aquellos que tienen algún tipo de relación con la pretensión que se discute en el proceso. En atención a esa relación, se puede distinguir entre:

- a) Tercero con interés directo: es quien, sin ser parte en el proceso, se considera titular de algunas de las situaciones jurídicas que se discuten en él, o de situaciones jurídicas que quedarían postergadas en caso de no intervenir en el proceso.
- b) Tercero con interés indirecto: es quien se considera titular de situaciones jurídicas que, a pesar de no ser controvertidas en el proceso, podrían verse afectadas. No se trata de una afectación directa en tanto que esas situaciones jurídicas no serán objeto del pronunciamiento jurisdiccional, pero lo que se decida en el proceso tendrá un impacto reflejo en ellas.

Terceros no legitimados son aquellos que no tienen ningún tipo de relación con la pretensión que es planteada.

4. LA CAPACIDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO

Desde la perspectiva dogmática, la capacidad es un presupuesto procesal, esto es, de validez de la relación procesal. Sin embargo, la capacidad es algo más que ello, pues condiciona el ámbito subjetivo de protección de los derechos, como explicaré a continuación, al punto de ser la base del reconocimiento del derecho de acceso a la justicia. Se suele distinguir entre capacidad para ser parte y capacidad procesal.

4.1. La capacidad para ser parte

Es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales. En este aspecto la consideración de la capacidad es esencial pues determina los alcances de quién puede, en términos generales, acudir a un proceso para solicitar tutela jurisdiccional y quién puede comparecer en él para defenderse.

En el capítulo relativo al derecho de acceso a la justicia, expliqué que la aptitud para ser titular de ese derecho le corresponde de manera amplia a todo aquel pasible de ser un centro de imputación jurídica. Pero el derecho de acceso a la justicia trasciende la propia calificación de capacidad jurídica, pues permite acceder al proceso a otros entes, de modo que el proceso sea el escenario para discutir si tienen o no capacidad jurídica.

Por ello, se considera que la capacidad para ser parte es más amplia que la capacidad jurídica (Proto Pisani, 2018, p. 325). Como señala Gimeno:

[...] dicha capacidad para ser parte, lo que otorga a esos sujetos de derecho es el ejercicio de los derechos fundamentales de acción o a la tutela judicial efectiva y de la defensa, y de otro, a que el propio art. 24.1. prohíbe todo género de indefensión material, la capacidad para ser parte ha de ser más amplia, permitiendo el libre acceso, no solo a toda persona física o jurídica legalmente constituida, sino también a los patrimonios autónomos, organizaciones de personas y entes jurídicos que, aunque, no tengan plena capacidad jurídica, se vean obligados a impetrar, a través del proceso, el auxilio de los Tribunales o puedan sufrir los efectos de una sentencia (2004, p. 101).

4.2. La capacidad procesal

Es la aptitud que tiene una persona para ejercer válidamente y por sí misma situaciones jurídicas procesales o para conferir representación procesal.

Las reglas para la capacidad procesal son distintas a las reglas de la capacidad de obrar en el derecho civil. En general, al igual que lo que ocurre con el caso de la capacidad para ser parte, las reglas de capacidad procesal son más amplias que las del derecho civil para facilitar el acceso a la jurisdicción.

Así, tienen capacidad procesal los menores de edad que sean madres o padres para pedir protección de los derechos de su hijo. También tienen capacidad procesal los menores de dieciocho años para solicitar la protección de sus derechos laborales y los menores de edad para declarar sobre sus derechos en un proceso.

En general, ninguna disposición que restrinja la capacidad procesal puede entenderse en términos absolutos de modo que impida el acceso de una persona al proceso, deben atenderse las especiales circunstancias en las que se encuentra.

En ese sentido, es importante mencionar que el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene una específica regulación sobre su acceso a la justicia, que exige un acceso igualitario a ella, a través de procedimientos adecuados. La ausencia de capacidad procesal se suple a través del instituto de la representación legal.

5. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR

Es una institución procesal que permite establecer quién se encuentra habilitado para formular válidamente una pretensión en un proceso. La habilitación está dada por la relación que tiene quién actúa como parte con la pretensión planteada.

En el Perú se ha explicado que la legitimidad para obrar supone que exista una identidad entre los sujetos de la relación material con los sujetos de la relación procesal. Nada más incorrecto. No se trata de un juicio de correspondencia, sino de un juicio de titularidad de la pretensión que es planteada.

De esta forma, quien acude al proceso debe ser quien se encuentra habilitado, conforme al derecho material, a solicitar se aplique el remedio que el sistema jurídico prevé para la protección del derecho. Es en esta sede donde importa mucho distinguir entre derecho y remedio. El carácter dispositivo de la mayoría de los derechos reserva la titularidad del remedio a quien es titular del derecho, es por eso que normalmente estará legitimado para formular una pretensión aquel que alegue ser titular de derecho. Pero, otras veces, el sistema jurídico permite a una persona distinta al titular del derecho usar un remedio para la protección de dicho derecho. Por ello, hay muchos casos en que la legitimación para formular una pretensión corresponde a una persona distinta a la que se dice ser titular del derecho.

La distinción previamente realizada permite diferenciar entre dos formas de legitimidad para obrar: la ordinaria y la extraordinaria.

- a) La legitimidad para obrar ordinaria se da en los casos en los que quien alega ser titular del derecho es quien formula la pretensión. Su legitimación viene dada por el hecho de ser el que se beneficiaría de la aplicación del remedio que ha previsto el sistema jurídico.
- b) La legitimidad para obrar extraordinaria se da en los casos en los que quien formula la pretensión es una persona distinta a aquella que es titular del derecho cuya protección se pretende. Esto es así porque el sistema jurídico permite que una persona distinta al titular del derecho pueda usar alguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la tutela de un derecho ajeno. Esto es una excepción en materia de protección de derechos, razón por la cual será una ley la que permita esto.

6. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

Es la institución mediante la cual una persona (representante) realiza actos procesales en nombre de otra (representado), que surtirán efectos en la esfera de la persona en cuyo nombre se actúa. Para que esto ocurra, es preciso que se den los siguientes presupuestos:

- a) Una autorización:

Debe existir un acto que confiera la posibilidad de representar a otro. Esta autorización puede tener dos fuentes:

- Una disposición legal (representación legal). Este tipo de autorización se da en dos tipos de supuestos: en los casos de personas con incapacidad procesal y en los casos de personas jurídicas. En estas dos hipótesis, la designación de un representante legal es fundamental pues posibilita la actuación de dichos sujetos de derecho en un proceso.

- Una disposición voluntaria (representación voluntaria). Este tipo de autorización puede tener distintos tipos de fuente: puede ser un acto unilateral de apoderamiento, un mandato, o un acuerdo societario o asociativo en general. Se trata de un acto de disposición que permite a quien es parte del proceso a designar otro que actúe por él. La ley peruana exige que esta autorización se dé por escritura pública o acta ante el juez del proceso.

Hay un supuesto especial de representación procesal sin autorización, denominado «procuración oficiosa». Se trata de supuestos excepcionales en los que una persona debe actuar en el proceso, pero no puede hacerlo por una situación transitoria — por ejemplo, está en estado de coma, secuestrado, desaparecido o fuera del país— y no tiene un representante que actúe por él. En este caso, otra persona puede actuar en su nombre y realizar actividad procesal, como si fuera el representante, sin embargo, la eficacia de su actuación en la esfera jurídica ajena está condicionada a que la persona en cuyo nombre actuó, ratifique su actuación.

b) Actuar en nombre de otro:

Este elemento es esencial pues permite poner de manifiesto o exterioriza el instituto de la representación. Normalmente se entiende que uno actúa por sí mismo para la gestión de los propios intereses. Para entender que se actúa por otro se debe poner de manifiesto esta situación e invocar la fuente que lo legitima para hacerlo.

c) Actuar dentro de las facultades conferidas:

Dado que la actuación para la regulación y defensa de los propios intereses le corresponde por regla general a su titular, la actuación del representante es legítima solo en los casos en los que se actúe para realizar los actos procesales que el representado ha autorizado.

En atención a ello, la ley distingue entre actos que, por su trascendencia, requieren de una autorización expresa y literal (facultades especiales) y otros actos para los cuales basta una habilitación genérica (facultades generales).

La actuación de una persona sin cumplir con los presupuestos antes señalados genera que la actividad procesal realizada no tenga eficacia para el supuesto representado. Sin embargo, el supuesto representado podrá ratificar dicha actuación.

7. EL INTERÉS PARA OBRAR

Es considerado también como uno de los presupuestos para que relación procesal sea válida, que se relaciona con la necesidad de acudir a la tutela jurisdiccional y su utilidad. En atención a ello, existen dos formas de concebir al interés para obrar (Luiso, 2011, pp. 219 y ss.).

7.1. Interés para obrar en el medio

Exige establecer un juicio de necesidad del proceso. Se trata de determinar que no existe otra vía distinta al proceso para formular el remedio que ha sido planteado con la pretensión formulada en él. En este punto se hace preciso distinguir dos hipótesis:

a) Vía previa:

Es una etapa anterior a la del inicio del proceso, que puede ser regulada como necesaria o facultativa. Es necesaria cuando acudir a ella es obligatorio por acuerdo de las partes o porque así lo dispone la ley. No agotar la vía previa implica ausencia de interés para obrar.

Es facultativa cuando la ley o el acuerdo habilitan la posibilidad de acudir a una vía distinta al proceso, pero su tránsito no es necesario para luego acudir a él. No acudir a ella no genera ausencia de interés para obrar.

Recordemos que el establecimiento de una vía previa implica imponer una barrera de acceso a los órganos jurisdiccionales, por lo tanto, para que se justifique su constitucionalidad debe pasar por el test de ponderación.

b) Vía paralela:

La vía paralela supone la existencia de dos procesos distintos en los cuales es posible formular la pretensión que ha sido planteada:

- Si existen dos vías posibles sin que exista entre ellas un grado de preeminencia, basta con que el demandante acuda a una. Si acude a ambas, habrá un caso de ausencia de interés para obrar y, muy probablemente, de litispendencia. Es lo que ocurre, por ejemplo, si el demandante quiere cobrar una suma de dinero contenido en una letra de cambio en la vía ordinaria y, al mismo tiempo, acude a la vía ejecutiva.
- Si existen dos vías posibles, pero existe preeminencia de una de ellas, basta con que el demandante acuda a la preeminente y no a la subsidiaria o residual para decir que tiene interés para obrar. Es lo que ocurre con el proceso de amparo, al que la ley peruana le confiere el carácter de vía residual. Si acude a la vía residual debe explicar por qué la vía ordinaria no resulta adecuada.
- Una vez determinado que existe interés para obrar en el medio, recién podemos analizar el interés para obrar en el resultado.

7.2. Interés para obrar en el resultado

Supone un juicio de utilidad respecto de la pretensión que ha sido planteada en la demanda. Se quiere garantizar que el remedio que el sistema jurídico prevé para la protección de un derecho sea útil para el caso específico que se lleva a conocimiento del órgano jurisdiccional, lo que evita la realización de actividad jurisdiccional infructuosa. La pregunta que hay que formularse es si, en el caso concreto y en la hipótesis que se declare

fundada la demanda, el derecho material obtendría el tipo de satisfacción que ese remedio promete. Si la respuesta es afirmativa, entonces, habrá interés para obrar. Si es negativa, no se cumplirá con él.

8. EL LITISCONSORCIO

Es la institución que explica la existencia de varios sujetos en una misma posición de parte. Cuando existen varios sujetos en la posición de demandante, se dice que el litisconsorcio es activo. Cuando existen varios sujetos en la parte demandada, se dice que el litisconsorcio es pasivo. Cuando hay varios sujetos en las dos partes, se dice que el litisconsorcio es mixto.

El litisconsorcio puede ser necesario, facultativo o cuasinecesario, según la relación de los sujetos con la pretensión.

8.1. Litisconsorcio necesario

Se da en todos aquellos casos en los que, para que el remedio que se plantea en la pretensión sea eficaz para la protección del derecho que se reclama, se hace preciso que en el proceso estén varios sujetos, sea en calidad de demandantes o de demandados.

El litisconsorcio necesario tiene entonces dos justificaciones:

- La primera tiene que ver con la eficacia del remedio que se solicita y, por lo tanto, la eficacia de la sentencia que acoja la pretensión. Si no estuvieran todas las personas que tienen que estar, la pretensión, en caso de ser estimada, no cumpliría con dar la protección que el remedio que se formula promete. Esto determina que la legitimidad para plantear la pretensión que incorpore dicho remedio solo pueda ser hecha por o contra varios sujetos: aquellos que serán afectados por los efectos de la sentencia que la acoja, en la eventualidad que así sea.

- La segunda tiene que ver con el derecho de defensa de aquellos a quienes deberían alcanzar los efectos de la sentencia, para que esta sea eficaz. De este modo, se quiere garantizar que todos aquellos que serían afectados con la sentencia estén en el proceso para que puedan ejercer su derecho a la defensa.

Se dice entonces que existe una cotitularidad de la pretensión planteada en el proceso. Eso genera la necesidad de que todos los cotitulares participen del proceso de forma activa o pasiva, para satisfacer la exigencia de la legitimidad para obrar. Dicho de otro modo, son varias personas las legitimadas para plantear o para que contra ellas se plantee dicha pretensión.

Al ser una sola pretensión respecto de la cual existe cotitularidad, lo que la sentencia diga respecto de esa pretensión afectará a todos por igual.

Por ejemplo, A, B y C celebran un contrato de compraventa. A desea formular una pretensión de nulidad del contrato por fin ilícito. Dado que los efectos del remedio nulidad afectará a todos los que suscribieron el contrato, A deberá demandar a B y a C necesariamente.

8.2. Litisconsorcio facultativo

En este caso se trata, en estricto, de un supuesto de acumulación de pretensiones cuya titularidad le corresponde a distintas personas —activa o pasivamente—. Sin embargo, por razones de conveniencia, eficacia o seguridad jurídica, como evitar decisiones contradictorias o incongruentes, se decide plantear esas pretensiones de forma conjunta.

En este caso, a diferencia del litisconsorcio necesario, no hay cotitularidad de pretensión, sino que cada persona es titular de su propia pretensión, pero decide formularla en conjunto con las demás pretensiones. En estos procesos, lo que la sentencia diga respecto de una pretensión, solo afectará al titular de dicha pretensión.

Por ejemplo, en un mismo contrato, X se obliga a pagarle a Y quinientos soles y a pagarle a Z setecientos soles. X no le paga a ninguno de los dos.

Y puede plantear en un proceso la pretensión del pago de sus quinientos soles y, en el mismo proceso, Z puede plantear la pretensión para el pago de sus setecientos soles. Si cada uno quisiera podría hacerlo en procesos separados, pero por razones de conveniencia deciden hacerlo en el mismo proceso.

8.3. Litisconsorcio cuasinecesario

En este caso, al igual que en el caso del litisconsorcio necesario, existe cotitularidad de pretensión. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el litisconsorcio necesario, una norma legal permite que el proceso se pueda instaurar sin la presencia de todos los cotitulares.

El litisconsorcio cuasinecesario es excepcional, por eso requiere una disposición legal expresa que establezca esta posibilidad de no incorporar en el proceso a todos los cotitulares de la pretensión. Esa misma disposición deberá establecer los alcances que la sentencia pueda tener respecto del que no interviene en el proceso, y la ley deberá establecer mecanismos para que aquel que no es incorporado inicialmente al proceso, pueda incorporarse posteriormente a él.

Un ejemplo sería que A y B son deudores solidarios de C por mil soles. Existe una norma en el derecho material que permite en estos casos que el acreedor pueda demandar a cualquiera de los deudores solidarios por el íntegro de la deuda. Por ello, C decide demandar a A el pago del íntegro de la deuda (los mil soles). La ley establece que, si la sentencia es favorable a A, beneficiará a B. Sin embargo, si es contraria a A, C no podrá ejecutar la sentencia contra B.

Otro ejemplo sería que en la sociedad XYZ se adopta un acuerdo societario. El accionista V decide impugnar dicho acuerdo. La ley dice que cualquier accionista que dejó constancia de su oposición al acuerdo puede impugnarlo. La sentencia afectará a todos los accionistas y a la sociedad, pero no es necesario que todos los accionistas intervengan, la sociedad sí.

9. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Es la institución que permite la incorporación al proceso de terceros legitimados. Facilita el acceso a la jurisdicción de aquellos que, sin ser parte del proceso, pudieran verse afectados con lo que disponga la sentencia.

Recordemos que resulta esencial que todo aquel que se pueda sentir afectado en sus derechos e intereses puede acudir al proceso para solicitar protección jurisdiccional. Lo puede hacer al iniciar un proceso o al intervenir en uno ya iniciado.

Desde esta perspectiva, la intervención de terceros es un mecanismo procesal para proteger los derechos de estos en el proceso, porque el pronunciamiento jurisdiccional (i) se pronunciará respecto de ellos, (ii) se referirá a hechos que pudieran afectarlos, o (iii) establecerá consecuencias que pudieran excluirlos, postergarlos o privarlos de sus garantías o privilegios.

Dado que la Constitución promete una efectiva protección de todas las situaciones jurídicas de todos, también se la promete a quienes puedan verse perjudicados con lo que pudiera decidirse en el proceso. El medio para darles protección jurisdiccional efectiva es permitir su intervención al proceso o ponerlos en conocimiento de la existencia del proceso para que puedan defenderse.

Un tercero se incorpora al proceso de dos formas diferentes: voluntaria o porque el juez lo dispone.

9.1. Intervención voluntaria

En estos casos, el propio tercero legitimado acude al órgano jurisdiccional para solicitar la protección de situaciones jurídicas de las que alega ser titular, a través de su intervención al proceso. Lo puede hacer a través de distintos mecanismos, dependiendo del interés que tenga en el proceso y del grado de intervención que desee tener en él. De este modo, puede intervenir de las siguientes formas.

9.1.1. Intervención coadyuvante

El sistema jurídico concede, como uno de sus remedios para la protección del derecho del crédito, la posibilidad del acreedor de ejercer, defender o coadyuvar en la defensa de los derechos de sus deudores. Esto está expresamente previsto en el artículo 1219 inciso 4 del Código Civil. Se entiende que, al proteger la esfera jurídica del deudor frente a ataques que pudieran estar profiriendo otras personas, el acreedor mantiene intacta la garantía genérica que respalda su crédito.

Nótese que el acreedor es un ajeno en ese conflicto. La situación jurídica de la que es titular no es insatisfecha ni atacada, lo que ocurre es que el patrimonio de su deudor es puesto en riesgo. Y, al serlo, se pone en riesgo también su garantía genérica. Esto es suficiente para que pueda coadyuvar a su deudor. No se trata, en estricto, de un acto de solidaridad con su deudor, sino de un acto movido por un verdadero interés en la protección de su situación jurídica.

Procesalmente, este remedio debe encontrar una vía específica. Esta vía específica es la intervención coadyuvante. El acreedor es un tercero en el proceso en el que la situación jurídica de su deudor es discutida, por lo que está legitimado para intervenir en él. Si no se le permitiese intervenir, se violaría su derecho de acceso a la jurisdicción, pues se impediría que un remedio que el sistema jurídico le reconoce no tenga la posibilidad de ser planteado en un proceso.

Cuando se explica la intervención coadyuvante se dice que la sentencia en el proceso en el que solicita su intervención lo afectará de «modo indirecto», en la medida que la situación jurídica de la que el tercero es titular no es objeto de discusión en el proceso. Sin embargo, lo que se decida en el proceso puede poner en riesgo o mejorar la situación de satisfacción de esa situación jurídica.

En razón a ello, su actividad procesal está limitada a todo aquello que sirva para mejorar la posición a quien coadyuva, pues solo en esos estrictos términos el sistema jurídico le confiere la posibilidad (legitimidad) de actuar.

Por ejemplo, Demetrio es acreedor de Victoria. Urpi inicia un proceso contra Victoria discutiendo la propiedad sobre el único bien inmueble del cual es propietaria Victoria. Demetrio sabe que, si Victoria pierde el proceso, se afectará el patrimonio con el que ella responde frente al pago de su acreencia. Por ello, puede intervenir en dicho proceso para ayudar a Victoria en el reclamo frente a Urpi.

9.1.2. Intervención litisconsorcial

En estos casos existe también una explicación desde el derecho material que justifica esta intervención. Se trata de supuestos en los cuales dos o más personas son cotitulares de una situación jurídica. Sin embargo, el derecho material legitima a una de ellas para que ejerza o para que contra ella se ejerza alguno de los remedios para la protección de esa situación jurídica.

Esta legitimación material para que alguno o algunos de ellos ejerzan, o para que contra ellos se ejerzan los remedios vinculados a esa relación jurídica, no priva a los demás cotitulares de su legitimación para intervenir en ese proceso y así ser escuchados. Esto último es así dado que, al existir cotitularidad de la situación jurídica, la sentencia dictada afectará por igual a todos sus cotitulares.

El modo como se obtiene ello es a través de la intervención litisconsorcial. Quien interviene adquirirá la calidad de litisconsorte cuasinecesario.

Por ejemplo, Teófila y Josefa son deudoras solidarias de Bernardo. Bernardo decide demandar solo a Teófila. Josefa, puede pedir intervenir al proceso.

9.1.3. Intervención excluyente principal

En este caso, quien se cree titular de un derecho sobre un bien advierte que existe un proceso en el que se discuten derechos que son incompatibles y excluyentes con el derecho que esa persona sostiene tener. De este modo, si en dicho proceso se dicta una sentencia concediéndole a cualquiera de

las dos partes la razón, se declararía, con autoridad de cosa juzgada, un derecho incompatible con el suyo respecto del mismo bien.

En atención a ello, el tercero en el proceso, que se considera titular de un derecho de modo excluyente al de las dos partes del proceso, puede solicitar intervenir, y formular una pretensión autónoma en dicho proceso, para que se declare, en oposición a las partes originales del proceso, que él es el titular y no ellas.

Por ejemplo, Alejandra demanda a Javier para que se declare que ella es propietaria de una casa. Fernanda se entera de la existencia de este proceso. Fernanda solicita intervenir a ese proceso y formula como pretensión que se declare que ella es la propietaria de esa casa.

9.1.4. Intervención excluyente de derecho preferente

Este es un tipo de intervención especial pensada para los procesos de ejecución. En estos casos el tercero es titular de un derecho que, conforme a las reglas del derecho material, es preferente respecto del derecho que está pretendiéndose satisfacer con una ejecución jurisdiccional. Como el patrimonio del deudor es limitado, el acreedor del derecho preferente —que es tercero al proceso— solicita su intervención a la ejecución con la finalidad de obtener que se satisfaga su derecho antes que el de aquel que está por beneficiarse con la ejecución. En otras palabras, el tercero quiere hacer valer su preferencia respecto de otro acreedor.

Aun cuando la regla general es que todos los acreedores concurren en igualdad de condiciones respecto del patrimonio de su deudor, hay supuestos objetivos donde la Constitución o la ley establecen esas preferencias de los créditos. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de los créditos laborales o de un acreedor hipotecario de primer rango respecto del bien otorgado en garantía.

Por ejemplo, Lucero demanda a Matías el pago de una deuda. En dicho proceso, que ya está en ejecución de sentencia, Lucero ha conseguido la afectación de un bien, el único bien de Matías. Ernesto mantiene una relación laboral con Matías. Matías le debe a Ernesto. Ernesto puede

solicitar intervenir en el proceso con la finalidad de lograr la satisfacción de su acreencia laboral con el bien afectado, antes que lo haga Lucero.

9.1.5. Intervención excluyente de propiedad

Esta forma de intervención está prevista para la protección del derecho de propiedad frente a una situación de lesión muy concreta producida por el proceso: a raíz de una decisión jurisdiccional se ha afectado —y está a punto de rematarse— un bien que un tercero considera que es de su propiedad. La forma idónea que el sistema jurídico ha previsto para proteger su derecho, es permitiéndole intervenir al proceso e impedir que se remate el bien y que un tercero de buena fe lo pueda adquirir.

9.2. Intervención forzosa

Son supuestos en los que el juez llama a un tercero al proceso. Esto se puede deber a que una de las partes se lo solicita o a que, según el criterio del propio juez, el tercero debe tener conocimiento de la existencia del proceso.

9.2.1. Intervención forzosa a pedido de parte

a. Denuncia civil

Este es un mecanismo para proteger jurisdiccionalmente las situaciones jurídicas del demandado en el proceso. El demandado alega ser cotitular de una situación jurídica de ventaja con un tercero al proceso, de modo que ese tercero debe responder por parte de la obligación por la que es demandado.

Esta forma de intervención pretende ser un medio de protección eficaz que tiene el demandado frente al tercero, quien se incorporará como litisconsorte cuasinecesario.

Por ejemplo, Mateo y Luisa son deudores solidarios de Lucrecia. Lucrecia demanda solo a Mateo el pago del íntegro de la deuda. Al contestar la demanda, Mateo pide al juez que incorpore a Luisa para que sea su litisconsorte al proceso pues ambos están obligados al pago.

b. Aseguramiento de pretensión futura (llamada en garantía)

Se trata de un mecanismo para hacer que las situaciones jurídicas que el demandado pudiera tener respecto de terceros encuentren una protección eficaz. El demandado pide que se incorpore al proceso a un tercero que mantiene con él una relación jurídica distinta de la que es objeto del debate judicial, sobre la base de la cual dicho tercero debería asumir las consecuencias perjudiciales de una eventual sentencia contraria al demandado. De este modo, en un mismo proceso se resolvería la pretensión que el demandante ha formulado contra el demandado y aquella que el demandado formule contra el tercero —que deja de ser tercero desde el momento que se incorpora—.

Por ejemplo, Killa contrata a María para que le construya una casa. María subcontrata a Leonardo para que se encargue de todas las conexiones eléctricas. Entregada la casa, se produce un corto circuito y Killa demanda a María por los daños. En dicho proceso, María formula una pretensión contra Leonardo, quien hasta ese momento era tercero al proceso, para que sea él el que pague lo que la sentencia ordene pagar a María.

c. Llamamiento posesorio

Es un supuesto en el que quien es demandado como poseedor de un bien, pide que se incorpore al proceso a quien verdaderamente es el poseedor, dado que el demandado originalmente no es, en estricto, poseedor, sino tenedor de la posesión.

d. Llamamiento del tercero pretendiente

Es una forma de intervención en la que el demandado en el proceso le pide al juez que incorpore a un tercero que pretende extrajudicialmente lo mismo que pretende el demandante. De este modo, con la finalidad de que se resuelva de manera integral la controversia, el juez resolverá quién de los tres involucrados —demandante, demandado o tercero llamado— es el titular del derecho.

9.2.2. Intervención de oficio

En estos casos es el juez quien, sobre la base de la información que ha recibido de las partes del proceso, pero sin que ninguna de ellas se lo pida, dispone incorporar a un tercero. El que esta decisión le corresponda al juez no quiere decir que no deba anunciar a las partes su intención de hacerlo, para que estas puedan exponer lo que consideren respecto a ello.

a. Integración del contradictorio

Este es un mecanismo a través del cual el juez llama al proceso a un tercero pues su presencia es necesaria para que la sentencia pueda ser válida y eficaz. Se trata de una hipótesis de cotitularidad de la pretensión, pero uno de los cotitulares no está, razón por la cual el juez lo llama al proceso. Una vez incorporado integrará un litisconsorcio necesario.

b. Llamamiento por fraude o colusión

Este es un supuesto especial que tiene por finalidad evitar que el proceso sea tramitado fraudulentamente. De este modo, si el juez aprecia que el proceso se lleva en colusión entre las partes y que puede afectar los derechos de un tercero, el juez pone en conocimiento de ese tercero la existencia del proceso, para que pueda incorporarse y ejercer los derechos que considere que deba ejercer.

9.3. Fórmulas atípicas de intervención

Los medios de intervención antes explicados son los que usualmente la doctrina o la legislación reconocen para la protección de los derechos de un tercero en el proceso.

Sin embargo, pueden existir otros medios a través de los cuales un tercero podría solicitar su intervención al proceso, pues pueden existir situaciones no prescritas o especiales, que deben encontrar una vía jurisdiccional adecuada para que estos obtengan una tutela jurisdiccional efectiva.

10. PREGUNTAS

1. ¿Qué relación existe entre capacidad y acceso a la justicia?
2. ¿Qué diferencias hay entre capacidad y legitimidad?
3. ¿Qué es lo que buscan proteger las formas de intervención de terceros?
4. ¿En qué casos la intervención de un tercero supone la incorporación de una pretensión al proceso?

Fondo Editorial PUCP

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep (2015). *Las fuentes del derecho*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf>. Fecha de consulta: 10/6/2019.
- Alexy, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Ariano Deho, Eugenia (2003). Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso. *Advocatus*, 9, 395-404.
- Baptista da Silva, Ovidio & Fabio Luiz Gomes (2006). *Teoria geral do processo civil*. San Pablo: Revista dos Tribunais.
- Bigliuzzi Geri, Lina; Humberto Breccia, Francesco Busnelli & Ugo Natoli (1997). *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*. Tomo I.1. Turín: Utet.
- Bulow, Oskar von (2008). *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*. Lima: Ara.
- Burdese, Alberto (1998). *Manuale di diritto privato romano*. Turín: UTET.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara.
- Cabral, Antonio do Passo (2016). *Convenções processuais*. Salvador de Bahía: Jus Podivm.

- Calamandrei, Piero (1936). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: El Foro.
- Cappelletti, Mauro (1976). *La giurisdizione costituzionale delle libertà* [La jurisdicción constitucional de las libertades]. Milán: Giuffrè.
- Cappelletti, Mauro & Bryant Garth (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Carocca, Alex (1998). *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch.
- Chiovenda, Giuseppe (1965). *Principii di diritto processuale civile* [Principios del derecho procesal civil]. Nápoles: Jovene.
- Couture, Eduardo (2010). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Devis, Hernando (1997). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Di Majo, Adolfo (1993). *La tutela civile dei diritti*. Milán: Giuffrè.
- Gimeno, Vicente (2004). *Derecho procesal civil*. Madrid: Colex.
- Grossi, Paolo (2007). *L'Europa del diritto*. Laterza-Roma: Bari.
- Grossi, Paolo (2010). *L'ordine giuridico medievale*. Laterza: Bari.
- Haberle, Peter (2003). *El Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP y UNAM.
- Igartúa, Juan (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Luiso, Francesco (2011). *Diritto processuale civile* (sexta edición). Milán: Giuffrè.
- Manili, Pablo Luis (2015). El derecho al debido proceso de las comunidades indígenas en el Sistema Interamericano. *Lex*, XIII(15), s.p.
- Marinoni, Luiz (2011). Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. En Jesús Córdova Schaefer (ed.),

- El proceso civil: problemas fundamentales* (pp. 99-108). Lima: Caballero Bustamante.
- Monroy Gálvez, Juan & Juan José Monroy Palacios (2001). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. *Revista peruana de derecho procesal*, 4, 155-180.
- Montero Aroca, Juan (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce.
- Montero Aroca, Juan (coord.) (2006). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieva Fenoll, Jordi (2016). *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Barcelona: Marcial Pons.
- Passanante, Luca (2017). *La prova illecita nel processo civile*. Turín: Giappichelli.
- Picó i Junoy, Joan (2006). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. En Juan Montero Aroca (coord.), *Proceso civil e ideología* (pp. 109-126). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Priori Posada, Giovanni (2003a). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, 26, 273-292.
- Priori Posada, Giovanni (2003b). Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. *Advocatus*, 9, 405-422.
- Priori Posada, Giovanni (2010). La suspensión del proceso por prejudicialidad en el proceso civil peruano. *Ius et Veritas*, 40, s.p.
- Priori Posada, Giovanni (2013). La influencia de la litiscontestatio en la determinación de la litis en el proceso civil latinoamericano. En AA.VV. *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani* (pp. 241-264). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Priori Posada, Giovanni (2015). El proceso dúctil. En *Actas del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 983-1000). Cartagena: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

- Priori Posada, Giovanni (2018). Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar. En AA.VV. *La prueba en el proceso* (pp. 153-174). Barcelona: Atelier.
- Proto Pisani, Andrea (1973). Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro [Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso del trabajo]. *Il Foro italiano*, 96(9), s.p.
- Proto Pisani, Andrea (2014). *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra.
- Proto Pisani, Andrea (2018). *Lecciones de derecho procesal civil*. Lima: Palestra.
- Pugliese, Giovanni (1954). *Polemica intorno all' «actio»*. Florencia: Sansoni.
- Rivas, Adolfo (1993). *Tratado de las tercerías: el proceso complejo*. Volumen I. Buenos Aires: Depalma.
- Taruffo, Michele (2010). *Simplymente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Zagrebelsky, Gustavo (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.*
Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
julio 2019 Lima - Perú

Fondo Educativo PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP